

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLVI * Enero - Febrero 1970 * Núm. 476

.....

.....

.....

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

Págs.

ESTUDIOS:

"Uniones de empresas", por JOSÉ SERRANO TERRADES	9
"Aspectos jurídicos de la planificación económica", por ANTONIO DE LEYVA Y ANDÍA	37
"El beneficio de separación en el Derecho español", por ANGEL CRISTÓBAL-MONTES	65
"Las expensas útiles del apartado 1.º del artículo 1.404 del Código civil", por O. VICENTE TORRALBA SORIANO	93

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 CABLEIRO	121
--	-----

II.—Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, RAFAEL IZQUIERDO ASENSIO, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LUCINI	155
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	219

III.—Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	227
---	-----

LIBROS:

"Condiciones generales de los contratos", de M. GARCÍA AMIGO, por TERESA PUENTE MUÑOZ	235
"Por qué y cómo constituir una Sociedad Anónima", por ANTONIO LACUENTRA BUERBA y MAGÍN PONT MESTRES, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	243
"Jurisprudencia y Fuente del Derecho", de ENRIQUE LALAGUNA, por ENRIQUE LORENTE SÁNCHEZ	245
"Propiedad de Fincas y Apartamentos", de SANTIAGO VINTRO, DOMINGO LLOR y JUAN V. FUENTES LOJO, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	254
"Edificación, venta y administración de inmuebles", de SANTIAGO VINTRO, DOMINGO LLOR y JUAN V. FUENTES LOJO, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	257
"El mercado inmobiliario ante el fisco", de SANTIAGO VINTRO y DOMINGO LLOR, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	259

REVISTAS:	265
-------------------------	-----

ESTUDIOS

Uniones de empresas

SUMARIO: I. *Caracteres de la nueva legislación: coyuntural, fragmentaria, estimulante, fiscal, administrativa, excepcionalmente sustantiva, no automática.*—II. *Ventajas e inconvenientes de la gran empresa.*—III. *Impuestos aplicables.*—IV. *Evolución legislativa.*—V. *Actos exentos y bonificados: Orden de 5 de abril de 1965. Decreto-Ley de 1966. Decreto-Ley de 1967.*—VI. *Beneficios fiscales: a) En la Orden de 1965. b) En el Decreto-Ley de 1966. c) En el Decreto-Ley de 1967. d) Artículo 16 del texto refundido del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. e) Sociedades agrarias.*—VII. *Tramitación.* VIII. *Plazo.*

La Sociedad de Empresas.

La Agrupación temporal de Empresas.

I

CARACTERES DE LA NUEVA LEGISLACION: COYUNTURAL, FRAGMENTARIA, ESTIMULANTE, FISCAL, ADMINISTRATIVA, EXCEPCIONALMENTE SUSTANTIVA, NO AUTOMATICA

En los últimos años se ha dictado en España una profusa legislación que tiende a fomentar las uniones de empresas por diversos medios, fundamentalmente mediante beneficios de carácter fiscal.

Esta legislación se caracteriza, a nuestro juicio, por las siguientes particularidades:

1.^a Es de carácter coyuntural, es decir, es una legislación dictada para regular una situación determinada y transitoria que se pretende corregir. Esta situación es la existencia de una multitud de miniempresas que no pueden alcanzar un nivel productivo que se estime aceptable. Basta señalar que, según las estadísticas más recientes, el 84 por 100 de las industrias españolas cuentan con menos de cinco productores; sólo el 1 por 1.000 tiene más de 500. Otras

cifras semejantes podrían darse en relación con el volumen producido, con la cantidad total de ventas, con la importancia de sus instalaciones, etc. En todos esos aspectos estamos muy alejados, no ya de conseguir un nivel aceptable de empresas fuertes, sino siquiera de empresas medianas.

2.ª Es una legislación fragmentaria, cosa, por desgracia, muy frecuente en nuestro país: se regula bajo un aspecto simplista su situación determinada y a medida que el tiempo, no mucho tiempo, demuestra el número e importancia de aspectos y situaciones que quedan fuera de la regulación se va completando ésta con multitud de Leyes, Decretos, Ordenes y hasta circulares que hacen, no ya para el profano, sino incluso para el especialista, que sea un verdadero tormento el encontrar la regulación completa del problema planteado. No requiere esto mayor explicación. A lo largo de este trabajo os daréis cuenta de ello.

3.ª Es una legislación estimulante, es decir, su finalidad no es regular un determinado problema, sino que pretende que los empresarios españoles se acojan a esta legislación a base de los incentivos que ofrece y propende a que el mayor número posible de empresarios se acoja a la misma, con objeto de corregir la atomización de los esfuerzos productivos, a que hemos hecho referencia anteriormente.

4.ª Es en su mayor parte una legislación de carácter fiscal. Como veremos después los mayores inconvenientes que al empresario se le presentan para aunar esfuerzos, consisten en la incidencia de los tributos que opera como un freno a la iniciativa.

5.ª Como consecuencia, es también una legislación de carácter administrativo, ya que para conseguir los beneficios fiscales que se establecen, se regulan los procedimientos necesarios para conseguirlos, estableciendo la competencia del ramo de la Administración, a quien se confiere la facultad de decidir.

6.ª Excepcionalmente, es una legislación de carácter sustantivo privado. Las figuras jurídicas examinadas se dejan por regla general con la regulación establecida en nuestras Leyes Mercantiles limitándose, como hemos dicho antes, a regular el procedimiento administrativo necesario para obtener los beneficios fiscales que se concedan. Sin embargo, algo hay también de regula-

ción sustantiva, y especialmente, a título de ejemplo en los siguientes aspectos:

a) Se regula la agrupación temporal de empresas, figura que no tiene antecedentes en nuestras Leyes Mercantiles.

b) Se exige la forma anónima del ente social en determinados supuestos.

c) Se regula la Sociedad Anónima mediante ciertas desviaciones sobre la regulación general de la Ley de 17 de julio de 1951.

7.ª Por último, es una legislación caracterizada por no conceder beneficios de carácter automático. Para acogerse a los mismos es necesario incoar un expediente cuya resolución compete al Ministerio de Hacienda, al cual se conceden omnimodas facultades, hasta el punto de convertirlo en verdadero árbitro de los intereses del empresario.

II

VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA GRAN EMPRESA

Como hemos visto hace un momento, de pasada, la legislación administrativa y fiscal sobre uniones de empresas es de carácter coyuntural ya que se estima que la empresa española por regla general no tiene la dimensión necesaria.

A) Conviene recordar a estos efectos las ventajas que a la gran empresa atribuyen los economistas:

a) En primer lugar, se considera que la gran empresa puede ser más competitiva, es decir, que puede producir a precios más económicos y puede luchar con mejores elementos tanto en el Mercado Interior como fundamentalmente en el Mercado Exterior, con objeto de incrementar las exportaciones.

b) La gran empresa puede alcanzar un mayor perfeccionamiento del personal, tanto por la posibilidad de mantener técnicos con títulos superiores, como por la posibilidad de conseguir y fomentar la creación de especialistas. Es indudable que estas finali-

dades están vedadas a empresas que sólo puedan mantener a cinco productores o empleados.

c) La gran empresa ofrece mayores garantías, en su triple aspecto:

1. Para sus suministradores a los que puede ofrecer una mayor solvencia.

2. A su clientela a la que, como acreedora puede ofrecer una mayor facilidad en los medios y plazos de pago.

3. A terceros, si considera conveniente o necesario acudir al crédito, para su financiación.

d) Todavía pueden alegarse otras ventajas que pudieran denominarse indirectas, pero que no dejan de tener trascendencia, como son la posibilidad de mantener servicios de investigación y estudios, la posibilidad de contratar un régimen publicitario cuya incidencia no grave excesivamente los precios, la posibilidad de establecer una cadena de producción con una gama de productos más o menos extensa, etc.

B) Como contrapartida no dejan de señalarse algunos inconvenientes de la gran empresa.

a) Quizá el más grave sea la posibilidad de creación de verdaderos monopolios de hecho (1).

b) En segundo lugar, la despersonalización que supone.

c) En tercer lugar, el aumento de la burocracia.

A este respecto se hace referencia a la conocida y humorística Ley de Parkinson según la cual «un jefe engendra siempre dos adjuntos que a su vez se multiplican».

Pero el balance de las ventajas y de los inconvenientes da siempre un saldo favorable a las primeras.

(1) Contra los monopolios de hecho intenta luchar en nuestro país la Ley de Represión de prácticas restrictivas de la competencia de 20 de julio de 1963.

III

IMPUESTOS APLICABLES

Hemos aludido también a los inconvenientes fiscales con que tropieza el empresario que quiere unirse con otros a pecho descubierto.

Es verdaderamente pavoroso el elenco de impuestos que pueden recaer sobre su operación y que lógicamente ha de crear en él una sicología de resistencia a moverse en cualquier sentido.

Examinemos brevemente dichos impuestos, advirtiendo que no todos han de recaer necesariamente sobre todas las operaciones, pero que en un proceso de concentración bien sea mediante constitución de sociedad, aportaciones a otras preexistentes, fusiones o absorciones, es muy posible que el empresario quede convertido esencialmente en contribuyente (2):

1. *Impuesto general sobre Transmisiones Patrimoniales.*

Toda transmisión mobiliaria o inmobiliaria puede estar sometida a este Impuesto y por alguno de los conceptos siguientes:

a) La aportación a sociedades está expresamente recogida en el artículo 54 número 3.º con la especialidad en cuanto a la determinación de la base liquidable, de que si la aportación se realiza a sociedades preexistentes cuyas acciones se coticen en Bolsa y, por consiguiente, ha de aumentar su capital para emitir acciones como contrapartida de los bienes que recibe en aportación, esta base se incrementa con un tercio de la plusvalía de las nuevas acciones, calculada en la forma determinada en el número 13 del artículo 70 del texto refundido (3).

(2) Los artículos que citamos se refieren a los respectivos Textos Refundidos.

(3) La fórmula para determinar la plusvalía de las acciones es, pues, la siguiente:

$$\text{Plusvalía} = \frac{\text{Valor efectivo} - \text{Valor nominal}}{\text{Coeficiente de aumento}} - \text{Primas}$$

Y el coeficiente de aumento es igual a:

$$\text{Coeficiente de aumento} = \frac{\text{Capital} + \text{Aumento}}{\text{Capital}}$$

b) La fusión de sociedades tributa como constitución de sociedades según el artículo 57, 3, siendo la base liquidable el haber líquido de las sociedades que se fusionan en caso de fusión simple, o de las absorbidas en caso de fusión por absorción.

c) En caso de disolución y adjudicación de los elementos del activo a otra persona o sociedad, esta adjudicación se encuentra también sometida (art. 54, 3.º).

d) En cualquier caso, y encaje o no dentro de los supuestos anteriores, la transmisión onerosa de bienes es un concepto sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales según el artículo 54, 1.º y dependiendo el tipo aplicable de la naturaleza de los bienes y del título transmisivo.

Pero aún hay más, no basta tributar por el valor liquidable de lo que se aporta, adjudica o transmite, sino que puede surgir un concepto especial o deducido que es el de adjudicación en pago o para pago de deudas o en pago de asunción de las mismas.

Concretamente en caso de fusión, simple o por absorción, no es el único concepto liquidable el valor líquido de las sociedades absorbidas o fusionadas, sino que si, como es normal, esta sociedad tiene deudas, surge el concepto liquidable que examinamos en este apartado al que se refiere el número 1.º del artículo 55.

La adjudicación del pasivo, si no existe metálico suficiente en el activo, provoca una nueva liquidación. Y tiene, o puede tener, tal trascendencia este concepto liquidable que, como de todos es sabido, fue el que provocó el fracaso, no hace muchos años, de la fusión de dos grandes Bancos y dio lugar a una Circular de la Dirección General de lo Contencioso del Estado de fecha 15 de febrero de 1966.

2. *Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.*

Normalmente, los actos de concentración de empresas habrán de documentarse notarialmente y estarán sujetos al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados por aplicación del artículo 100, 1.º, g) con carácter genérico y, específicamente, si es necesario un acto de segregación de elementos del activo, estarán sujetos a este Impuesto por tratarse siempre de cosa valuable.

3. *Impuesto sobre las Rentas del capital.*

En el caso de que por aportación o por fusión sea necesaria la puesta en circulación de nuevas acciones al existir un derecho de suscripción preferente en favor de los anteriores accionistas, se incurre en el supuesto ya regulado por disposiciones anteriores y recogido hoy en el texto refundido del Impuesto sobre las Rentas del capital (art. 3, D) de que si no se exige la prima correspondiente a la parte proporcional de reservas imputables a las nuevas acciones, se provoca un enriquecimiento por parte del nuevo accionista que queda sujeto a este Impuesto, aplicándosele la tarifa correspondiente recogida en el artículo 26. Sin embargo, es de notar que el Decreto-Ley de 24 de octubre de 1958 declaró en suspensión la obligación de efectuar la aportación suplementaria por reservas, y esta suspensión ha sido recogida en la Disposición Transitoria Tercera del texto refundido.

También se aplica este Impuesto en caso de enajenación de los efectos u otros elementos del activo, cuando existe una diferencia entre el valor contable y el valor de mercado, lo cual se considera como beneficio distribuido (art. 17).

Por último, la entrega de acciones a los socios con cargo a reservas está recogida y sujeta en el artículo 13, 2.º.

4. *Impuesto general sobre la Renta de las personas físicas.*

En la nueva estructuración de nuestro sistema fiscal llevada a cabo por la Ley de Reforma de 1964, el Impuesto general sobre la Renta de las personas físicas es un impuesto final, al cual se subordinan los llamados Impuestos a cuenta, entre los cuales figura el Impuesto sobre las Rentas del capital.

Por tanto, todos los actos o rendimientos sujetos a los Impuestos a cuenta repercuten también para formar la base liquidable y la cuota exigible en el Impuesto sobre la renta. El artículo 5, 1.º del Texto Refundido dice en su apartado a) que tienen la consideración de renta todos los conceptos de rendimiento sujetos a los Impuestos a cuenta.

Por ello, los conceptos liquidables en rentas del capital que acabamos de examinar sirven para integrar también la base total del Impuesto sobre la renta.

5. Impuesto sobre la renta de Sociedades y demás Entidades Jurídicas.

Grava este Impuesto en términos generales, las rentas o beneficios netos obtenidos por las Entidades que en la Ley se enumeran como sujetos pasivos.

En este aspecto es muy importante el artículo 15, 2.º según el cual se comprenden en los ingresos los beneficios provenientes del incremento de valor de los efectos u otros elementos del activo en cuanto se realicen por su enajenación o de otra manera luzcan en cuentas, añadiendo que el incremento de valor computable no deberá ser inferior a la diferencia que existe entre el atribuido en cuenta al elemento enajenado o cedido y el que realmente tenga éste en el mercado.

Este concepto liquidable tiene una gran importancia ya que significa que por el hecho de salir del patrimonio de la sociedad cualquier elemento del activo, o de aumentar su valoración en el balance, el fisco supone que existe un beneficio que ha de tributar por el Impuesto de Sociedades. Y con la gravedad que tales beneficios no pueden destinarse a cubrir pérdidas (art. 19). Es lo que se conoce con el nombre de beneficios atípicos. A nuestro modo de ver, y aunque esto sea salirnos un tanto del tema que nos ocupa, la norma es intrínsecamente injusta, ya que la continua depreciación de la unidad monetaria hace que los valores contables queden raquíticos con relación al valor del mercado. Por el solo hecho del transcurso del tiempo, el valor de mercado experimenta un aumento que hace que muchas Sociedades se encuentran prisioneras de sus balances sin haber obtenido ningún beneficio, que fiscalmente les será atribuido en el momento en que por cualquier título den salida a los elementos de su activo.

Por ello LARRAZ estimaba, si bien con relación a otro problema, que lo correcto sería hacer una distinción entre plusvalía y plusprecio y siguiendo esta orientación, estimamos que se debe tributar por las plusvalías, pero nunca por los plusprecios.

En cierto modo y solamente en parte, ha venido a paliar este problema la legislación sobre Regularización de Balances. Pero este es otro tema que cae fuera del que ahora nos ocupa.

También en el Impuesto sobre Sociedades puede surgir una tributación mayor que la genéricamente aplicable. Es el supuesto del artículo 53 del Texto Refundido según el cual, cuando el Gobierno, con informe del Consejo de Economía Nacional, considere que en el desenvolvimiento de una actividad industrial o comercial existen características reveladoras de unión de empresas, convenios de control o reparto de mercados y, en definitiva, cualquier otra circunstancia que permita obtener beneficios superiores a los que se lograrían en régimen de libre concurrencia, podrá acordar, por Decreto dictado para una actividad determinada, la aplicación de un gravamen complementario, que no podrá exceder del 15 por 100 de la base imponible.

Vemos, pues, que el panorama no es muy halagüeño.

Si queremos fomentar la concentración de empresas hay que conceder beneficios fiscales.

IV

EVOLUCION LEGISLATIVA

El concepto de unión o integración de empresas no tiene un significado técnico-jurídico, aunque adopta formas jurídicas para llevarse a cabo. En la legislación española, además de las palabras unión e integración, se emplean las de concentración, asociación, coalición, etc., regulando, unas veces, la vestimenta jurídica para llevarla a efecto, y dejando otras a la labor del intérprete cuál ha de ser la forma o título jurídico: constitución de Sociedades, fusión, aportación, compraventa, formas de comunidad, etc.

El punto de arranque de la nueva legislación es el artículo 135 de la Ley de Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1957, que autoriza al Ministerio de Hacienda para conceder la exención de diversos Impuestos, entonces vigentes (Timbre, Derechos Reales, Emisión de Valores Mobiliarios) en los actos de constitución de Sociedades o de integración de empresas cuando sean beneficiosas para la economía nacional.

Este precepto no hace más que abrir una puerta para que los empresarios que quieran acogerse a los beneficios del mismo, acudan al Ministerio de Hacienda exponiendo sus razones y solicitando sus beneficios.

Con objeto de desarrollar los actos y beneficios concretos amparados por dicho artículo 135 y establecer al mismo tiempo los requisitos para la obtención de los mismos, se promulgó la Orden de 29 de julio de 1958, con carácter bastante simplista (sólo previó los supuestos de constitución y fusión de Sociedades) que dio lugar en su interpretación a numerosas dudas, por lo que poco después hubo de ser refundida y aclarada por la de 12 de abril de 1960. Esta Orden amplió los supuestos de exención, fundamentalmente, a los actos de disolución y liquidación y a los contratos preparatorios.

La promulgación de la Ley 41/64 de 11 de junio de Reforma de nuestro sistema Tributario trastocó profundamente nuestro sistema fiscal hasta el punto de que se hizo necesario que una disposición posterior adaptara las disposiciones vigentes sobre la materia, al referido sistema.

Esta adaptación fue prevista en el artículo 230 de la citada Ley disponiendo la adaptación de los regímenes fiscales especiales, entre ellos, los de concentración y uniones de empresas.

Por otra parte, la misma Ley de 1964 amplió los beneficios fiscale en su artículo 107 a dos supuestos de gran trascendencia:

a) A las plusvalías a que puedan dar lugar la concentración o integración de empresas, sobre las que se facultó al Ministerio de Hacienda para conceder la exención en el Impuesto de Sociedades, siempre que la concentración, sin tener carácter de monopolio beneficie a la economía nacional.

b) Y a la distribución de reservas procedentes de las plusvalías originadas a consecuencia de la concentración, en caso de disolución, y sobre las que se facultó al Ministerio de Hacienda para conceder una bonificación del 90 por 100, en el Impuesto sobre las Rentas del capital.

Cumpliendo el mandato del artículo 230 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario, el Gobierno por Decreto 2.285/64 de 27 de julio modificó la redacción del artículo 135 de la Ley de 1957 limi-

tándose a cambiar la denominación de los impuestos, sustituyendo las expresiones «Impuesto de Timbre, Derechos Reales, Emisión de Valores Mobiliarios» por «Impuesto general sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados».

Todo ello hacía necesario una nueva disposición, fundamentalmente reglamentaria, que diese a conocer a la empresa privada qué actos podían alcanzar la exención de los referidos impuestos y al mismo tiempo regulara el aspecto administrativo del problema (procedimiento a seguir, documentación necesaria, Organismos competentes, etc.).

A esta necesidad puso límite la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de abril de 1965, cuyo contenido examinaremos más adelante. Bástenos decir ahora que en su disposición general derogó la Orden de 12 de abril de 1960 y, por consiguiente, hay que considerar también derogada la de 1958 sustituida por la de 1960.

Nos interesa recordar aquí que esta Orden no se limita a desarrollar el artículo 135 de la Ley de 1957 redactado por el Decreto de 1964, que como hemos visto sólo se refería al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, sino que recoge la ampliación de beneficios que había concedido la Ley de Reforma Tributaria regulando la exención del Impuesto General sobre la Renta de Sociedades y la bonificación del Impuesto sobre las Rentas del capital.

No termina aquí la evolución legislativa de la materia. Se ha dicho que tanto el Derecho mercantil como el Derecho administrativo son muy difícilmente objeto de codificación ya que los nuevos hechos se producen con una celeridad ajena al Derecho civil y en esta materia es tal la celeridad con que los nuevos hechos se han producido y tal la urgencia con que la Administración ha salido al paso de los mismos, que en menos de un año se han promulgado dos Decretos-Leyes con nuevos supuestos y orientaciones.

Con fecha 3 de octubre de 1966 se promulgó un importante Decreto-Ley de ordenación económica dirigido a reducir el gasto público, a reprimir el fraude fiscal, a estimular el ahorro, y el patrimonio familiar, y la exportación y a otras diversas actuaciones, entre las cuales se considera fundamental la mejora de las estructuras productivas.

En el tema que nos ocupa son importantes los artículos 11 y 12:

El primero se refiere a la concentración de empresas agrarias y el segundo a la concentración de empresas en general.

Dicho Decreto-Ley establece que el Ministerio de Hacienda dictará normas reguladoras de estas exenciones.

Las nuevas medidas no surtieron el efecto apetecido. Prueba de ello es que nueve meses después se estimó necesario la promulgación de un nuevo Decreto-Ley, que lleva fecha 26 de julio de 1967 en que nuevamente se amplian los supuestos y los beneficios.

Sin embargo, es más que dudoso que este Decreto-Ley haya tenido efectividad alguna ya que su Disposición Transitoria declara que los beneficios se concederán a los actos comprendidos en los planes que se presenten antes del 31 de diciembre de 1968, y su disposición general parece dar a entender la necesidad de disposiciones que desarrollen y apliquen dicho Decreto-Ley, disposiciones que no han sido dictadas habiendo terminado el plazo de vigencia del mismo.

En el ámbito específico de las sociedades agrarias, la evolución legislativa ha culminado con la Orden de 17 de julio de 1968.

Las sociedades agrarias están específicamente comprendidas en el artículo 135 de la Ley de 1957, salvo que estimemos que la palabra agrícola no tiene un sentido tan extensivo como la palabra agraria, porque en aquélla no se comprenden las explotaciones ganaderas y forestales y sí en ésta.

Pero aparte de esta salvedad podrían muy bien las sociedades agrarias acogerse a la tramitación y beneficios de la Orden de 1965.

Sin embargo, dadas las características especiales de la empresa agrícola se ha creído necesaria esta disposición especial que en materia fiscal concede las mismas exenciones y bonificaciones ya reguladas para el supuesto general de concentración de empresas y añade la bonificación del 95 por 100 en el Impuesto de sociedades.

La Ley de 5 de diciembre de 1968 reduce a un mes el plazo para que los accionistas puedan ejercitar el Derecho de separación a que se refiere el artículo 134 de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, e igualmente reduce a un mes el plazo de tres meses previsto en el artículo 145 de la misma Ley.

Dos especialidades establece también la propia Ley de 1968:

1. Admitir la cotización en Bolsa como medio de fijar la

valoración de las acciones para su reintegro a los accionistas que opten por la separación.

2. Y admitir el pago fraccionado en tres anualidades como máximo y de igual cuantía, con abono del interés legal de las cantidades pendientes.

V

ACTOS EXENTOS Y BONIFICADOS

Como consecuencia de la legislación de que acabamos de exponer, los supuestos a los que pueden concederse beneficios fiscales son los siguientes:

Orden de 1965

A) Los actos y negocios fundamentales son:

a) *Constituciones de sociedades por empresarios individuales, por empresarios sociales, o por uno o varios empresarios sociales y uno o varios empresarios individuales.*—Solamente en el primer caso se permite que la sociedad tenga forma de Responsabilidad Limitada, en los otros dos se requiere inexcusablemente la forma Anónima. Es requisito imprescindible que las sociedades que se constituyan tengan las mismas actividades que las empresas que en ellas se integren, que éstas cesen en su explotación y que se justifique el ejercicio anterior al menos durante un período de dos años.

b) *Fusión y absorción de sociedades.*—Se requiere también que la sociedad resultante de la fusión o la absorbente, en su caso, adopte la forma Anónima y que se pruebe también la actividad propia de su objeto como mínimo durante un período de dos años.

Es curioso que la Orden de 1965 se refiere en el mismo párrafo donde incluye los actos de absorción y fusión, lo que llama integración de empresas individuales con la sociedad absorbente o resultante de la fusión.

Indudablemente si lo que quiere contemplarse es únicamente al supuesto de integración de una empresa individual en una social, no puede hablarse de fusión o absorción en sentido técnico, es decir, como un negocio jurídico por el cual se opera una sucesión universal por virtud de la cual el patrimonio de una o más sociedades que queden disueltas, pasen a formar parte de otra sociedad ya constituida o que se constituya y que sucede a las anteriores en todos los derechos y obligaciones. La absorción o fusión de un empresario individual es jurídica y filosóficamente imposible. Por ello, cuando se habla de integración en la sociedad absorbente o resultante de la fusión, debe la Orden referirse a un acto de transmisión de una empresa, objeto de derecho, perteneciente a una persona física y que ésta transmite a la sociedad mediante cualquiera de los títulos admitidos en Derecho.

B) Existen en la Orden de 1965 otros supuestos para los cuales puede concederse la exención, pero que estimamos no tienen naturaleza sustantiva e independiente de los que antes hemos examinado.

• Son éstos los actos de disolución de Sociedades Mercantiles y los contratos preparatorios.

a) Respecto de los primeros existen a su vez dos supuestos:

a') La disolución para adjudicar sus bienes a otra sociedad ya constituida que, o una de dos, o esta sociedad ya constituida es socio de la disuelta o será necesario realizar dos actos distintos y escalonados: un acto de disolución con liquidación y adjudicación de bienes a los socios y otro acto de transmisión por los socios a la sociedad ya constituida.

b') La disolución y adjudicación de bienes a una sociedad que se constituya por fusión de otras, no tiene ni puede tener autonomía ni mercantil ni fiscal, porque en caso de fusión la disolución de las sociedades fusionadas es un acto imprescindible y simultáneo que además no está sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales porque como ya vimos, el único concepto liquidable es el de fusión sobre la base del haber líquido de las sociedades fusionadas y no existe, como parece indicar el precepto que examinamos, el concepto liquidable de disolución.

b) El otro supuesto no sustantivo es el de los contratos preparatorios que se celebren para llevar a cabo las operaciones citadas en los apartados anteriores que, sean necesariamente presupuesto intrínseco o consecuencia ineludible de la concentración de empresas. Lo único que nos llama la atención es el hecho de calificar de preparatorio un acto que es consecuencia de otro.

Decreto-Ley de 1966

El Decreto-Ley de 1966 amplía las posibilidades del empresario a los siguientes supuestos:

a) *Disolución de una sociedad y aportación de los elementos de su patrimonio a otras.*—Aquí parece entenderse que quiere corregirse la irregularidad a que hacíamos mención al hablar antes del concepto de disolución, porque ya no exige que sea a otras sociedades, con motivo de fusión o absorción.

b) *Segregación de establecimientos industriales de sociedades o empresas.*—El requisito fundamental para que este supuesto pueda estar beneficiado es, que previo informe del Ministerio correspondiente, se logre mejorar la estructura del sector. Hacemos notar esta circunstancia, porque, como luego veremos, en el Decreto-Ley de 1967 se cambia este concepto por el de mejora de estructura productiva de las empresas.

Decreto-Ley de 1967

El único supuesto nuevo que en materia de concentración de empresas contempla el Decreto-Ley de 1967, es la transmisión a título oneroso de un establecimiento, unidad de producción o parte de una empresa exigiendo que se mejore la estructura productiva de transmitente y adquirente, y ampliando los conceptos que regulara el Decreto-Ley de 1966.

VI

BENEFICIOS FISCALES

Los beneficios fiscales que se pueden obtener están regulados en cada una de las disposiciones citadas:

a) En la Orden de 1965 la disposición general es la Regla 10.^a que determina que las exenciones, o en su caso reducciones, podrán referirse única y exclusivamente a los siguientes Impuestos: Impuesto general sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto general sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades Jurídicas e Impuesto sobre las Rentas del capital.

Las normas siguientes desarrollan cada uno de los actos o negocios a los que se les concede la exención o reducción.

La Regla 11 se refiere al Impuesto general sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. La redacción de esta norma no es demasiado afortunada.

El primer concepto es el de aportación y adjudicación de bienes, que se efectúen con motivo de la constitución de Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada nacidas de integración de empresas individuales. Contempla, pues, los dos posibles conceptos liquidables de que hablamos antes: la aportación y la adjudicación de bienes, que hay que entender referida al caso de que se transmitan deudas, único en que tiene autonomía fiscal el concepto adjudicación, en caso de constitución de Sociedad.

El segundo supuesto tiene una redacción muy confusa, porque se refiere a aportaciones y adjudicaciones de bienes con motivo de la absorción o fusión de sociedades, de acuerdo con el apartado b) de la norma 3.^a, y una de dos, o quiere referirse al apartado c) que es donde se contemplan los supuestos de absorción o fusión, o debería referirse a aportaciones y adjudicaciones de bienes con motivo de la constitución de sociedades por empresas sociales.

El tercer concepto para el que puede concederse exención es, según la misma norma, el de adjudicaciones de bienes al disolverse y liquidarse sociedades de cualquier clase, cuando el patri-

monio de la misma quede integrado en otra anónima. El supuesto contemplado es de muy difícil comprensión. Si se refiere a los casos de fusión y absorción debería haberse referido específicamente a estos actos, sin perjuicio de referirse también a la adjudicación de bienes para pago de deudas como acto expreso o deducido, en cuyo caso sobraba la referencia a liquidación, porque en caso de fusión la liquidación no existe. Si se refiere a supuestos distintos de absorción y fusión, el patrimonio de las sociedades disueltas no puede quedar integrado en otra anónima, salvo que ésta sea socio de aquella o que la operación se realice mediante dos actos distintos, uno de adjudicación a los socios y otro de transmisión de los socios adjudicatarios para integrar el patrimonio en una anónima.

El cuarto supuesto se refiere a escrituras (aquí ya no se habla de los títulos materiales de transmisión, sino de las escrituras, con lo que pudiera referirse sólo al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados) de constitución, absorción, liquidación o fusión de sociedades cuyo otorgamiento constituye un presupuesto o un efecto necesario de la concentración, lo que hace pensar que se refiere sólo a actos preparatorios o complementarios con lo que los actos autónomos de absorción y fusión no se comprenden.

El quinto supuesto es el de escrituras (volvemos a hablar de escrituras) de ampliación o reducción de capital.

Y, por fin, en los dos últimos apartados se habla de contratos preparatorios y de los demás documentos que sean presupuesto o consecuencia indispensable para la integración.

Vemos, pues, que se hace una larga enumeración con poco rigor técnico y con muchos supuestos nada claros. Es mucho más correcta, aunque llena de incisos, la redacción que da el Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en el número 54 del artículo 65 al referirse a las aportaciones, incluso, por fusión, hechas a las sociedades cuando dan lugar a la concentración de actividades beneficiosas para la economía nacional, así como los contratos preparatorios para llevarlas a efecto que se realizan de conformidad con lo establecido en el artículo 135 de la Ley de 26 de diciembre de 1957 y obtengan declaración expresa de exención por acuerdo del Ministerio de Hacienda y las transmisiones que por disolución y liquidación de sociedades se pro-

duzcan cuando se adjudiquen sus bienes a otra sociedad ya constituida de acuerdo con tales preceptos.

b) En el Decreto-Ley de 1966 los beneficios aplicables son, además de los establecidos en la Orden de 1965, los regulados en la Ley de Industrias de Interés Preferente de 2 de diciembre de 1963 y los del artículo 107 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964.

La especialidad más interesante es que con arreglo a la Ley de Industrias de Interés Preferente no se puede conceder exención sino bonificación de hasta el 95 por 100, si bien se regulan, además, dichas bonificaciones para el Impuesto general sobre el Tráfico de las Empresas que grava las ventas por las que adquieren los bienes de equipo y utillaje de primera instalación, derechos arancelarios e Impuesto de Compensación de Gravámenes Interiores, que gravan la importación de bienes de equipo y utillaje, cuando no se fabriquen en España y asimismo la cuota de Licencia Fiscal durante el periodo de instalación.

Aparte, naturalmente, pueden ser aplicables determinados beneficios no fiscales.

Con arreglo a este Decreto-Ley, pues, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales sólo cabe una reducción de hasta el 95 por 100 y, sin embargo, el número 54 del artículo 65 del texto refundido también incluye como exentos los actos y negocios de este Decreto-Ley de 1966.

c) Según el Decreto-Ley de 26 de julio de 1967 los beneficios fiscales son:

De un lado, las exenciones y bonificaciones fiscales que ya hemos examinado.

Y de otro, la bonificación de hasta el 90 por 100 de las cuotas del Impuesto sobre las Rentas del capital a que se refiere el apartado 2) del artículo 107 de la Ley de 1964 en cuanto a la distribución de acciones con cargo a las plusvalías exentas del Impuesto de sociedades que se pongan de manifiesto en la sociedad absorbente.

d) Para todos los supuestos examinados en los tres apartados anteriores es aplicable un tipo especial de gravamen en el Impuesto general sobre la Renta de las Personas Físicas.

La Ley de Reforma Tributaria de 1964 en el número 3.º del artículo 107 determinaba que por el Ministerio de Hacienda se regulará la forma en que la bonificación del Impuesto sobre las Rentas del capital que corresponde a la distribución de reservas procedentes de las plusvalías originadas a consecuencia de la concentración, deben repercutir en el Impuesto general sobre la Renta de las Personas Físicas.

Efectivamente, ya vimos como la distribución de reservas procedentes de las plusvalías está sujeta al Impuesto sobre las Rentas del Capital y nada ganaría el contribuyente, incluso podría perder, si esta exención no repercutiera en el Impuesto sobre la Renta ya que el del Capital es un Impuesto a Cuenta.

Por ello, el artículo 16 del texto refundido del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas establece en el apartado a) del párrafo 1.º que se computarán en su totalidad las bases imponibles de los Impuestos a Cuenta que estuvieran afectadas por reducciones o desgravaciones, como si éstas no existieran. De la misma forma procederá computar las bases imponibles que en los Impuestos a Cuenta no hubieren sido gravadas en virtud de exención.

Y el artículo 33 del mismo texto dice en su número 2.º que el Ministerio de Hacienda podrá conceder la aplicación del tipo de gravamen del 20 por 100 a las distribuciones de reservas procedentes de plusvalías exentas del Impuesto sobre sociedades en los procesos de concentración de empresas. Este tipo se aplicará a las bases liquidables correspondientes con total independencia de las rentas procedentes de otras fuentes, en el ejercicio en que la distribución tenga lugar.

En resumen, que no se paga por Rentas del Capital pero sí por Renta de las Personas Físicas, si bien con una limitación del 20 por 100.

Existe, a nuestro modo de ver, una discordancia con el artículo 40, según el cual puede deducirse la cuantía íntegra de la cuota afectada por reducciones, desgravaciones o exenciones.

e) Por último, una regulación especial tienen las Sociedades Agrarias reguladas por la Orden de 17 de julio de 1958.

Estas sociedades además de los beneficios generales aplicables, tienen una bonificación de hasta el 95 por 100 del Impuesto sobre

las sociedades, cuando se constituyen por concentración de explotaciones.

VII

TRAMITACION

Las líneas generales de la tramitación y resolución de los expedientes para la obtención de beneficios fiscales en la concentración de empresas, son los siguientes:

a) Solicitud dirigida al Ministro de Hacienda expresando la forma en que la integración pretende llevarse a cabo, los beneficios que para la economía nacional se deriven y los actos y documentos para los que se pide la exención.

b) A las solicitudes se acompañarán:

1. Relación de empresas que se integran, con sus características técnicas, económicas y financieras.

2. Balances cerrados en el último día del mes anterior.

3. Copias autorizadas de las escrituras públicas en que se recogen los estatutos y sus modificaciones.

4. Justificación de ejercer las actividades que den lugar a la concentración durante los dos años anteriores.

5. Texto definitivo de los estatutos por los que se regirá la sociedad absorbente o la que resulte de la fusión o la de nueva constitución.

6. Proyectos de escrituras públicas de constitución, fusión o absorción, en sus respectivos casos.

7. Indicación de los contratos preparatorios que se hayan de celebrar.

8. Certificaciones de los valores del activo por los que se va a efectuar la integración, y de los anteriores con que figuraban en contabilidad.

9. Certificación de la cuantía de las plusvalías que se pongan de manifiesto en la concentración.

c) Informe de la Organización Sindical.

d) Examen del expediente por la Comisión Informadora sobre concentración de empresas.

e) Orden del Ministro de Hacienda acordando discrecionalmente la concesión o denegación, total o parcial, de las exenciones o bonificaciones solicitadas sin que contra su resolución quepa recurso alguno.

MARTÍN OVIEDO (4) estima que contra dicha Orden Ministerial puede interponerse Recurso Contencioso-Administrativo previo Recurso de Reposición ante el propio Ministro de Hacienda, basándose en que una disposición reglamentaria no puede excluir dicho recurso.

Sin embargo, creemos que las facultades del Ministro en este caso son absolutas.

En primer lugar, aún cuando los informes de la Organización Sindical y de la Comisión especial fueran favorables no son vinculantes, ya que a falta de disposición expresa en contrario hay que estar a lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958.

En segundo lugar, es norma tradicional en la regulación de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, que este recurso jurisdiccional sólo cabe cuando la autoridad administrativa viola un derecho anteriormente concedido, actuando en uso de sus facultades regladas. Y la Orden de 1965 dice claramente que el Ministro de Hacienda actuará discrecionalmente. Aunque la vigente Ley de lo contencioso-administrativo de 1956 no recoge la distinción de leyes anteriores entre facultades regladas y facultades discrecionales, esta distinción deriva de la propia naturaleza de la jurisdicción contencioso-administrativo. Si el Ministro puede actuar discrecionalmente no viola ningún derecho y no hace más que ejercitar las facultades que se le conceden.

Además, la facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las leyes y demás disposiciones en materia tributaria, corresponde al Ministro de Hacienda (art. 18 de la Ley general Tributaria de 28 de diciembre de 1963).

(4) «Aspectos administrativos y fiscales de las uniones de empresas».— Ed. Derecho Financiero.—Madrid, 1968.—Pág. 146, nota 421.

VIII

PLAZO

Dice la Regla 15 de la Orden de 5 de abril de 1965 que la «Orden Ministerial por la que se concede la exención... establecerá el plazo dentro del cual habrán de quedar definitivamente concluidas las operaciones de constitución, absorción, liquidación o fusión. Transcurrido el plazo fijado sin que dichas operaciones se encuentren totalmente realizadas, serán exigibles todos los impuestos a que las mismas hubieren dado lugar».

Es muy grave, pues, el incumplimiento de las expresadas operaciones dentro del plazo que se fije, máxime teniendo en cuenta que las operaciones de concentración dan lugar a una serie de actos y negocios, y cumplimiento de una serie de requisitos que pueden extenderse durante un dilatado plazo de tiempo cuya reducción no depende en muchos casos de la voluntad del empresario (actos sociales, otorgamiento de escrituras, expedición y presentación de copias en la Oficina Liquidadora del Impuesto, comprobación, liquidación y pago del mismo, inscripción en Registros públicos, subrogaciones, etc.).

Es muy difícil precisar qué actos y formalidades han de considerarse que deban cumplirse dentro del plazo señalado. Indudablemente, el título transmisivo (generalmente una escritura pública) hay que considerarlo incluido ya que constata la declaración de voluntad negocial por la cual se lleva a efecto la concentración y, por consiguiente, han de cumplirse también dentro del plazo todos los actos que son presupuesto necesario para el otorgamiento de dicha escritura.

La inscripción en el Registro Mercantil, que en la mayoría de los casos será no sólo procedente, sino obligatoria, tiene diversas modalidades:

a) Si se trata de constitución de sociedad o de fusión propiamente dicha, estimamos imprescindible que la constitución de la nueva sociedad se inscriba dentro del plazo, ya que la inscripción dota a la misma de personalidad, y mal pueden considerarse cum-

plidas las operaciones de concentración si la nueva sociedad no ha nacido a la vida jurídica.

b) Más dudoso es el caso de que se trate de una fusión por absorción, ya que por el hecho del otorgamiento de la escritura, la concentración ha tenido lugar siendo la inscripción en el Registro Mercantil de las modificaciones sufridas por la sociedad absorbente y de la disolución de las absorbidas un requisito obligatorio, pero no sustantivo para la concentración.

c) Nada dice la Ley ni el Reglamento del Registro Mercantil, para el caso de fusión pura o por absorción, sobre prioridad de inscripciones, es decir, si es necesario inscribir primero la inscripción de la constitución o absorción, o si procede primero la inscripción de la disolución de las sociedades fusionadas o absorbidas. Como disolución y fusión o absorción son actos simultáneos y recíprocamente dependientes, no existe razón alguna para imponer la inscripción de uno de ellos con carácter prioritario.

d) Por último, todas las operaciones que no son propiamente de concentración, sino consecuencia de la misma (formalización de titularidades, subrogaciones, requisitos administrativos y fiscales posteriores, etc.) pueden cumplirse una vez pasado el plazo concedido.

La formalización de titularidad de derechos no es propiamente un acto de concentración, sino la simple vestidura formal de algo que ya se ha producido.

A este respecto es muy interesante examinar qué documentación será necesaria presentar en el Registro de la Propiedad para inscribir a favor de la sociedad absorbente o resultante de la fusión, de aquellos bienes que pertenecieron a las sociedades absorbidas o fusionadas.

En la legislación hipotecaria no existe ningún precepto que lo regule específicamente, ni la doctrina española se ha ocupado del problema. Sin embargo, creemos que es aplicable el artículo 16 de la Ley Hipotecaria que la doctrina ha referido siempre y unánimemente a transmisiones por causa de muerte quizá por la infrecuencia de la sucesión universal *inter vivos*.

Efectivamente, por el hecho de que se cree por fusión una nueva sociedad o de que otra ya existente absorba a otras, se convierte

automáticamente en titular de todos los bienes y derechos de las sociedades fusionadas o absorbidas. Es precisamente uno de los pocos casos de sucesión universal *inter vivos*.

Como en la escritura de fusión, ni lo exige la Ley ni se suele hacer una descripción de los bienes pertenecientes a las sociedades absorbidas (ya que lo normal es que en el balance figure solamente una partida bajo la rúbrica «Inmuebles») no puede el registrador por dicha sólo escritura calificar cuales son tales bienes inmuebles; pero repito, el artículo 16 de la Ley Hipotecaria nos da la solución. La sociedad adquirente es dueña por título universal, de bienes no descritos individualmente y el hecho de que aparezcan inscritos a nombre de las sociedades disueltas es prueba fehaciente de que están comprendidos en la sucesión y, por tanto, bastará la escritura de fusión para que el registrador pueda inscribir los bienes que estuvieren escritos a favor de las sociedades disueltas. No tiene más que examinar el Registro. Puede ser perfectamente aplicable la doctrina de antiguas resoluciones (1 de julio de 1863, 7 de octubre de 1880, 14 de diciembre de 1894, 18 de junio de 1897) que declaran que al registrador le bastaba examinar los índices y registrar el derecho hereditario en todas las hojas registrales de todas las fincas inscritas a favor del causante. Ni siquiera consideró necesario un documento descriptivo.

Sólo en el caso de que se trate de fincas no inmatriculadas será necesario, además del título universal transmisivo, un documento fehaciente, al que se refiere el artículo 16 de la Ley Hipotecaria.

La Sociedad de Empresas

Dentro de la tendencia integradora de empresas a que se propende en la vigente legislación, se encuentra la figura económico-jurídica de la Sociedad de Empresas, regulada por la Ley 196/63 de 28 de diciembre.

La Sociedad de Empresas en el sentido estricto con que se regula en la citada Ley, es una Sociedad Anónima constituida por socios o empresarios individuales cuyo objeto es alguno de los siguientes:

a) Expansión, modernización y racionalización de las instalaciones productivas.

b) Aportación y adquisición de maquinaria y otros bienes de equipo para su utilización conjunta o particular.

c) Promoción de ventas de los productos obtenidos, fabricados o comercializados en los mercados nacional y extranjero.

d) El estudio de nuevas técnicas y de mejora de medios de producción para su ulterior aplicación.

e) Cualquier otro que pueda señalarse mediante Decreto acordado en el Consejo de Ministros.

La Ley 196/63 se dictó siguiendo la orientación marcada por el Decreto de 23 de noviembre de 1962 por el que se promulgan las directrices y medidas preliminares del I Plan de Desarrollo y que se refiere a «las medidas financieras y de existencia técnica o informativa para facilitar el desarrollo conveniente de las empresas medianas y pequeñas, así como para extender el procedimiento actual sobre facilidades para uniones y asociación de empresas que sean beneficiosas para la economía nacional». Estos conceptos se recogen también en la Ley 196/63 de 28 de diciembre por la que se aprobó el I Plan de Desarrollo.

La Orden de 25 de enero de 1964 regula la tramitación que ha de seguirse para gozar de los beneficios de la Ley.

También la Ley de Reforma Tributaria de 1964 afectó a la regulación de las Sociedades de Empresas por lo que el Decreto de 27 de julio de 1964 adaptó la Ley de 1963 al nuevo orden fiscal, aunque ateniéndose a su cometido y competencia se limitó a consignar la nueva denominación de los impuestos bonificados.

Por último, el Decreto-Ley de 26 de julio de 1967 amplía las bonificaciones fiscales del 95 por 100 al 99 por 100. No parece que sea aplicable a este caso la limitación temporal que señala la disposición transitoria ya que específicamente se refiere a la concentración e integración de empresas y a la renovación de las estructuras de las mismas y no a las Sociedades de Empresas. Lo que sucede es que el Ministerio de Hacienda no ha hecho uso aún de la autorización concedida para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación del Decreto-Ley. Ahora bien, como el artículo 4.º, apartado 2.º, declara que los beneficios fiscales deberán ser declarados especialmente en cada caso, consideramos que en esta materia, al menos, no es necesario el desarrollo de la Ley

y bastará cumplir los requisitos de la Ley de 1963 y de la Orden de 1964 para obtener la amplitud de beneficios del Decreto-Ley de 1967.

Ahora bien, la autoridad de la formulación legislativa es más que discutible. Se pretende facilitar la creación de Sociedades de Empresas mediante estímulos de orden fiscal y éstos son muy débiles. La Sociedad de Empresas no tiene ninguna exención ni bonificación. Los socios gozan de un beneficio del 99 por 100 por los dividendos que perciban repartidos por la sociedad creada, es decir, que ésta paga por la totalidad, y los socios el 1 por 100. Por otra parte, la Ley concede otros beneficios de tipo financiero que consisten en la posibilidad de emisión de obligaciones sin la limitación que establece la Ley de Sociedades Anónimas (art. 111) de que el importe total de la emisión no sea superior al capital desembolsado; pero este beneficio es más aparente que real, porque si la Sociedad de Empresas no se constituye cada socio-miembro podrá emitir obligaciones con arreglo a la cifra de su propio capital, que es en definitiva lo que la Ley de 1963 autoriza, es decir, la computación de los capitales sociales de las empresas otorgantes.

En realidad, la facilidad de la operación crediticia dependerá del mercado de capitales. Y en la coyuntura actual es tan enorme la competencia, tanto los incentivos que las empresas emisoras anuncian y tanto los beneficios fiscales que se ofrecen a suscriptores y tenedores, que es muy posible que si la Sociedad de Empresas obtiene crédito no será por la declaración de la Ley, sino por las garantías y beneficios que ofrezca y por su propia solvencia; teniendo en cuenta, además, que están sujetas como cualquier otra al régimen establecido por el Decreto de 6 de septiembre de 1961 para la emisión de títulos de renta fija, así como a las bonificaciones tributarias del Decreto-Ley de 19 de octubre de 1961, que son de aplicación general.

La Agrupación Temporal de Empresas

La Ley de 28 de diciembre de 1963 regula por primera vez en nuestra Patria la figura de la Agrupación Temporal de Empresas que puede ser configurada atendiendo a una doble característica restrictiva:

a) En primer lugar, su finalidad es el mejor desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, es decir, que ha de considerarse para un acto o negocio concreto.

b) En segundo lugar, y como consecuencia de su estricta finalidad, está limitada en el tiempo y siempre con un máximo de diez años, salvo la posibilidad de prórroga especiales.

A pesar de que el artículo séptimo de la Ley de 1963 habla de los empresarios que se agrupan temporalmente conforme al Derecho vigente, lo cierto es que esta figura no tiene antecedente alguno en nuestro Derecho y como toda institución nueva plantea el problema de determinar cuál es su naturaleza.

Parece evidente que este tipo de agrupaciones no tienen personalidad jurídica propia: viven y se mantienen sostenidas por los empresarios individuales o sociales que la constituyen.

Hay algunos datos que pueden inducir a pensar en la existencia de la personalidad, como son el tener representación propia (gerente único) y el inscribirse en el Registro Mercantil, pero frente a ello observamos que la Ley dice «gerente único de la agrupación con poderes suficientes de todos y cada uno de sus empresarios», luego tal gerente en realidad es representante de los empresarios-miembros. El hecho de la inscripción en el Registro Mercantil no significa que se inscriba como entidad independiente, abriendo hoja registral, que por otra parte, tropezaría con la dificultad de no existir sección hábil para ello. A nuestro entender, lo que exige la Ley es que la Agrupación Temporal se inscriba en cada una de las hojas de los comerciantes que la forman y por eso se exige dicha inscripción, incluso cuando se trate de comerciantes individuales.

Otro dato interesante para determinar la personalidad es el de la responsabilidad. La persona se caracteriza por tener un patrimonio propio con el que responde de todas sus obligaciones conforme a la Regla general del artículo 1.911 del Código civil. Pues bien, la unión temporal no sólo no desliga a las empresas coaligadas, sino que frente a terceros todos ellos son solidariamente responsables. La Agrupación Temporal no necesita siquiera tener patrimonio propio o bienes puestos en común. Puede constituirse sin que los empresarios unidos aporten más que esfuerzo y responsabilidad.

Por todo ello, creemos que lo que se constituye con la Agrupación Temporal no es más que una comunidad de gestión para la realización de una obra, servicio o suministro.

Los beneficios fiscales que se le pueden conceder son los mismos a los que nos hemos referido al hablar de la sociedad de empresas en cuanto le fueran aplicables.

Para la obtención de estos beneficios, el poder de la Administración es mucho más riguroso ya que se requiere informe favorable (en contra de la norma general de la Ley de Procedimiento administrativo) de los Ministerios afectados, de la Organización Sindical y del Instituto de Crédito a medio y largo plazo y resolución final del Ministerio de Hacienda. Con ello resulta que todos los citados Organismos tienen un verdadero derecho de veto en cuanto a la resolución del expediente.

Una modalidad especial de la Agrupación Temporal de empresas es la regulada en el párrafo 2.º del artículo 10.º de la Orden de 25 de enero de 1964, según la cual es posible la constitución sin cumplir los requisitos que se exigen con carácter general, con el único objeto de acudir a una subasta o concurso oficial, en cuyo caso se permite, como es lógico, que se cumplan *a posteriori* cuando el concurso o subasta se le haya adjudicado.

JOSÉ SERRANO TERRADES.

Registrador de la Propiedad.

Aspectos jurídicos de la planificación económica (*)

Esta disertación sobre «Aspectos jurídicos de la planificación económica» podría también titularse «El Plan de Desarrollo y el profesional del Derecho». Muchos juristas se preguntarán qué relación tiene su actividad profesional con el Plan de Desarrollo Económico. La calificación registral, la fe pública notarial, el asesoramiento de las empresas, la actuación diaria ante los Tribunales de Justicia ¿tiene algo que ver con el Programa de Inversiones Públicas, con el cuadro macroeconómico o con la distribución funcional o espacial de la renta?

A mi juicio, no sólo es conveniente, sino absolutamente necesario, que el profesional del Derecho conozca las líneas generales y muchos puntos concretos del Plan de Desarrollo Económico. Por tres razones:

1.º *Como españoles de nuestro tiempo.*—El hombre moderno no puede estar ausente de los problemas que le afectan. No puede ignorar la actividad política del Gobierno ni la evolución económica de su país. No puede encerrarse en el círculo estrecho de su vida personal, desconociendo el contorno que lo rodea.

2.º *Como universitarios.*—Un universitario no puede frenar su esfuerzo inicial en el momento en que su título es un medio de vida. Necesita proyectar su mente y sus conocimientos hacia los

(*) Texto de la conferencia pronunciada por D. Antonio de Leyva y Andía, Registrador de la Propiedad el día 21 de febrero de 1969 en el Colegio Nacional de Registradores.

hechos importantes que afectan al mundo, y que él, por su cultura, puede analizar y comparar para deducir soluciones aplicables a su país.

Un universitario no puede desconocer las Leyes fundamentales de la economía, los efectos de una devaluación monetaria, los elementos que intervienen en la formación de los precios o los hechos y consecuencias que producen una inflación.

3.º *Como juristas*.—Siendo español y universitario, le son aplicables las razones expuestas anteriormente. Pero además, el hombre de Leyes posee una especialización inmobiliaria, empresarial o fiscal, en materias que son tratadas muy especialmente por la planificación. El jurista moderno, como veremos después, tiene una importantísima misión que cumplir ante las nuevas formas de gestión que lleva consigo la dinámica del desarrollo.

Y ahora una advertencia previa:

En reducidas encuestas dentro del círculo de mis amistades, he escuchado atentamente críticas contra el Plan de Desarrollo y contra el Órgano encargado de su elaboración al que pertenezco. He preguntado después a los críticos, qué entendían por Plan de Desarrollo Económico y en qué consistía el promulgado para España por Ley aprobada en las Cortes. Creedme que muy pocos tenían una idea exacta de sus fines y de su contenido.

Ello me ha animado a preparar estas notas, aún a sabiendas de que para muchos de vosotros pueden ser innecesarias. Perdonadme. Veo aquí rostros muy conocidos por su competencia jurídica y económica y de los que he aprendido lo que yo pueda saber. Comprendo que su presencia en esta sala es una simple muestra de amistad hacia mí y tengo conciencia de que nada extraordinario van a oír.

Pero pienso también que algunos de vosotros apreciaréis mi intención de que podáis volver a vuestros quehaceres con dos o tres ideas nuevas, que pretendo os resulten claras, en vez de con una sensación abrumadora de cifras o de conceptos más o menos oscuros. Mi deseo es transmitirlos, en el lenguaje más sencillo posible, sin mengua de un cierto rigor jurídico, el fruto de mi experiencia durante cerca de seis años de colaboración con los economistas y políticos más brillantes de la Nación. Y sobre todo trans-

mitiros también mi convencimiento, de que el jurista debe cooperar con sus conocimientos, a la más adecuada instrumentación de las decisiones políticas y administrativas que afecten a la economía del país.

I.—ESQUEMA.

Mi formación de opositor castaniano (de CASTAN), me obliga a sintetizar los temas que he de esbozar, más que tratar, en un tiempo razonable, pues tengo conciencia de que las conferencias de larga duración cansan y las muy reducidas defraudan. Aplazo por tanto para el texto escrito, los fundamentos y las citas de cuanto aquí he de exponer.

El enfoque general de esta charla, es analizar la planificación desde el punto de vista jurídico. ¿Es la planificación un acto legislativo? Su contenido ¿Afecta exclusivamente a la política económica del Gobierno o tiene relación con figuras o instituciones jurídicas tradicionales? ¿Qué conexión tiene con el Derecho Público y con el Derecho Privado? ¿En que grado se relaciona con el Derecho Inmobiliario?

He estudiado detenidamente las conferencias y monografías que tratan directa o indirectamente sobre el tema. Con el fin de no cansaros con numerosas citas a través de esta disertación, me limitaré a indicar que es en Italia, y sobre todo en Francia, principalmente a través de MILHAUD y GAUDEMENT, donde más preocupan los aspectos jurídicos de la planificación. En España, es muy reducida esta inquietud. En el aspecto exclusivamente administrativo lo estudian VALLINA, VILLAR PALASI y GUITIAN. Merecen un lugar muy destacado, las aportaciones del Profesor MELLAN, quién en varias conferencias y monografías, analiza profunda y brillantemente los aspectos institucionales de la planificación.

* * *

En esta charla he de referirme en primer lugar, a las relaciones entre Economía y el Derecho y a las diferencias entre las leyes tradicionales y las decisiones económicas modernas.

Analizaré después el fenómeno de la intervención del Estado en la actividad económica, así como la planificación, para estudiar por último sus implicaciones jurídicas como institución y como generadora de nuevas técnicas.

Economía y Derecho.

Hasta hace poco podía hablarse, como decía SAVIGNY de una vocación de nuestro tiempo por el Derecho, mientras la Economía se limitaba a una serie de reglas empíricas y a veces utópicas, que podían constituir la base de determinadas tendencias o doctrinas políticas. En mis estudios universitarios, los temas económicos constituían sólo una asignatura sin importancia de un curso de Derecho.

De repente, la economía ha irrumpido en la vida de las naciones, de los gabinetes gubernamentales y en las páginas principales de los periódicos. Los conceptos de inflación, estabilidad, desarrollo, devaluación y otros tantos, han pasado del laboratorio de los especialistas a las conversaciones más corrientes. Aquella asignatura de Economía Política se ha convertido en una importante Facultad y el número de los que a ella acuden, progresa en la misma proporción en que disminuyen los alumnos de Derecho.

Se habla de una disociación o antagonismo entre Economía y Derecho o también de una subordinación del Derecho a la Economía, de forma que «el Derecho ha de ir a remolque de la actividad económica, y que el jurista, apresuradamente y con dificultad, ha de ir analizando y encajando como puede, y un poco a la fuerza, lo que otros, con mentalidad, métodos y horizontes distintos, van creando». (1)

Otros estiman que el Derecho debe abarcar también la actividad económica, ya que las modernas técnicas no han aportado ninguna novedad a los esquemas tradicionales. Se habla así, de un Derecho Económico con autonomía jurídica que comprendería las nuevas figuras nacidas de la dinámica del Desarrollo. (2)

(1) Cfr. VILLAR: *La intervención administrativa en la Industria*, pág. 52 y MEILÁN: *El estudio de la administración económica*, pág. 51.

(2) NUSSBAUM: Citado por MEILÁN: *El estudio de la Administración Económica*, págs 59 y 60; MAYER: *Problemas y tendencias de la Administración y de la Ciencia Administrativa en la República Federal Alemana*, «D. A.», número 100, pág. 66.

A mi juicio, entre Derecho y Economía no debe existir ni antagonismo ni subordinación. Sólo coordinación.

El jurista ha de analizar las nuevas actividades surgidas en la vida económica y encauzarlas dentro de la legalidad para que produzcan todos los efectos deseados.

La Economía y el Derecho, deben ser los dos pilares sobre los que se apoye el político que adopte decisiones económicas. La política económica acordada por un Gobierno debe contar con su viabilidad de acuerdo con el diagnóstico de los economistas. Pero para que esta decisión sea plenamente efectiva, será precisa una adecuada instrumentación jurídica.

«La Economía necesita del Derecho para ser real. Las medidas de política económica, han de traducirse en normas jurídicas. El Derecho es, cuando menos, el cauce para la realización de la economía, es su portador, determina su forma». (3)

Sólo así el Derecho cumple su auténtica función de «conocer los cambios que se operan dentro de él y que en muchas ocasiones son el reflejo de las concepciones ideológicas reinantes en el contexto social». (4)

¿Cuál es el camino para que se produzca esta instrumentación jurídica adecuada?

Antes de analizar la operativa, creo que lo más importante es el cambio de mentalidad del jurista, con el convencimiento de la honda transformación que se ha operado en su contorno y la necesidad de actuar con nuevas técnicas alejadas de los moldes tradicionales.

Las Leyes tradicionales y la Economía.

La primera dificultad se produce al observar la contradicción entre el proceso lento, madurado y contrastado de las buenas leyes tradicionales, y la rapidez, la urgencia y la oportunidad de las decisiones económicas.

Una ley tradicional, bien construida, está pensada para su permanencia en el tiempo y en el espacio. Una decisión económica

(3) VIGORITA: *La iniciativa económica privada en el Derecho Público*.

(4) MEILÁN: *El estudio de la Administración Económica*, págs. 77 y 78.

está acordada para enlazarse con otras que conduzcan a la consecución de objetivos concretos en un plazo determinado y relativamente breve.

La Administración ha de adaptarse en sus actos a las circunstancias de la dinámica del momento. Necesita una organización interna y un marco legal operativo que sea ágil y flexible y que permita la discrecionalidad en la decisión.

Pero ha de evitarse también la arbitrariedad. El llegar a este justo equilibrio entre la garantía que ofrece la Ley tradicional y la eficacia del acto administrativo que exige la actual vida económica, debe ser función del jurista moderno.

«El equilibrio entre la eficacia y justicia, o entre Poder ejecutivo y legislativo, o entre intervención del Estado y libre actuación de los particulares, no puede lograrse mediante una restauración de la ordenación jurídica pasada: el equilibrio ha de buscarse en un punto nuevo» (5).

La intervención del Estado en la actividad económica. (Administración de desarrollo y Administración de legalidad).

Tradicionalmente, la función del Estado ha sido siempre la de tutelar el mantenimiento del Derecho y del orden preestablecido mediante el ejercicio de la justicia. La actividad económica era materia ajena a la acción estatal. Todo lo más sus decisiones eran prohibitivas o limitativas de la actuación privada en cuanto rozase el libre ejercicio del derecho de los demás.

La complejidad y el ritmo de la vida económica moderna, los efectos que pueden producir las decisiones de las grandes empresas o la suma de las decisiones individuales basadas en el pánico o en reacciones psicológicas, han hecho irrumpir al Estado en la actividad económica. Este proceso, irreversible, como se dice ahora, llega hasta la creación de las Empresas Públicas que han de actuar bajo el principio de subsidiaridad, acometiendo aquello que, siendo útil para el bien común, no puede llevar a cabo la iniciativa privada.

No cabe analizar aquí si esta intervención es buena o mala. Es simplemente un hecho que afecta a todos los países, en mayor o

(5) MEILÁN: *El estudio de la Administración Económica*, pág. 57.

menor grado, con uno u otro sistema político, y que debemos contemplar examinando sus efectos y sus consecuencias.

Esta transformación de la actividad del Estado ha producido, está produciendo y debe producir lo que MEILÁN, en frase feliz, denomina el cambio de una Administración de legalidad a una Administración de desarrollo.

Examinemos las consecuencias de esta intervención estatal.

«No existe actualmente ninguna decisión de tipo legal o político que no tenga alguna incidencia en la vida económica de la nación» (6).

Ello obliga a que el Estado tenga que pensar en recurrir a la investigación operativa, es decir, a la utilización de técnicas apropiadas que asegure que la decisión económica que se tome, produzca los efectos deseados fijándose en el «consecuente» y no en el «precedente» que sería válido en el contexto jurídico.

MILHAUD (6) analiza estas técnicas y pone como ejemplo los sistemas adoptados en las grandes empresas para prever los efectos posibles de las decisiones importantes.

Estos sistemas son los llamados «métodos de simulación», en conexión con el empleo de calculadoras electrónicas y consistentes en el estudio del comportamiento de los sistemas técnicos o económicos por medio de una representación simplificada, material o abstracta. Los principales métodos son:

1. *Experimento sobre maquetas*: En el campo de la ingeniería, existen ejemplos de este método, estudiando sobre maquetas los efectos de las mareas para la construcción de un puente o reconstruyendo el medio exterior en que la aeronave evolucionará ulteriormente. Al finál de estas experiencias los técnicos disponen de datos que permiten construir el nuevo tipo de puente o de aparato con el máximo de posibilidades de éxito.

2. *Ensayo sobre modelos abstractos*: Es frecuente también simular el comportamiento de determinados ingenios, tales como cohetes, sin ayuda de maquetas experimentales: los ensayos se hacen a partir de un modelo abstracto constituido por una serie de ecuaciones matemáticas que representan los fenómenos reales

(6) MILHAUD: *La Administración ante los métodos modernos de gestión*, «D. A.», núm. 100, pág. 160.

conocidos. A partir de ello pueden obtenerse un gran número de trayectorias teóricas, deduciendo un modo operativo que permitirá conseguir un objetivo determinado.

3. *Los juegos de empresas*: Lo que caracteriza estos juegos es la presencia de equipos competidores que aportan a la simulación las reacciones individuales y colectivas de nuestros semejantes.

Las decisiones tomadas por un director, basadas a la vez en el conocimiento que tiene de su empresa y en elementos subjetivos, provocan reacciones en sus colaboradores inmediatos y también en las empresas competidoras. Por ello, es necesario tomar constantemente medidas correctoras de adaptación a la coyuntura.

En resumen, estos métodos consisten en simular la actividad de los cargos directivos, confrontando las reacciones y efectos que producirían sus decisiones para apreciar si ellas conseguirán los fines propuestos.

* * *

Los métodos enunciados no son una pura fantasía producto de una excesiva tecnificación de la actividad humana. De hecho, estas técnicas se emplean en las grandes empresas e incluso en determinadas Administraciones. En Francia, por ejemplo, se ha aplicado con éxito, para la Unión Nacional de las Cajas de Subsidios Familiares mediante el empleo de un calculador por el Departamento de Energía Nuclear de la Sociedad Alsaciana de Construcción Mecánica.

No está muy lejana la fecha en que estas técnicas se generalicen. Mientras tanto, ha de bastarnos con que la nueva mentalidad que ha de adoptar el político para tomar sus decisiones sea cada vez más meditada, ponderando los efectos no sólo económicos sino también psicológicos que han de producir sus actos. Y que esta meditación, he ahí la dificultad, ha de ser compatible con la rapidez que exige la urgente resolución de los problemas que se presentan a su consideración.

En cuanto al jurista, como responsable de la concreción en normas que hagan posible la decisión político-económica adoptada, debe estar imbuido de esa mentalidad ponderada y dinámica a la vez. Al preparar la norma, no le bastará con su formación ju-

ridica tradicional sino que deberá proyectarla a la previsión de las consecuencias probables que su redacción produzca, en forma que se cumplan los fines perseguidos por la decisión política, sin contradicción alguna con el marco legal preexistente.

La planificación.

En la introducción del II Plan de Desarrollo se concibe éste, en su conjunto, como una pauta o norma de comportamiento de las decisiones económico-sociales o como un instrumento indispensable para la constante confrontación de la actividad económico-social.

Entiendo que debe precisarse más esta definición y expresar en lenguaje llano qué se entiende por planificación, qué fines persigue, cómo se elabora y qué efectos produce.

Cuando en la vida se pretende conseguir un objetivo que requiere en el tiempo una serie de actos continuados, puede hacerse de dos formas: dejar a la improvisación la conducta a desarrollar en cada momento en que se presente la necesidad de actuar, o prever los problemas, los actos y las decisiones en forma que su sucesión y su realización nos conduzca a la consecución del objetivo previsto.

Si pensamos en la forma económica de actuar una familia con sus recursos monetarios limitados, la decisión de las inversiones y de los gastos puede hacerse en forma impremeditada o puede planificarse destinando sus recursos equilibradamente. Las necesidades de vivienda, de educación, sanitarias o de alimentación de la familia deben satisfacerse en forma ordenada y proporcionada a los recursos disponibles.

Si una empresa industrial acomete una actividad económica, deberá estudiar la producción y la comercialización de los productos que fabrique, así como el plazo, lugar y forma de las inversiones que realice. En suma, deberá planificar tanto en la creación de la industria, como en su vida económica ulterior.

Traslademos estos conceptos vulgares de la vida corriente a la política económica que ha de llevar a cabo el Gobierno de un país. Es evidente que para cada Departamento Ministerial su función es la más importante y que las necesidades de viviendas, escue-

las, alimentos, carreteras, etc... individualmente consideradas, precisarían la totalidad de los ingresos del Estado para satisfacer las necesidades existentes en la Nación.

Pero, ¿puede admitirse una desigual distribución de las inversiones sin tener en cuenta la limitación de los recursos? De otra parte, ¿no es cierto que hay necesidades prioritarias que satisfacer en cada país que son distintas también en cada momento de su coyuntura económica?

Dice BLOCH-LAINEZ que «asusta la palabra planificación cuando la pronuncia el Estado o es pronunciada por cuenta del mismo. Pero, ¿qué hacen los empresarios avezados, cada uno por su cuenta o conjuntamente, sino planes de inversión con vistas a varios años? ¿Por qué habrán de resultar ilegítimas para el sector público, reglas de conducta estimadas como válidas para el sector privado»? (7)

«Ningún liberal, a menos que se trate de un anarquista, piensa ya que el Estado debe abstenerse de toda intervención en la vida económica, ni que las virtudes del "laissez-faire, laissez-passar", basten para asegurar la prosperidad de la nación y la justicia social.

En el otro extremo, ningún experto se atreve a afirmar categóricamente, que una planificación generalizada, puede suprimir los problemas al reemplazarlos por una disciplina". (8)

Suele decirse que sólo existe planificación económica en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo y que las potencias económicas como Estados Unidos o Alemania Federal, carecen de un Plan de Desarrollo al estilo del francés o del español.

No debe olvidarse, sin embargo, que toda la política económica tiene que estar debidamente planificada. En Estados Unidos, el plan está realizado por varios departamentos ministeriales y por las empresas, algunas de las cuales, las más grandes, son tan importantes como un Estado; así sucede con el presupuesto de la «General Motors», que es similar al del Estado español.

Como dice JOHN W. MACY, «ni en una economía doméstica, ni en una nación, existe nada parecido a recursos ilimitados. Por ello, no podemos hacer todo lo que quisiéramos. De ahí que las cosas

(7) BLOCH-LAINEZ: *En busca de una economía concertada*.

(8) BLOCH-LAINEZ: *Idem.*, pág. 11.

que elegimos representan el sacrificio de la oportunidad de hacer algo diferente» (9).

En el mismo sentido, el Gobierno de la República Federal Alemana, establece el sistema de estímulo por medio de subvenciones o desgravaciones fiscales, para promover instalaciones industriales adecuadas a los fines que persigue la política económica del Gobierno. FRANZ MAYER, dice que «sin la subvención y otras medidas afines a la intervención económica, no habría sido posible la reconstrucción y resurgimiento de Alemania» (10).

Los mensajes de los Presidentes de los Estados Unidos o las declaraciones ante los Parlamentos del primer Ministro de muchos Gobiernos, suponen una síntesis de la programación de la política a adoptar por ellos.

Cuestión distinta es si esta planificación tiene una expresión formal, publicada o programada, como ocurre con el Plan de Desarrollo francés o español.

* * *

¿Qué es un Plan de Desarrollo? ¿En qué consiste el Plan de Desarrollo español?

Antes de construir una definición, veamos su contenido y caracteres:

Contenido.—El Plan de Desarrollo español comprende, en primer lugar, la formulación de unas previsiones para un período limitado de tiempo (4 años); un estudio científico de la evolución que se prevé han de tomar las grandes magnitudes económicas y sociales; unos objetivos a conseguir de acuerdo con estas previsiones y con los recursos existentes; una operativa señalando los medios para conseguir estos objetivos; y, por último, una ordenación de las inversiones públicas a realizar por el Estado, por las Empresas nacionales y por las corporaciones locales distribuidas sectorialmente y conforme a un orden de prioridades.

(9) JOHN W. MACY J. R.: *Problemas actuales de la Administración pública en los Estados Unidos*, pág. 97.

(10) F. MAYER: *Problemas y tendencias de la Administración y de la ciencia administrativa en la república Federal Alemana*, «D. A.», núm. 100, página 69.

Al mismo tiempo, el Plan contiene detalladamente un diagnóstico de la situación económica actual y una previsión de su evolución futura.

Caracteres.—El Plan de Desarrollo económico español, entre otras, enuncia una serie de características como son la de ser económico-social, global y coordinado, selectivo, y vinculante para el sector público e indicativo para el sector privado.

Sin perjuicio de aceptar estas características, creemos que los caracteres fundamentales de la planificación son los siguientes:

1. *Es un programa flexible de acción política:* Es decir:

a) Es un programa económico de carácter técnico.

Su elaboración se produce con unas técnicas apropiadas de carácter económico. Los objetivos sectoriales que se fijan tienen la limitación de sus posibilidades de acuerdo con los recursos disponibles y con la previsión de cómo evolucionarán las grandes magnitudes socio-económicas.

b) Es un programa de acción política.

El Plan persigue unos fines, tiene unas metas y empleará unos medios que suponen decisiones políticas de carácter agrario, industrial, laboral, etc...

c) Es un programa flexible.

«Esta expresión puede parecer una mera componenda verbal cómoda y apaciguadora. No es esto lo que significa, o mejor, no solamente es esto. Flexible significa, que los objetivos pueden ser revisados sobre la marcha, según la coyuntura y los primeros resultados y que los medios dejen a los ejecutores un campo de acción bastante amplio conservando una gran autonomía de decisión» (11).

En efecto, las circunstancias pueden hacer variar los objetivos concretos a alcanzar o los medios que hayan de ser empleados, por circunstancias de orden interno (por ejemplo, alteraciones de orden público que afecten a las fuentes de producción) o de orden exterior con repercusión interna (devaluación monetaria). Así sucedió con el V Plan francés que hubo de revisarse totalmente en

(11) BLOCH-LAÍNEZ: *En busca de una economía concertada*, pág. 23.

cuan-to a los objetivos, a raíz de los acontecimientos de la primavera de 1968. Y así ocurrió con la elaboración del II Plan de Desarrollo español, que hubo de reajustarse como consecuencia de la nueva paridad de la peseta en noviembre del mismo año 1968.

De otra parte, la política económica del Gobierno—incluso de un mismo Gobierno—, es conveniente que pueda ser revisada cuando las circunstancias que concurren en la fase de ejecución del Plan lo exija. Así lo prevé nuestro Plan al enunciar las llamadas señales de alerta, destinadas a llamar la atención sobre ellas, de forma que antes de alcanzar toda su intensidad, faciliten una rápida acción correctora por parte de la política económica.

2. *Es un instrumento de información para el sector privado:*

La creciente actividad del Estado lo califica como el principal productor de bienes y servicios del país. Las decisiones que ha de tomar la Administración, de acuerdo con la política económica, pueden afectar sensiblemente e incluso trascendentalmente al programa de actuación del sector privado. Por ello, el particular debe estar informado con antelación suficiente de la conducta a seguir por el Estado, para amoldar su actuación a aquélla y cooperar con su actividad a la consecución de los objetivos previstos en el Plan.

Cada vez es más constante y necesaria la recíproca información entre los programas del Gobierno y los programas del sector privado. De ahí que el Plan constituya un auténtico concierto y ensamblaje de actividades económicas imprescindibles para que el éxito corone las decisiones que se adopten.

3. *Es un programa vinculante para el sector público:* «El Plan supone una declaración de la política del Gobierno que se diferencia de un programa político normal por su carácter técnico» (12).

El Estado se compromete a llevar a cabo los proyectos económicos de acuerdo con los criterios señalados en el Plan. En consecuencia, legislativamente se obliga a elaborar las normas jurídicas necesarias a los fines marcados en el Plan, y entre ellas los proyectos de Ley que sean precisos, según la materia, así como

(12) MEILÁN: *Influencia de la planificación del desarrollo en la Administración pública*, «D. A.», núm. 100, pág. 367.

a actuar dentro de sus facultades regladas en el sentido marcado por el Plan.

Pero esta vinculación no ha de entenderse en un sentido jurídico estricto que no estaría de acuerdo con el carácter de flexibilidad que le hemos atribuido anteriormente. Más bien podría decirse que la vinculación que asume el Gobierno por el Plan, es un compromiso de carácter político.

4. *El Plan es indicativo para el sector privado:* Como dice el profesor VEDEL, «el Plan está escrito en indicativo, a veces en optativo, jamás en imperativo. De esta manera, el Plan se limita a establecer un programa sin imponerlo coactivamente a los diversos agentes económicos cuya libertad ha de quedar salvaguardada» (13).

* * *

Con este contenido y con los caracteres enunciados, podemos intentar una definición del Plan de Desarrollo español.

A mi juicio, el Plan es el instrumento formal de la política económica del Gobierno, a reserva de las modificaciones que impongan las circunstancias y la coyuntura.

Naturaleza jurídica del Plan de Desarrollo.

Se subrayan los aspectos económicos y sociales de la planificación, con olvido de otros aspectos, como los jurídicos, lo que es objeto de esta disertación.

Externamente, el Plan es un informe general que fija los objetivos económicos elaborados por la Comisaria, como síntesis de los trabajos y propuestas realizadas en el seno de las Comisiones sectoriales. Los miembros de estas Comisiones son designados por el Vicepresidente del Gobierno; representan a la Administración, a los empresarios, a los obreros, o se trata de expertos en materias determinadas.

Si como hemos observado, el Plan se ha sometido a las Cortes españolas como proyecto de Ley, y ha sido objeto de amplios debates en la Comisión de Leyes Fundamentales y Presidencia del

(13) GAUDEMET: *La influencia de la política de planificación económica en el derecho público francés*, pág. 10.

Gobierno, parece que debíamos aceptar que el Plan de Desarrollo es una Ley. Sin embargo, los Registradores de la Propiedad, tenemos un precepto, no de Derecho privado, precisamente, que nos obliga a «atender a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado».

El jurista debe, en efecto, analizar las instituciones o los actos, conforme a su verdadera naturaleza, pues si ésta no se correspondiera con la denominación que se les otorgue, se producirían distorsiones en la práctica. Así ha sucedido con el proyecto de Ley del Plan de Desarrollo, pues en su debate parlamentario no se ha seguido una línea homogénea, ya que lo que han discutido los Procuradores no ha sido una simple Ley, sino más bien la política económica general del Gobierno o sus aplicaciones concretas reflejadas en el Plan.

Veamos las posibles calificaciones jurídicas que puede tener un Plan.

1.º *El Plan es un acto legislativo*: La aprobación por las Cortes del Plan por medio de una Ley ordinaria, prestaría al Plan, según esta teoría, carácter legislativo. En este sentido parece opinar ANDRÉ DE LAUBADERE, cuando dice: «¿Es que el Gobierno no está obligado a ejecutar el Plan igual que está obligado a ejecutar las Leyes?» (14). Se critica esta teoría por las siguientes razones:

a) El Plan se elabora fuera de las Cortes por procedimientos originales, y el Parlamento no puede hacer más que aprobarlo o rechazarlo en bloque.

b) El Plan no vincula al Gobierno igual que una Ley. Como hemos dicho anteriormente, el Gobierno puede revisar el Plan una vez aprobado, como consecuencia de circunstancias especiales de orden interior o exterior o por la intensificación de las llamadas señales de alerta que exigiría unas acciones correctoras. Esto puede hacerse sin que nadie piense que se ha violado una Ley.

c) Si el Plan fuera solamente una Ley ordinaria, no se impondría de forma alguna a las Cortes, ya que una Ley puede siempre deshacer lo que otra Ley haya hecho. Sin embargo, so pena

(14) GAUDEMET: *La influencia de la política de planificación económica en el derecho público francés*, págs. 15 y 16.

de perder todo su valor, el Plan vincula en cierta forma a las Cortes, pues, por ejemplo, deberá aprobar los proyectos de Ley que se elaboren posteriormente por el Gobierno de acuerdo con las directrices del Plan. En esto no hay, sin duda, una obligación jurídica estricta, sino tan sólo una llamada que no se puede desoir sin que se produzcan graves consecuencias, tanto políticas como económicas.

2.º *El Plan es un pacto o concierto*: Siendo el Plan una síntesis de los acuerdos o propuestas otorgados en el seno de las Comisiones, el voto de las Cortes viene a ser una especie de ratificación, cuyo valor jurídico es comparable al que prestan a los tratados internacionales, sin por ello transformarlos en Leyes.

Esta es la posición de BLOCH-LAINEZ cuando describe en su obra, «En busca de una economía concertada», que «un Plan nacido del concierto contiene esencialmente objetivos de inversiones determinadas por los objetivos de producción. Como contrapartida, el Estado ofrece su ayuda en diversas formas, fundamentalmente financieras. Hay aquí un verdadero contrato expícito o implícito, entre empresas y colectividades».

Esta misma idea ha sido desarrollada por M. JACKUOT, en su tesis doctoral «Investigaciones sobre el régimen y la naturaleza jurídica de los planes franceses».

El Plan aparece así como un contrato social de nuevo cuño económico, y no ya político. Dice GAUDEMET en su obra citada que «esta tesis tiene la ventaja de poner de relieve la postura adoptada por los interesados, tanto del sector privado como del público, durante la elaboración del Plan. A su vez, tiene el mérito de hacer de él una auténtica carta que se impone al Estado y a los particulares, a reserva de las modificaciones que la marcha de la coyuntura pueda producir».

Se critica esta teoría por las siguientes razones:

a) Los agentes económicos, tras la adopción del Plan, siguen estando libres, porque el Plan no es obligatorio, sino indicativo. En la Ley aprobatoria del I Plan de Desarrollo español, se decía en su artículo 2.º que «las previsiones y objetivos consignados en el Plan, no constituyen obligaciones para el sector privado, salvo que se establezcan por Ley o cuando se acepten libremente, en

función de beneficios o incentivos otorgados por el Estado y demás entidades públicas». Si el Plan fuera un verdadero contrato, ningún tipo de estímulo sería preciso para hacerlo respetar.

GAUDEMET dice que «si los agentes económicos no se sienten vinculados por el Plan como si fuera un contrato, es porque en el procedimiento de elaboración, los miembros de las Comisiones nombrados por el Gobierno, no los representan auténticamente».

b) «El Plan no puede ser un auténtico pacto entre el Estado y la nación, dado el enorme predominio ejercido por el Estado a lo largo de su elaboración. Y es que éste, no solamente designa discrecionalmente a los representantes de la Administración y a los expertos, sino que también designa a las personas que se presume representan a los patronos y obreros» (15).

3.º *El Plan es un acto programa*: Según GAUDEMET, «el Plan, tiene una cierta similitud con los programas gubernamentales leídos por los jefes de Gobiernos parlamentarios ante las Asambleas legislativas. El Plan—dice—, es el programa económico y social que se fija una nación».

De esta forma se explicaría el complejo precedente de su elaboración. La solemnidad debe prestarle toda su fuerza. La consulta de los expertos, sirve para garantizar la calidad técnica de los programas aprobados. La participación de la Administración, en especial del Ministerio de Hacienda, asegura que los objetivos y los medios son compatibles con las posibilidades financieras. La ratificación parlamentaria, finalmente, constituye para el Parlamento un compromiso moral de aprobar las medidas legislativas o presupuestarias que sean necesarias, a medida que el Plan se vaya ejecutando.

Si bien el programa no está sujeto a sanciones jurídicas—sigue diciendo GAUDEMET—, puede tener sanciones de otra naturaleza. Así:

— Para el Estado, el respeto al Plan se impone por razones de carácter político, como el respeto a un programa electoral o de Gobierno.

(15) GAUDEMET: *La influencia de la política de planificación económica en el derecho público francés*.

— Para el Gobierno, como para el Parlamento, cualquier modificación del Plan que no viniera justificada por un cambio de la coyuntura, aparecería como un abandono de los compromisos solemnemente contraídos, y la nación no dejaría de sacar las consecuencias políticas de lo que tendría derecho a considerar como una traición.

— En cuanto a los particulares, es el interés y no la coacción jurídica la que debe empujarles a seguir el programa trazado por el Plan. Por esta razón los mecanismos de «estímulo», deben conducirlos a orientar sus actividades.

— En el Plan, en suma, puede verse una especie de acto colectivo, habida cuenta de la multiplicidad de agentes que participan en su elaboración y se comprometen a respetarlo, sin estar, no obstante, obligados jurídicamente por ello.

* * *

A nuestro juicio, ninguna de estas tres teorías responden exactamente a la auténtica naturaleza jurídica del Plan de Desarrollo, pues todas ellas pretenden calificar en bloque y como algo unitario lo que, en realidad, está constituido por una suma de hechos o actos totalmente diferentes.

En efecto, el Plan no puede ser una Ley, puesto que carece de las características de generalidad y obligatoriedad que corresponden a los actos legislativos. Tampoco puede ser un contrato bilateral, en cuanto que una de las partes no quede obligada por ello y la otra tiene un poder de decisión superior. Por último, tampoco puede ser un simple programa de Gobierno, ya que el Plan puede llevar consigo consecuencias jurídicas que desembocan en Leyes o convenios entre el Estado y los particulares.

Para deducir la verdadera naturaleza del Plan, debemos analizar su contenido complejo y, sobre todo, sus distintas fases de elaboración, aprobación y ejecución.

Como se ha dicho, la elaboración se produce mediante una síntesis de los acuerdos o propuestas de las distintas Comisiones sectoriales. Esta síntesis constituye un instrumento técnico que, previo un diagnóstico de la situación económica del momento,

proyecta una hipótesis para el futuro a fin de obtener una elevación del nivel de vida del país.

En suma, en la fase de elaboración y una vez concluida ésta, constituye el Plan un simple instrumento técnico de la situación económica actual y de la posibilidad de una futura evolución favorable.

Al aprobarse por el Gobierno se convierte el Plan en una acción solidaria de política económica asumida por aquél con el compromiso de llevarla a cabo mediante acciones concretas que permitan conseguir las metas fijadas en los objetivos.

La aprobación parlamentaria, que en ciertos países no es imprescindible, supone una ratificación de las Cortes a la política económica programada por el Gobierno.

Hasta ahora, no puede hablarse de naturaleza jurídica del Plan ni como Ley, ni como contrato, pues la ratificación por el Parlamento debe producir solamente un compromiso moral de aprobar las medidas legislativas necesarias para la ejecución del Plan, de acuerdo con las directrices en él contenidas.

Es en la ejecución posterior del Plan y mediante la elaboración legislativa expuesta, cuando podrán producirse nuevas figuras jurídicas que deberán ser objeto de previa instrumentación por el jurista y que entonces podrá calificarse como Leyes, como contratos o como cuasi contratos procurando encajarlos en las figuras tradicionales o reconociendo su novedad.

Así, pues, a nuestro juicio, el Plan es un acto de política económica de carácter técnico, que sólo producirá auténticos efectos jurídicos en el momento de su ejecución.

Nuevas técnicas jurídicas como consecuencia de la planificación.

La planificación lleva consigo nuevas formas de gestión que a su vez crean figuras jurídicas que no se ajustan a los moldes tradicionales.

Hasta ahora, la actividad de la Administración se concretaba a obtener de los particulares determinadas prestaciones y suministros. El sistema de concurso o subasta y, excepcionalmente la contratación directa se imponen con normas predeterminadas que el particular ha de aceptar.

Así ha podido decir MESTRE que el Derecho administrativo es el Derecho de la desigualdad.

Actualmente, la Administración inicia con los particulares conciertos especiales de carácter económico en forma que la participación del sector privado en el desarrollo es cada vez más intensa y coordinada.

Estas nuevas figuras jurídicas, que GAUDEMET denomina «contratos de Administración», los clasifica este autor de la siguiente forma:

1.º *Contratos de programa*: Estos convenios permiten a las empresas o sectores económicos que los suscriben, beneficiarse de una cierta libertad en el establecimiento de sus precios, debiendo comprometerse, como contrapartida de ello, a seguir en su gestión un programa conforme a los objetivos del Plan. (Esta clase de contratos fueron previstos en Francia en una Orden Ministerial de 9 de marzo de 1966.)

2.º *Los contratos de estabilidad que se desarrollan a raíz del Plan de estabilización francés del año 1963*: Permiten a las empresas—a pesar del bloqueo de precios—, elevar los de ciertos productos, a condición de disminuir los de otros, con el fin de mantener la estabilidad del nivel medio de los precios.

3.º *Los contratos de exportación*: En los que el Estado se compromete por vía del estímulo contractual, en forma que las empresas se obligan a incrementar en una cantidad determinada sus exportaciones y el Estado le concede determinadas facilidades de orden económico y financiero.

4.º *Los contratos fiscales*: Por los que a cambio de ventajas fiscales, las empresas se comprometen a orientar su desarrollo en el sentido fijado por el Plan.

Nuevas técnicas jurídicas en la planificación española.

En la planificación española, y sin pretensión de agotar el tema, podemos señalar las siguientes figuras jurídicas especiales:

1.º El convenio entre la Administración y las empresas privadas, para llevar a cabo proyectos industriales en los Polos de Promoción y Desarrollo, o en las Zonas de Acción Regional.

2.º Las actas de concierto celebradas por la Administración con la iniciativa privada, para el cumplimiento de determinados objetivos de carácter sectorial.

3.º La declaración de sectores prioritarios, industriales o agrarios.

4.º Los convenios de exportación, mediante los cuales se otorgan determinados beneficios, condicionados a la exportación de determinados productos.

5.º Los contratos para la construcción de viviendas de protección estatal, mediante la concesión de subvenciones o desgravaciones fiscales.

Naturaleza jurídica de esta clase de convenios.

Podía alegarse que estas figuras tienen una condición eminentemente contractual, de carácter sinalagmático, pues existen prestaciones recíprocas por parte del sector privado y de la Administración.

A juicio de GAUDEMET, cabría denominarlos «cuasi contratos», cuya expresión, por cierto, apareció en el Plan provisional francés de 1960. Además, en el caso de que la Administración no cumpliera lo convenido, habría un incumplimiento de una promesa de estímulo y el Estado podría verse condenado a una indemnización por falta cuasi contractual. En la jurisprudencia francesa existen casos de condena al Estado a abonar una indemnización, por ejemplo, por haber negado contingentes de exportación después de haberlo prometido. Algunos juristas han querido ver en estos convenios una especie de *concesión del servicio público de ejecución del Plan*, que se confía a grupos profesionales.

Para GAUDEMET, se trata de “cuasi contratos” que adoptan en su mayoría los caracteres de los *actos-programas*: están desprovistos de sanciones jurídicas rigurosas, y su ejecución está subordinada al mantenimiento de la coyuntura económica, financiera e incluso política, reinante en el momento de su adopción.

A nuestro juicio, estas nuevas técnicas de gestión, no pueden configurarse ni como contratos, ni como cuasi contratos.

Pongamos un ejemplo:

El Gobierno, de acuerdo con las directrices de desarrollo regional señaladas en el Plan, decide promocionar industrialmente una zona.

En primer lugar, se acometen las obras de infraestructura adecuadas, como carreteras, abastecimiento de agua, preparación de suelo industrial, etc...

Hasta aquí, la Administración actúa conforme a sistemas tradicionales, realizando inversiones públicas de diversa naturaleza, creando una base para una futura expansión económica.

Pero la Administración moderna de desarrollo, necesita, además, que el sector privado acometa en esa zona inversiones productivas generadoras de riqueza que dé lugar a la creación de nuevos puestos de trabajo mejor remunerados con la obtención de productos industriales que precisa el país.

Como la zona señalada no goza de un adecuado ambiente industrial, empresarial y laboral, es evidente que el sector privado se resistirá a instalarse en la zona por muchas apelaciones que el Gobierno haga al patriotismo o a su promesa de una inversión pública cada vez más intensa en infraestructura.

La Administración hace uso entonces de una acción desconocida en su forma de actuar tradicional; la del estímulo material a través de subvenciones a fondo perdido, desgravaciones fiscales o preferencia para la concesión de crédito oficial.

La Administración solicita la colaboración, la «participación» como se dice ahora, del sector privado como si mantuviera con él el siguiente diálogo:

«Si me ayudas a conseguir mis propósitos de elevar el nivel de vida de esa zona, creando una factoría determinada, te concederé unos beneficios fiscales o crediticios y te ayudaré en el costo de la inversión con subvenciones».

Así comienza el aspecto jurídico con un *do ut des* que recuerda la esencia de los contratos con obligaciones recíprocas para cada una de las partes: la Administración y la empresa.

Pero al analizar estas figuras, se observa que no presentan similitud con ninguno de los contratos típicos (compraventa, suministro, préstamo, etc...). No habrá más remedio que incluirlos en el saco ilimitado de los convenios atípicos que en este caso me

atrevería a bautizarlos como «acuerdos sobre expansión económica». Veamos sus especialidades.

En primer lugar, el comienzo de esta relación jurídica no nace con una espontánea dialéctica sobre las condiciones del acuerdo. Las impone previamente la Administración mediante la redacción de unas bases y la convocatoria de concursos.

Al sector privado no le cabe otra solución que aceptar o no estas bases y entrar en el juego en la forma impuesta por la Administración.

Existe aquí una adhesión que no es el contrato. Podría denominarse una adhesión pre-contractual.

Si el sector privado está conforme con la propuesta contenida en las bases, hace a su vez la oferta de instalar una actividad industrial determinada. El proyecto es examinado por la Administración analizando si reúne las condiciones técnicas y económicas convenientes y si coincide con los objetivos generales marcados en el Plan. Si es así, se lo comunica a la empresa, y al aceptar ésta los beneficios concedidos, puede hablarse de auténtica relación contractual puesto que comienza el vínculo jurídico entre la Administración y la empresa, generando derechos y obligaciones.

Ya tenemos, pues, el convenio. ¿Qué naturaleza tiene este acuerdo? ¿Es un verdadero contrato?

En mi opinión no reúne las condiciones del *vinculum juris* tradicional. Por las siguientes razones:

La causa en las obligaciones bilaterales es la contraprestación de cada una de las partes. En este convenio de expansión económica, la causa para la Administración sería la construcción de una factoría y para la empresa la efectividad de los beneficios concedidos. Sin embargo, la Administración no adquiere la titularidad de la factoría, ni tiene ningún control sobre la misma, una vez que esté en funcionamiento y se hayan cumplido todas las condiciones del proyecto. Así, pues, la Administración no tiene un interés patrimonial en que la instalación industrial entre en funcionamiento. Para la Administración el fin causalizado de este convenio de expansión económica, es el bien común; es que la factoría construida y en funcionamiento, proporcione una riqueza al país y contribuya a que los objetivos marcados en el Plan, se vayan cumpliendo con la participación del sector privado.

Siguiendo este razonamiento, la Administración procurará por todos los medios que la factoría se construya aunque sea en un plazo posterior al marcado en la relación contractual inicial. Es decir, actuará con la máxima flexibilidad para que el proyecto de la empresa sea una realidad.

En la legislación sobre Polos de Desarrollo Industrial, se establece una cláusula en la que se contemplan los efectos del incumplimiento por la empresa de las obligaciones asumidas, en forma que podrán dar lugar a la pérdida de las bonificaciones concedidas y a la devolución de las subvenciones percibidas o desgravaciones fiscales de que haya gozado la empresa. Pero esta cláusula no debe aplicarse rígidamente como se haría con un contrato de carácter patrimonial civil, pues, repito, aquí el fin causalizado del convenio de expansión económica es el bien común y la Administración debe actuar con flexibilidad removiendo cuantos obstáculos se opongan al cumplimiento de los proyectos ofrecidos por las empresas.

Algo parecido ocurre con la acción concertada, cuando se conviene entre la Administración y el administrado el cumplimiento por éste de unos objetivos que coincidan con los marcados por el Plan de Desarrollo para la expansión de un determinado sector.

En una línea similar, los convenios entre la Administración y los constructores de viviendas, tienen un fin que excede del puramente patrimonial de las relaciones jurídicas corrientes. Aquí la Administración persigue que se construyan determinadas viviendas, y estimula al sector privado para que participe y colabore en las realizaciones de un Plan que no afecta al interés particular del Ministerio, sino al general del país.

Puede decirse, en síntesis, que estas figuras jurídicas son totalmente nuevas, por reunir características especiales en la forma, en el contenido y en el fin. Suponen una colaboración entre el sector privado y la Administración, haciendo coincidir felizmente la posibilidad de unos beneficios para la empresa privada y la consecución del bien común para la nación al provocar la expansión de actividades productoras de riqueza.

Función del jurista ante las nuevas técnicas derivadas de la planificación.

No es posible, en la limitada duración de una conferencia, analizar profundamente los temas aquí esbozados. Mi propósito es provocar una inquietud entre los juristas que les permita analizar más detenidamente estas nuevas formas derivadas de una dinámica del desarrollo, para intentar construir un Derecho nuevo como instrumentación adecuada de las decisiones políticas con contenido económico.

Pero el jurista, para desempeñar esta labor, debe tener plena conciencia del profundo cambio que se ha operado en el contorno social y debe proyectar su preparación hacia esa dinámica, sin temor a intentar modificar radicalmente la situación jurídica actual, adaptándola a las circunstancias del momento. Se debe tener respeto al Derecho en general, pero debe acometerse la supresión y sustitución de normas caducas. Pues en la práctica se observa, que las nuevas formas de gestión, están en evidente contradicción con dichas normas. Es el choque entre la mentalidad de hombres del año 1969 y casi del año 2000, con un sistema administrativo concebido en circunstancias del siglo XIX.

Y no debe culparse al funcionario, pues él debe cumplir la Ley.

Es el sistema administrativo el que no está articulado para estas formas de gestión, y de aquí los obstáculos que se producen cuando la decisión política dictada en materia económica, bien fundada, muy meditada y con evidentes efectos positivos para el país, se encuentra con la barrera de su inaplicación por no existir una instrumentación jurídica que la haga viable.

Pero la reforma de la Administración no puede estudiarse ni por los funcionarios clásicos imbuidos por las reglas del siglo pasado, ni por el jurista cuya preparación terminó con los Códigos tradicionales.

En España existe una juventud que ha elegido la carrera de funcionario y que está preparada para acometer el estudio de esta reforma. Es, por tanto, la misma Administración, terreno abonado para que aquélla se produzca. Pero también es preciso que el jurista moderno adquiera una preparación económica, política y administrativa suficiente, para que con conocimiento de causa,

pueda colaborar en el intento de la renovación que España precisa con toda urgencia.

* * *

Desearía, por último, puntualizar que cuanto he expuesto tiene íntima relación con el Derecho inmobiliario y con los Registradores de la Propiedad quienes deberían proyectar su formación jurídica hacia los temas que he esbozado.

Los puntos que a mi juicio guardan conexión entre desarrollo económico y nuestra actividad como profesionales del Derecho especializado, son los siguientes:

1.º El Registrador tiene un vastísimo campo de acción en el urbanismo. Creo sinceramente que la ordenación urbanística, empleando el término «ordenación» en su sentido más amplio, debe constituir una tarea prioritaria para el jurista y para la Administración. Los técnicos en urbanismo se preocupan intensamente del tema. Pero sus proyecciones y las decisiones que a nivel político se adopten requieren una adecuada instrumentación jurídica. Conozco muchos Registradores y algunos muy especialmente que destacan por su preparación urbanística y de ello podría dar fe el Ministerio de la Vivienda.

2.º Otra actividad jurídica a la que los Registradores deben orientarse es el Derecho Inmobiliario Rústico, el Derecho Agrario. La finca como base de nuestros folios, ha dejado de ser una simple delimitación espacial para convertirse en algo más dinámico; la empresa agraria. Todas las decisiones políticas presentes y futuras sobre el tema agrario, habrán de necesitar ineludiblemente la preparación de los juristas especializados. Todos conocemos la importante aportación de figuras representativas del Notariado y de nuestra carrera a esta rama del Derecho, con una concepción moderna y renovadora.

3.º La empresa industrial requiere también una reestructuración jurídica ante la dinámica social y las nuevas formas de gestión. He aquí otro campo ilimitado para los juristas.

4.º Por último, la reforma administrativa de nuestra mecánica registral. Nadie pone en duda la eficacia que al tráfico jurídico

y económico aportan la garantía de los principios hipotecarios. Pero es preciso que la mecánica se produzca con agilidad y flexibilidad en forma que el Registrador piense más en el consecuente que en el precedente. Debe darse cuenta de la trascendencia que puede tener su actuación como funcionario, para la creación de empresas productoras de recursos para el país. Mientras el Registrador no estampa su firma en el asiento de inscripción de una sociedad, ésta no existe en realidad, no puede obtener capitales ni puede encender sus chimeneas. Si el Registrador comprende la importancia que tiene su eficaz actuación, su decisión urgente y su flexibilidad en la remoción de los obstáculos que se presenten, es posible que coopere mucho más de lo que piensa en el desarrollo económico del país. Es preciso, por tanto, que en la reforma general de la Administración, adecuada a la dinámica del momento, se estudie y decida una operatividad registral en la misma línea de eficacia, de rapidez y de flexibilidad que hemos expuesto anteriormente.

Y ya termino.

Mi deseo es que esta charla, sirva para despertar un interés entre los profesionales del Derecho hacia temas que parecían vedados a su competencia. La Administración avanza hacia una mayor interdependencia con el sector privado por imperativo de las relaciones económicas cada vez más intensas. El jurista no debe permanecer indiferente a ello y debe cumplir su tradicional misión pero con criterios modernos. Debe intentar en suma, que las decisiones político-económicas sean estructuradas e instrumentadas de acuerdo con un contexto legal armónico, pero con un sentido ágil y dinámico en razón al supremo interés que han motivado estas decisiones.

Sólo así podremos decir los hombres de Leyes, que estamos contribuyendo en la medida de nuestras fuerzas al perfeccionamiento de nuestras instituciones y en definitiva, al logro de una España mejor.

ANTONIO DE LEYVA Y ANDÍA,
Registrador de la Propiedad.

El beneficio de separación en el Derecho español

Pese a la decisiva influencia del Derecho romano, las Partidas no recogieron el *beneficium separationis* como mecanismo protector autónomo, conformándose al respecto con otorgar a los acreedores hereditarios un derecho a obtener fianza caso de que la conducta del deudor les hiciese temer por sus derechos (remedio que se halla más cerca de la *satisfactio suspecti heredis* que de la verdadera *separatio bonorum*): «Si (los acreedores) sospechasen contra ellos (los herederos), que les escondieran aquellos bienes, o que los desgastarian, o que se irían con ellos de la tierra, porque aquellos que algo *deuiessen*, *perdiessen* su derecho: *deuen dar fiadores ante el Juzgador, que non los abscondan ni malbaraten*» (1).

GARCÍA GOYENA hacía notar la singular importancia del beneficio de separación en orden a una adecuada tutela de los derechos de los acreedores del causante que contrataron tomando en cuenta los bienes y condiciones personales de éste, por lo que encontraba extraño la exclusión de la figura de las Partidas. Debido a la frecuencia e importancia de esta materia, decía, no es de extrañar que todos los Códigos modernos, siguiendo la pauta del Derecho romano, se hayan ocupado de ella; se imponía, en consecuencia, llenar tal vacío del Derecho patrio (2).

En efecto, el Proyecto del Código civil de 1851 recogía la figura en una sección intitulada *Del inventario y de la separación de bie-*

(1) Part. 1, 13, 15.

(2) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, Madrid, 1852, págs. 224 y sigs.

nes del difunto y del heredero (arts. 871-877), que, en líneas generales, seguía la regulación francesa. Prevé la separación de la totalidad de los bienes hereditarios, mediante la formación del oportuno inventario, y la separación parcial, dentro de los tres años siguientes a la muerte del causante y con tal que los bienes permanezcan en mano del heredero, respecto a los muebles, y dentro de seis meses mediante la anotación de los derechos en el Registro, respecto a los bienes inmuebles. Los acreedores y legatarios separatistas gozan de preferencia pero sólo en relación a «lo que habrían cobrado si todos los acreedores y legatarios hubiesen pedido la separación» (dando correcta solución al espinoso problema de los efectos del beneficio de separación en las relaciones entre separatistas y no separatistas), y al mismo tiempo, adoptando el parecer papiniáneo, concede a los acreedores y legatarios no separatistas y a los acreedores personales del heredero preferencia sobre los bienes propios de éste.

Pese a tan interesante precedente, el Código civil español no recogió la institución en forma expresa e independiente, dando lugar a una situación de vacío legal que ha motivado interminables discusiones en la doctrina y propiciado disímiles pareceres en los autores hispanos acerca de la operancia o no del recurso y del cauce, en la afirmativa, por cuyo través se plasmarían los objetivos propios del mismo.

MANRESA argumentaba la negación a los acreedores del Derecho a pedir la separación de patrimonios de la siguiente manera: Cuando la herencia se acepta pura y simplemente y el heredero tiene otros acreedores, que es el caso en que verdaderamente puede ser útil el beneficio de la separación de patrimonios, la Ley estima, sin duda, que, o dicha aceptación perjudica a los acreedores de un modo irreparable, o no. Si no les perjudica, inútil es un derecho que sólo persigue el fin de molestar innecesariamente al heredero, causando gastos inútiles. Y si perjudica, esos acreedores pueden, con arreglo al artículo 1.111, impugnar los actos del heredero y hacer rescindir la aceptación en la forma que se hizo, separando los bienes del causante para que no sea mermada su especial garantía. Además la facultad de los acreedores del difunto de promover el juicio voluntario de testamentaria es un nuevo medio preventivo que les concede la Ley para que procuren asegurar su

derecho y evitarse todo perjuicio, que después exigiría el medio más violento de la rescisión (3).

En un reciente trabajo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS considera que el Derecho vigente español en materia de deudas hereditarias, recogiendo los tradicionales principios históricos de «primero es pagar que heredar» y «no hay herencia sino en el residuo», se asienta sobre las tres siguientes ideas fundamentales:

a) Sucesión en el patrimonio hereditario, que persiste y comprende en sí las obligaciones. El heredero como tal heredero sólo es deudor en cuanto nuevo titular del patrimonio a que las deudas afecten (sucesión universal).

b) El heredero normalmente responde sólo con la herencia; la responsabilidad *ultra vires*, en su caso, es un *plus*, una incidencia en la liquidación del patrimonio hereditario, la cual se presenta, por consiguiente, como efecto independiente del fenómeno sucesorio (responsabilidad *intra vires*).

c) El patrimonio del causante persiste siempre individualizado, por razón de su afectación a las deudas y cargas hereditarias, a través de las distintas vicisitudes de la crisis de su titularidad (subsistencia del patrimonio).

En consecuencia, al estimar que en el Derecho español el patrimonio hereditario se encuentra siempre individualizado (con o sin beneficio de inventario, sean uno o varios los herederos, haya o no juicio de testamentaria e, incluso, tras la partición), no debe resultar extraño que al plantearse este autor la cuestión relativa al *beneficium separationis* encuentre natural y justificada la exclusión del mismo como instituto autónomo por el legislador, ya que, como él dice, no puede hablarse del remedio o beneficio de separación, porque en el sistema español la separación de patrimonios no es un remedio excepcional: es la situación de toda herencia adquirida (4).

CASTÁN TOBEÑAS, al señalar los rasgos del sistema español en cuanto a la responsabilidad del heredero por las obligaciones here-

(3) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, VII, Madrid, 1907, página 418.

(4) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *La herencia y las deudas del causante*. (volumen 1.º del tomo LXI del *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*), Madrid, 1967, págs. 133-135, 176, 178, 182, 191-192, etc.

ditarias, estima que el beneficio de separación de los bienes del difunto y del heredero no se conoce como institución independiente en el Código español. Según el maestro hispano, cuando la herencia se acepta a beneficio de inventario, dicho beneficio, indirectamente, produce el mismo efecto del *beneficium separationis* romano; más cuando la herencia se acepta pura y simplemente, los acreedores hereditarios han de acudir, si quieren asegurar el pago preferente de sus créditos frente a los acreedores personales del heredero, a los procedimientos de testamentaria o *ab intestato* (arts. 973, 1.038 y 1.040 de la Ley de Enjuiciamiento civil) o a ejercitar, en su caso, el derecho de oponerse a la partición (artículo 1.082 del Código civil), que lleva consigo la correspondiente separación de los bienes en virtud de su permanencia en la indivisión (5).

En parecidos términos, LÓPEZ JACOISTE afirma que no existe en el Derecho español el beneficio de separación de patrimonios como potestad directa de los acreedores hereditarios, pero sí como garantía refleja al conceder al heredero con el beneficio de inventario la exención de responsabilidad personal por las cargas de la herencia. Si la herencia ha sido aceptada en forma pura y simple, los acreedores hereditarios pueden, antes de la división de la herencia, oponerse a que se lleve a efecto la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos (art. 1.082 del Código civil), con lo que se logra, si no una separación de patrimonio, si, al menos, una separación transitoria de los bienes concretos dejados por el causante, durante la cual los créditos contra la herencia podrán hacerse efectivos sobre los bienes relictos sin la concurrencia de los acreedores particulares del heredero. Por otra parte, en cuanto el artículo 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento civil dispone que promovido el juicio de testamentaria a instancia de los acreedores no se hará entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a satisfacción, resulta que la norma que ordena la separación del patrimonio relicto caso de aceptarse la herencia a beneficio de inventario, queda así generalizada al supuesto de aceptación pura y simple aunque sea como

(5) CASTÁN TOBEÑAS: *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, Madrid, 1960, págs. 145-146.

mera separación de bienes, y, en consecuencia, el beneficio de separación queda proclamado como prerrogativa general de los acreedores hereditarios, quienes, a falta de otro apoyo legal, podrán invocar dicho precepto en defensa de su derecho. Por lo que hace a los legatarios, al establecer el artículo 50 de la Ley Hipotecaria que aquellos que obtuviesen anotación preventiva serán preferidos a los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario, si bien no tiene lugar una genuina separación de bienes si, al menos, se crea un régimen de preferencia muy parecido al del sistema francés. En definitiva, para dicho autor aunque el Derecho español no regula como figura autónoma el beneficio de separación de patrimonios (potestad independiente de acreedores y legatarios), se encuentran reconocidos, no obstante, derechos de indiscutible eficacia separatista (6).

GARCÍA BAÑÓN advierte que en un régimen de confusión patrimonial, como lo es el español al admitir la aceptación pura y simple con características de aceptación normal, se necesita forzosamente el remedio del beneficio de separación ya que no puede dejarse sin tutela a los acreedores hereditarios frente a los acreedores del heredero (carácter necesario del beneficio). Por ello, aunque en el Derecho español no se encuentre una regulación expresa y sistemática de la figura y ni siquiera se utilice su nombre, han de existir casos claros de separación, tiene que haber preceptos dispersos con toda la eficacia propia del beneficio de separación; él los encuentra en el Código civil, en la Ley de Enjuiciamiento civil y en la Ley Hipotecaria. A sistematizar tales preceptos y a darles un sentido unitario a la luz de la tipicidad institucional del beneficio de separación dedica su obra monográfica que lleva precisamente este título (7).

Según LACRUZ BERDEJO podría pensarse que, a causa de la confusión de patrimonios sobrevenida por la aceptación pura, legatarios, acreedores de la herencia y acreedores del heredero concurren con igual derecho a cobrar de éste. En su opinión, tal cosa no sucede, sino que los acreedores del caudal y los legatarios (por

(6) LÓPEZ JACOISTE: *El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio*, en «Revista general de legislación y jurisprudencia» (separata), 1958, págs. 34, 47-48, 49-52, 53-56 y 67.

(7) GARCÍA BAÑÓN: *El beneficio de separación*, Madrid, 1962, págs. 23-38.

este orden) son preferidos a los acreedores personales del heredero, por más que dicha preferencia no encuentre su apoyo fundamental en la Ley de Enjuiciamiento civil (mera Ley adjetiva), sino en el Código civil que, aun sin proclamarla en forma expresa, la recoge implícitamente como principio general. Aduce en este sentido vigorosos argumentos; así:

El artículo 1.911 (responsabilidad patrimonial del deudor) carecería de toda eficacia si la garantía del cumplimiento de las obligaciones cambiase de manera arbitraria a la muerte del obligado.

Resulta inverosímil que un legatario de cosa cierta tenga preferencia sobre los acreedores del heredero y que pueda obtener dicha preferencia un legatario de cantidad anotando preventivamente el importe de su legado, mientras los acreedores del causante, cuyo interés es mucho más respetable, carecen de defensa en este aspecto.

El que los acreedores de la herencia puedan solicitar, en ciertos casos, la anotación preventiva del derecho hereditario sólo tiene una explicación: el aseguramiento del derecho de prelación correspondiente a los mismos sobre el caudal relicto.

Quando son varios los herederos, los acreedores hereditarios pueden, impidiendo la partición, ponerse a salvo del ataque de los acreedores personales de los herederos. Al no existir este recurso en el caso del heredero único, es obvio que algún otro deberá darse en la misma dirección.

La disposición del artículo 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento civil no ordena, pero sí presupone, la prelación de los acreedores del caudal relicto sobre los del heredero y sobre los legatarios.

Tales manifestaciones específicas justifican, a su entender, la existencia en el Derecho español, por más que no se declare expresamente en lugar alguno, de un principio general de prelación a favor de los acreedores del causante. Si los codificadores no recogieron la regulación que al beneficio había dado el Proyecto de 1851 no fue porque la rechazasen, sino por entender que su contenido había pasado a la Ley de Enjuiciamiento civil, ya que mediante los procedimientos de testamentaria y *ab intestato* se pueden obtener resultados similares a los que se logran mediante el *beneficium separationis*.

Tales procedimientos, escribe, no crean la preferencia pero sí representan un sistema de separación de los patrimonios del causante y heredero que prefigura el *beneficium separationis* del Derecho romano. Una consideración es especialmente convincente a este propósito: la de que si, siendo único el heredero o habiéndose verificado ya la partición, se permite que estos juicios, que tienen ordinariamente como fin la distribución del caudal relicto, sean instados por los acreedores, no puede ser con otro objetivo que el de poner a salvo sus derechos. Si tuvieran que soportar el concurso de los acreedores particulares del heredero y de los legatarios, ningún objeto tendría autorizarles a pedir, mediante el juicio de testamentaria, la puesta en administración y liquidación de la herencia, ya que esta liquidación, por la necesaria concurrencia de esos acreedores del heredero, no podría sujetarse a las normas de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre testamentarias y *ab intestatos*, que suponen una administración del caudal relicto como patrimonio autónomo, y por otra parte, su derecho no obtendría mayor seguridad de la ya existente (8).

En opinión de VALLET DE GORTISOLO tanto el Código civil, como la Ley de Enjuiciamiento en todas las ocasiones en que regulan supuestos concretos de colisión de derechos entre acreedores del causante y legatarios dan preferencia a los primeros con la misma uniformidad con que se la confieren a los legatarios cuando entran en conflicto con acreedores de los herederos. Estas soluciones reiteradas nunca son expresadas con carácter excepcional, sino como resolución concreta de los supuestos hallados al paso. Por ello se inclina a considerarlas como trasunto de un principio general tradicional e implícito en el sistema positivo español, del que derivan y son singular aplicación.

Contra el parecer de DE LA CÁMARA, cree VALLET que, al amparo del numeral 4.º del artículo 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento civil, los acreedores pueden promover el juicio de testamentaria aunque exista un solo heredero o, siendo varios, ya se haya realizado la partición; en ambos casos, dicho juicio universal tendrá como objeto básico la liquidación de las deudas de la herencia.

Por lo que respecta a la preferencia de los acreedores de la

(8) LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, páginas 372-377.

herencia frente a los legatarios en caso de colisión de ambos derechos, aduce el argumento que proporciona el artículo 643 del Código civil. De acuerdo al mismo, la donación se presume siempre hecha en fraude de los acreedores cuando verificarla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella; lo que viene a significar la preferencia de los acreedores del donante sobre el donatario en caso de darse el supuesto de que en el momento de la donación no le restasen al donante bienes suficientes para satisfacer sus deudas. Esta regla, por identidad de *ratio*, debe aplicarse, *mutatis mutandis*, por analogía, al supuesto de que los bienes legados fuesen insuficientes el día de la delación para pagar las deudas de *de cuius*. La insuficiencia calculada en dicha fecha es el límite cuantitativo de cualquier reclamación subsidiaria de los acreedores de la herencia contra los bienes legados (9).

ROCA SASTRE, en sus Notas al *Derecho de Sucesiones* de KIPP, señalaba que en el Derecho español el beneficio de inventario produce el efecto de un *beneficium separationis* en favor de los acreedores hereditarios, desde el momento que adscribe a la satisfacción o pago de ellos los bienes de la herencia. El artículo 1.043 responde a esta idea, pues establece que los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma, así como los legatarios, aunque podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del heredero. Añadía que el Código civil no ha adoptado el *beneficium separationis* para cuando es aceptada la herencia pura y simplemente, lo cual es de tener en cuenta en la aplicación del artículo 1.053 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que permite que las testamentarias puedan ser declaradas en concurso de acreedores o quiebra. Sin embargo, existen diferencias de tratamiento entre los acreedores hereditarios y los acreedores del heredero: por ejemplo, en materia de partición (10).

En un posterior trabajo, Roca SASTRE se resiste a creer que el silencio del Código respecto a la figura en consideración sea pro-

(9) VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1955, página 299, núm. 550.

(10) KIPP: *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1951, pág. 423.

ducto del olvido, aunque hay circunstancias que incitan en esa dirección. Para él, el Código no se ocupa de la materia simplemente porque sus elaboradores pensaron que el problema quedaba resuelto con lo establecido por la Ley de Enjuiciamiento civil sobre los juicios de testamentaria y *ab intestato*. Mas, se pregunta, ¿estuvo acertado el Código al adoptar tal postura? Responde negativamente en base a las siguientes razones, que en síntesis transcribimos:

a) Aunque los juicios de tesmentaria y *ab intestato* supongan a los efectos prácticos una *separatio*, ésta exige una serie de normas substantivas, cuyo asiento natural es el Código civil. Entre tales normas se pueden destacar:

a') La que disponga expresamente que podrán promover el juicio de testamentaria o *ab intestato* los acreedores del causante y los legatarios, pues los artículos 973 y 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento civil hablan de acreedores en general y el segundo sólo menciona los legatarios de parte alicuota del caudal.

b') El Código civil debería establecer que, instados los juicios referidos, el patrimonio hereditario queda como si estuviese separado del patrimonio personal del heredero a objeto de aislarlo de los acreedores de éste. Asimismo, la privación al heredero de las facultades de administrar y disponer de los bienes hereditarios hasta la satisfacción de acreedores y legatarios y la puntualización del alcance extintivo que tales juicios universales puedan tener respecto de la confusión originaria de las relaciones jurídicas de deuda o de Derecho real existentes entre el causante y el heredero.

b) Es desacertada también la postura del Código, porque los juicios de testamentaria y *ab intestato* son procedimientos que tienen por objeto desenvolver procesalmente la acción de partición de herencia y por esto el articulado que regula tales juicios se produce bajo la obsesión de las operaciones particionales de inventario, avalúo, liquidación y división de la herencia, lo que hace que todo lo que se refiere a la separación sucesoria quede en nebulosa y lo relativo al pago de las deudas (en cuanto al pago de los legados el silencio es total) está regulado «como pasando sobre ascuas». Hubiera sido mejor, en su opinión, regular procesalmente

en forma autónoma lo concerniente a la partición judicial hereditaria y a la separación, sin perjuicio de las medidas cautelares en uno y otro caso y de la debida coordinación cuando operasen ambas.

c) En fin, los juicios de testamentaria y *ab intestato* constituyen un tipo de procedimiento complejo, falto de agilidad, costoso, de larga duración y altamente abrumador y pernicioso, lo que le ha hecho odioso y temido, aparte de poder ser con mayor facilidad un instrumento propicio para servir de arma de chantaje.

Concluye ROCA SASTRE, en consecuencia, estimando que habría sido mucho más conveniente y correcto que los codificadores hubiesen, por lo menos, seguido el criterio del Proyecto de Código civil de 1851 como fórmula que prácticamente consigue, en sustancia, los resultados perseguidos por la *separatio* sin causar excesivos gastos y complicaciones (11).

De la simple lectura de las opiniones recogidas se desprende el desconcierto y disparidad de criterios entre los autores en relación a la conformación y modo de operar de la *separatio bonorum* en el Derecho español. Hay pareceres para todos los gustos, si bien algunos extremos son decididamente rechazables.

MANRESA sostenía que contra la aceptación pura de la herencia por parte de un heredero cargado de deudas, los acreedores hereditarios siempre tienen abierto el camino, para evitar perjuicio a sus derechos, de la acción pauliana (art. 1.111 del Código civil). Es muy discutible que en materia de aceptación hereditaria quepa, dándose los requisitos y presupuestos institucionalmente precisos, el recurso revocatorio, pero es que aun siendo posible el ejercicio del mismo se vendrían a provocar obstáculos e inconvenientes insalvables. Así, rescindida la aceptación, el aceptante dejaría de ser heredero, con lo que habría que admitir que un verdadero heredero puede perder su condición de tal por intervención de terceras personas. Por otro lado, no tendría lugar separación de patrimonios, ya que el aceptante habría perdido la titularidad del patrimonio hereditario, encontrándose éste en una situación de administración y liquidación que el Derecho español (ni ninguno) no prevé.

(11) ROCA SASTRE: *El "beneficium separationis" y los actuales sistemas de separación sucesoria*, en «Anuario de Derecho civil», 1960, págs. 1.157-1.161.

La rescisión de la aceptación, ¿no debería poner en funcionamiento el mecanismo de las delaciones ulteriores? Satisfechos los acreedores del causante, ¿a quién iría a parar el remanente de la herencia? Si el aceptante dejaba de ser heredero, en ningún caso los acreedores hereditarios podrían pretender perseguir para el cobro de sus créditos los bienes presonales de éste. Y así podría continuarse; la solución que propugna MANRESA como sustitutiva, en parte, del beneficio de separación está muy lejos, en el supuesto benévolo de su admisibilidad, de constituir medio adecuado a los fines que éste persigue, y la mejor prueba nos la proporciona la historia jurídica, pues conocido desde antiguo en todos los ordenamientos el remedio pauliano ello no ha sido óbice para que al mismo tiempo se previese y regulase el típico instituto del *beneficium separationis*.

Y es que, en realidad, no podría ser de otra manera, pues si bien acción pauliana y beneficio de separación protegen a los acreedores, existe, empero, entre ellos, una diferencia esencial y es que mientras con la primera se tutela a los acreedores de un deudor vivo con el segundo se brinda protección a los acreedores de un deudor que ha fallecido, y, en consecuencia, admitir que los acreedores del causante pueden mediante la acción revocatoria atacar la aceptación de la herencia supone admitir también que tal recurso incide sobre los actos de alguien que no es deudor todavía en el momento de realizarlos (ya que en el sistema español la herencia se adquiere por la aceptación), con lo que viene a fallar uno de los típicos presupuestos para el ejercicio de la acción pauliana: el ser deudor con antelación al momento en que se verificó el acto impugnado. No hay forma, pues, de acoger la tesis del ilustre comentarista del Código civil español.

La tesis de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS de que en el Derecho español no se recoge expresamente el beneficio de separación por la sencilla razón de que no hace falta, ya que en dicho ordenamiento siempre y en todo caso se da la separación de los patrimonios de difunto y del heredero, por estimar que el patrimonio hereditario se halla en todo momento individualizado no puede aceptarse tampoco, pues, arranca de premisas falsas.

Esta solución germanista, que llega mucho más lejos que el propio Derecho alemán de responsabilidad limitable, se halla re-

fida con claros y tajantes preceptos del Código civil. En efecto, si éste asigna a la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, entre otras, la consecuencia de que no se confunden los bienes de la herencia con los bienes particulares del heredero (numeral 3.º del art. 1.023), *a contrario sensu* debe admitirse que no dándose tal forma de aceptación si tiene lugar dicha confusión, y, si hay confusión, mal puede hablar, se dé persistencia individualizada del caudal relicto.

En consecuencia, los acreedores personales del heredero podrán perseguir los bienes relictos y se manifestará, de nuevo, la conveniencia de postergarlos respecto a tales bienes frente a los acreedores del causante, pues tal circunstancia, en la que en definitiva se sustancia el *beneficium separationis*, no resulta de manera alguna como una situación o normal o natural en el sistema sucesorio español.

Además; si se admitiese que en dicho sistema la separación de patrimonios es la situación ordinaria de toda herencia adquirida, y que, por ende, los acreedores hereditarios gozan de preferencia sobre los bienes relictos y el heredero responde frente a los mismos *intra vires hereditatis*, debería aceptarse también, como contrapartida lógica, cosa que no hace PEÑA, que, sobrevenida la responsabilidad ilimitada del heredero, sus acreedores particulares tendrán preferencia sobre los bienes personales del mismo respecto a los acreedores del causante.

Quedan superadas, pues, las posiciones extremas de los que justifican la ausencia de regulación del beneficio en el Decreto español en base a estimarla innecesaria, ya que los resultados propios de las *separatio bonorum* se consiguen con más comodidad por otro conducto o se producen espontáneamente en toda sucesión universal *mortis causa*.

El grueso determinante de la doctrina española se inclina, como se ha visto, por considerar que en el sistema sucesorio hispano es necesaria la actuación del mecanismo de separación de los bienes hereditarios, crítica con fuerza el que los codificadores no lo hayan conformado como institución autónoma (tal cual sucede en la generalidad de los ordenamientos latinos) y se afana en descubrir a través de qué preceptos y de qué otros institutos operará en España el principio, en que se resuelve el Derecho de separación, de

que los acreedores hereditarios y los legatarios han de ser preferidos a los acreedores personales del heredero sobre los bienes hereditarios.

Un sector doctrinario español (CASTÁN TOBEÑAS, ROCA SASTRE, LÓPEZ JACOISTE, etc.) insiste, como se ha señalado, en que aun no estando formulado positivamente el Derecho a la separación como figura autónoma sus efectos se consiguen, empero, de una manera refleja o indirecta a través del cauce del beneficio de inventario. Creemos que los defensores de esta posición padecen un error de perspectiva e incurren en una confusión de mecanismos de tutela que debe desecharse.

En la base y en la justificación del beneficio de inventario y del beneficio de separación existe una neta diferenciación que hace imposible la reducción, siquiera parcial, de uno al otro y que, por tanto, permite el que ambos puedan perfectamente coexistir en una misma sucesión *mortis causa*. En efecto, el *beneficium inventarii* viene dado en razón de que estando la herencia demasiado gravada pueda sufrir daño el heredero en sus haberes propios. Protege contra la *hereditas damnosa* y, en consecuencia, se formula de manera exclusiva como un derecho del heredero. El *beneficium separationis*, en cambio, contempla una situación distinta, la del patrimonio personal del heredero sobrecargado de deudas, y se orienta a proteger a acreedores hereditarios y legatarios contra la concurrencia de los acreedores personales de aquél; se formula como un derecho en exclusiva de acreedores del causante y legatarios.

Con el primero, acreedores hereditarios y legatarios ven detenido el ejercicio de sus derechos ante el límite de la capacidad patrimonial de la herencia; con el segundo, los acreedores personales del heredero se ven pospuestos, sobre los bienes relictos, a los acreedores del *de cuius* y a los legatarios. En un caso, como con exactitud precisa MESSINEO, estamos en la esfera de la responsabilidad y tiene lugar la responsabilidad limitada de parte del heredero por las deudas y las cargas hereditarias; en el otro, nos hallamos en el ámbito del concepto de garantía y, precisamente, se manifiesta como garantía específica (12).

(12) MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, VII, Buenos Aires, 1956, pág. 293.

Ahora bien, si, operante la limitación de responsabilidad propia del beneficio de inventario, los acreedores de la herencia se ven constreñidos a los bienes de ésta, ¿es acertado sostener que en tal caso se ha generado a favor de ellos un Derecho de prelación respecto de los acreedores personales del heredero? ¿Puede lo que constituye un perjuicio ser al mismo tiempo un beneficio? ¿No tendría lugar en dicho supuesto el juego de un mecanismo contradictorio que, desde el punto de vista dogmático, quedaria enturbiado y hasta desnaturalizado?

El que los acreedores personales del heredero no puedan perseguir los bienes de la herencia hasta que hayan sido pagados acreedores del causante y legatarios no se debe a que éstos gocen de una preferencia para el cobro en relación a aquéllos, sino sencillamente a que tal situación es por completo necesaria si se quiere que el heredero quede indemne en sus bienes personales. ¿Cómo tendría lugar esta indemnidad si se permitiera que, no obstante el beneficio de inventario, pudiesen los acreedores propios del heredero concurrir sobre los bienes hereditarios en paridad con los acreedores del causante y legatarios?

Pero se puede ser todavía más generoso. Supongamos que, en efecto, todo lo refleja, indirecta o consecuencialmente que se quiere, por obra y gracia del beneficio de inventario quedan dotados los acreedores hereditarios y legatarios de preferencia respecto a los acreedores personales del heredero en forma parecida a lo que ocurre, en los ordenamientos que se contempla de manera expresa, cuando es ejercitado el Derecho a la separación de bienes. Dicha preferencia o prelación, si se quiere que sea tal, deberá venir configurada como una cualidad o condición de los créditos que la disfrutan. ¿Más ocurre tal cosa? A nuestro parecer no, ya que la misma no se constituye «en atención a la causa del crédito», sino por algo tan ajeno a los créditos como es el que el heredero se acoja al régimen de responsabilidad limitada a los bienes relictos que el ordenamiento jurídico pone a su disposición previo cumplimiento de precisos requisitos y formalidades.

Si como inexactamente dice LÓPEZ JACOISTE el heredero que acepta a beneficio de inventario no responde con su patrimonio personal de ninguna manera por la sencilla razón de que no asume

las deudas hereditarias (13), podría tener explicación la tesis de que los acreedores de la herencia y los legatarios ostentan prioridad frente a los acreedores propios del heredero. Pero es que no ocurre así, sino que en todo caso, se acepte la herencia en forma pura y simple o a beneficio de inventario, el heredero sucede tanto en las relaciones activas como en las relaciones pasivas (deudas) del difunto, ya que de no ser así nos tropezaríamos con la paradoja jurídica de deudas sin deudor y, además, el heredero ni siquiera tendría por qué responder de las mismas *intra vires hereditatis*: si no se es deudor no se responde ni ilimitada ni limitadamente; ahora bien, si en efecto el heredero ha asumido las deudas hereditarias (sin que importe ahora el carácter o grado de su responsabilidad), los acreedores del causante (sus acreedores) no pueden adquirir la condición de prioritarios por el simple hecho de que aquél se haya acogido al beneficio de inventario, pues un crédito no puede ser privilegiado en base a un mero comportamiento del deudor, máxime cuando tal comportamiento se orienta, podría decirse, más en perjuicio que en beneficio del acreedor en cuanto busca una limitación de responsabilidad a la hora que se reclame el cumplimiento de aquél.

Aun admitiendo que la voluntad del heredero pudiera de retruque tornar preferentes sobre los bienes de la herencia los créditos que soportaba el *de cuius*, parece natural que en adelante los mismos deberían conservar dicha condición con indiferencia de cuál fuese la conducta posterior del heredero. Pero, de aceptarse la postura que criticamos, no sucedería así, ya que, decaído el beneficio de inventario por culpa del heredero, habría de admitirse también (lógicamente no hay otra salida) que los acreedores hereditarios y los legatarios pierden el derecho de preferencia que ostentaban. Mas ¿se puede perder un derecho o una cualidad o carácter del crédito a voluntad del deudor? Desde luego que no.

De la misma manera que la preferencia de que disfruta el acreedor en base a haberse constituido garantía hipotecaria no se pierde por acto en contrario del deudor, si la situación en que se hallan acreedores del causante y legatarios comportase una auténtica prelación o preferencia, ésta no debería perderse por más que

(13) LÓPEZ JACOISTE. Loc. cit., pág. 25.

dicho beneficio se extinguiera por voluntad del heredero, y, sin embargo, no ocurre tal cosa.

En definitiva, pues, si el nacimiento y, sobre todo, la extinción del carácter preferente de los créditos contra la herencia se quiere hacer depender de la conducta del heredero en orden al beneficio de inventario, hay que concluir necesariamente que este beneficio no puede hacer las veces, siquiera sea por vía incidental, del beneficio de separación.

Desde el punto de vista dogmático, el beneficio de inventario no produce, en relación a la preferencia para el cobro de acreedores hereditarios y legatarios, el mismo efecto que el de separación. Este crea, en los ordenamientos modernos que lo han previsto, un derecho de prelación a favor de aquellos titulares que lo han ejercitado, mientras que el beneficio de inventario extrae el patrimonio personal del heredero del ámbito de la responsabilidad por deudas hereditarias. Teóricamente, pues, no es lícito en el Derecho español sostener que, al menos cuando hay aceptación a beneficio de inventario, se consigue cubrir el objetivo propio de la *separatio bonorum*.

Se ha visto también cómo un buen número de autores españoles coinciden en que, aceptada la herencia en forma pura y simple, los efectos del beneficio de separación se pueden lograr en cierta medida a través del artículo 1.082 del Código civil, de acuerdo al cual «los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos».

En realidad, derivar de tal norma un Derecho de preferencia para el cobro a favor de los acreedores del causante y legatarios resulta un tanto forzado, aparte de que tal Derecho estaría sujeto a tantas limitaciones y mediatizaciones que, prácticamente, sería muy poco operante.

Al permitir a los acreedores hereditarios oponerse a la partición, el legislador contempla tan sólo los posibles efectos negativos que la misma puede ocasionar en orden a los derechos de aquéllos, aunque semejante facultad paralizante sea poca cosa, como apunta ROCA SASTRE, si se tiene en cuenta lo preceptuado por el artículo 1.084 (responsabilidad solidaria de los coherederos) (14). Esto

(14) ROCA SASTRE: Loc. cit., pág. 1.156, núm. 120.

es, quiere protegerlos contra el peligro que entraña la distribución de los bienes hereditarios en los patrimonios particulares de los coherederos, más no contra la posible incidencia sobre el caudal relicto de los acreedores personales de éstos, quienes, por otra parte, siempre tendrán abierta, pese a la indivisión hereditaria, la vía de perseguir la cuota abstracta que corresponda a cada heredero.

De lo que aparece formulado como una forma de presionar a los herederos para que paguen o afiancen si quieren ver efectuada la partición de la herencia, no puede derivarse, como pretenden algunos autores, que los acreedores del difunto adquieran preferencia sobre los bienes relictos frente a los acreedores del heredero o que aquéllos se pongan a salvo de los ataques de éstos. Si el artículo 1.082 implicare una verdadera *separatio* cuya realización proporcionase a los acreedores hereditarios una prelación para el cobro de sus derechos, sería de todo punto necesario que el ordenamiento jurídico previese un plazo mayor o menor para que los legitimados hiciesen valer o ejercitasen el derecho a la separación, dentro del cual sería completamente intrascendente el que la partición de la herencia se hubiera verificado o no.

Mas no sucede así; el derecho otorgado por el artículo 1.082 sólo puede actuarse cuando la partición no ha tenido lugar, resultando por completo inoperante cuando se ha procedido a la división antes de que los acreedores expresasen su oposición, por lo que de nuevo nos encontrariamos con que el pretendido derecho de separación y los efectos prelativos que se le atribuyen quedan en buena parte sustraídos a la voluntad del titular y beneficiario. ¡Singular derecho éste que, estando orientado, aunque sea por vía indirecta, según se pretende, a que los acreedores del causante gocen de preferencia respecto a los del heredero, para que no nazca basta con que el testador haya hecho la partición de sus bienes! ¡Peculiar derecho que sus titulares pueden perder, por más diligentes y preocupados que sean, caso de que la partición de la herencia anteceda a su ejercicio!

La mejor prueba de que la facultad reconocida por el artículo 1.082 del Código civil español a los acreedores hereditarios no se resuelve en un derecho de preferencia a favor de aquellos que la hacen valer frente a los acreedores personales del heredero, nos la

proporciona el hecho de que dicha facultad tan sólo puede operar en el caso de pluralidad de herederos. En efecto, no sería razonable que si el legislador quiso, mediante la misma, proteger a los acreedores del difunto contra el riesgo de la insolvencia del heredero, no previese nada al respecto cuando se tratase de heredero único, situación en que aquéllos corren el mismo peligro que cuando los herederos son varios.

De este silencio pretende derivar LACRUZ BERDEJO, según antes se recogió, un argumento a favor de la existencia implícita en el ordenamiento español del principio general de prelación de los acreedores de la herencia sobre los acreedores del heredero. Dudamos mucho de la fuerza del mismo, ya que el silencio legal admite también la interpretación contraria, esto es, como la Ley no establece nada en relación a tal preferencia tratándose de heredero único, la facultad de que gozan los acreedores del causante, caso de pluralidad de herederos, de oponerse a la partición de la herencia hasta tanto se les pague o afiance no puede considerarse como un derecho de preferencia para el cobro de sus créditos sobre los bienes hereditarios. Aparte de que si fuera cierta la afirmación de LACRUZ de que es imposible que el fin perseguido por el artículo 1.082 no sea el de salvaguardar a los acreedores del caudal relicto del ataque de los acreedores particulares del heredero (15), no haría falta esgrimir este precepto para demandar la necesidad de algún otro remedio cuando el sucesor universal sea uno, pues, existiendo una igualdad jurídica esencial en uno y otro caso, bastaría el juego del mecanismo análogo para que operase, siendo único el heredero, el mismo criterio de prelación que, según el preclaro civilista en cuestión, el artículo 1.082 del Código civil estatuye para el supuesto de que sean varios los herederos.

Creemos, en suma, que del artículo comentado no cabe derivar conclusión alguna en pro de la existencia en el Derecho español de *beneficium separationis* a la manera que lo formulan los ordenamientos latinos modernos; es decir, como un simple sistema de preferencias para el cobro a favor de los acreedores del causante y legatarios que lo invoquen. Menos aún que dicho precepto constituya un sustituto eficaz del derecho de separación para el su-

(15) LACRUZ BERDEJO: Op. cit., pág. 374.

puesto de que, aceptada la herencia en forma pura y simple, no haya tenido lugar todavía su partición.

Poco a poco se ha ido reduciendo el ámbito de operancia de la *separatio bonorum* a los juicios de testamentaria y *ab intestato*, y, en verdad, parece que en el Derecho español tales procedimientos constituyen el único mecanismo general que permite la realización preferente de los créditos contra el caudal relicto, lo cual supone un sistema harto criticable no sólo por la falla dogmática de no establecer de manera expresa en la Ley sustantiva la condición preferente de los acreedores hereditarios sobre los bienes de la herencia, sino también porque obliga a instaurar unos juicios universales desproporcionados al fin que se persigue.

En efecto, los procedimientos de testamentaria y *ab intestato* se orientan fundamentalmente a conseguir la partición judicial del caudal hereditario, por tanto, en principio, tales juicios no deberían poder promoverse cuando el heredero sea único y cuando la distribución de los bienes de la herencia ya haya tenido lugar. Sin embargo, al establecer el ordinal 3.º del artículo 973 y el 4.º del artículo 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento civil que son parte legítima para promover los procedimientos en cuestión, los acreedores que presenten un título escrito que justifique cumplidamente su crédito, hay que admitir, de manera necesaria, que los mismos pueden instarse aunque no haya más que un solo heredero y aunque la herencia ya se haya partido, pues es obvio que los acreedores no pueden ser parte legítima a los fines de la distribución del caudal relicto, sino a otro fin específico.

¿Cuál será éste? La respuesta nos la da el artículo 1.093 de la propia Ley de Enjuiciamiento civil al disponer que «cuando se haya promovido el juicio a instancia de uno o más acreedores, no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos pagados o garantizados a su satisfacción».

A la vista de semejante dispositivo cabe colegir sin mayores dudas que el objetivo que persiguen los acreedores incoantes será el de que se proceda al pago de las deudas hereditarias en forma tal que sus derechos de crédito sean preferidos sobre los bienes relictos a las acreencias personales que pesen sobre el heredero; conclusión que se refuerza si se tiene en cuenta que el artículo

1.040 prohíbe a los acreedores promover el juicio de testamentaria cuando tengan asegurado su crédito con hipoteca voluntaria o con otra garantía suficiente y cuando, en otro caso, los herederos les dieren fianza bastante a responder de sus créditos independientemente de los bienes del finado (en el mismo sentido, respecto al juicio de *ab intestato*, el ordinal 3.º del artículo 973). En tales casos, como los acreedores ya tienen asegurado el cobro preferente de sus derechos o garantiza su realización no hay necesidad de conseguir la separación de los bienes del difunto mediante la instauración de los procedimientos universales indicados.

Tendremos, pues, que a través de los juicios de testamentaria y *ab intestato* los acreedores hereditarios cuentan con un medio, todo lo largo y enrevesado que se quiera, pero medio al fin, para la realización preferente de sus derechos, y, en definitiva, que en el sistema sucesorio español el beneficio de separación y las consecuencias preferenciales propias del mismo se actúan y consiguen a través de los trámites judiciales reseñados. Pero obsérvese que la Ley de Enjuiciamiento civil se limita (como no podría ser de otra manera desde el ángulo institucional puro) a regular el procedimiento o medio por el que se ejercita la preferencia de los acreedores del difunto, pero no establece ésta, no preceptúa, dada su naturaleza de Ley adjetiva, la condición preferente de los acreedores del caudal, por lo que es lícito plantearse que si la Ley ritaria da por supuesta tal preferencia en algún otro lugar del ordenamiento positivo, y en especial dentro del Código civil, debe hallarse, expresa o tácitamente, la sanción de la misma.

En efecto, no cabe sostener que los acreedores de la herencia disfrutan de preferencia para el cobro cuando han promovido los procedimientos de *ab intestato* o testamentaria por la sencilla razón de que tales juicios no son otra cosa que la forma de realizar una prelación que debe venir establecida previamente. Desde siempre el *beneficium separationis* no opera en forma automática o *ministerio legis* cuando a la muerte de una persona queden deudas pendientes de pago (en tal caso no tendría sentido hablar de beneficio o derecho, pues, estaríamos ante un mero efecto natural de la sucesión *mortis causa*), sino que se conforma como algo que hay que solicitar y obtener de determinada autoridad (caso romano) o como un derecho o facultad de los acreedores con determinado

contenido (la prelación) que necesita ser actuado o ejercitado en la forma específica establecida por la Ley si se quiere gozar de sus beneficiosos efectos. Pues bien, en la Ley de Enjuiciamiento civil española encontramos la forma o manera de realizar el tal derecho, pero no hallamos la expresa concesión del mismo a los acreedores del difunto. La importancia y trascendencia patrimonial del derecho de prelación a favor de tales acreedores exigen que el mismo ha de hacerse valer o invocarse única y exclusivamente en el modo previsto en la Ley, porque, en caso contrario, no aprovecha; la Ley procesal hispana nos señala el camino que debe seguirse si los acreedores hereditarios quieren ponerse a cubierto de la concurrencia sobre los bienes relictos de los acreedores particulares del heredero, pero no llega más lejos de ahí; e, incluso, hasta la forma de ejercitar el derecho de separación no tendría porqué venir establecida en dicha Ley procedimental si el sistema español de *separatio* hubiese previsto, como es más adecuado, que el derecho en cuestión se actúa o realiza mediante trámites no jurisdiccionales.

Tal es lo que ocurría con la regulación de la figura en el Proyecto del Código civil de 1851 y tal es lo que ocurre en la actualidad en el estimable modelo que de la institución brinda el Código civil italiano de 1942. En este Código se recoge todo lo relativo a la misma, pues mientras en su artículo 512 se establece que la separación de los bienes del difunto respecto de los del heredero asegura la satisfacción, con los bienes del difunto, de los acreedores de él y de los legatarios que la han realizado, con *preferencia* a los acreedores del heredero (derecho de prelación a favor de acreedores hereditarios y legatarios), los artículos 517 y 518, respectivamente, se encargan de regular la forma en que el derecho a la separación ha de ejercitarse según tenga por objeto bienes hereditarios muebles o inmuebles.

Queda establecida la forma de realización en el Derecho español del derecho de preferencia en que, en definitiva, se sustancia y resuelve el beneficio o derecho de separación. Queda ahora por dilucidar, de acuerdo a lo que con anterioridad se expresó, dónde y en qué forma el ordenamiento positivo sanciona y establece la aludida prelación; es decir, si en verdad existe un principio general de preferencia de los acreedores del causante sobre los acree-

dores del heredero, ¿dónde se encuentra? o, al menos, ¿cómo se puede inducir? Aquí precisamente nos encontramos con el nudo y la dificultad del asunto.

Ya se ha visto cómo VALLET DE GOYTISOLO considera que existe en el sistema positivo español un principio general de prelación tradicional e implícito; en el mismo sentido sostienen otros civilistas que la prelación cuestionada es una simple emanación de dos principios que impregnan históricamente el régimen sucesorio hispano: «primero es pagar que heredar» y «no hay herencia sino en el residuo». Pero ha sido LACRUZ BERDEJO quien más se ha afanado en demostrar que en el Código civil y en la Ley Hipotecaria se halla implícito el principio general de prelación que se considera.

Ya se han resumido antes sus argumentos; alguno, como el que, en su sentir, proporciona el artículo 1.082 del Código civil lo hemos rebatido y desechado; otro, como el que pretende encontrar en el artículo 1.911 *eiusdem* a propósito de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, nos parece de muy dudosa fuerza, ya que se halla negado por la confusión de patrimonios propio de la aceptación pura, por la sucesión del heredero en las deudas del causante y por el hecho de que los créditos contra el caudal relicto no se localizan sobre concretos bienes integrantes del mismo (la garantía genérica del cumplimiento de las obligaciones que el artículo 1.911 entraña es indisoluble y consustancial al principio *par condicio creditorum*, salvo las causas legítimas de preferencia, y, en consecuencia, no puede la misma, so pena de ser anfibológica, implicar al mismo tiempo un principio general de prelación); otros, en fin, como el de que si el legatario tiene preferencia sobre el acreedor personal del heredero, con mayor razón la ha de tener el acreedor del causante, cuyo interés es más respetable, y el de que si los acreedores escriturarios de la herencia pueden pedir la anotación preventiva del derecho hereditario, tal anotación no puede tener otro fin que el aseguramiento del derecho de prelación, sobre el caudal relicto, del acreedor del mismo, o llevan las normas más allá de su alcance natural de acuerdo a su *ratio* o se descalifican por sí mismos cuando su patrocinante pone en duda, en relación al último, la efectividad del precepto que le sirve de basamento, amén de, en todo caso, admitir una interpretación

distinta, lo que supone su exclusión desde un riguroso punto de vista científico.

A la falta de solidez de los elementos del Derecho español sobre que pretende montarse el mecanismo inductivo para conformar un principio general de preferencia que implícitamente acogería aquél, se viene a sumar una dificultad que no es posible relegar al olvido y a la que ha aludido con insistencia DE LA CÁMARA. Tal es la de que en materia de preferencias o privilegios hay que atenerse a lo que aparezca manifiesto en la Ley en cuanto los mismos suponen excepción al principio general de igualdad de todos los acreedores sobre los bienes del deudor, y lo excepcional no admite formulaciones tácitas, interpretaciones extensivas o el juego de la analogía; en este sentido LÓPEZ JACOISTE al señalar que en el Derecho español no existe un orden de preferencias similar al del sistema francés, porque no lo establece expresamente, admite que en esta materia no caben presunciones amplificadoras (16). Y en esto el Código español es tajante, pues, tras especificar los créditos privilegiados, dispone en su artículo 1.925 que «no gozarán de preferencia los créditos de cualquier otra clase, o por cualquier otro título, no comprendidos en los artículos anteriores».

Contra semejante obstáculo a la preferencia de los acreedores hereditarios sobre los personales del heredero opone LACRUZ que el artículo 1.925 no fue redactado pensando en las deudas hereditarias (lo que sería muy difícil demostrar), ni en la recepción de un conjunto de bienes vinculados al pago de unas deudas, a tenor del artículo 1.911, que es, por cierto, uno de los anteriores al 1.925. A lo que se puede replicar que si en el Derecho español estuviese establecida tal vinculación de un conjunto de bienes al pago de las deudas hereditarias ya estaría establecida también la prelación y no haría falta argumentar más; la hipótesis es más bien la contraria, se trata de probar la existencia de un derecho de preferencia para que pueda predicarse la aludida adscripción, y ya se ha visto que a estos fines no sirve de gran cosa el artículo 1.911. Según él también el artículo 1.925 puede salvarse si se tiene en cuenta que el beneficio de inventario tampoco es mencionado en los artículos a que se refiere dicho precepto; a ello se podría replicar asimismo que, como más arriba se desarrolló,

(16) LÓPEZ JACOISTE: Loc. cit., pág. 45.

el *beneficium inventarii* no comporta un genuino derecho de preferencia a favor de los acreedores del causante frente a los acreedores personales del heredero, y, por tanto, resulta correcta la formulación de los artículos 1.911 y siguientes del Código civil español al no mencionar el beneficio de inventario como causa legítima de preferencia.

Pese a todo lo dicho es innegable que en el Derecho sucesorio español late la idea del carácter preferente de los créditos contra el caudal relicto sobre los créditos contra el heredero, y la mejor prueba de ello la constituye, como se ha visto, la existencia de esos procedimientos de *ab intestato* y testamentaria, por cuyo través se logran los resultados propios de la *separatio bonorum* y que, en todo momento, aunque no la establezcan ni puedan establecerla, dan por supuesta la preferencia de los acreedores del causante. Debido a esto último precisamente, quizá estén en lo cierto los autores que señalan que si la regulación del *beneficium separationis* del Proyecto del Código de 1851 no pasó al Código civil, fue porque sus redactores pensaron que los objetivos del mismo quedaban cubiertos mediante lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 a propósito de los juicios sucesorios universales mencionados, si bien el camino a seguirse fuese distinto y más complicado que el de estirpe francesa recogido en el Proyecto del Código de 1851. Lo cual, sin embargo, no excluye las críticas que merece el sistema adoptado por el ordenamiento jurídico español, lento, enrevesado y costoso, ni justifica el que en el Código civil se guarde absoluto silencio sobre la posibilidad que los acreedores del causante tienen de realizar sus derechos en forma preferente sobre los bienes de la herencia acudiendo a los procedimientos judiciales de testamentaria o *ab intestato*, cosa que bien poco costaba, como dice ROCA SASTRE (17).

De todas maneras todavía es posible esgrimir una circunstancia que, aunque implique también un camino indirecto y de conexión lógica, permite sostener con cierto carácter principista la prelación de los acreedores del difunto frente a los particulares del heredero.

En efecto, señala con acierto VALLET DE GOYTISOLO, que tanto el Código civil, como la Ley de Enjuiciamiento civil en todas las oca-

(17) ROCA SASTRE: Loc. cit., pág. 1.157.

siones en que regulan supuestos concretos de colisión de derechos entre acreedores del causante y legatarios dan preferencia a los primeros con la misma uniformidad con que se la confieren a los legatarios cuando entran en conflicto con acreedores de los herederos (18). Siendo patentes e innegables, como a continuación se verá, tales preferencias, nosotros extraemos de ellas la siguiente conclusión lógica: si los acreedores del causante gozan de preferencia sobre los legatarios, y éstos, a su vez, son preferidos a los acreedores del heredero, forzosamente los primeros (acreedores del causante) tendrán preferencia sobre los últimos (acreedores personales del heredero).

La prelación de los acreedores hereditarios frente a los legatarios resulta de manera expresa del artículo 1.029 del Código civil, a tenor del cual «si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos sólo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles». Sobre los bienes de la herencia, pues, los acreedores del causante han de ser satisfechos con preferencia a los legatarios (*nemo liberalis nisi liberatus*) con indiferencia de que se trate de legados de eficacia real o legados de eficacia simplemente obligatoria.

La circunstancia de que el precepto transcrito se refiera al beneficio de inventario no altera en nada la prelación aludida, pues contempla el conflicto de derechos con posterioridad a la liquidación del caudal y pago de legados. Además dicho beneficio, aclara LÓPEZ JACOISTE, no tiene virtualidad transformadora de las preferencias para el cobro existentes fuera de él entre los acreedores hereditarios y legatarios, a costa del caudal relicto; se limita a aislar de responsabilidades al patrimonio personal del heredero. «Luego en dicho artículo (el 1.029)—escribe—no debe verse una regulación excepcional, sino una aplicación ocasional de un principio tácito tenido como general. La actualización de los créditos de los acreedores contra los legatarios implica, de manera evidente, la previa preferencia de aquéllos sobre éstos» (19).

La prelación de los legatarios frente a los acreedores personales del heredero resulta del juego combinado de los artículos 47, 48 y

(18) VALLET DE GOYTISOLO: Op. cit., págs. 299-300, núm. 550.

(19) LÓPEZ JACOISTE: Loc. cit., pág. 60.

50 de la Ley Hipotecaria. El primero de ellos faculta al legatario de bienes inmuebles determinados o de créditos o pensiones consignados sobre ellos para obtener en cualquier tiempo anotación preventiva de su derecho; el segundo permite pedir al legatario de género o cantidad anotación preventiva de su valor, dentro de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del testador, sobre cualesquiera bienes inmuebles de la herencia, bastantes para cubrirlo, siempre que no hubieren sido legados especialmente a otros, y, en fin, el tercero de tales preceptos establece que el legatario que obtuviere anotación preventiva será preferido a los acreedores del heredero que haya aceptado sin beneficio de inventario y a cualquier otro que, con posterioridad a dicha anotación, adquiera algún derecho sobre los bienes anotados, pero entendiéndose que esta preferencia es solamente en cuanto al importe de dichos bienes.

A ello debe añadirse que de acuerdo al numeral 7.º del artículo 42 de la misma Ley Hipotecaria puede pedir anotación preventiva de su derecho todo legatario que no esté legitimado para promover el juicio de testamentaria; y como resulta que según la Ley de Enjuiciamiento civil (art. 1.038-3.º) tan sólo los legatarios de parte alicuota están facultados para instaurar el juicio de testamentaria, todos los demás podrán obtener la anotación referida y disfrutar de preferencia respecto a los acreedores propios del heredero. Por otra parte, el legatario de cuota verá actuada la misma preferencia a través del artículo 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Este es a grandes rasgos el sistema español del *beneficium separationis*; sin duda, desigual, complicado y farragoso, muy alejado de la sencillez esquemática y de la fácil operabilidad que caracterizan a sus homónimos en otros ordenamientos latinos, pero existe y no puede desconocerse. Lo curioso es que mientras el Derecho común español no contempla la *separatio bonorum* como institución independiente, la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña de 21 de julio de 1960 la recoge de manera expresa, siguiendo las pautas romanas de la figura y bajo el título de beneficio de separación de patrimonios, en su artículo 264, el cual dispone:

«Los acreedores por deudas del causante o por gastos de su última enfermedad y los legatarios, podrán obtener del Juez competente que el patrimonio hereditario se considere separado del privativo del heredero, al objeto de salvaguardar su Derecho frente a los acreedores particulares de este último. El Juez, previo inventario de la herencia y adecuada justificación, concederá este beneficio y adoptará, en su caso, las medidas conducentes a su efectividad.

Los acreedores del causante y legatarios que obtengan el beneficio de separación tendrán derecho preferente para el cobro de sus créditos y percibo de sus legados respecto de los acreedores particulares del heredero, pero mientras éstos no resulten pagados, no podrán dichos acreedores perseguir los bienes privativos del heredero».

A su vez, el Proyecto de Fuero recopilado de Navarra de 1959 dice en su artículo 295: «En tanto no hayan sido pagados los legatarios y los acreedores de la herencia, y aunque hubiera sido aceptada pura y simplemente, se la considerará, por Ministerio de la Ley, patrimonio separado del propio del heredero, y los acreedores de éste no podrán accionar contra los bienes de la herencia en perjuicio de los legatarios y acreedores que se amparen en este beneficio».

ANGEL CRISTÓBAL-MONTES.

Profesor de las Universidades Católicas
«Andrés Bello» y Central de Venezuela.

Las expensas útiles del apartado primero del artículo 1.404 del Código civil

SUMARIO: I. PRECEDENTES HISTÓRICOS: A) *Antecedentes remotos*. B) *Antecedentes inmediatos*: a) La doctrina del siglo XIX. b) El proyecto de 1851. c) El Código civil. II: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1.404-1.º DEL CÓDIGO CIVIL: A) *Amplitud de la expresión "expensas útiles"*: a) Reparaciones mayores. b) Gastos de lujo. B) *¿Qué derechos se conceden a la sociedad en el artículo 1.404-1.º?*: a) Derecho de crédito por lo gastado. b) La tesis del condominio y el crédito por valor de la mejora. c) Derecho de crédito por el aumento de valor del bien. C) *Conclusión*.

El apartado 1.º del artículo 1.404 del Código civil establece que «las expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer, son gananciales». La doctrina se ha planteado el problema de si lo que se declara ganancial en tal precepto es el gasto o la mejora misma, señalando, en ocasiones, la posibilidad de que entre el cónyuge propietario del bien mejorado y la sociedad conyugal surja una relación de *condominio*. En este estudio se analizará el referido problema tratando de dar una explicación coherente del precepto en este punto.

I

PRECEDENTES HISTÓRICOS

Como se verá más adelante, nuestro Código recogió la regla establecida en el apartado 1.º del artículo 1.404 de la doctrina patria del siglo XIX, la cual, a su vez, se basaba en la interpreta-

ción de textos legales más remotos. Parece por ello conveniente fijar primero tales precedentes legales remotos dejando, para un momento posterior, el estudio de la doctrina científica del siglo XIX.

A) *Antecedentes remotos.*

El estudio de los precedentes históricos del artículo 1.404 del Código civil ha sido realizado no hace mucho tiempo por GARCÍA GRANERO (1). En relación con la cuestión que ahora se trata, la de los antecedentes remotos del precepto, pueden aceptarse las conclusiones a que llega tal autor en el sentido de que sólo los fueros de la familia Cuenca-Teruel, o influidos por ellos, se ocuparon de las edificaciones o plantaciones hechas durante el matrimonio en fincas privativas de uno de los cónyuges, dándole al problema las siguientes soluciones: a) Las obras se atribuyen al dueño de la finca y a la sociedad de gananciales el valor de dichas mejoras (fueros de Cuenca, Teruel, Iznatoraf, Alcázar, Béjar y Santa María de Albarracín). b) Se crea una especie de copropiedad sobre el conjunto del suelo y de la obra en favor del cónyuge dueño y de la sociedad matrimonial. En este sentido se pronuncian los fueros de Zorita de los Canes, Coria, Usagre y Soria (2) c) El Fuero Real, a juicio de GARCÍA GRANERO, adopta una posición intermedia, ya que, tratándose de casas, hornos y molinos, la Ley 9.^a, tomo IV,

(1) GARCÍA GRANERO. *Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges*, «Revista de Derecho privado»; 1950, págs. 193 y sigs.

(2) En este último fuero se dice en el párrafo 337 que el dueño de la raíz en que fue hecha la labor o sus herederos podrán a su libre arbitrio «dar a la otra parte la quarta parte de la rrayz con su mejoramiento, ola meatad de lo que costo toda la fechora, o el meioramento apreciado en aquella rrayz, segund en el tiempo que fue hecha la cuesta». Por consiguiente, se apuntan tres posibles soluciones al problema: atribuir una parte del bien mejorado, la mitad de lo gastado, la mitad de la mejora apreciada en el bien raíz en el tiempo en que fue hecha. Cabe poner en tela de juicio la afirmación de GARCÍA GRANERO, de que se crea una especie de copropiedad cuyos titulares serían el dueño del bien y la sociedad de gananciales, de manera que el dueño del solar tendría tres cuartas partes del valor total y la otra cuarta parte pertenecería al otro cónyuge (*loc cit.*, pág. 197). Por el contrario, en casi todos los fueros parece que se apunta simplemente a unas compensaciones que se realizan en el momento de la liquidación de la sociedad. Así el párrafo 337 antes referido del fuero de Soria establece las reglas mencionadas para cuando «uno dellos muriere». Lo mismo sucede en el paragrafo 205 del fuero de Zorita de los Canes.

libro III determinaba que lo edificado pertenecía al dueño de la raíz, abonando al otro la mitad de la estimación de la obra (3). Por el contrario, tratándose de viñas y p'antaciones la Ley 3.^a, tomo IV, libro III disponía que «quando el marido é la muger ponen viña en tierra que sea de cualquier de ellos, é muriere el uno de ellos, cuya fuere la tierra tome el terradgo, según ponen otras viñas en aquel lugar, y el vino partanlo con los fijos del muerto, o con sus herederos, si fijos no hubiere: y este mesmo sea de otras labores qualesquier que se ficiere en el solar del uno dellos». Considera GARCÍA GRANERO que, en tal supuesto, el dueño de la tierra recibía la estimación del terreno, basándose para llegar a tal conclusión en la expresión «tome el terradgo» y deduce que la viña o plantación se partía por mitad entre ambos cónyuges, apareciendo, en consecuencia, una accesión invertida precedente claro del artículo 1.404-2.º del Código civil (4).

Además de las referidas Leyes del Fuero Real, existen otros textos que, de alguna manera, pueden haber influido en la formación de las reglas contenidas en el artículo 1.404. Puede señalarse, en este sentido, la Ley 32, tomo XI de la Partida 4.^a, donde se dice que «mejorando el marido la cosa que le dio su muger en dote, non seyendo apreciada, assi como si la refiziesse, o la acresciesse, porque fuesse mejor, e rendiesse mas; si las despensas que en ella metiere, fueren atales, que se mejore la dote por ellas, puedelas contar, e averlas aquellas que fiziere, ademas de quanto montare el

(3) La referida Ley 9.^a establecía que «si el marido, ó la muger facen cosa en tierra que sea del marido, o de la muger, é muriere el uno dellos cuya fuere la rayz, dé la meytad del apreciadura á quien heredáre su buena, quanto asmaren que cuesta la fechura, é finque cuya fuere la raíz con las cosas: é si cuya non fuere la raíz muriere ante, otrosí, los que heredaren su buena den la meytad de la apreciadura asi como dicho es. E otrosí mandamos, que esto mesmo sea de los molinos, é de los fornos».

(4) GARCÍA GRANERO: *Loc. cit.*, pág. 200. Sin rechazar plenamente tal interpretación sugerimos que tal vez el término *terradgo* no tuviera el significado de estimación, sino el de pensión o renta que se paga al señor de la tierra. Al respecto, hay que tener en cuenta que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua da al término *terrazgo* el significado de pensión o renta. Interpretándolo así, el dueño de la tierra tomaría tal *terradgo*, canón, y el fruto se dividiría con los hijos del muerto, surgiendo así como un censo a primeras cepas, sin aparecer la accesión invertida a que se refiere GARCÍA GRANERO. CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, se manifiesta en el mismo sentido que GARCÍA GRANERO, puede verse al respecto su estudio *El artículo 1.404 del Código civil y las declaraciones de obra nueva*, en esta REVISTA, 1954, pág. 786. En realidad, la misma interpretación se encuentra ya en DE ASSO y DE MANUEL: *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5.^a ed., Madrid, 1792, pág. 61.

esquilmo, que llevo de los frutos, e de las rentas de la dote. Mas si fiziere el marido despensas en la dote de su voluntad, que se tornasse mas en apostura, que en pro della, assi como si fuesen casas, e las pintasse, o en otra manera semejante destas; non las deue contar, nin las puede demandar, quando entregare la dote». Por consiguiente, los gastos que el marido hiciera en bienes dotales que ocasionaran una mejora de los mismos puede recibirlos en el momento de la restitución de la dote. Sin embargo, los gastos de puro lujo o recreo no tendría el marido derecho a recibirlos. Es evidente que esta Ley es antecedente inmediato del artículo 1.368 del Código civil, pero no cabe duda que el principio contenido en la misma puede también considerarse precedente del apartado 1.º del artículo 1.404.

B) *Antecedentes inmediatos.*

a) *La doctrina del siglo XIX.*

Lo que está fuera de duda es que, aún sin negar el carácter de precedente de las Leyes del Fuero Real, no fueron éstas las que influyeron directamente en el legislador, sino que el autor del Código civil, a través del Proyecto de 1851, tuvo en cuenta fundamentalmente la interpretación que de tales Leyes le ofrecía la doctrina del siglo XIX. Dicha interpretación se caracteriza porque en ella las reglas se formulan de manera general y abstracta, sin el carácter casuístico, que tenían en los textos del Fuero Real.

Analizando tal doctrina se descubre que hay un punto en el que todos los autores se muestran de acuerdo. En efecto, parece ser unánime la opinión de que la realización de mejoras en bienes privativos a costa de la sociedad de gananciales no origina una comunidad entre el dueño del bien y la sociedad. En tal sentido afirmaba SALA que «si el marido hubiese mejorado una casa o campo suyo, plantando viñas o árboles, no tendrá la mujer derecho a porción alguna del campo...» (5). ¿Cómo se resolvía el conflicto

(5) SALA: *Ilustración del Derecho real de España*, 3.ª ed. t. I, Madrid, 1832, págs. 41. También excluyen la comunidad ALVAREZ MARTÍNEZ: *Instituciones de Derecho civil*, Valladolid, 1840, págs. 43. BARRERA MONTENEGRO: J. M.: *Nociones de Derecho civil, mercantil y penal*, Valladolid, 1881, página 153

de intereses? Algún autor pensaba que la mejora era comunicable, al tiempo de la separación del matrimonio, entre marido y mujer, como bien ganancial (6). Siguiendo la misma orientación se dice que el dueño de la finca mejorada por trabajo o industria de uno de los cónyuges la saca tal como está a la disolución del matrimonio, pero que *el valor de las mejoras* es ganancial y comunicable, teniendo por lo mismo que abonar al otro cónyuge la mitad de este valor (7). Por consiguiente, cabe señalar una tendencia que, afirmando que lo ganancial es la mejora, parece resolver la cuestión atribuyendo al dueño el bien mejorado y obligándole a abonar al otro cónyuge la mitad del valor de la mejora.

Otro sector doctrinal se inclinaba por la solución de atribuir a la Sociedad no el valor de la mejora, sino sólo el importe de lo gastado. Así se manifestaba SALA que afirmaba que si el marido había mejorado un bien suyo, no tendría la mujer derecho a la mitad del mayor valor del campo, «sino sólo a la mitad de lo que se gastó en mejorarle...» (8).

Tal era el ambiente doctrinal que se respiraba en el momento de la Codificación. Tal ambiente se muestra con los mismos contrasentidos que van a aparecer posteriormente. El primero de ellos parece encontrarse en la afirmación, por una parte, de que son gananciales los aumentos y mejoras realizados en bienes privativos a costa del caudal común o por la industria y trabajo de los cónyuges; mientras que de otro lado tal carácter ganancial no se concreta en un derecho de propiedad a favor de la sociedad, sino en un simple derecho de crédito, bien por el valor de la mejora, bien por lo gastado para su realización. Tal derecho de crédito se hará efectivo, a la disolución del matrimonio, abonando el dueño del bien, que se quedará con la mejora, al otro cónyuge o a sus herederos la mitad del valor de la mejora—según unos autores—, o la mitad de lo gastado, según otros. El contrasentido estribaba, en consecuencia, en que, de una parte, la regla, tal como la formulan

(6) ALVAREZ J. M. *Instituciones de Derecho real de España*, t. II, Madrid, 1829, pág. 110. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ELÍAS: *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873 pág. 312.

(7) ALVAREZ MARTÍNEZ: *Op. cit.*, pág. 43. DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho civil*, 4.ª ed., t. I, *Del Derecho de las personas con relación a su estado*, Valencia, 1789, pág. 155.

(8) SALA: *Op. y loc. cit.*, pág. 41. BARRERA MONTENEGRO: *Op. cit.*, pág. 153.

la mayoría de los autores, parece ser una de las encaminadas a la determinación de los bienes que deben calificarse de gananciales, mientras que de otra parece destinada sólo a entrar en juego en el momento de la liquidación de la sociedad conyugal (9). Aparecen, por consiguiente, en ella dos facetas distintas, las cuales, en cierto sentido, no son más que la manifestación de la pugna real entre la dinámica de la sociedad de gananciales y el principio *accessorium sequitur principale*. En efecto, no cabe duda que si las mejoras se han realizado a costa del caudal común o son fruto de la industria o trabajo de los cónyuges, las mismas deben considerarse gananciales, puesto que tal caudal, tal industria y tal trabajo lo son. Lo que sucede es que dichas mejoras se han incorporado a un bien privativo y, dada tal incorporación, no hay más que dos soluciones posibles: a) Organizar una comunidad entre sociedad de gananciales y cónyuge propietario; b) declarar la mejora privativa en virtud del principio *accessorium sequitur principale* y conceder a la sociedad un derecho de crédito. Rechazada la primera solución por la doctrina, como se ha visto anteriormente, la segunda implica la consecuencia evidente de que a la sociedad habrá que hacerle efectivo su derecho de crédito. Dado este hecho es evidente que la norma adquirirá un *matiz* liquidatorio clarísimo, en el sentido de ajuste de cuentas entre un patrimonio privativo y el ganancial, si bien tal matiz aparecerá un tanto oscurecido por la afirmación de que las mejoras en bienes privativos realizadas a costa de la sociedad o por la industria de los cónyuges son gananciales.

b) *El proyecto de 1851.*

¿Cómo influyó este ambiente en el Proyecto de 1851? La influencia resulta evidente, pues de una parte no parece que, en este punto; GARCÍA GOYENA se inspirara en Códigos extranjeros (10), y

(9) Cfr. SALA: *Op. y loc. cit.*, pág. 41. ALVAREZ MARTÍNEZ: *Op. cit.*, pág. 43.

(10) Es curioso que, al fijar las concordancias del artículo 1.325 del Proyecto, se limitara GARCÍA GOYENA a remitirse a los Códigos citados en relación con los artículos 1.309 y 1.319 del mismo Proyecto, artículos destinados, el primero a señalar el efecto de la sociedad de gananciales, hacer comunes por mitad los beneficios obtenidos durante el matrimonio, y el segundo a determinar los bienes que forman parte de la sociedad de gananciales. De todo ello, parece posible deducir que al redactar el artículo 1.325 tuvo en cuenta fundamentalmente, podríamos decir únicamente, los precedentes legales patrios.

de otra parte la misma redacción del precepto a esta materia referido así lo indica. En efecto, el artículo 1.325, apartado 1.º, de tal proyecto dispone: «Las impensas útiles hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges por anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer son gananciales». Hay en el precepto dos cuestiones que llaman la atención, la primera es la utilización del término impensas, la segunda la afirmación de que «las impensas útiles» realizadas en bienes privativos, en las condiciones señaladas, son gananciales. Las dos cuestiones parecen estar íntimamente ligadas, ya que si se considerara sólo la afirmación de que tales impensas son gananciales se llegaría a la conclusión de que el autor del Proyecto había recogido de la regla que le ofrecía la doctrina sólo la faceta dirigida a fijar el carácter ganancial de unos bienes, olvidándose del matiz liquidatorio, que era—como se ha visto—el que más acentuaban los autores. Sin embargo, lo curioso del caso es que la ganancialidad se afirma precisamente de las impensas, no de las mejoras mismas, lo cual es muy significativo ya que gran parte de la doctrina, hasta ese momento, lo que calificaba de ganancial eran los aumentos y mejoras (11). Siendo así no parece que la utilización de la expresión «impensas útiles» se hiciera de modo inadvertido; por el contrario, debió corresponder a una intención del autor del Proyecto. Dejando por el momento otras cuestiones que se examinarán al analizar el precepto correspondiente del Código civil, no cabe duda que con la expresión «impensas útiles», utilizada intencionadamente, lo que se declara ganancial es sólo el gasto que se ha concretado en una mejora, ésta, la mejora será privativa (*accessorium sequitur principale*) y la sociedad de gananciales tendrá sólo derecho a que se le abone el gasto realizado. Por consiguiente, el precepto tiene un marcado carácter liquidatorio, está encaminado a saldar unas cuentas entre un patrimonio privativo y el ganancial, rechaza cualquier idea de comunidad entre la sociedad y el dueño del bien—para que surgiera tal comunidad sería necesario que se declarara ganancial la mejora misma, aunque, incluso en tal supuesto,

tal como los interpretaba la doctrina de su tiempo (Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Madrid, 1852, págs. 331 y 332).

(11) En tal sentido, autores citados anteriormente como ALVAREZ, ALVAREZ MARTÍNEZ, FERNÁNDEZ ELÍAS, DEL VISO, etc.

la afirmación podría significar sólo que el dueño del bien abonara, en el momento de la liquidación de la sociedad, al otro cónyuge la mitad del valor de la mejora—y se limita a conceder a la primera un crédito por lo gastado, ese es el significado de la afirmación de que «las impensas útiles... son gananciales» (12).

c) *El Código civil.*

El Anteproyecto del Código civil disponía en su artículo 1.430-1.º que «las impensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges, mediante anticipaciones de la sociedad, o por la industria del marido o de la mujer, se imputarán como gasto a los bienes gananciales» (13). La redacción no era ciertamente afortunada, pero no cabe duda que con ella se quería indicar que tales impensas se debían considerar como un gasto realizado por la sociedad de gananciales, la cual tenía derecho a ser resarcida del mismo. Lo cierto es que la confusa expresión, «se imputarán como gasto a los bienes gananciales», desaparece en el Código civil, el cual da al primer apartado del artículo 1.404 una redacción casi totalmente coincidente con la del artículo 1.325-1.º del Proyecto de 1851. Las escasas diferencias de redacción entre ambos parecen obedecer a simples correcciones de estilo, ya que la modificación más importante consiste en que el Código civil utiliza la expresión «expensas útiles»; mientras que el Proyecto de 1851 hablaba de impensas útiles; sin embargo, es evidente que en tal cambio no puede descubrirse ningún intento de modificación del significado del precepto.

(12) GARCÍA GOYENA: Comentado el precepto, señala que las mejoras han de provenir de la industria o trabajo de los cónyuges, pues si provienen de la naturaleza o transcurso del tiempo «no se reputan mejoras o gastos útiles, ni deben por tanto abonarse en ningún caso». (GARCÍA GOYENA: *Op. y loc. cit.*, página 332), sin embargo, no parece que el autor quisiera indicar que lo que se debiera abonar a la sociedad fuera el valor de la mejora misma, ya que lo que trataba de poner de relieve era simplemente que para que la sociedad tuviera derecho al reintegro era necesario que la mejora proviniera de la industria o trabajo de los cónyuges. Lo que debe abonarse a la sociedad lo indica el mismo artículo 1.325, sólo la impensa.

(13) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *El anteproyecto del Código civil español* (1882-1888), Centenario de la Ley del Notariado, Sección cuarta, volumen I, Madrid, 1965, pág. 483.

II

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1.404-1.º DEL CÓDIGO CIVIL

A) *Amplitud de la expresión «expensas útiles.»*

El examen de los precedentes históricos del artículo 1.404-1.º del Código civil nos ha puesto de manifiesto que la intención del legislador fué la de conceder a la sociedad de gananciales un derecho de crédito por los gastos realizados en bienes privativos. Podríamos, incluso, decir—en virtud de tales antecedentes históricos—que el referido derecho se concede cuando se han realizado a través de tales gastos mejoras en los bienes privativos, pues tal parece ser el sentido de la expresión «impensas útiles», utilizada en el Proyecto de 1851, o el de «expensas útiles» que aparece en el Código civil, ya que con ambas se quiso fijar el derecho de la sociedad en función de los gastos realizados en la ejecución de mejoras, sin atribuirle ninguna participación en las mejoras mismas, ni en los aumentos de valor a ellas debidos. No obstante, es necesario determinar si tal interpretación es acertada desde el punto de vista sistemático. Para ello conviene analizar la cuestión a la luz de la doctrina.

Puede decirse que hay unanimidad doctrinal en lo que podría calificarse como contenido mínimo de la expresión «expensas útiles». En efecto, todos los autores consideran que hay que estimar comprendidos dentro de ella a los gastos útiles, es decir, los que no son necesarios para la conservación, pero que van a implicar un aumento de valor de los bienes, una mejora. Lo que sucede es que algunos autores consideran que el artículo 1.404-1.º se refiere sólo a los gastos útiles (14); mientras que otros estiman que tiene mayor alcance y debe entenderse comprendido «todo gasto que sea útil a cualquiera de los cónyuges en algún sentido, y se deba a

(14) Cfr. MUCIUS SCAEVOLE: *Código civil concordado y comentado extensamente*, t. XXII, Madrid, 1905, pág. 215.

la sociedad» (15). Todo ello plantea la cuestión de si, además de los gastos útiles, pueden considerarse incluidos otros en el precepto. En este sentido es necesario analizar el problema de las reparaciones mayores y el de los gastos de puro lujo o recreo.

a) *Reparaciones mayores.*

MUCIUS SCAEVOLA considera que los gastos necesarios se distinguen, a efectos de la sociedad de gananciales, en reparaciones menores o de mera conservación y reparaciones mayores, tales gastos «según sean de una u otra índole así correrán o no de cargo de la sociedad de gananciales» (16). El autor no se preocupa de ir más lejos, sin embargo, cabe plantear una primera cuestión, en efecto, es evidente que las reparaciones menores corren a cargo de la sociedad de gananciales y que su realización no genera un crédito a favor de la misma. Pero, ¿qué sucede si una reparación mayor se hace a costa de la Sociedad de gananciales o con la industria del marido y la mujer? Un buen sector doctrinal estima que las reparaciones mayores pagadas con cargo a la sociedad de gananciales generarían un crédito a su favor y a cargo del cónyuge propietario (17). Parece, en consecuencia, que las reparaciones mayores realizadas por la sociedad de gananciales habría que introducirlas dentro del concepto de «expensas útiles» del artículo 1.404-1.º; no obstante, la cuestión requiere un análisis más detenido. El posible encasillamiento de las reparaciones mayores dentro de la órbita del precepto del artículo 1.404-1.º exige en primer lugar la determinación de lo que son reparaciones mayores. La doctrina suele estimar que la sociedad de gananciales está obligada a la realización de todos los gastos en los bienes de los cónyuges que deba realizar un diligente usufructuario (18); consi-

(15) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, t. IX, 2.ª ed., Madrid, 1908, pág. 604.

(16) MUCIUS SCAEVOLA: *Op. y loc. cit.*, pág. 214.

(17) ASÍ, MANRESA: *Op. y loc. cit.*, pág. 605. En el mismo sentido, COSSIO: *La sociedad de gananciales*, en «Tratado práctico y crítico de Derecho civil», tomo 50, vol. I, Madrid, 1963, pág. 92. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, t. IV, vol. I *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes*, Barcelona, 1967, pág. 704. GARCÍA GRANERO: *Loc. cit.*, pág. 194. CAMY SÁNCHEZ CÁÑETE: *Loc. cit.*, págs. 789 y 790.

(18) En tal sentido LACRUZ BERDEJO: *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 527.

derando, en consecuencia, que cuando el artículo 1.408 del Código civil habla de reparaciones menores se refiere a las que el artículo 500 califica de ordinarias (19). Por tanto, cabe pensar que las reparaciones mayores son las extraordinarias de las que el artículo 501 dice que serán de cuenta del propietario. Interesa, en consecuencia, fijar qué es lo que se deba entender por reparaciones extraordinarias, pues, si bien es verdad—como ha señalado el profesor Cossío—, que la determinación del carácter de reparación mayor o menor queda al arbitrio judicial (19 bis), ello no impide que se puedan señalar criterios que sirvan de orientación. Las reparaciones extraordinarias no están definidas en el Código civil, pero de los artículos 500 y 501 puede extraerse un concepto, diciendo que son las que exigen los deterioros o desperfectos que procedan de causas extraordinarias (inundaciones, terremotos, incendios, etc.) y sean indispensables para la conservación de los bienes. Lo que se trata de destacar es que estas reparaciones tratan sólo de la conservación de los bienes y que, por tanto, su realización no implica en principio mejora, ni aumento de valor; si bien impiden una pérdida de valor e incluso la posible destrucción de la cosa. En consecuencia, si se estima que tales reparaciones deben incluirse en el artículo 1.404-1.º, ya no puede entenderse la expresión «expensas útiles» en el sentido de gastos encaminados a la realización de mejoras en sentido propio; sino en el de expensas que producen *utilidad a los bienes*, pudiendo esta utilidad consistir en una mejora o aumento de valor o estar, por el contrario, encaminada a evitar un deterioro o pérdida de valor.

La sujeción de las reparaciones mayores al precepto contenido en el artículo 1.404-1.º puede parecer poco conforme con la doctrina que entiende la expresión «expensas útiles» en el sentido de mejoras. Sin embargo, ya se ha visto que MANRESA hablaba de gastos que produzcan *utilidad o aumento de valor en los bienes* y es evidente que tales reparaciones producen utilidad a los bienes. Pero es que además parece que razones prácticas aconsejan tal inclusión. En efecto, si las reparaciones mayores realizadas a costa de la sociedad de gananciales generan un crédito de ésta y también lo generan las «expensas útiles», en sentido estricto, del ar-

(19) Cossío: *Op. cit.*, pág. 92.

(19 bis) Cossío: *Op. cit.*, pág. 92.

titulo 1.404-1.º, parece que nos encontramos ante supuestos que exigen una misma reglamentación. De todo ello puede deducirse que el artículo 1.404-1.º debe aplicarse también a las reparaciones mayores realizadas a cargo de la Sociedad de gananciales.

b) *Gastos de lujo.*

Los llamados gastos de lujo o recreo no deben incluirse, según algunos autores, dentro del concepto de «expensas útiles» del artículo 1.404-1.º (20). Se dice en tal sentido que en la generalidad de los casos no constituyen aumento, que sólo favorecen al cónyuge en cuyo bien se llevan a efecto, añadiéndose que el precepto no se refiere a los mismos (21). Los argumentos señalados no parecen decisivos, pues la idea de que en la generalidad de los casos no implican aumento, además de ser discutible, plantea ya una excepción respecto a aquellos casos en los que el aumento de valor se produzca (22). La circunstancia de que sólo favorezcan al cónyuge en cuyos bienes se llevan a efecto parece ser una razón en favor de la solución de que la sociedad de gananciales sea resarcida en el caso de que los gastos de lujo se realizaran a su costa. En cuanto al silencio del artículo 1.404-1.º al respecto, MANRESA estima que el precepto considera incluidas dentro de la expresión «expensas útiles» a los gastos de puro lujo o recreo y añade: «En el espíritu de la Ley no cabe que uno de los cónyuges se beneficie a expensas de la sociedad sin que esta sea debidamente indemnizada, y, por tanto, todo anticipo hecho a costa del caudal común representa un crédito de naturaleza ganancial, produzca mejora o consista en reparaciones no ordinarias u otros beneficios» (23).

(20) Así COSSÍO: *Op. cit.*, pág. 71

(21) OYUELOS: *Digesto. Principios, doctrina y Jurisprudencia referentes al Código civil español concordados con los Códigos americanos y portugueses*, tomo VI, Madrid, 1930, pág. 100. MUCIUS SCAEVOLA señala que los gastos de lujo no figuran entre las obligaciones de la sociedad comprendidas en el artículo 1.408, correspondiendo, por tanto, al dueño de los bienes a quien favorecen (*Op. y loc. cit.*, pág. 214).

(22) En muchas ocasiones determinar si un gasto es útil o de puro lujo puede resultar difícil, en este sentido, MUCIUS SCAEVOLA dice que es siempre un punto de hecho dependiente de numerosas causas y circunstancias que modifican en uno o en otro sentido constantemente sus condiciones. Así, la construcción de un invernadero parece un gasto de lujo, pero se convierte en útil desde el momento en que mejora las condiciones de un jardín (*Op. y loc. cit.*, págs. 213 y 214).

(23) MANRESA. *Op. y loc. cit.*, págs. 604 y 605. LACRUZ estima que a la Sociedad se le debe reintegrar todo lo empleado por ella en impensas suntuarias,

Después de este recorrido puede decirse, aunque sea provisionalmente, que el artículo 1.404-1.º lo que en realidad parece decir es que «las reparaciones mayores, las expensas útiles y las de lujo o recreo, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipos de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer, son gananciales». Sin embargo, tal afirmación no puede admitirse sin antes analizar si efectivamente a todos esos gastos se les debe someter a una misma reglamentación jurídica o, por el contrario, la reglamentación ha de ser distinta. Para resolver este problema es necesario determinar que es lo que se declara ganancial en el artículo 1.404-1.º, pues si lo que se declara ganancial es el gasto mismo, de ello va a resultar que la realización de cualquiera de esos gastos a cargo de la sociedad de gananciales generaría un crédito a favor de la misma y no parece que, en tal caso, exista inconveniente grave en admitir que todos ellos tendrían el mismo tratamiento jurídico. Por el contrario, si lo que se declara ganancial es la mejora misma o el aumento de valor, parece que tal precepto sería aplicable sólo a los gastos útiles que generan mejoras; podría, tal vez, extenderse a los de lujo o recreo en cuanto que implicaran mejora del bien; pero en ningún caso parece posible estimarlo aplicable a las reparaciones mayores que no implican mejora del bien, sino sólo conservación del mismo.

B) *¿Qué Derechos se conceden a la Sociedad en el artículo 1.404-1.º?*

a) *Derecho de crédito por lo gastado.*

Existe una corriente doctrinal que estima que lo que declara ganancial el artículo 1.404-1.º es el gasto mismo. Tal doctrina tiene antecedentes clarísimos, como se ha visto, en los autores anteriores a la promulgación del Código civil y ha sido seguida por algunos coetáneos y posteriores, así BURÓN GARCÍA, señala que el Código

lo cual es —según él— una de las consecuencias ventajosas de considerar que al patrimonio ganancial hay que devolverle lo gastado y no los aumentos de valor, pues de adoptarse el último criterio las impensas suntuarias no serían abonables por no producir aumento de valor (*Op. cit.*, pág. 602, nota 2).

civil declara ganancial las expensas o gastos, pero sólo en cuanto que sean útiles (24).

También la jurisprudencia se ha inclinado en diversas ocasiones por la solución que considera que a favor de la sociedad de gananciales surge un derecho de crédito por lo gastado. Así en la sentencia de 15 de marzo de 1887 donde no se admitió que el crédito a favor de la sociedad se determinara teniendo en cuenta los aumentos de valor. Afirma textualmente el Tribunal Supremo que «la sala, al apreciar como ganancial en el ingenio 'La Esperanza' lo que se ha probado haber invertido en su fomento la sociedad conyugal, y al absolver a la cónyuge propietaria del mismo en cuanto al mayor valor que pueda haber adquirido sobre el coste de dichas mejoras, no infringe las Leyes 1.^a y 5.^a del título IV, libro 10 de la Novísima Recopilación que establecen que todo lo que marido y mujer comprasen, gasasen o mejorasen durante el matrimonio lo hagan por mitad» (25).

La tesis de fijar el crédito a favor de la sociedad en función de lo gastado tiene un inconveniente evidente en los supuestos en que, en el momento de la liquidación de la sociedad, la mejora haya desaparecido o esté considerablemente deteriorada. Hay autores que piensan que, incluso en tales circunstancias, se debería una compensación a la sociedad, pues «conforme a los principios generales, una vez realizadas las mejoras, el riesgo del bien me-

(24) BURÓN GARCÍA: *Derecho civil español según los principios, los Códigos y leyes precedentes y la reforma del Código civil*, t. I, Valladolid, 1898, páginas 481 y 482. MANRESA: *Op. y loc. cit.*, pág. 606. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. I. *Derecho de Familia*, 2.^a ed., pág. 840. CLLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Madrid, 1930, página 450. No obstante este último autor dice en otro lugar que «puede pensarse que lo que declara ganancial el artículo 1.404 es la mejora misma cuando lo gastado útilmente sale de la sociedad conyugal...» (*El incremento de valor alcanzado constante matrimonio, por las acciones de un Banco aportadas a aquél por el marido como capital propio: ¿Constituye una ampliación o adquisición de capital, y por tanto es un producto o fruto, propiedad privativa del cónyuge, o bien ganancial?* «Revista de Derecho Privado», 1921, pág. 55). CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. I, 8.^a ed., Madrid, 1961, página 275. REYES MONTERREAL: *El régimen legal de gananciales*; Madrid, 1962, páginas 153 y 154. COSSÍO: *Op. cit.*, pág. 72. PUIG BRUTAU: *Op. y loc. cit.*, página 664.

(25) MURÚA Y ERICE C. DE LA VEGA: (15 de marzo de 1887), en *Jurispr. civil*, tomo 61, pág. 431 y sigs. Los recurrentes y demandantes pretendían que se considerara ganancial el aumento de valor de la finca «La Esperanza» ocasionado por las mejoras que el matrimonio, ya fallecido, había introducido en la finca que tenía la consideración de dotal.

jorado debe correr totalmente a cargo del propietario» (26). El principio es exacto, pero su aplicación puede resultar injusta, puesto que la mejora puede haber proporcionado un incremento en el rendimiento del bien estando vigente la sociedad de gananciales, por lo cual ésta recibiría tales rendimientos y además de ello, en el momento de la liquidación tendrá derecho a que se le abone lo gastado en la realización de dicha mejora, lo cual puede resultar inadecuado cuando, debido al tiempo transcurrido, la mejora esté tan deteriorada que no produzca ya aumentos en el rendimiento, ni, por supuesto, en su valor venal. Por ello, el profesor LACRUZ, refiriéndose al criterio de que lo que se debe abonar a la sociedad es el importe del anticipo, señala que la solución es simplista en el supuesto de mejoras deteriorables o amortizables, pues las mismas «deben estimarse en su valor final, es decir, el que tengan al concluir el consorcio, si no se quiere provocar un injusto desplazamiento de bienes privativos al patrimonio consorcial en el momento de la disolución de la comunidad» (27). Por lo demás, parece que si la mejora no es deteriorable y se ha deteriorado o destruido por falta de cuidados, es el propietario el que deberá sufrir el riesgo, debiendo, por tanto, abonar a la sociedad lo que sea justo. Cabría pensar en la posibilidad de que el deterioro o destrucción se haya producido por culpa del otro cónyuge, especialmente el marido, en tal caso, no cabe duda de que el culpable debería indemnizar.

b) *La tesis del condominio y el crédito por valor de la mejora.*

MUCIUS SCAEVOLE, después de reconocer que el sentido literal del artículo 1.404-1.º apunta a los gastos, añade que el precepto utiliza el término «expensas» con olvido de su propiedad queriendo hacer

(26) VAZ FERREIRA: *Tratado de la sociedad conyugal*, Montevideo, 1959, página 311.

(27) LACRUZ BERDEJO: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 401. La doctrina anterior al Código ya insinuaba la necesidad de que las mejoras existieran al tiempo de la liquidación para que fueran abonables. En tal sentido, ALVAREZ se refería a «las mejoras que se encontraren..., al tiempo de la separación» (*Op. Cit.*, pág. 110). Comentando el Código colombiano dice VÉLEZ que no es justo exigir del dueño de los bienes el pago de expensas que en nada le quedan representadas. Lo cual debe tener por objeto favorecer principalmente a la mujer de expensas absurdas del marido con el fin de mejorarle sus bienes propios» (*Estudio sobre el Derecho civil colombiano*, t. VII, 2.ª ed., París, págs. 83 y 84).

referencia a las mejoras útiles. En consecuencia, piensa el citado autor que «las mejoras hechas en los bienes son de carácter ganancial aún siendo los mismos privativos de uno de los cónyuges, y, por tanto, que aquellas se han de dividir por mitad al disolverse el matrimonio» (28). Hay que reconocer que esta interpretación comportaría una visión más coherente del artículo 1.404, considerado en su conjunto, ya que con ella desaparecería el carácter de excepción que el apartado segundo tiene respecto del primero. En efecto, si se piensa que lo ganancial es solamente lo gastado, resulta que el apartado segundo se presenta como una excepción al primero, ya que en éste se mantiene intangible la titularidad sobre el bien, titularidad que se amplía a las mejoras realizadas por la sociedad conyugal; por el contrario, en el segundo apartado se altera la titularidad, pasa a la sociedad de gananciales y el dueño sólo tiene un derecho de crédito por el suelo. Sin embargo, declarándose ganancial la mejora, parece existir una mayor unidad lógica en el precepto, ya que en ambos apartados aparecería como un mismo principio diversamente desarrollado. Tal principio se caracterizaría por el establecimiento de alteraciones o cambios en la titularidad de un bien privativo, si bien tales cambios tendrían un significado distinto, pues en el supuesto del apartado primero, a consecuencia de las mejoras surgiría una cotitularidad entre la sociedad de gananciales y el cónyuge propietario, mientras que en el caso del apartado segundo la edificación supondría tal alteración que iría más allá de la cotitularidad, originando un cambio más profundo, de manera que el dueño del suelo dejará de serlo y la sociedad de gananciales pasará a ser titular de lo edificado, abonando el valor del suelo.

Habría que plantearse si una tal solución, la de la cotitularidad o condominio entre sociedad y cónyuge propietario del bien mejorado, es, sin embargo, la que, en última instancia, mantienen los autores que piensan que el artículo 1.404 1.º declara ganancial a la mejora misma. Siguiendo la argumentación de MUCIUS SCAEVOLE se descubre que no es así, ya que afirma que «en la cerca puesta a una heredad del marido, no se va a conceder a la mujer la mitad del dominio de la cerca. Se estará entonces—continúa di-

(28) MUCIUS SCAEVOLE: *Op. y loc. cit.*, pág. 218.

ciendo—en la hipótesis del artículo 1.062, de desmerecer notablemente la cosa en el caso de dividirse, como correspondería por razón del 1.404, y la finca entera con su mejora se adjudicará al marido, abonándose a la mujer en dinero la parte que le corresponde» (29).

De lo expuesto resulta que la doctrina se inclina por conceder a la sociedad de gananciales un derecho de crédito, lo que sucede es que para unos autores tal derecho de crédito se fija en función de lo gastado, mientras que para otros habría que determinarlo valorando la mejora misma o si se quiere fijando el aumento de valor del bien a causa de la mejora. Actualmente puede afirmarse que la tesis del condominio se rechaza unánimemente, casi podría decirse que la mayoría de los autores no la consideran solución viable. En tal sentido Cossio, después de afirmar que el precepto parece suponer un condominio entre sociedad y dueño del bien privativo, determinándose las cuotas por la proporción existente entre el valor de los bienes antes de la realización de las mejoras, y el que los mismos adquiriesen después de la ejecución de aquellas, señala que tal sistema «originaría en la práctica graves problemas y dificultades, complicando enormemente el régimen de administración de los bienes, y de disposición de los mismos» (30).

También la Dirección General de los Registros y del Notariado rechaza la tesis del condominio en la Resolución de 5 de mayo de 1908, declarando que los aumentos de valor de una finca no son por si solos determinantes «para variar su condición legal y propia y atribuirle la de ganancial», añadiendo que es preciso «para privar a los cónyuges viudos de sus facultades dominicales, que realmente existan expensas útiles hechas durante el matrimonio en los bienes peculiares de cada cónyuge con las circunstancias determinadas en el Código civil, y que tales expensas aparezcan completamente justificadas y no basadas en simples presunciones» (31).

(29) MUCIUS SCAEOLA: *Op y loc. cit.*, pág. 218.

(30) COSSIO: *Op. cit.*, pág. 72. LACRUZ BERDEJO: *Op. cit.*, pág. 400. En la doctrina uruguaya, VAZ FERREIRA rechaza también la tesis del condominio (*Op. cit.*, pág. 308).

(31) Recurso gubernativo promovido por el Notario contra la negativa a inscribir del Registrador (5 de mayo de 1908) *Jurisprudencia civil* t. 111, páginas 200 y sigs. El Registrador de la Propiedad se negó a inscribir la escritura de venta basándose en que no se había liquidado la sociedad de ganan-

En la misma línea, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 18 de febrero de 1941 afirma que «por lo expuesto es de apreciar que dichas mejoras o ampliaciones no anularon ni mermaron la facultad de disponer...» (32). En la sentencia de 25 de mayo de 1950 se dice que, la realización de obras de importancia, satisfechas por cuenta de la sociedad de gananciales y no por el marido propietario, no afecta a la propiedad de la finca «y no produciría otra consecuencia que el nacimiento, no de una propiedad, sino de un crédito a favor de la sociedad de gananciales» (33). Finalmente, en la sentencia de 30 de abril de 1958 se afirma respecto de una casa que tenía naturaleza parafernial y en el cuaderno particional se la consideró ganancial «por el mayor valor que tenía como consecuencia de unas obras que «tales obras, sean cuales fueren, no pueden desvirtuar la naturaleza jurídica de la finca de que se trata, sirviendo aquéllas tan sólo para que sea reintegrado al haber ganancial el importe a que las mismas ascendieran...» (34).

ciales, liquidación necesaria, ya que la finca objeto de la venta, que había adquirido el vendedor, estando casado, de la herencia de su madre, había aumentado de valor, lo que sólo podía haber sucedido por mejoras hechas durante el matrimonio en virtud de expensas que, si se hicieron con productos de la sociedad conyugal, formaban parte de los bienes gananciales en virtud del artículo 1.404 del Código civil. El juez de primera instancia y la Audiencia confirmaron la nota del Registrador, pero la Dirección General estimó que la escritura era inscribible. LACRUZ comenta esta resolución diciendo que «tampoco puede decirse exacto este criterio, pues la simple existencia de las expensas, aún plenamente demostrada, no influiría sobre la propiedad del bien en cuestión, al quedar en el simple terreno del Derecho de obligaciones en forma de crédito de la comunidad» (*Op. cit.*, pág. 400).

(32) J. A. C. C. J. S. S. y J. A. C. (13 de febrero de 1941). ARANZADI, t. VIII, páginas 94 y 95. El demandante pretendía la nulidad de la venta otorgada por su hijo, el segundo demandado, en virtud de poder que le había conferido, alegando que, aun tratándose de bienes privativos del demandante, en ellos se habían hecho importantes reformas ampliándose la casa y adquiriéndose anejos, lo cual hacía que tales bienes hubieran adquirido la consideración de gananciales en virtud de los artículos 1.404 y 1.407, teniendo ello las lógicas consecuencias en cuanto al poder de disposición sobre dichos bienes.

(33) GIL C. ALVAREZ: (25 de mayo de 1950), en *Jurispr. civ.* (edic. of.), tomo XV, págs. 375 y sigs. El demandante era dueño de la casa donde los demandados, sus hijos, habitaban por concesión graciosa. Le maltrataron y el demandante tuvo que irse a vivir con otra hija. Pretende el desahucio. Los demandados alegan que la casa, que el demandante había heredado en pésimas condiciones, hubo de ser reformada profundamente durante su matrimonio a costa de la sociedad de gananciales, no siendo por consiguiente el demandante el único dueño, sino éste y su esposa, cuya parte pertenece a las hijas como herederas.

(34) MUÑOZ C. MÁLAGA (30 de abril de 1958), en *Jurispr. civ.* (edic. of) T. LXVIII pág. 692 y sigs. A uno de los demandados se le había adjudicado en la liquidación de la sociedad una casa que su esposa había adquirido por herencia de su padre. Además, había habido en la par-

c) *Derecho de crédito por el aumento de valor del bien.*

En realidad, esta tesis es prácticamente la misma que la que concede a la sociedad un derecho de crédito por la mejora, ya que ésta no puede normalmente valorarse aisladamente, sino unida al bien donde ha sido incorporada, de manera que su valor vendrá determinado por el aumento experimentado por el bien a causa de la mejora. Esta solución es la que dan al problema algunos Códigos hispanoamericanos (35). El Tribunal Supremo parece apuntar esta solución de la sentencia de 30 de abril de 1958. a la cual nos hemos referido anteriormente. En efecto, en la segunda sentencia, dictada con motivo de la estimación del recurso de casación, se considera ganancial no sólo a lo gastado en la realización de las mejoras, sino también a los aumentos de valor producidos, ya que se dice que «sin perjuicio de que justificada por el marido las expensas y mejoras hechas durante la sociedad conyugal, con bienes procedentes de los gananciales, sean comprendidos los aumentos de valor que la casa haya experimentado, en los de esta condición...» (36).

tición otras irregularidades. La primera instancia declaró la nulidad de la partición, la Audiencia revocó la sentencia anterior y los demandantes recurrieron alegando entre otras razones el carácter parafernial de la referida casa. El Tribunal Supremo estimó el recurso.

(35) Así, el Código de Venezuela de 1922 dispone en su artículo 1.485 que «el aumento de valor por mejoras hechas en el patrimonio de uno de los cónyuges, con anticipación de la sociedad, o por industria de cualquiera de los cónyuges, pertenece a la sociedad». El artículo 1.955, apartado 6.º del Código del Uruguay dice que son bienes gananciales «el aumento de valor en los bienes propios de cualquiera de los cónyuges por anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer». También parece seguir esta orientación el Código civil argentino, que en su artículo 1.272 dispone en el penúltimo párrafo que son gananciales «Las mejoras que durante el matrimonio hayan dado más valor a los bienes propios de cada uno de los cónyuges». Comentando este último precepto, dice MACHADO, que «el criterio para saber lo que cada uno de los cónyuges debe a la sociedad por mejoras, es el mayor valor que la cosa haya recibido con éstas» (*Exposición y comentario del Código civil argentino*, t. III, Buenos Aires, 1922, pág. 637).

(36) El supuesto de hecho de tal sentencia está expuesto en la nota número 34. La afirmación que se hace en la sentencia de 8 de mayo de 1926 de que «el aumento de valor que aquéllos (los bienes privativos) experimentan sólo en cuanto es debido a esfuerzo, industria o expensas de los esposos, pasan a ser gananciales.» no es más que un *obiter dicta* en el que se recogen argumentos del recurrente y no tiene valor como interpretación del artículo 1.404-1.º ya que en el mismo considerando se descarta la aplicación del precepto al supuesto planteado a causa —como se dice— del «pacto contrario estipulado por los contrayentes». (*Acha c. Corrons, Obarra y Equiraun*) (8 de mayo de 1926) en *Jurispr. civ.* T. 171, pág. 134 y sigs. El problema no afectaba más que tangencialmente el apartado 1.º del artículo 1.404, ya que se trataba de

La solución de conceder a la sociedad de gananciales un crédito por el aumento de valor tiene sobre aquélla otra que se limita al abono de lo gastado una ventaja evidente, ya que con ella se evitan todos los inconvenientes derivados de la depreciación monetaria. Sin embargo, no parece que por sí sólo sea ello suficiente para admitir tal solución como la más aceptable. De una parte, bastaría considerar a la deuda como una deuda de valor con lo cual la sociedad tendría un crédito no por lo gastado, sino por el valor de lo gastado; por consiguiente, también así se haría frente a las consecuencias derivadas de la depreciación monetaria, y, sin embargo, sólo se concedería a la sociedad un crédito por lo gastado, por el valor de lo gastado (37). No obstante, todavía existe una razón a favor de la solución de atribuir un crédito por el aumento de valor. La misma consiste en el hecho de que, fijando de tal manera el crédito, se hace a la sociedad de gananciales participe en el beneficio real causado en el bien, lo cual no tiene lugar si el crédito se determina en función de lo gastado. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, a primera vista, parece injusto conceder a la sociedad un crédito igual al incremento de valor experimentado por el bien. En efecto, tal aumento de valor será debido a la incorporación a un bien determinado de una mejora; pero no cabe duda que el aumento tiene su origen a la vez en el bien y en la mejora; por consiguiente, hay que preguntarse si la atribución a la sociedad de un crédito por el total incremento de valor, cuando tal aumento es superior a lo gastado, no implicaría una lesión para

que en capitulaciones matrimoniales se habían reseñado determinados bienes como propios del marido, valorándolos en determinada cantidad, estableciéndose que a la disolución del matrimonio le fuera pagada aquélla suma, quedando el resto de los bienes si los hubiere, como gananciales. Muerto el marido los albaceas estimaron gananciales el mayor valor de los bienes sobre la referida cantidad. Un hijo del difunto pretendía que los bienes reseñados como privativos en las capitulaciones se debían incluir en la masa de su padre, sin consideración al mayor o menor valor que tuvieran. La Audiencia no lo estimó así, por ello, recurrió alegando infracción del artículo 1.404, ya que —se dice en el recurso— sólo son gananciales los aumentos de valor derivados del esfuerzo o capital ganancial. En la doctrina ROYO MARTÍNEZ ha estimado que lo conmutable en los gananciales son los aumentos de valor (*Derecho de familia*, 1949, pág. 202).

(37) COSSÍO, refiriéndose a las cantidades que, habiendo sido pagadas por la sociedad, deban rebajarse de la dote o capital del marido (1419-1.º), estima que deben hacerse las correcciones para contrarrestar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda entre el momento en que se verificó el pago y aquel otro en que se realiza la liquidación (*Op. cit.*, págs. 280 y sigs.).

el dueño del bien que vería desconocida la función desempeñada por su propiedad en el incremento conseguido. Para evitar tal lesión sería necesario distribuir el aumento de valor entre la sociedad y el cónyuge propietario en cantidades adecuadas. Podrían señalarse varios criterios para fijar tales cantidades, el más aconsejable parece el de determinarlas de manera proporcional al valor del bien y al costo de la mejora en el momento de la realización de ésta.

Por otra parte, la tesis de atribuir a la sociedad de gananciales un crédito por el aumento de valor parece que choca también, en cierta medida, con el principio *accesorium sequitur principale*. En efecto, se dice que en virtud de tal principio, las mejoras pertenecen al dueño del bien; pero tal solución puede quedar desvirtuada cuando el aumento de valor sea considerable. Piénsese, por ejemplo, en una tierra de secano que se ha transformado en huerto de naranjos, si al liquidar la sociedad el propietario ha de abonar la mitad de tal aumento de valor, es posible que se vea obligado a enajenar el huerto para conseguirlo. ¿Puede admitirse tal tesis hasta ese extremo? Además puede haber sucedido que tales mejoras se hayan realizado con pocos gastos, e incluso en el momento oportuno en que se ha podido aprovechar un plan general de transformación en regadío. Todas estas razones hacen pensar que la tesis del crédito por el aumento de valor no puede admitirse sin introducir en ella ciertos correctivos, ciertas limitaciones y atenuaciones.

C) Conclusión.

Se ha visto que tanto la solución de atribuir a la sociedad un crédito por el aumento de valor, como la de atribuírselo en función de lo gastado, presentan inconvenientes. Tal vez, por ello, convenga recordar aquí la solución que propugnaba POTHIER, la cual puede aclararnos algunos de los puntos planteados en este estudio si bien respecto de otros será preciso hacer algunas puntualizaciones y rectificaciones. En primer lugar, sienta los siguientes principios: 1) Siempre que uno de los cónyuges se enriquece a costa de la comunidad le debe recompensa. 2) La recompensa no alcanza todo lo que ha costado a la comunidad, sino

sólo hasta la concurrencia de lo que el cónyuge ha aprovechado. 3) Dicha recompensa no puede jamás exceder de lo que ha costado a la comunidad, por grande que sea el provecho recibido por el cónyuge. A continuación distingue entre las impensas necesarias, útiles y de puro lujo. En relación con las primeras, dice, la recompensa debe ser lo que costaron o debieron costar, debiéndose abonar incluso aunque lo realizado con tal impensa no subsista, por ejemplo, si la casa sobre la que se hicieron los gastos se ha incendiado, pues tratándose de impensas necesarias, de no haberlas hecho con dinero de la sociedad, el cónyuge debería haber empleado fondos propios. Tal razón no aparece en el supuesto de impensas útiles, ya que éstas podría no haberlas realizado el propietario. Por ello, la recompensa debida a causa de estas impensas no puede exceder del mayor valor alcanzado, en el momento de la liquidación, por el bien sobre el que se han realizado, no pudiendo tampoco superar al gasto realizado. En cuanto a las impensas de puro lujo o recreo, como no producen aumento de valor, continúa diciendo POTHIER, no se debe recompensar a la sociedad por ellas; no obstante, estima que el otro cónyuge puede exigir, si es posible, que se quiten y vendan en provecho de la comunidad; siempre que el propietario del bien no prefiriera abonar el importe del precio que se pueda obtener (38).

Partiendo de la doctrina de POTHIER, e introduciendo los correctivos correspondientes, pueden replantearse todos los problemas que se suscitan alrededor del artículo 1.404-1.º de nuestro Código civil. El primero de ellos era —como ya se ha apuntado— el de la reglamentación aplicable a las reparaciones mayores

(38) POTHIER: *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle par M. Bugnet*, t. I, París, 1845 págs. 247 y 248. La doctrina francesa moderna interpreta el artículo 1437 del Código de su país siguiendo las orientaciones de Pothier, en las que se basa el precepto (Cfr. RIPERT-BOULANGE: *Traité de Droit civil (D'après le traité de Planiol)*, tomo IV, París, 1959, pág. 303). La doctrina de POTHIER aparece claramente recogida en el artículo 1.746 del Código civil de Chile, el cual establece que «se la debe asimismo recompensa por las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges, en cuanto dichas expensas hayan aumentado el valor de los bienes; y en cuanto subsistiere este valor a la fecha de la disolución de la sociedad; a menos que este aumento de valor exceda al de las expensas, pues en tal caso se deberá sólo el importe de éstas» (Cfr. el comentario a este precepto de VERA: *Código civil de la República de Chile*, tomo V, Santiago de Chile, 1896, pág. 336). En el mismo sentido se manifiestan el artículo 1.736 del Código del Ecuador y el 1.082 del de Colombia.

realizadas a costa de la sociedad. Parece que no hay inconveniente en considerarlas incluidas —como se ha visto que decía MANRESA— en la expresión *expensas útiles* del artículo 1.404-1.º y estimar que, en tal caso, por las razones aducidas por POTHIER, tales expensas son útiles al propietario en toda su entidad, por lo cual debe abonar a la sociedad todo lo gastado. Este criterio choca con el que en materia de usufructo, establece el artículo 502-2.º del Código civil. Pero piénsese que, aunque entre ambos supuestos hay analogías, son, sin embargo, distintos, ya que en la relación de usufructo no se da entre los interesados la situación de comunidad que aparece entre los cónyuges. Por ello, en el caso del usufructo resulta lógico que, si el aumento de valor es superior a lo gastado favorezca al usufructuario y, si es inferior, le perjudique. Sin embargo, la sociedad de gananciales parece que ni debe ganar, ni debe perder por la realización de las reparaciones mayores o extraordinarias, ya que existe una comunidad de intereses y, como decía POTHIER, el gasto o lo hace el propietario o la sociedad, siendo lógico que si lo hace ésta deba tener derecho a que se le reintegre todo lo gastado.

El segundo problema es el de las mejoras, supuesto en el que sin duda se estaba pensando al redactarse el 1.404-1.º. Es evidente que el sentido literal del precepto, refrendado por los precedentes históricos, es el de conceder a la sociedad un crédito por lo gastado en la realización de la mejora, de manera que el precepto establece un límite máximo, no siendo posible, cuando el aumento de valor supere a lo gastado, determinar la recompensa en función de tal aumento de valor. El problema aparece en relación con el límite mínimo, esto es, si el aumento de valor, entendiéndose siempre aumentos reales, en el momento de la disolución, es inferior a lo gastado, la recompensa ¿ha de ser de todo lo gastado o sólo del aumento? El precepto no apunta en tal sentido, pero el caso de las mejoras deteriorables —como se ha visto— parece exigir tal límite mínimo, ya que de lo contrario se perjudicaría al cónyuge que, recibiendo un aumento de cinco, tuviera que pagar diez por él. En consecuencia, no cabe duda que la aplicación práctica del precepto ha de orientarse en tal sentido, incluso puede interpretarse la expresión de que «las expensas útiles... son gananciales», en el sentido de que las expensas son gananciales sólo

en la medida de su utilidad y hasta el límite máximo de lo gastado

La solución anterior se clarifica a la luz de lo dispuesto en el artículo 453-2.º del Código civil, en el cual se dice que «los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa». No parece que pueda haber duda en que la sociedad de gananciales o, si se quiere, el administrador de la misma al realizar gastos útiles en bienes privativos pueda ser considerado como un poseedor de buena fe de tales bienes, de manera que, en el momento de la liquidación, cabe estimar que la regla del artículo 453-2.º puede entrar en juego para resolver el conflicto planteado entre la sociedad de gananciales y el propietario del bien mejorado. Las consecuencias que de la aplicación de tal precepto se derivan son dos. La primera consiste en que la sociedad de gananciales tendrá un derecho de retención hasta que se le abonen los gastos realizados, tal derecho de retención lo hará valer, como es lógico, la parte interesada en ello, que será el cónyuge no propietario del bien mejorado o los herederos del mismo. La segunda consecuencia estriba en que el cónyuge propietario del bien mejorado podrá optar entre *satisfacer el importe de los gastos o abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa*. Lo curioso del caso es que esta opción va a jugar en el sentido de limitar los derechos de la sociedad al importe de lo gastado, ya que el propietario sólo optará por abonar el aumento de valor cuando tal aumento sea inferior a lo gastado. Por consiguiente, también por esta vía hay que llegar a la conclusión de que, salvo que el cónyuge propietario o sus herederos actúen impulsados por un espíritu de liberalidad en el momento de la liquidación, el derecho de reintegro de la sociedad nunca se concretará en un valor superior a lo gastado. En consecuencia, no cabe duda que el Derecho positivo vigente se limita a conceder a la sociedad un crédito por lo gastado en la realización de las mejoras, no pudiendo tal crédito ser superior al gasto; aunque sí lo sea el aumento de valor del bien.

Hay que reconocer que la solución de nuestro Derecho positivo no parece lo más conveniente, por lo que de *lege ferenda*

cabría sugerir que a la sociedad se le diera una participación en el aumento de valor del bien, de manera que tal aumento se distribuyera —como se apuntó anteriormente— entre propietario y sociedad proporcionalmente al valor del bien y al costo de la mejora en el momento de la realización de la última. Esta solución que propugnamos parece equitativa con los intereses en juego y tiene además ciertas ventajas sobre la de nuestro Derecho positivo, la cual se limita a conceder un crédito por lo gastado. Una de tales ventajas aparece en relación con lo que pudiéramos llamar la *función social de las mejoras*, es decir, el interés que la colectividad tiene en que los bienes sean mejorados, aumentando de tal manera su rendimiento en favor, no sólo de los titulares de tales bienes, sino de la colectividad en su conjunto. No cabe duda que tal función social no se estima debidamente si el derecho de crédito de la sociedad de gananciales se limita a lo gastado en la realización de las mejoras; por el contrario, si a la sociedad se le da una participación adecuada en los aumentos de valor, cuando existan y se deban a las mejoras, es evidente que los gastos realizados en ellas podrán considerarse en determinadas circunstancias como una buena inversión y se tendrá interés en realizarlas. Parece, en consecuencia, que de esta manera queda mejor atendido el interés social de que los bienes sean mejorados.

Otra de las ventajas a favor de la solución que propugnamos consiste en que la misma es más coherente con la *ratio* de la ganancialidad. En efecto, tal *ratio* se encuentra en el hecho de que todos los bienes adquiridos, todos los beneficios y en general todos los aumentos de valor debidos al trabajo, al esfuerzo de los cónyuges deben ser gananciales. Por consiguiente, es lógico que los aumentos de valor experimentados por los bienes privativos a causa de las mejoras realizadas a costa de la sociedad sean gananciales en una cierta medida, ya que no puede tampoco desconocerse la función desempeñada por el mismo bien mejorado en la consecución de tal aumento de valor, por ello, la medida de la ganancialidad del aumento de valor se determinará, como se indicaba anteriormente, teniendo en cuenta el costo de la mejora y el valor del bien en el momento de la realización de aquélla, de

manera que la sociedad participará en tal aumento de valor en proporción al costo de la mejora.

Resumiendo todo lo anterior puede concluirse que en nuestro Derecho positivo si las expensas se emplearon en realizar reparaciones mayores, la utilidad es igual al gasto, pues de no hacerlo la sociedad tendría que haberlo realizado el propietario, gastando lo mismo, ya que así lo exigía la conservación del bien. Si se realizaron mejoras, la utilidad para el propietario se encuentra sólo en el aumento de valor y, por ello, sólo en esa medida deberá recompensar a la sociedad, salvo que el aumento sea superior al gasto, pues en tal caso, por las razones aducidas anteriormente, la recompensa será, hablando en términos de Derecho positivo, igual a lo gastado. Siguiendo tales principios parece que no hay ningún inconveniente en admitir que las impensas de lujo se abonen si han producido algún aumento de valor y en la medida de tal aumento, teniendo, como es lógico, el mismo límite máximo de lo gastado. En este punto parece que el artículo 1.404-1.º debe integrarse con la norma del artículo 454, resultando entonces que la sociedad de gananciales podrá llevarse las mejoras de lujo y posteriormente partirlas entre los interesados, o si el propietario del bien lo prefiere, podrá quedarse con tales mejoras abonando el importe de lo gastado.

O. VICENTE TORRALBA SORIANO.

Profesor Adjunto de Derecho civil.

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

1. REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—BIENES RESERVABLES: FACULTADES DEL ALBACEA CONTADOR-PARTIDOR.—MEJORA A LOS NIETOS FUTUROS.—AL FORMAR PARTE LOS BIENES RESERVABLES DE LA HERENCIA DEL RESERVISTA, EL ALBACEA CONTADOR-PARTIDOR DESIGNADO CON AMPLIAS FACULTADES PODRÁ, SIN INTERVENCIÓN DE LOS RESERVATARIOS Y SIN PERJUICIO DE QUE ÉSTOS PUEDAN IMPUGNAR SUS ACTOS, FIJAR Y DESLINDAR LOS BIENES RESERVABLES, CUANDO EN LAS OPERACIONES PARTICIONALES DEL CÓNYUGE PREMUERTO NO SE DETERMINARON LOS BIENES QUE EL BÍNUBO ADQUIRIÓ POR GANANCIALES, CUOTA LEGAL Y TERCIO LIBRE Y TAMPOCO SE HIZO CONSTAR EN EL REGISTRO LA CALIDAD DE RESERVABLES DE LOS BIENES.
- MEJORADOS LOS NIETOS DEL TESTADOR QUE VIVEN AL OTORGARSE EL TESTAMENTO NOMINATIVAMENTE, ASÍ COMO LOS DEMÁS QUE PUDIERA TENER, ES DEFECTUOSA LA ADJUDICACIÓN HECHA A LOS NIETOS QUE VIVEN AL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO, SI NO SE ARTICULA EN FORMA CLARA Y COMPLETA LA CONDICIÓN DE QUE NAZCAN O NO, OTROS MÁS, A QUE SE SOMETE LA ADJUDICACIÓN, PORQUE IMPOSIBILITA EL CUMPLIMIENTO DE LA REGLA SEXTA DEL ARTÍCULO 51 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

Resolución de 14 de abril del 1969 («B. O.» de 6 de mayo).

Antecedentes de hecho.—Al fallecimiento de doña Josefa Priego Guisado, su viudo don Guillermo Carabaño Alcobendas y sus dos hijas doña Araceli y doña María Luisa Carabaño Priego otorgaron escritura de partición en 1946 adjudicando al primero determinados bienes indiscriminadamente por su mitad de gananciales, cuota legal y legado del tercio libre. Don Guillermo contrajo nuevo matrimonio con doña Carmen Sicilia Urbano de la que no tuvo sucesión. El 21 de septiembre de 1959 el señor Carabaño otorgó testamento en doña Mencía, ante el Notario don José María López-Urrutia Fernández, en el que legó a su segunda esposa el tercio de libre disposición, que se pagaría en determinadas fincas, mejoró a los nietos que en aquella fecha vivían, Salvador, Josefina y Dolores Cubero Carabaño, así como los demás que pudieran tener de legítimo matrimonio sus hijas Araceli y María Luisa Carabaño Priego, en el tercio de mejora, por partes iguales y en pleno dominio e instituyó herederas en el tercio de legítima estricta a sus hijas Araceli y María Luisa, nombrando albaceas contadores-partidores con las más amplias facultades a don L. R. G. y a don Julián Priego Cubero. Fallecido el testador el 31 de agosto de 1966, se otorgó el 26 de noviembre del mismo año, ante el Notario de doña Mencía, don Félix Cristóbal Jos López, una escritura de liquidación conyugal, partición de herencia y entrega de legados, en la que comparecieron el albacea contador-partidor don Julián Priego Cubero, que ostenta la representación de las hijas del primer matrimonio y de la nieta Josefina, todas mayores de edad, la viuda del causante doña Carmen Sicilia y don Rafael Cubero Cubero, casado con la heredera doña María Luisa Carabaño Priego, como padre y representante legal de sus menores hijos Dolores, Salvador, María Luisa y Rafael Cubero Carabaño, estos dos últimos nacidos después de otorgado el testamento.

La primera copia de esta escritura fue calificada con la siguiente nota en el Registro de la Propiedad de Cabra: "Denegada la inscripción del precedente documento porque el ahora causante se adjudicó en la partición de herencia de su primera esposa un bloque de bienes integrado por sus gananciales, cuota legal usufructuaria y legado del tercio de libre disposición, sin determinar qué bienes concretos forman parte de cada uno de estos conceptos, y habiéndose vuelto a casar es necesario determinarlos para saber los bienes que son reservables en favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio y los que por no serlo, puede disponer el referido causante en favor de su segunda esposa. El Contador-Partidor nombrado por dicho causante no puede por sí solo deslindar la referida masa de bienes y hacer las adjudicaciones concretas de ellos. Necesita el concurso de los hijos y descendientes del primer matrimonio o de sus representantes legales. Además este documento tiene los siguientes defectos:

Primero. Las adjudicaciones hay que hacerlas a los nietos ahora existentes y a los demás que el causante pudiera tener.

Segundo. Se adjudican a la segunda esposa algunos bienes que no coinciden con los que específicamente le fueron legados.

Tercero. En las adjudicaciones hechas a doña Araceli Carabaño Priego están equivocadas las extensiones de las fincas.

Cuarto. En la participación de la finca cuatro, adjudicada a los nietos, debe expresarse la extensión con arreglo al sistema métrico

decimal para poder comprobar si con esta adjudicación y con la participación adjudicada a doña Araceli Carabaño Priego se completa la totalidad de la cabida de la finca; y

Quinto. Los linderos de las fincas seis y ocho se expresan deficientemente".

El Notario autorizante interpuso recurso alegando:

A) En cuanto al defecto fundamental que aparece en el primer apartado de la nota, sin numerar: que en la escritura de partición de la herencia de la primera esposa era de aplicación el artículo 1.058 del Código y se inscribió sin obstáculo a pesar de no separarse las adjudicaciones por gananciales, cuota legal y legado del tercio libre; que siendo los reservatarios ciertos y mayores de edad solo ellos pueden exigir el cumplimiento de la obligación de hacer constar la reserva en el Registro y no lo exigieron, siendo a ellos imputable las consecuencias de esta omisión; que en cuanto a que el albacea señale los bienes reservables hay que tener en cuenta: a) el artículo 901 del Código civil; b) que según la Jurisprudencia la partición por comisario equivale a la hecha por el causante mientras las legítimas sean respetadas; c) que si puede entregar legítimas podrá entregar reservas; d) que la forma más eficaz de dar cuenta a los herederos es la que se empleó en la escritura, firmada por el esposo de una hija casada, padre de los únicos descendientes que, además de los herederos, existen; e) que la resolución de 2 de diciembre de 1964 permite al albacea adjudicar un bien hereditario a un heredero, aunque sea acto de enajenación; f) que la de 6 de febrero de 1958, que negó la inscripción de una partición paterna y donación materna, no es aplicable al caso, pues, aquí todos los bienes proceden del testador reservista; y g) que la sentencia de 2 de marzo de 1959 concede al comisario facultades para resolver sobre la obligación de reservar, determinar los bienes reservables y su equivalencia en dinero.

B) En cuanto al defecto señalado como primero en la nota: que la mejora a los cinco nietos se atribuye en su cuantía, bajo la condición suspensiva de que al fallecimiento de las dos hijas no hayan nacido otros descendientes de ellas.

El Registrador informó:

A) Que al fallecer el reservista bínubo es indispensable, como consecuencia de la reserva, acabar con el amasijo (*revoltijo* o *totum revolutum*) de las adjudicaciones de la liquidación de Sociedad conyugal y partición de la herencia de la primera esposa y formar dos grupos de bienes: los procedentes de ésta que integrarán la reserva y los propios, de plena disponibilidad, a salvo las legítimas; que esto no lo puede hacer el contador-partidor por sí solo, porque sus facultades se limitan a la herencia de quien le nombró, sin extenderse a los bienes de otras personas, igual que ocurre en la liquidación de la Sociedad de gananciales; que por las segundas nupcias surge la oposición de intereses entre los hijos y descendientes del primer matrimonio por un lado y el cónyuge viudo, su segunda esposa y los descendientes que pudieran tener por otro, sin que el contador-partidor sea idóneo para armonizar tan opuestos intereses; que los reservatarios heredan a la persona de quien proceden los bienes y no al reservista, según resulta de los artículos 968 y 972 del Código, de la legislación del Impuesto de Derechos reales (arts. 34, 4 y 36, 3.º del Texto Refundido) abundante jurisprudencia y la mayoría de la doctrina más autorizada; que en la escritura se indica como título de

todas las fincas del causante el de herencia de su esposa, lo que haría ser todas reservables; pero el contador se inventa la reserva limitada a las fincas 8 y 9 sin el consentimiento de todos los interesados y sin que las hijas del causante, ni el nieto mayor, ni los posibles nuevos descendientes reservatarios comparezcan ni los represente nadie; y que para poder adjudicar el legado del tercio de libre disposición a la esposa lo primero que hace falta es determinar cuáles son los bienes de libre disposición del causante para comprobar si los específicamente legados caben en dicho tercio sin perjudicar a los hijos y descendientes del primer matrimonio, no sólo en su legítima, sino también en los derechos que como reservatarios tienen en la herencia de su madre.

B) Que teniendo en cuenta la cláusula testamentaria de mejora a los nietos, la adjudicación a los mismos debería haberse hecho en forma más clara, pues, las condiciones son conceptos muy precisos y técnicos cuyo empleo jurídico y registral ni permite ambigüedades ni confusiones; y que no se recoge, en la adjudicación, la cláusula testamentaria, en cuanto ordena que la mejora será entregada a cada mejorado el día en que llegue a su mayoría de edad, lo que aumenta la confusión producida por la adjudicación condicional a los cinco nietos actuales.

Prescindimos de las alegaciones del recurrente y del Registrador en torno a los defectos designados como 2.º, 3.º, 4.º y 5.º en la nota, porque carecen de la sustancia jurídica necesaria para tener interés general. La discusión, como se refleja en los resultandos, se limita a circunstancias de hechos en la redacción del documento, y no cabe zanjarla sin la lectura de la escritura. Por otra parte, las alegaciones de Notario y Registrador no orientan nada sobre quién de ellos se ajusta más con sus manifestaciones a la realidad de la escritura, de sus adjudicaciones y de las descripciones de las fincas. Por iguales motivos prescindiremos luego de todo comentario de la resolución en relación con los expresados defectos, dando por referencia suficiente la transcripción de los respectivos considerandos.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección General con revocación parcial del auto apelado (1), confirma solamente el defecto señalado con el número 1 (el relativo a la adjudicación en pago de la mejora a los nietos) en base a los siguientes considerandos.

Doctrina de la Dirección General.—La cuestión principal que plantea este expediente consiste en resolver si puede el albacea contador-partidor designado con amplias facultades por el cónyuge viudo en su testamento, determinar los bienes que tienen el carácter de reservables, dado que en las operaciones particionales con ocasión de la muerte de la primera esposa se le adjudicó al sobreviviente, sin establecer distinción alguna, un conjunto de bienes en pago de la cuota ganancial y de la herencia de aquélla, o si por el contrario, carece el contador-partidor de esa facultad y se requiere el consentimiento de los reservatarios.

La naturaleza jurídica de la reserva viudal y la posición que ostentan el reservista y los reservatarios aparece muy controvertida en la doctrina patria, pues mientras unos autores entienden que en toda

(1) Vistos los: Artículos 831, 901, 902, 968 a 980 y 1.057 del Código civil. Artículos 9, 1.º; 184 a 186 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento y 170 y 171 del Reglamento Notarial. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1959. Resoluciones del Centro Directivo de 23 de julio de 1925 y 25 de enero y 9 de marzo de 1927.

reserva de este tipo se está ante una sustitución fideicomisaria o una situación de desdoblamiento de usufructo y nuda propiedad, en la que el reservista sería un fiduciario o usufructuario y los reservatarios tendrían el carácter de fideicomisarios o nudos propietarios, con lo que estos últimos sucederían directamente al cónyuge premuerto, otros autores se inclinan por considerar que los reservatarios a quien suceden es al reservista, dado que la reserva tiene el carácter de una legítima especial, concretada en unos bienes determinados que se localizan dentro de la herencia del binubo.

En los preceptos comprendidos en la sección segunda, capítulo V, título III, del libro III del Código civil, que regula la materia, parece desprenderse que los bienes reservables forman parte de la herencia del reservista (y no de la del cónyuge premuerto, de donde proceden), ya que: a) al fallecimiento del cónyuge, el sobreviviente recibe los bienes sin limitaciones, entran a formar parte de su patrimonio y puede enajenarlos válidamente (arts. 974 y 976 del Código civil); b) la sucesión en los bienes reservables se realiza separadamente y con independencia de la del cónyuge premuerto, puesto que el artículo 973 prescribe que en la sucesión de aquellos bienes se seguirán las reglas de la línea descendente, "aunque a virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubiesen renunciado o repudiado su herencia"; c) el reservista puede mejorar (art. 973-1.º) y desheredar (art. 973-2.º) a los reservatarios de los bienes reservables, y la mejora, ordinariamente, sólo puede hacerla por delegación del premuerto "cuando no hubiera contraído nuevas nupcias" (artículo 831).

Al formar parte los bienes reservables de la herencia del reservista, podrá el albacea contador-partidor designado por el testador con amplias facultades resolver todas las incidencias de las operaciones particionales, entre las que se encuentra, tal como declaró la sentencia de 2 de marzo de 1959, la de fijar reservas sin necesidad de que hayan de comparecer los reservatarios como herederos del difunto, ya que en este caso la partición no tendría carácter unilateral al intervenir otras personas, además de las que el testador designó para el cumplimiento y ejecución de su última voluntad; todo ello sin perjuicio de la posibilidad por parte de los reservatarios de impugnar los actos del contador cuando no estén acordes con la voluntad testamentaria o se hayan hecho contraviniendo sus derechos.

En el supuesto concreto de este expediente no se determinaron en las operaciones particionales del cónyuge premuerto los bienes que el binubo adquirió por su participación en la sociedad de gananciales o con cargo a la cuota legal y tercio de libre disposición de la herencia de aquél, ni tampoco aparece que después, tanto el padre reservista como los reservatarios ciertos y mayores de edad, a que se refiere el artículo 185 de la Ley Hipotecaria, solicitaran se hiciese constar en el Registro la calidad de reservables de los bienes para que de esta forma quedara determinado cuáles formaban esa masa, por lo que, en virtud de lo expuesto en los considerandos anteriores, debe concluirse que, atendidas estas circunstancias (y ante la falta de concreción habida), puede el albacea contador-partidor proceder a deslindar los bienes que tienen el carácter de reservables.

En cuanto a los demás defectos de la nota, el señalado con el número 1 se refiere a la adjudicación a los nietos, que debió hacerse en favor de los ya existentes y de los demás que el causante pudiera tener, y aunque el Notario autorizante tuvo en cuenta la cláusula testamentaria, según se desprende del antecedente V, d), de la escritura, en el que se dice: "que al establecer el testamento en la cláusula cuarta que el tercio de mejora sea para algunos nietos y para

los demás que en el futuro llegaran a tener sus hijas, establece, respecto a la cuantía de los actuales titulares una condición suspensiva que se extinguirá al fallecimiento de las dos hijas del causante", y de la misma adjudicación que se hace a "los cinco nietos, en pleno dominio bajo condición y por partes iguales e indivisas", tal condición no se articula en forma clara y completa, en ninguna de las partes de la escritura, lo que imposibilita el cumplimiento por parte del Registrador de la regla sexta del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, que exige la copia literal en el asiento de las condiciones de toda clase que afecten al derecho que se inscriba.

En cuanto al defecto número 2, se advierte que a la viuda se le adjudican sólo cuatro de las seis fincas que le legó el testador, sin duda con la finalidad de ajustar la adjudicación al valor total de la manda, ya que al exceder de la parte de que el causante podía disponer libremente, era forzoso realizar la reducción del legado, para lo que se encuentra facultado el albacea contador-partidor, según reiterada jurisprudencia, y sin que se observe, como, sin duda, por error, indica el Registrador en su informe, que en la adjudicación figuran bienes distintos (de los concretamente señalados en las cláusulas 2 y 3 del testamento, ni que ninguno de los inmuebles que se le atribuyen sea de los calificados de reservables por el contador).

En relación con el tercer defecto—estar equivocadas las extensiones de las fincas adjudicadas a doña Araceli Carabaño—, del examen de la escritura resulta que en la primera—número 5 del inventario—no se aprecia equivocación alguna, ya que lo mismo significa 1,18 hectáreas que una hectárea 18 áreas, y en cuanto a la segunda—número 4 del inventario—, se remite a la descripción que en éste se hace y se le adjudica el 25 por 100 en *pro indiviso* con los nietos.

El defecto número cuatro, intimamente relacionado con el anterior, tampoco es de advertir su existencia ya que se adjudica a los nietos una participación indivisa equivalente al 75 por 100 de la finca inventariada número 4, que es donde aparece descrita íntegramente y a la que se remite, y carece de trascendencia a efectos registrales la posterior declaración del proyecto sobre futura división material del inmueble adjudicado en *pro indiviso*, pues sólo cuando tal división se realice y se pretenda su inscripción podrán señalarse por el Registrador los defectos que pudiera tener.

El defecto quinto, de gran vaguedad, pues incluso en su informe se limita el funcionario calificador a repetir que los linderos de las fincas 6 y 8 no se expresan con el detalle y precisión debidos, sin determinar en qué consiste la imprecisión, no parece pueda tomarse en consideración, pues tanto la finca 6 como la 8 se describen con indicación de sus linderos por los cuatro puntos cardinales, y en algunos de ellos se ha procedido a la puesta al día de los que sufrieron variación por el transcurso del tiempo, de acuerdo con lo que dispone el artículo 171 del Reglamento Notarial.

Comentario.—Ya anticipamos que la mayor parte de los defectos acusados en la nota de calificación no van a ser objeto de comentario ninguno por carecer de sustancia jurídica ya que son objeciones sobre cuya verdad no cabe opinar sin la lectura directa del documento. Sólo vamos a tratar del defecto fundamental referente a las facultades del contador-partidor para determinar por sí solo los reservables y del defecto numerado como primero relativo a la adjudicación a los nietos por su mejora.

A) Facultades del Comisario para determinar los reservables.—*Discutiéndose en el recurso si el albacea contador-partidor, por sí*

solo, puede tomar determinadas decisiones en relación con la herencia reservable que juega en el caso es extraño que cada parte del recurso haga afirmaciones tan contradictorias sobre los comparecientes en la escritura y sobre el carácter de su intervención. La nota da, por supuesto, que falta el concurso de los hijos y descendientes del primer matrimonio o de sus representantes legales; el primer resultando dice que el albacea ostenta la representación de las dos hijas y de la nieta J., mayor de edad, compareciendo además la viuda y el padre de los otros cuatro nietos menores de edad; el Notario parece dar a entender que todos los interesados han intervenido; pero el Registrador insiste en su informe en que ni las hijas del causante, ni el nieto mayor (?) ni los posibles nuevos descendientes reservatarios comparecen ni los representa nadie, estando debidamente representados los cuatro nietos menores. Acaso la representación de las hijas y de Josefina por el albacea fuese sin poder o con poder estimado insuficiente u originador de autocontratación. Afortunadamente esta imprecisión se salva al considerar el fallo que el albacea tenía facultades suficientes para lo que hizo.

Hay dos cosas que no parecen disculparse en el recurso: a) que es suficiente título sucesorio para los reservatarios de los artículos 968 y siguientes del Código civil el testamento del padre reservista. Por ello no seremos nosotros los que planteemos un problema más en el caso. Pero si queremos destacar la contradicción en que incurre el Registrador al considerar reservatarios a los nietos y no preocuparse de su título sucesorio, ya que apurando el argumento de la contradicción de intereses entre reservatarios y cónyuge viudo no parece suficiente título el testamento hecho por éste (2). b) Que el albacea comisario puede inventariar y adjudicar los bienes reservables. La dificultad parece derivarse exclusivamente de la circunstancia especial de no estar previamente determinados los reservables como consecuencia de que la escritura de liquidación conyugal y partición de la herencia de la primera esposa no separó las adjudicaciones en pago de los gananciales, de la cuota viudal y del tercio de libre disposición.

Las Resoluciones de la Dirección citadas en el Vistos solo muy indirectamente nos orientan en el caso:

La Resolución de 23 de julio de 1925 soluciona el siguiente caso: un albacea contador-partidor en territorio de Guipúzcoa, usa de la facultad que el párrafo 2.º del artículo 1.056 concede al padre de familia, amparándose en que el testador que le nombró había mejorado en el tercio a uno de los hijos con la condición de que se encargue del caserio que resultó ser casi el único bien hereditario. El Registrador se opone porque uno de los siete hijos ausente no puede ser pagado a metálico sin su consentimiento y la Dirección admite lo hecho porque la adjudicación del caserio responde a la disposición testamentaria y «en cierta manera» queda garantizada por el artículo 1.056 especialmente dándose las circunstancias del caserio vasco.

En la Resolución de 25 de enero de 1927 se trataba de una liquidación de sociedad conyugal y partición otorgada por el viudo y el contador-partidor en las que las deudas del inventario, que con otros gastos de enfermedad, etc., excedían del activo se imputan confusa e indiscriminadamente haciéndose la manifestación de que no habiendo gananciales responden de aquellas en primer término los bienes propios del marido y en segundo lugar los parafernales por haberse destinado los créditos a sufragar gastos de la familia. La Dirección

(2) No excluye la contradicción el considerarlos reservatarios como consecuencia de la mejora a su favor

confirma la nota denegatoria, porque surge la duda de si los gastos han sido hechos por la misma mujer o si se hacen efectivos sobre los parafernales por entender los otorgantes que todas las deudas contraídas por el marido con el expresado objeto obligan a su mujer y sus herederos aun sin consentimiento ni conocimiento de ésta. Se discutía, pues, más que las facultades del contador-partidor en orden a la adjudicación para pago de deudas hecha al viudo, el ámbito de la calificación registral para prevenir un posible «error juris».

En la Resolución de 9 de marzo de 1927 un albacea comisario, por sí solo, realiza una partición acomodándose a un testamento con cláusulas de dispensa de colacionar y legado de los tercios de mejora y libre a dos de los hijos con obligación de pagar una pensión para estudios a otro hijo hasta los 23 años. El Registrador no inscribe por no constar la aprobación de los interesados o sus representantes legítimos, según edad, estado y condición que tampoco se expresan. La Dirección amparándose en la imprecisión de la nota para no entrar en otras cuestiones desarrolladas por el Registrador en el informe (dudas sobre la citación a inventario del art. 1.057, etc.) considera al comisario facultado para colaciones, fijación de legítimas, reducción de legados y gravámenes testamentarios impuestos a los herederos.

En la Sentencia de 2 de marzo de 1959 se hacen las siguientes afirmaciones de interés para nuestro supuesto:

a) Que la reserva ordinaria está basada en la protección del interés de los hijos y descendientes del primer matrimonio y en el temor de posibles influencias del nuevo cónyuge sobre el viudo más que en sanciones a la falta de respeto a la memoria del premuerto; y genera una titularidad en situación de expectativa con ciertas facultades conservativas

b) Que tiene carácter restrictivo en su aplicación.

c) Que la renuncia al derecho a la reserva ha de hacerse en forma expresa.

d) Que aunque todos los hijos hayan sido instituidos herederos por el padre reservista, existiendo legados a favor del cónyuge, que muy bien pudieran alterar el contenido de la reserva, no puede estimarse innecesario tener en cuenta ésta (no se conocían los bienes que procedían del patrimonio reservable porque no fueron inventariados a raíz del nacimiento del derecho).

e) Que el cometido del "contador-partidor con amplias facultades para practicar todas las operaciones de la testamentaria y resolver las incidencias y asuntos que con ella se relacionen" excede al del albacea y al del simple contador-partidor, ya que se perfila con poderes para resolver las incidencias de la partición y entre ellas están incluidas las atinentes a la facultad de reservar con determinación específica de los bienes reservables y sus equivalentes en dinero en su caso, único tema debatido, juntamente con el de la detracción de la cuota del cónyuge viudo (Este era el de derecho transitorio, relativo al tercio de donde debe deducirse la cuota viudal cuando sólo hay hijos del matrimonio anterior: texto literal del modificado artículo 839 y Sentencia de 8 de noviembre de 1893. La Sentencia estimó que la nueva redacción del 839 por Ley de 1958 fue meramente interpretativa).

En la tolerante afirmación e) se ha basado la resolución para atribuir amplias facultades al albacea contador-partidor a pesar de que

la Sentencia apreció tan amplias facultades no como normales, sino como excepcionalmente concedidas por el testador (3).

La Resolución de que tratamos parte de las discusiones sobre la naturaleza jurídica de la reserva y sobre la posición o situación jurídica de los reservatarios y reservistas para llegar a la conclusión de que los bienes reservables forman parte de la herencia del reservista.

La consecuencia será que el nombrado albacea comisario, con plenas facultades por el reservista testador, puede resolver todas las incidencias de las operaciones particionales incluso la de fijar reservas y, como el caso concreto exige, determinar de la masa indiscriminada de la adjudicación por herencia de la primera mujer cuáles se deben considerar los bienes reservables. En apoyo de esto manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1959, que acabamos de sintetizar.

Frente a este riguroso silogismo, la argumentación del Registrador: por el hecho de las segundas nupcias surge automáticamente la oposición de intereses entre los hijos y descendientes del primer matrimonio, por un lado, y el cónyuge viudo, su segunda esposa y los descendientes que pudieran tener por otro, sin que el contador-partidor, nombrado por el causante, sea idóneo para armonizar tan opuestos intereses.

El argumento tiene indudable fuerza. Tanta que nos hace dudar de que sea suficiente para resolver el recurso, averiguar si el reservatario recibe los bienes reservables por herencia del reservista o por herencia de la primera esposa de éste. Lo que está en cuestión es si el reservista testador (y por lo mismo su albacea, contador-partidor) es impotente para determinar los bienes reservables dentro de su total patrimonio. Tanto si la reserva es una legítima especial a la herencia del reservista como si es una legítima especial que se realiza en dos fases, la primera el tránsito de los bienes al cónyuge (por legítima o por disposición libre del premuerto) y la segunda al reservatario legitimatario de éste, lo más importante es saber la rigurosidad con que la Ley ha querido que la sucesión del reservatario sea en los mismos bienes que pertenecieron al cónyuge premuerto y la tolerancia con el principio de subrogación real, tanto en la fase de tenencia de los bienes por el reservista como en la fase de liquidación de su herencia. La reserva viudal desde este punto de vista es un término medio entre la casi total indisponibilidad de los bienes de la herencia fideicomisaria y la plena disponibilidad que el reservista tendría si se tratara de una legítima especial en su herencia referida a una pars valoris bonorum. El casuístico régimen de las enajenaciones de los reservables lo demuestran.

Por otra parte, la libertad de testador y comisario para la determinación, avalúo y liquidación en la herencia del reservista sólo puede moverse dentro de los límites del tracto sucesivo y el Registrador puede calificar la coincidencia del inventario de reservables con el contenido registral (historial registral de procedencia) y en este aspecto surge la característica específica del caso: son las adjudicaciones indiscriminadas por gananciales y herencia, el totum revolutum, de que habla el Registrador, en la testamentaria de la primera esposa, lo que está dificultando esa previa calificación del inventario del patrimonio del reservista difunto.

El revoltijo en las hijuelas producido por la falta de especificación de los haberes que se pagan con cada finca o participación adju-

(3) Prescindimos por razones de espacio de las Resoluciones citadas por el Notario y no recogidas en el Vistos (6 de febrero de 1958 y 2 de diciembre de 1964).

dicada y por la mezcolanza, en el inventario, de bienes de distinta naturaleza y procedencia (donaciones conjuntas con herencia, liquidaciones de comunidades conyugales hechas implícitamente, etc.) es una permanente fuente de polémicas entre Notarios y Registradores. No pretendo defender estos revoltijos; pero es conveniente tener en cuenta que la perfección es algo que de antemano hay que descartar en la vida jurídica real. Es totalmente imposible, casi siempre, una perfecta liquidación de sociedad conyugal de un matrimonio que ha alcanzado sus bodas de oro. Normalmente, los interesados hacen su reparto a ojo de buen cubero, teniendo en cuenta los trasiegos patrimoniales de la sociedad conyugal y las colaciones solamente grosso modo y realizando en el fondo una transacción de derechos imprecisos, por consecuencia del transcurso del tiempo, alteraciones en el valor de las cosas, etc. Muchas veces el totum revolutum no es producto de la pereza del artifice del cuaderno particional, sino obligada consecuencia de la imprecisión de los presupuestos particionales.

En rigor, el "todo revuelto" de la partición de la herencia de doña Josefa Priego correspondía deshacerlo a los otorgantes de la misma. Muerto el padre binubo sin deshacerlo, su comisario contador-partidor tiene un dato objetivo para componer el revoltijo: todos y cada uno de los bienes adjudicados al reservista, en la herencia de su esposa, lo están en participaciones indivisas proporcionales al correspondiente haber. En el inventario del caudal partible el cónyuge viudo la determinación del patrimonio reservable podrá hacerse sobre tales participaciones. Ningún reservatario exigió a don Guillermo Carabaño el cumplimiento de sus obligaciones de garantía de los reservables. Los perjuicios que puedan sufrir los hijos reservatarios por avalíos y formación de lotes favorables a la viuda del segundo matrimonio podrán ser referidos a dos campos distintos (reserva materna y legítima paterna), pero no resulta fácil encontrar diferencias cualitativas entre las posibles lesiones procedentes de cada campo. La calificación registral no debe pasar aquí del inventario. Podrá rechazar un inventario en que trastrocando los títulos de adquisición del binubo (en relación con el Registro) pretenda incluir bienes reservables en el caudal libre; pero debe quedar relegada a la oposición judicial de los legitimarios reservatarios toda supuesta lesión por razón de la legítima y por razón de la reserva. Estas parecen ser las razones que ha tenido en cuenta la Dirección en su benigno fallo.

La cuestión fundamental consiste en saber si la reserva ordinaria genera una obligación de conservar los bienes in natura o simplemente de garantizar y entregar su valor a los reservatarios, cuando siendo estos ciertos y mayores de edad no han exigido el cumplimiento de las obligaciones de garantía. No hay que olvidar que la Exposición de Motivos de la Ley de 1961, decía que en este caso se entienden que renuncian a ella. ROCA, VALLET y CÁNOVAS (4), han tocado este punto, al discutir sobre los efectos de las enajenaciones de inmuebles reservables sin la expresa constancia registral de tal carácter. Ignoramos si se ha tratado o ha originado jurisprudencia, aparte de la manejada en este recurso, el supuesto de la ruptura de la conservación in natura precisamente al partir el caudal del reservista sin la intervención de los reservatarios. Una Sentencia de 6 de mayo de 1902 llegó a negar a los reservatarios herederos del reservista el derecho a impugnar la venta de reservables que éste realizó porque como herederos y continuadores de la personalidad de su padre están obligados a estar a los actos de éste. Muchos autores (SCAEVOLE, etc.), se pronuncian

(4) Ver ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 1958, IV, 2º, págs. 910 y sigs. y sus citas.

contra esta Sentencia, pero el argumento contrario es que el derecho a la reserva lo reciben los hijos de la Ley, como el derecho a la legítima. Y por este camino volvemos a encontrarnos con la aproximación entre reservas y legítimas en el trance de su posible vulneración por el contador-partidor del reservista.

PUIG PEÑA (5) dice que el reservista está obligado a mantener para los reservatarios el fondo económico del patrimonio reservable, unas veces en su propia integridad física o in natura, y otras veces en su valor o compensación económica. Efectivamente, el casuístico trato de las facultades dispositivas del reservista de los artículos 974 a 976, agravado por la imprecisión de la frase final del 975 (sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria) es la causa de todas las discusiones sobre la naturaleza jurídica de la reserva, sobre la posición de reservistas y reservatarios y sobre si éstos reciben la reserva del reservista o del cónyuge premuerto. La ecléctica frase de CLEMENTE DE DIEGO, según la cual el derecho de reserva es una forma de sucesión en los bienes del difunto consorte por intermedio del supérstite, creo que sigue teniendo permanente valor. La posición del reservista es mucho más fuerte que la del heredero usufructuario, más fuerte que la del fiduciario. Pero es, sin duda, más débil que la de un obligado meramente personal (posición extrema sobre la reserva) y posiblemente más débil que la de un testador con legitimarios. Pero no mucho más débil. MARÍN MONROE asimila la posición del reservatario a la del legitimario, y esto es lo que en definitiva ha venido a estimar lógico la resolución que comentamos en el punto de las facultades del comisario del reservista para manipular con la reserva, al partir.

Por ello no es justo BUENAVENTURA CAMY (6) al acusar a la Resolución de no aludir a la postura jurisprudencial recogida en la Sentencia de 17 de junio de 1967. Aunque no la aluda se ajusta, acaso excesivamente a ella, al asimilar la reserva a una legítima diferenciada sobre la herencia del reservista para dar al comisario con amplias facultades las mismas en el ámbito de las reservas, que tiene en el de las legítimas.

A CAMY le parece insostenible afirmar que los bienes reservables forman parte de la herencia del reservista. Tiene razón en que esto no se puede decir tan simplemente. Pero reconocerá que tampoco se puede decir simplemente que los bienes reservables forman parte de la herencia del cónyuge premuerto. Lo que interesa saber es hasta dónde y cómo puede manejar la reserva el albacea contador-partidor con amplias facultades, nombrado en el testamento del reservista. Y para solucionar este problema toda la Jurisprudencia que cita es insuficiente: La Resolución de 13 de octubre de 1916, porque un testador-partidor conforme al artículo 1.056 no podrá incluir los gananciales, pero si atribuir los reservables a los reservatarios; las Sentencias de 30 de mayo de 1956 y 14 de diciembre de 1957, porque se refieren a la reserva del artículo 811 y concretamente al problema de la coincidencia de reservatarios con legitimarios del reservista; la de 29 de mayo de 1965, porque no es totalmente cierto que los reservables no pertenezcan al testador y la de 2 de marzo de 1959, por cuanto es en ella donde la Dirección ahora se ha apoyado para conceder al albacea contador-partidor facultades para la determinación y atribución de los bienes reservables.

Con esto no queremos decir ni que la lectura y estudio de la Jurisprudencia citada por CAMY sea inútil para el mejor planteamiento

(5) Tratado de Derecho civil, tomo V, volumen 2, 1963, pág. 508.

(6) Recensión y Comentario de esta Resolución en «Revista de Derecho Privado», junio, 1969, págs. 527 a 531.

del caso ni que sea indiscutible la identidad de supuestos de la Sentencia de 1959 y de la Resolución que comentamos, pues no es disparatado opinar que la Sentencia apreció unas facultades excepcionales en el contador-partidor de su caso, derivadas de la frase testamentaria de su nombramiento.

La Dirección ha considerado que el nombramiento de don JULIÁN PRIEGO como albacea contador-partidor con las más amplias facultades, daba a éstas facultades la misma amplitud que para su caso, apreció la Sentencia de 1959. Esto viene a consignar el cuarto considerando, dejándonos en la duda de si la doctrina hubiese sido la misma en el caso de no figurar las palabras "con las más amplias facultades" en la cláusula testamentaria. Las dudas aumentan con la lectura del considerando quinto, en el que se mezclan dos circunstancias que debieron distinguirse: la del *totum revolutum* en las operaciones particionales de la herencia del cónyuge premuerto y la de falta de expresa constancia en el Registro de la calidad de reservables de fincas determinadas. Creo que es muy diverso el juego de cada una de estas circunstancias en orden a atribuir facultades a testador y comisario para trasiegos subrogatorios dentro de la total masa patrimonial del reservista. La indiscriminación de ambas circunstancias no se justifica por el hecho de que el *totum revolutum* dificulte la expresa constancia de la calidad de reservables.

La doctrina insinuada por la Dirección con carácter general y más allá del supuesto concreto decidido parece ser:

— El albacea contador-partidor tendrá respecto a la determinación y adjudicación de bienes a favor de los reservatarios tantas facultades como tendría el reservista testador. Esto parece demostrar los considerandos segundo y tercero al afirmar que, al menos en este punto, los reservables forman parte de la herencia del reservista. El margen de actuación del albacea contador-partidor sería, pues, similar al que tiene en materia de legítimas.

— No constando en el Registro la cualidad de reservables de bienes determinados, podrá el contador-partidor deslindar los bienes que componen el patrimonio separado reservable y hacer el inventario, liquidación y avalúo de este patrimonio separado que ha de adjudicarse a los reservatarios. Una incidencia particular de esta determinación y previa liquidación del patrimonio separado reservable, será la de que las adjudicaciones al binubo en la testamentaria, de su primera esposa, adoleciese de la debida claridad.

— Si, en cambio, consta en inmuebles inscritos la calidad de reservables, estos deben quedar sustraídos a toda actuación del contador-partidor, e incluso del mismo testador, que no sea la mera y simple adjudicación a los reservatarios. Para cualquier operación de liquidación previa o de subrogación real en ellos será imprescindible la intervención de los reservatarios.

— Todo ha de entenderse sin perjuicio de:

a) La posibilidad por parte de los reservatarios de impugnar los actos del contador (y también los del reservista testador) que contraengan o lesionen sus derechos.

b) Las facultades calificadoras del Registrador para rechazar la partición en la que el inventario de reservables y libres descansen en títulos de adquisición discordantes con las inscripciones registrales a favor del causante reservista.

En resumen: la circunstancia de que conste o no, en el Registro, la cualidad de reservables de los inmuebles es fundamental para determinar la libertad de acción tanto del contador-partidor como del

propio testador reservista. Esto no debe extrañar, pues, en el sistema de la Ley hipotecaria es exclusivamente la hipoteca legal expresa y la constancia también expresa de la cualidad de reservables de los inmuebles, lo único que produce la efectiva vinculación in natura del patrimonio reservable. Fuera de ellas, la reserva no pasa de ser una legítima especial ad valorem, como demuestra la gran libertad dispositiva del reservista conforme a los artículos 974 y 976, vigentes aún cuando hoy tienen tanta importancia los patrimonios mobiliarios. Libertad dispositiva que la frase final de 975 extiende a los inmuebles, aun después de contraídas las segundas nupcias, si no consta en el Registro el carácter de reservable conforme a la Ley Hipotecaria. Con estas afirmaciones no pretendemos aquí terciar en las dudas originadas por la frase final del artículo 975, pero tampoco queremos ocultar nuestra inclinación inicial por la tesis de VALLET, confirmada por las Sentencias de 20 de diciembre de 1904 y 8 de octubre de 1923.

B) DEFECTO RELATIVO A LAS ADJUDICACIONES A LOS NIETOS POR SU MEJORA.

Aunque no resulta de la Resolución el texto literal de la cláusula testamentaria de mejora a los nietos, por el primer resultando sabemos que el señor Carabaño "mejoró a los nietos que en la fecha del testamento vivían, S., J. y D., así como a los demás que pudieran tener, de legítimo matrimonio, sus hijas Araceli y María Luisa, en el tercio de mejora que se distribuiría entre ellos por partes iguales y en pleno dominio". Por el informe del Registrador, según relata el penúltimo resultando, nos enteramos de que en la cláusula testamentaria se dice, que "la mejora será entregada a cada mejorado el día que llegue a su mayoría de edad". La nota de calificación pretende que las adjudicaciones se hagan "a los nietos ahora existentes y a los demás que el causante pudiera tener; el Notario recurrente hace observar que en la escritura, la mejora a los cinco nietos nacidos se atribuye, en su cuantía, bajo la condición suspensiva de que al fallecimiento de las dos hijas no hayan nacido otros descendientes de ellas; el Registrador quiere la adjudicación hecha en forma más clara, porque las condiciones son conceptos muy precisos y técnicos, cuyo empleo jurídico y registral no permite ambigüedades ni confusiones, y añade que la confusión producida por la adjudicación condicional a los cinco nietos actuales se aumenta por la falta de referencia al momento de la entrega de la mejora a cada mejorado (su respectiva mayoría de edad) según el testamento. La dirección da la razón al Registrador en los términos del considerando 6, a cuya transcripción nos remitimos.

La controversia del recurso estaba, pues, planteada, en este punto, únicamente sobre si la adjudicación a los nietos estaba correctamente hecha y suficientemente articulada en congruencia con la cláusula testamentaria de mejora. Entendemos que éste es un planteamiento incompleto de la cuestión en cuanto nos falta un previo análisis de la cláusula testamentaria misma.

El testador, señor Carabaño instituye herederas a sus hijas en el tercio de legítima, deja el tercio a libre disposición a su esposa por vía de legado y mejora a los nietos en el tercio correspondiente sin determinar si lo hace por vía de institución o de legado. Esta es la primera duda que no deja de tener su importancia. ¿Es posible la mejora por vía de institución de heredero a favor de nietos no concebidos al momento del fallecimiento del testador? El heredero debe haber nacido (o al menos estar concebido) en el momento del falleci-

miento del causante (7). La sucesión mortis causa a favor de los non-dum concepti es excepcional y debe realizarse a través del legado o de la sustitución. El testador dice que el tercio de mejora se distribuiría entre los nietos por partes iguales y en pleno dominio; pero se añade, al parecer, que la mejora será entregada a cada mejorado el día en que llegue a su mayor edad. La partición y adjudicación definitiva del tercio de mejora en pleno dominio y en partes iguales se retrasa así, no hasta el fallecimiento de ambas hijas, sino hasta la mayoría de edad del último nieto.

¿Cuál será la situación de los bienes asignados al tercio de mejora hasta ese momento? Es difícil deducirla de la cláusula testamentaria en la que el mandato de distribución del tercio en pleno dominio está un tanto contradicho con el de retrasar la entrega hasta la mayoría de edad. Construir la mejora a los nietos futuros como sustitución fideicomisaria parece chocar con la letra de los artículos 783 y 785, 1.º y, sin embargo, la mejora a nietos futuros hecha cuando aún viven sus padres presenta indudables contactos con la sustitución fideicomisaria prevista en el 782. También cabe construirla como legado a cargo de los hijos herederos; pero los problemas no desaparecen si se tienen en cuenta la indeterminación del número de posibles legatarios y la duda de si el momento de la mayoría de edad ha de referirse al dies veniens o al dies cedens.

El Notario de nuestro caso recurrió a una adjudicación a los nietos existentes, subordinada en cuanto a su cuantía a la condición suspensiva de que no nazcan otros. Es fácil, acusar a esto de impreciso; pero es muy difícil dictaminar cuál sería la adjudicación más correcta en congruencia con la cláusula de mejora.

El considerando correspondiente entiende que la condición con la que se hace la adjudicación a los existentes no se articula en forma clara y completa, lo que impide cumplir la regla 6.ª del artículo 51 del Reglamento. En mi modesta opinión debió decir que la adjudicación de los bienes de lote del tercio de mejora no está hecha en términos que cumplan suficientemente el principio de determinación registral.

En resumen, podemos hacer las siguientes observaciones al recurso y a su Resolución en la cuestión de las adjudicaciones a los nietos por su mejora:

a) Registrador, Notario y Centro Directivo menosprecian un poco el problema por considerar fundamental el relativo a las facultades del albacea. La Dirección se lo plantea y resuelve en el Considerando 6.º siendo el único defecto que confirma en su fallo; pero censurándolo excesivamente en la forma (oscura e incompleta) en que se articula la condición a la que se somete la adjudicación a los nietos ya vivos. Con ello, parece dar por buena esta adjudicación condicional a los ya vivos sin más que completar y aclarar la condición, lo cual no coincide con la nota de calificación que pretende que las adjudicaciones se hagan a los nietos existentes y a los demás que pudieran nacer.

b) Estas vacilaciones derivan de no haberse planteado previamente la esencia, sentido y dificultades de las cláusulas de mejora a nietos nacederos cuyos padres viven. Sin duda, deben considerarse válidas, no sólo en cuanto a los nietos nacidos antes de fallecer el abuelo testador, sino en cuanto a los nacidos después. Pero en cuanto a éstos el

(7) Esta afirmación de principio debemos considerarla válida para el Derecho español, aun después de los documentados alegatos en contra, de DIEZ PASTOR. Para una exposición suficiente del tema nos remitimos a LACRUZ-ALBADALEJO (1961. Parte General, págs. 236 y sigs.).

juego de la institución de herederos pura y simple falla y es necesario recurrir a las normas más congruentes con el supuesto y con la cláusula testamentaria, que encontremos en la sustitución fideicomisaria, en el legado o en la institución concional. Sin este planteamiento previo y sin interpretar primero el sentido de la cláusula testamentaria de mejora; tan insuficiente es, decir que las adjudicaciones hay que hacerlas a los nietos existentes y a los demás que el causante pudiera tener como aventurada es la adjudicación inmediata y en pleno dominio del total del tercio a los nietos existentes sometida en cuanto a su cuantía (?) a la condición suspensiva de que no nazcan más.

c) Puesta tanta atención a las facultades del albacea en cuanto a la reserva, se olvida en el recurso la cuestión de la reserva en cuanto a los nietos. No se plantea claramente el problema de si la mejora a los nietos se extiende a los reservables conforme al artículo 972 del Código. Y ello a pesar de que el Registrador insiste en considerar reservatarios también a los nietos, que sólo lo serían a través de la mejora en los reservables.

T. C. G.

2. CONCESIÓN ADMINISTRATIVA.—DERECHOS INSCRIBIBLES: SÓLO PUEDEN TENER ACCESO AL REGISTRO AQUELLOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE GENERAN EN FAVOR DEL INTERESADO UN VERDADERO DERECHO REAL OPONIBLE A TERCEROS Y QUE VINCULAN A LA ADMINISTRACIÓN DURANTE UN DETERMINADO PLAZO, PERO NO AQUELLAS SITUACIONES DE CARÁCTER PRECARIO O DE MERA TOLERANCIA QUE PUEDEN CESAR EN CUALQUIER MOMENTO, SIN DERECHO A INDEMNIZACIÓN, POR DECISIÓN UNILATERAL DE LA ENTIDAD CONCESIONARIA.

Resolución de 18 de abril de 1969 («B. O.» de 9 de mayo).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por Real Orden de 29 de junio de 1911 se concedió a don Domingo Figueroa Pedrero, un aprovechamiento consistente en instalar en la época veraniega, durante diez años, una galería y 60 casetas movibles en un trozo de terreno de 300 metros de longitud de la zona marítimo-terrestre de la playa denominada "La Costilla", de la villa de Rota. Posteriormente, por otra Real Orden de 13 de julio de 1923, se modificó la condición primera de las establecidas en la anterior disposición, en el sentido de que la concesión se otorga sin plazo limitado, pero pudiendo también cesar sin indemnización, siempre que lo exija el interés público. Por último, el 30 de mayo de 1967, a instancia de los interesados se expidieron por el ingeniero Jefe de la Sección Primera de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas, dos certificaciones de las propuestas de las mencionadas Reales Ordenes a efectos de transferencia de la referida concesión.

Presentados en el Registro de la Propiedad los anteriores documentos, fueron calificados con la siguiente nota: "Denegada la inscripción a que se refieren las dos certificaciones precedentes —ambas relacionadas con una llamada concesión administrativa concedida gratuitamente en el año 1911 y, al parecer, prorrogada sin plazo limitado en el año 1923— por los siguientes defectos: Primero. No hallarse incluida en ninguna de las concesiones reguladas, a efectos de inscripción, en los artículos 60 al 72 del Reglamento Hipotecario, ni podersele aplicar, lo que con carácter general dispone el artículo 31 del citado texto legal, debido a que por el contenido y naturaleza jurídica del derecho conferido a su titular en las dos resoluciones insertas en dichas certificaciones, y también por el especialísimo carácter de las limitaciones que lo condicionan, no presenta semejanza alguna con las concesiones inscribibles; observándose a simple vista que el expresado derecho carece de trascendencia real inmobiliaria, y, por consiguiente, no puede tener acceso al Registro de la Propiedad. Segundo. Aún reconociéndose que en las dos resoluciones aludidas se utilizan con carácter preferente las palabras "concesión" y "concesionario", simultaneándolas, aunque en menor escala, con las de "autorización" y "permiso", la verdadera esencia jurídica del acto o contrato otorgado en ellas no constituye propiamente una concesión aunque se le dé tal nombre, pues el derecho concedido, consistente en poder instalar todos los años en la zona marítimo-terrestre con fines comerciales y durante cuatro meses consecutivos, 60 casetas y una galería portátiles, destinadas al uso de los bañistas, sólo puede encajar en la figura jurídica administrativa del permiso, regulada específicamente en los artículos 35 y 36 de la vigente Ley de Puertos; confirmando indirectamente la resolución de prórroga inserta en la segunda certificación, al transcribirse en ella el contenido del artículo 37 —que es el 41 en la Ley anterior—, el cual se aplica con carácter exclusivo a lo que se dispone en los dos inmediatos anteriores; al igual que en los restantes artículos del mismo capítulo VI de la nombrada Ley, se regula sin conexión alguna con los tres primeros citados, todo lo relativo a concesiones y autorizaciones relacionadas con las obras permanentes construidas por particulares. A más de que en la resolución de referencia se dice: "... para hacer cesar en ciertos casos el permiso".

En su consecuencia, y por los mismos motivos en que se basa el defecto señalado bajo el número primero, dicho permiso, concretado a instalaciones desmontables de carácter temporal-estacional, carece de la entidad inmobiliaria requerida para poder ser objeto de una inscripción hipotecaria, o sea, que no puede incluirse en las concesiones administrativas a que se refiere el número 10 del artículo 334 del Código civil. Tercero. Al otorgarse la concesión sin plazo limitado, se altera institucionalmente el carácter propio de toda concesión en general, doctrina ésta que es corroborada por el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado (15 de abril de 1964), en el que se ordena "que en ningún caso podrán otorgarse concesiones o autorizaciones sobre el dominio público por tiempo indefinido". Y a mayor abundamiento, es de observar que las diferentes leyes y disposiciones administrativas sobre autorizaciones o concesiones exigen como condición esencial un plazo tope de duración, y aún admitiéndose que cuando se trata de concesiones con base estrictamente real, se acogieran en algunas leyes, excepciones al dogma de la reversión concesional, permitiendo el otorgamiento a perpetuidad —como ocurre, entre otras, con las demaniales puras y las minas—, estas excepciones tienen una regulación concreta y específica en leyes especiales, y, por tanto, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del acto o contrato administrativo otorgado a favor de don Domingo Figueroa Pedrero,

tendría que someterse forzosamente la exigencia de la preceptiva reversión. Cuarto. No ser título adecuado ni suficiente —en el aspecto formal— las dos certificaciones presentadas, porque los términos en que se insertan las resoluciones en ellas reseñadas más parecen una propuesta a S. M. que una auténtica disposición ministerial. Y si bien al final de la primera certificación se añade que la real Orden a que se refiere fue publicada en la “Gaceta de Madrid” —que no se acompaña—, en la segunda certificación ni aún siquiera se indica si fue publicada en la “Gaceta” ni si la propuesta formulada fue aprobada, figurando en ella nada menos que cuatro fechas con cuatro firmas ilegibles de funcionarios, cuyos nombres se desconocen, expresado todo ello en forma telegráfica y con abreviaturas —“con la D^{na}”—, imposible de calificar a efectos registrales, por no indicarse la clave para descifrarlas. Además, no se acompañan los traslados de las dos disposiciones aludidas ni documento alguno que permita conocer las circunstancias que por exigencia de la regla sexta del artículo 9 y del artículo 21 de la Ley Hipotecaria, y de la regla décima del artículo 51 de su Reglamento, es necesario consignar en la inscripción que se pretende, pues si se omitiese una sola de ellas, o se expresase con inexactitud, sería nulo el asiento practicado, según dispone el artículo 30 de la mencionada Ley, y en relación con él, el párrafo segundo del 98 del mismo Reglamento. Quinto. No consignarse la medida superficial ni los linderos del trozo de terreno de la zona marítimo-terrestre, afectado por las instalaciones estacionales que se autorizan. Así lo imponen en todo caso las reglas segunda y cuarta del artículo 51 del Reglamento y el ya citado artículo 30 de la Ley Hipotecaria. En relación con este defecto, conviene añadir, para mayor claridad, que aunque lo que se pretende inscribir es la “concesión”, forzosamente hay que tener en cuenta que el terreno por ella afectado es su soporte objetivo y debe describirse individualizándolo, de forma que haga posible su identificación, y no confusión con terrenos colindantes de la misma zona que puedan hallarse afectados por otras concesiones, o con fincas linderas de propiedad particular, y aún admitiéndose que la Administración Pública, al otorgar una concesión gratuita por tiempo indefinido sobre una porción de la zona marítimo-terrestre, tiene sobradas facultades para delimitarla, indicando solamente la longitud de una de sus líneas poligonales; en nuestro sistema registral, y más concretamente la longitud de una de sus líneas poligonales; en nuestro sistema registral, y mas concretamente por exigencia de los principios hipotecarios de especialidad y publicidad, es obligado consignar en la inscripción las circunstancias exigidas en las citadas reglas del repetido precepto reglamentario. Sexto. La indeterminación del derecho cuya registración se pretende constituye otro defecto. Lo motiva el contenido de la condición número 15 de la parte dispositiva de la resolución inserta en la primera certificación —que deja en vigor la segunda—, en la que se admite, sin concretarla, la existencia de una concesión temporal de análoga explotación otorgada en fecha anterior, a favor de don José Santos Calderón, e implícitamente sobre el mismo trozo de terreno de la zona marítimo-terrestre, lo cual imposibilita el poder precisar la extensión y alcance del derecho que se pretende inscribir a favor de don Domingo Figueroa Pedrero. Confiando este criterio —sobre defectos de análoga índole—, la Dirección General de los Registros y del Notariado sienta la doctrina reiterada en reciente jurisprudencia, de que es función de los Registradores evitar el ingreso en el Registro de derechos ambiguos e imprecisos. Séptimo. No consignarse la edad y el estado civil del adquirente, datos éstos indispensables para poder apreciar la capacidad del “con-

cesionario", y si la "concesión" la adquiere como bien propio, o caso de estar casado, pertenece a la sociedad legal de gananciales. Así lo exige la regla novena del artículo 51 del tan repetido Reglamento Hipotecario; confirmando la jurisprudencia de la Dirección citada, que dicha regla es de aplicación a las titulaciones administrativas que se expidan sobre concesiones. Octavo. No consignarse en ambas certificaciones las diligencias de legitimación y legalización de la firma del funcionario que las suscribe. Noveno. No acompañarse el duplicado de cada una de las dos certificaciones, que en el caso de que se pudiese practicar la inscripción deben quedar archivados en el Registro. Considerándose insubsanables los tres primeros defectos y subsanables los seis restantes, no procede tomar anotación de suspensión aunque se pidiere: Puerto de Santa María, a 16 de noviembre de 1967.

Interpuesto recurso gubernativo contra los tres primeros defectos considerados insubsanables de la anterior calificación, basado sustancialmente en que dados los amplios términos del artículo 31 del Reglamento Hipotecario, no existe limitación o reparo en el ordenamiento inmobiliario para que la concesión cuestionada tenga acceso al Registro; que el segundo defecto carece de consistencia jurídica y contradice la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que establece que la misión de los Registradores debe limitarse a inscribir los derechos que concretamente resulten de los documentos presentados, sin que se encuentren facultados para determinar el alcance de los mismos; y que el tercer defecto incurre en esta misma contradicción, ya que la calificación del documento ha de concretarse al estado legal al otorgarse y no a los que puedan crearse con posterioridad; el Presidente de la Audiencia revocó los tres primeros defectos de la nota calificadora por razones análogas a las expuestas por el recurrente.

Alzado el funcionario calificador de la decisión presidencial, la Dirección revoca parcialmente el auto apelado y confirma los dos primeros defectos de la nota del Registrador, en virtud de la siguiente doctrina.

E) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS.

Vistos los artículos 334 del Código civil; 5 y 9 de la Ley Hipotecaria; 31 y 60 a 72 del Reglamento para su aplicación; 38 al 58 de la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880; 126 de la Ley del Patrimonio del Estado de 5 de mayo de 1964, y las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1932, 13 de noviembre de 1957, 22 de marzo de 1958, 27 de septiembre de 1965, 28 de junio de 1966, 19 de octubre de 1966 y 3 de marzo de 1967.

Considerando que en este expediente se plantea la cuestión de si puede tener acceso al Registro la denominada en la Reales Ordenes de 19 de junio de 1911 y 13 de junio de 1923, unas veces "autorización" y otras "concesión", para utilizar en una zona de la playa de Rota el establecimiento de galería y casetas movibles con destino a baños durante la temporada comprendida entre el 15 de junio y 15 de octubre de cada año;

Considerando que la legislación hipotecaria permite desde el primer Reglamento de 1870 la inscripción de las concesiones administrativas, y así lo recoge con carácter general el artículo 31 del Reglamento vigente, siempre que tengan trascendencia real en base a la naturaleza de bienes inmuebles que a las mismas reconoce el artículo 334 del Código civil, regulando dicho Reglamento en forma especial la inscripción de

las aguas, minas y obras públicas, pero sin que ello quiera decir que la enumeración sea limitada, ya que han de tener acceso todas aquéllas que por sus características y efectos puedan ser consideradas como verdaderas concesiones administrativas;

Considerando que si bien la terminología empleada por la Ley de Puertos de 1880, aplicable al supuesto debatido, no es todo lo precisa que fuera de desear, parecen, no obstante, distinguirse en ella varios términos con un contenido determinado, utilizándose el de "autorización" artículos 38, 43, 44, 47, 51 y 53), con un sentido muy amplio comprensivo de cualquier clase de concesión o permiso que la Administración pueda otorgar; empleándose el de "permiso" (artículos 39, 40 y 41), como la autorización de grado inferior y de carácter precario, ya que "estos permisos cesarán siempre que lo exija la mejor vigilancia y servicios de las playas, la policía urbana o rural o la concesión del terreno para otras empresas" (art. 41), y ni siquiera dan derecho, en el supuesto de cese, a indemnización, ya que en este caso, "los dueños de las concesiones temporales sólo dispondrán libremente de los materiales empleados, sin derecho a indemnización" (art. 41); y reservándose el término de "concesión" para aquella variante de las autorizaciones (arts. 46, 48, 50, 52, 54, 55, 56, 57 y 58), que no tienen un carácter necesariamente precario, que se otorgan ordinariamente por plazo fijo (art. 58), y que en caso de cesar antes de terminar éste, dan lugar a indemnización, si bien ésta consiste tan sólo en el valor material de las obras realizadas (art. 50); empleándose, además, en un solo caso, el término "licencia" (art. 51, párrafo tercero), al parecer, como equivalente al de "permiso" antes aludido.

Considerando que del examen de las dos Reales Ordenes citadas, en las que se emplean con escasa técnica los términos "autorización" y "concesión", se deduce que el acto administrativo contenido en la más antigua—del año 1911—otorga al interesado un derecho a instalar una galería general y sesenta casetas movibles durante la temporada de verano por un plazo fijo (diez años) y con derecho, en caso de anulación sin sujeción a dicho plazo, a la indemnización regulada en el artículo 50 de la Ley de Puertos, características que permiten definir el acto administrativo contemplado como concesión: pero el acto administrativo posterior contenido en la Real Orden de 1923 modificó sustancialmente los términos del anterior, en cuanto que la autorización quedó sin plazo fijo y, lo que es más importante, sujeta no al sistema de indemnización del artículo 50 en caso de cesar aquella, sino al de absoluta carencia de ésta, de conformidad con el artículo 41, de lo que se deduce que lo que empezó siendo una "concesión" pasó a ser, en virtud del posterior acto administrativo, un simple "permiso" a título precario, sin sujeción a plazo y sin derecho a indemnización en caso de revocación de aquél;

Considerando que sólo pueden tener acceso al Registro aquellos actos administrativos que generan en favor del interesado un verdadero derecho real oponible a terceros y que vinculan a la Administración durante un determinado plazo, pero no aquellas situaciones de carácter precario o de mera tolerancia que pueden cesar en cualquier momento, sin derecho a indemnización, por decisión unilateral de la entidad concesionaria, pues en estos supuestos, que la Ley de Puertos califica de "permisos", el interesado no sólo no goza de un verdadero derecho real, sino que incluso no tiene a su favor derecho subjetivo alguno por total carencia de exigibilidad o vínculo obligatorio;

Considerando que el otorgamiento de una concesión, sin sujeción a plazo determinado—siempre que ésta pueda calificarse verdaderamente de tal, lo que no ocurre en el caso presente—, no sería por sí solo defecto suficiente para impedir su inscripción en el Registro de la

Propiedad, ya que, como sostiene la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1966, en este supuesto puede considerarse que su duración es de noventa y nueve años por aplicación del tope señalado en el artículo 126 de la Ley de Patrimonio del Estado.

C) Comentario.—La principal cuestión que plantea este recurso radica en si puede tener acceso al Registro de la Propiedad, la figura jurídica que en las Reales Ordenes en que se basa el derecho del recurrente, indistintamente se denomina «autorización o concesión», y cuyo contenido consiste en utilizar por periodo estacional y en una determinada zona de playa, un establecimiento de galerías y casetas móviles con destino a baños. Ello nos lleva, como problema previo, a la necesidad de matizar su naturaleza jurídica con el fin de precisar si la misma habrá de considerarse—dentro de la amplia categoría de los actos administrativos—, como un simple «permiso» o una verdadera «concesión», y para el caso de que se produzca este segundo supuesto, determinar si tal concesión administrativa—por su naturaleza y objeto—habrá de tener entrada en los libros registrales.

En principio, el criterio de calificación nos lo ofrecen las precisiones conceptuales de la doctrina, acerca de los diversos actos administrativos denominados «permiso, autorización y concesión» (1). De acuerdo con esta, puede señalarse en términos generales que la característica común de la licencia, autorización o permiso, consiste en la remoción de los obstáculos o limitaciones establecidas por las Leyes—generalmente de policía—para el ejercicio de ciertos derechos o facultades por los administrados; es decir, que la Administración, a petición de los particulares habilita a éstos para el ejercicio de una determinada actividad, en el sentido de que la Administración no confiere ningún derecho nuevo al administrado sino que se limita a remover los obstáculos o límites legalmente impuestos al ejercicio de algún derecho o facultad que ya estaba dentro de su esfera patrimonial. La concesión, por el contrario, surte el efecto de trasladar o constituir un derecho o facultad a favor del sujeto o concesionario que con anterioridad carecía de él, ya que tal derecho o facultad que se concede es originariamente administrativo y sólo en virtud del acto concesional queda legitimado el particular en cuanto a su ejercicio (2).

Ahora bien, en el presente caso tales nociones generales no nos sirven, ya que no nos encontramos ante una autorización o permiso de policía administrativa, sino ante una posible autorización demanial consistente en la utilización especial del dominio público del que la Administración es titular, y caracterizada por un acto específico de tolerancia de ésta que faculta al particular para realizar tal uso.

(1) Señala ENTRENA CUESTA en *Las licencias en la legislación local*. «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 107, 1959, pág. 641, que la legislación y la jurisprudencia utilizan los términos autorización, licencia y permiso, para referirse a una sola categoría jurídica.

(2) F. GARRIDO FALLA en su *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1964, pág. 426, indica que la doctrina incluye las concesiones y autorizaciones dentro de los negocios jurídicos que amplían la esfera jurídica de los particulares, y señala entre ambas las siguientes notas diferenciadoras: En primer lugar, la autorización supone un derecho o facultad preexistente en el sujeto autorizado. Frente a la concesión, cuyo efecto está en trasladar—o si se quiere, constituir—un derecho o facultad a un sujeto que con anterioridad carecía de él, la autorización presupone tal derecho. En segundo lugar, la autorización consiste funcionalmente en la valoración de la oportunidad del ejercicio de un derecho, de ahí que la Administración actúa discrecionalmente cuando realiza esta valoración, por lo que cabe la posibilidad de que la someta a condición o de que limite mediante otros elementos accidentales, las autorizaciones concedidas.

A juicio de GARRIDO FALLA (3) estas «autorizaciones» muestran los siguientes rasgos típicos: 1. Son auténticos actos de tolerancia para un uso especial del dominio, al que el particular no podía alegar derecho alguno. No obstante, si el uso especial del dominio está reglamentado se puede tener derecho a la obtención del permiso; 2. Son actos administrativos unilaterales diferenciándose así de las concesiones cuyo carácter contractual se admite como regla general; 3. Son actos revocables lo que determina una situación jurídica de «precario» para el autorizado.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo matiza la distinción entre autorizaciones o permisos y concesiones, a base de señalar a las primeras las notas de revocación potestativa por la Administración y la de que no haya lugar a indemnización cuando aquella se produzca. En este sentido, la sentencia de 13 de diciembre de 1950 nos dice que «en materia de autorizaciones o permisos rige el principio según el cual el interés privado tiene necesariamente que supeditarse y ceder ante razones que son de mayor estimación por afectar al bienestar general de la sociedad, de ahí que sus causas de revocación sean necesarias y potestativas cuando se adopten nuevos criterios de apreciación», a lo que añaden las sentencias de 13 de abril, 13 de octubre y 20 de noviembre de 1964, que «la nota más común, esencial y diferenciadora de los permisos y autorizaciones portuarios frente a las concesiones de igual índole, es la revocabilidad de las autorizaciones o permisos sin derecho a indemnización».

Las anteriores características que señala la doctrina y matiza la jurisprudencia en torno a los «permisos o autorizaciones administrativas», se reflejan en la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 (4), que a base de la potestativa revocación y no indemnización, diferencia claramente los «permisos temporales o permanentes» de la figura de la concesión (5).

(3) F. GARRIDO FALLA: Ob. cit., vol. II, pág. 452.

(4) E. GARCÍA DE ENTERRÍA en su *Código de las Leyes Administrativas*, Madrid, 1966, pag. 1095, señala que si bien la Ley de 1928 no fue convalidada al revisarse la obra legislativa de la Dictadura (revisión dispuesta por Decreto-Ley de 15 de abril de 1931), por lo que podría entenderse que formalmente continúa en vigor la de 7 de mayo de 1880, en la práctica administrativa, sin embargo, e incluso por la jurisprudencia de los tribunales, se da por vigente. Es de anotar, por otra parte, que en la tabla de disposiciones derogadas que acompaña a la Ley del Patrimonio del Estado se presume vigente la de 1880.

(5) El artículo 35 de la Ley de 1928 se refiere concretamente al «permiso» para levantar barracas o construcciones estacionales con destino a baños, de carácter temporal. El artículo 36 insiste en que los «permisos» para establecer otros servicios o aprovechamientos de carácter temporal dentro de la zona marítimo-terrestre del dominio nacional y uso público..., que no requieran la construcción de obras o que, en caso contrario, estas sean desmontables. La extinción de estos permisos se recoge por el artículo 37, que dispone que tales «permisos» cesarán siempre que lo exija la mejor vigilancia o servicio de las playas, o la concesión del terreno para otras empresas de mayor utilidad y cuantía... En tales casos, los dueños de las construcciones temporales sólo dispondrán libremente de los materiales empleados sin derecho a indemnización. El «permiso» de carácter permanente, según el artículo 38, se somete a las mismas reglas que los de carácter temporal.

Por el contrario, tratándose de concesiones o autorizaciones para obras, construcciones o aprovechamientos permanentes en la zona marítimo-terrestre, o en el mar, los artículos 50 y siguientes señalan de manera detallada las competencias de las distintas Autoridades, estableciendo los requisitos y trámites de las concesiones, su caducidad, extinción e incluso su adquisición por prescripción. La vigente Ley de Costas marítimas de 26 de abril de 1969 se limita a regular en su título II las competencias administrativas en relación con su dominio público.

Así delimitadas las diferencias que existen entre la concesión y el permiso o autorización administrativos, la dificultad estriba en determinar en cual de estas categorías habrá de encajarse el acto contenido en la Real Orden de 13 de julio de 1923, origen del presente recurso, en la que se especifica modalizando la anterior Real Orden de 29 de junio de 1911, que la «concesión» se otorga sin plazo limitado y que puede cesar sin indemnización siempre que lo exija el interés público. A nuestro entender la solución es sencilla, pues, como queda dicho, son precisamente estas características las que obligan a incluir dicho acto administrativo dentro de la categoría de los permisos otorgados a título de precario, dado que su verdadera esencia jurídica no constituye propiamente una concesión aunque se le de tal nombre, siendo forzoso concluir que dicho acto como tal permiso administrativo no constituye un auténtico derecho real por referirse a situaciones de carácter precario y por estar afectado por la facultad libremente revocatoria que se concede a la Administración, de donde se desprende que no puede tener encaje dentro del artículo 31 del Reglamento Hipotecario ni en consecuencia entrada en el Registro de la Propiedad por ser extraño o ajeno a la naturaleza del mismo.

Finalmente, la desmesurada amplitud de la nota calificadora no procede de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, que ordena se haga constar en forma clara y precisa, nota expresiva del defecto o defectos que el título contenga, los motivos en que se base la calificación y el alcance de ésta a juicio del Registrador.

E. F. C.

3. EJECUCIÓN HIPOTECARIA.—PROCEDIMIENTO EJECUTIVO DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA.

- a) **HIPOTECA DE FINCA GANANCIAL.**—NO ES NECESARIO QUE SE DIRIJA LA DEMANDA CON QUE SE INICIA EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO CONTRA LA ESPOSA DEL DEMANDADO, NI QUE SE LE NOTIFIQUE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.
- b) **FUNCIÓN CALIFICADORA.**—EN LA CALIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS JUDICIALES EL REGISTRADOR NO HA DE ENTRAR EN LOS FUNDAMENTOS QUE SIRVAN DE BASE AL FALLO DEL JUEZ O TRIBUNAL, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 99 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.
- c) **IRREGULARIDADES PROCEDIMENTALES.**—AUNQUE LA CANTIDAD TIPO QUE SIRVIÓ PARA LA SUBASTA FUE INFERIOR A LA PACTADA EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA Y QUE FIGURA EN LOS LIBROS REGISTRABLES, SIN EMBARGO EL REGISTRADOR NO DEBE DENEGAR LA INSCRIPCIÓN DEL AUTO DE ADJUDICACIÓN DE LA FINCA ASÍ ADQUIRIDA EN PÚBLICA SUBASTA SI LA AUDIENCIA DECLARA, EN TRÁMITE DE APELACIÓN Y POR

RESOLUCIÓN FIRME, QUE NO PROCEDE LA NULIDAD DE LA SUBASTA Y DEBE SEGUIRSE EL PROCEDIMIENTO.

- d) EFECTOS DE LA NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN DE CARGAS.—LA NOTA MARGINAL A QUE SE REFIERE LA REGLA 4.^a DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA TIENE LA VIRTUALIDAD DE DAR A CONOCER LA EXISTENCIA DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO A TODOS LOS QUE, CON POSTERIORIDAD A LA EXTENSIÓN DE AQUÉLLA, ADQUIERAN ALGÚN DERECHO SOBRE LA FINCA, Y PARA ÉLLOS HACE LAS VECES DE LA NOTIFICACIÓN EXIGIDA PARA LOS ACREEDORES Y TITULARES DE CARGAS COMPRENDIDOS EN LA REGLA 5.^a, O SEA, LOS POSTERIORES A LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA, A FIN DE QUE SI QUIEREN PUEDAN INTERVENIR EN EL PROCEDIMIENTO PARA DEFENDER SUS DERECHOS.
- e) NOTIFICACIONES.—CARECE DE TRASCENDENCIA LA NOTIFICACIÓN PROCESAL INDEBIDAMENTE HECHA NO AL TITULAR, SINO AL PRESENTANTE DE UN MANDAMIENTO DE EMBARGO, CUYA ANOTACIÓN SE PRACTICÓ VARIOS AÑOS DESPUÉS DE EXTENDERSE LA NOTA MARGINAL A QUE SE REFIERE LA REGLA 4.^a DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA, YA QUE NO ERA NECESARIO REALIZARLA.

IGUALMENTE ES INTRASCENDENTE LA FALTA DE NOTIFICACIÓN A LOS TITULARES DE LAS ANOTACIONES PRACTICADAS CON ANTERIORIDAD A AQUELLA NOTA MARGINAL SI LOS EMBARGOS FUERON CANCELADOS POR HABER TRANSCURRIDO EL PLAZO DE CADUCIDAD.

Resolución de 23 de abril de 1969 («B. O.» de 19 de mayo).

A) *Antecedentes de hecho.*—Mediante escritura pública autorizada por el Notario de Madrid don Felipe Gómez Acebo el 4 de diciembre de 1959, don José Ortega de Tena concedió a don Federico Chazal Dubois un préstamo de 350.000 pesetas, en garantía de cuya devolución y de 70.000 pesetas más para costas y gastos se constituyó hipoteca sobre las dos fincas siguientes: parcela de terreno sita en Villaverde e inscrita en el Registro de la Propiedad número 9 de la capital bajo el número 13.534, que respondería de 250.000 pesetas de principal y 50.000 pesetas más para costas y gastos, y casa de cuatro plantas sita igualmente en Villaverde e inscrita en el mismo Registro bajo el número 10.603, que respondería de 100.000 pesetas, más 20.000 pesetas para costas y gastos. Ambas hipotecas fueron inscritas en el Registro al tomo 421, folios 151 y 229, respectivamente, inscripciones número 4.

Transcurrido el plazo señalado para la devolución del préstamo, el acreedor demandó al deudor el día 1 de junio de 1961 ante el Juzgado de Primera Instancia de Getafe, hoy 31 de Madrid, para hacer efectivo

su crédito con arreglo al artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Admitida la demanda, se requirió judicialmente de pago al deudor y se ordenó al Registrador expidiese la certificación prevista en la regla 4.ª de dicho artículo 131. El deudor no satisfizo su obligación y, según los autos, de la certificación registral librada resulta que existía una anotación de embargo por un importe de 2.000.000 de pesetas a favor de don Asensio Arin, a quien se notificó el procedimiento. El actor, en escritos de 19 de mayo, 5 de junio y 15 de septiembre de 1965, solicitó se sacase únicamente a subasta la casa hipotecada, por un valor de 100.000 pesetas, que era el principal de que respondía, aunque en la escritura de hipoteca estaba valorada en 200.000 pesetas. Seguidos los oportunos trámites y celebrada la subasta, se adjudicó la finca por el precio anunciado de 100.000 pesetas, con facultad de ceder, a don Ignacio Díez Sixto, quien en tiempo y forma la cedió a don José Ramón Novoa Valencia. El 29 de enero de 1966 el Juzgado de Getafe acordó de oficio la nulidad de la subasta por no haberse fijado en los edictos que el precio en que se tasaba la finca fue de 200.000 pesetas, y recurrido el correspondiente auto, fue revocado por la Audiencia Territorial de Madrid, que ordenó continuase el procedimiento, no obstante, la diferencia señalada entre el precio fijado para la subasta y el anunciado en los edictos. Por auto de 22 de mayo de 1967 se ordenó la cancelación de la inscripción de dominio a favor de don Federico Chazal Dubois y de la anotación de embargo a favor de don Asensio Arin, inscribiéndose a favor de don José Ramón Novoa Valencia. Y el 11 de junio de 1968 se libró testimonio conteniendo el anterior auto y mandamiento para la práctica de lo ordenado.

Presentados en el Registro de la Propiedad número 9 de Madrid los citados testimonio y mandamiento, fueron calificados con las siguientes notas: En el testimonio del auto: "Denegada la inscripción del precedente documento por los defectos insubsanables siguientes: Primero: Haberse seguido el procedimiento exclusivamente contra el deudor hipotecante, don Federico Chazal Dubois, pero no haber sido dirigido también dicho procedimiento contra doña María Marcela Junyent Claramunt, esposa del mismo y con la que estaba casado cuando hizo la compra del solar y la declaración de obra nueva sin alegar el señor Chazal Dubois, ni, por tanto, justificar, que el dinero era privativo suyo, por lo cual la finca hipotecada tiene el carácter de bien ganancial del matrimonio, y exigirse en este supuesto por el artículo 144 del Reglamento Hipotecario que la demanda haya sido dirigida contra ambos cónyuges. Al menos tendrá que justificarse que al iniciarse el procedimiento se dio conocimiento del mismo a dicha señora. Además, en cumplimiento de este artículo, en relación con el 96 del mismo Reglamento y del 1.413 del Código civil, se debió aprobar el remate de la finca por el Juez, no sólo en representación de don Federico Chazal Dubois, al que por error se le denomina Francisco, sino también en representación de la esposa. Segundo: Haber sido anunciada la subasta de la finca B y haber sido rematada por el tipo o valor de 100.000 pesetas y resultar de la inscripción de hipoteca que se tasó a tal fin en el doble de lo que dicha finca responde por principal, y como esta finca B, que tiene el número registral 10.608 y no el 16.608 como por error se dice en el auto, responde, según la inscripción de la hipoteca ejecutada, que es la quinta y no la cuarta como se expresa en dicho auto, de 100.000 pesetas de principal, resultó en la escritura, tasada para subasta en el valor de 200.000 pesetas, que es el precio que necesariamente ha de servir de tipo para la primera subasta, sin que se pueda admitir postura alguna que sea inferior al mismo, como exige la regla 9.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Tercero: Según resulta de nota marginal fechada el 23 de agosto de 1961, puesta en la

Inscripción quinta de hipoteca, que es la ejecutada, se expidió a instancia del Juzgado de Primera Instancia de Getafe, que inició la ejecución de la hipoteca, la preceptiva certificación de dominio y de cargas; en dicha certificación se comprendieron ocho embargos que fueron anotados preventivamente el año 1960 y que fueron cancelados por caducidad por notas marginales de 17 de abril de 1965, o sea, con posterioridad a la expedición de aquella certificación, y al no hacerse referencia a ellos en el auto ni haber sido citados los respectivos acreedores se demuestra que con posterioridad a aquella certificación fue expedida otra, aunque de ello no hay constancia en el Registro, que ya no comprendía tales anotaciones por estar canceladas y cuya nueva certificación se aportó a los autos, lo que se demuestra por el hecho de expresar uno de los resultandos que de la certificación del Registro presentada resulta que existe una anotación de embargo por un importe de 2.000.000 de pesetas a favor de don Asensio Arin, a quien se le notificó la existencia del procedimiento; esta nueva anotación de embargo no fue practicada a favor de don Asensio Arin, al que en el auto se considera como acreedor posterior, sino que fue ordenada por el Juzgado de Instrucción número 5 de Madrid en el sumario número 442 del año 1963 que se sigue por estafa contra el deudor hipotecario Federico Chazal Dubois y contra otro, y para responder de 2.000.000 de pesetas. El mandamiento que la ordenó fue presentado en el Registro por el citado Asensio Arin Dorronsoro y no Dorronasen como por error dice el auto, aunque se ha subsanado ahora este error en la providencia de 10 de junio de 1968, pero sin que dicho señor tenga interés alguno en el citado sumario ni en la subsiguiente anotación preventiva de embargo; dicho mandamiento motivó primeramente el asiento de presentación 563 del Diario 12, practicado el 12 de junio de 1965, y fue nuevamente presentado por el mismo Asensio Arin Dorronsoro el 5 de abril de 1966, asiento 2.086 del diario 15, y por existir un defecto subsanable motivó una anotación de suspensión en el libro especial con fecha 26 de abril de 1966. Por un segundo mandamiento del mismo Juzgado, presentado por don Jesús López Hierro el 25 de junio de 1966 bajo el número 2.374 del Diario 16, fue ordenada la prórroga por 180 días de aquella anotación de suspensión, lo que se verificó el 23 de junio de 1966, en el mismo libro especial. Por un tercer mandamiento expedido por el mismo Juzgado de Instrucción número 5 de Madrid, presentado por don Jesús López Hierro el 16 de agosto de 1966, según el asiento 1.166 del Diario 17, y por haber sido subsanado el defecto se ordenó la conversión en anotación definitiva de embargo de la de suspensión antes referida, lo que fue practicado por el asiento letra H al folio 232 del tomo 421, libro 158 de Villaverde, a favor de la Administración de Justicia y a responder la finca de 2.000.000 de pesetas. En consecuencia, no resulta notificado el Juzgado de Instrucción número 5 de Madrid, de la existencia del procedimiento ejecutivo de la hipoteca como ordena el párrafo 2.º de la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y a los efectos prevenidos en la misma. Por ser insubsanables estos defectos no procede tomar anotación de suspensión aunque fuere solicitada. Suspendida la inscripción del precedente documento por los defectos subsanables siguientes: Primero: No acompañarse las cartas de pago de las liquidaciones T86533 y T25802 motivadas por esta adjudicación y que han de quedar archivadas en el Registro, según dispone el artículo 256 de la Ley Hipotecaria. Segundo: No acompañarse la declaración hecha al Ayuntamiento a efectos del arbitrio de plusvalía como exige el artículo 110 del Reglamento de las Haciendas Locales".

Y en el mandamiento: "Habiéndose acreditado el pago del impuesto correspondiente a las cancelaciones que se ordenan en el precedente

mandamiento, según se acredita en el testimonio del auto al que este mandamiento se refiere, se deniegan las cancelaciones ordenadas en este mandamiento por los tres defectos insubsanables detallados en el testimonio del auto y que se dan aquí por reproducidos. Suspendida la cancelación por los defectos subsanables siguientes: Primero: Han de expresarse correctamente los datos registrales de la inscripción de hipoteca ejecutada que se ordena cancelar, la cual es la quinta y no la cuarta de la finca 10.608 y no 16.608 obrante al folio 229 del tomo 421, libro 158 de Villaverde, y expresarse los datos registrales de la anotación preventiva de embargo tomada a favor de la Administración de Justicia y no a favor de Asensio Arin Dorronsoro, que fue ordenada por el Juzgado de Instrucción número 5 de Madrid, y que es la letra H obrante al folio 232 del tomo 421, libro 158 de Villaverde, según previene el artículo 233 del Reglamento Hipotecario. Segundo: No acompañarse la carta de pago correspondiente a la liquidación número T28803 motivada por las cancelaciones ordenadas y que ha de quedar archivada en el Registro, según previene el artículo 256 de la Ley Hipotecaria. Los defectos insubsanables al principio referidos impiden tomar anotación de suspensión aunque se solicitase”.

Don José Ramón Novoa Valencia interpuso recurso gubernativo contra los defectos insubsanables de las anteriores notas. El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador. Y éste recurrió en apelación a la Dirección General, la cual confirma el auto apelado con base en la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—En cuanto al primer defecto de la nota relativa a no haber sido demandada la mujer o, al menos notificada, de que se iniciaba el procedimiento judicial sumario, es de advertir que la acción hipotecaria, por su propia naturaleza, confiere a su titular, tal como establece el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, un poder directo sobre la finca que le autoriza, caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a poner en venta el inmueble, a lo que ya prestaron su consentimiento en el momento de la constitución de la hipoteca tanto el marido deudor como su mujer, por lo que han de sufrir las consecuencias que puedan derivarse, y por ello la intervención en el procedimiento de ejecución es mínima y en el caso de la mujer intrascendente, en situación similar a cómo para el retracto legal puso de relieve la sentencia de 14 de marzo de 1960 por lo que hay que estimar que no existe el defecto señalado.

El segundo defecto plantea el problema de las facultades de calificación de los Registradores en cuanto a documentos expedidos por la autoridad judicial, ya que en el testimonio del auto de adjudicación presentado aparece que la cantidad tipo que sirvió para la subasta fue inferior a la pactada en la escritura de constitución de hipoteca que figura en los libros registrales, por lo que, según la nota discutida, existe un obstáculo derivado del propio Registro, que impide la inscripción, dado que los trámites del procedimiento son inalterables por voluntad de las partes, según establece el artículo 129 de la Ley; pero es de observar que en la calificación de los documentos judiciales, el Registrador, con arreglo al artículo 99 del Reglamento Hipotecario, no ha de entrar en los fundamentos que sirvan de base al fallo del Juez o Tribunal, por lo que, al haber estimado la Audiencia que no procedía la nulidad de lo pactado —con revocación del auto del Juez que lo había ordenado— y tratarse de una resolución ya firme, es forzoso que se ha de acatar su decisión.

En relación con el tercer defecto, que la nota marginal a que se refiere la regla cuarta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, tiene la virtualidad de dar a conocer, como ya ha expresado reiterada doc-

trina de este Centro, la existencia del procedimiento judicial sumario a todos los que, con posterioridad a la extensión de aquélla, adquieran algún derecho sobre la finca, y para ellos hace las veces de la notificación exigida para los acreedores y titulares de cargas comprendidos en la regla quinta, o sea, los posteriores a la constitución de la hipoteca, a fin de que si quieren puedan intervenir en el procedimiento para defender sus derechos.

En consecuencia, que practicada en el Registro la nota marginal el día 23 de agosto de 1961, carece de trascendencia la notificación, posiblemente no totalmente ajustada a derecho, hecha, no al titular, sino al presentante de un mandamiento de embargo, cuya anotación se practicó en el año 1966, ya que no era necesario realizarla, y al mismo resultado habrá de llegarse respecto de la falta de notificación a los titulares de las anotaciones practicadas con anterioridad a la expresada nota, pues el defecto evidente ha dejado de serlo desde el momento que los embargos fueron cancelados por haber transcurrido el plazo de caducidad.

C) *Comentario.*—El crédito hipotecario, como cualquier otro tipo de crédito, tiende a su cumplimiento, a su realización. Esta pretensión de cumplimiento se obtiene de una de dos maneras: Voluntariamente, mediante el pago hecho por el deudor o por un tercero. O bien, de manera forzosa, a través de la correspondiente reclamación judicial y subsiguiente ejecución en los bienes del deudor. La garantía hipotecaria despliega su eficacia mediante la realización del valor en cambio de la cosa hipotecada y su dedicación al pago del crédito garantizado. De los varios procedimientos de ejecución hipotecaria, el más frecuente y quizás el más eficaz sea el regulado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria. En relación con este procedimiento se suscitan en el presente recurso diversas cuestiones. Veamos algunas de ellas en forma separada y muy sucinta:

1. En primer lugar, cuando la finca hipotecada es de naturaleza ganancial, si es necesario dirigir la demanda con que se inicia el procedimiento del artículo 131 contra marido y mujer, o solamente contra el marido, para que dicho procedimiento siga su curso legalmente.

El artículo 1413 del Código civil exige el consentimiento de la mujer casada para los actos de disposición sobre bienes inmuebles gananciales. En caso de venta de una finca rústica o urbana de esta naturaleza se precisa que el consentimiento contractual sea prestado conjuntamente por marido y mujer. El artículo 1413 resulta aplicable evidentemente a las ventas voluntarias. ¿También a las forzosas? Cuando como consecuencia de la ejecución de una sentencia condenatoria al pago de cantidad, se vende en pública subasta una finca del deudor de naturaleza ganancial para hacerse pago con el precio que se obtenga al acreedor ejecutante, ¿será también necesario el consentimiento o la intervención de la mujer? El artículo 1413 no distingue para su aplicación entre ambos supuestos.

Cierto que la estructura de la venta voluntaria y de la venta judicial es claramente distinta, lo cual produce a veces un diverso grado de eficacia. Frente al consentimiento contractualmente prestado en la venta voluntaria, en la judicial ese consentimiento es suplido por la actuación del Juez (aprobación judicial del remate o de la adjudicación). Ausencia de consentimiento que se traduce causalmente en que el Juez actúa movido por una pretensión o instancia procesal de ejecución, y subjetivamente en que no interviene el dueño sino el órgano judicial. A pesar de lo cual, tampoco aquí es inoperante la voluntad del ejecutado. Porque al prestar su consentimiento para la constitución de hipoteca, consintió en todas las consecuencias juri-

dicas de la garantía hipotecaria. Y entre ellas, fundamentalmente, la ejecución procesal y la venta en pública subasta de la cosa dada en garantía. Por ello, y porque la diferencia entre los efectos de ambos actos no es tan importante como pudiera pensarse (1), creemos con Díez Pícazo, que la ausencia de negocio jurídico no puede servir para deducir la ausencia de venta; y que no hay dificultad teórica insuperable para admitir que la compraventa pueda nacer tanto de un acto de las partes (contrato) como de un acto de las partes con el Juez (proceso) (2).

La finalidad del nuevo artículo 1.413 fue conceder a la mujer una mayor protección dentro de la sociedad de gananciales. Y para ello arbitró, entre otros medios, el de exigir su intervención directa en los actos dispositivos sobre bienes inmuebles. Como muestra de la cotitularidad que ambos cónyuges tienen sobre los bienes comunes. Lo cual se manifiesta a través de la correspondiente atribución de cotitularidad en la facultad dispositiva, cuando ésta afecta a los bienes considerados tradicionalmente como más valiosos. Esta intervención de la mujer mediante la necesaria prestación de su consentimiento negocial garantiza su control de los actos dispositivos.

De acuerdo con esta interpretación finalista, si el consentimiento de la mujer se aplicara a las ventas voluntarias, pero no a las forzosas, sería muy fácil defraudar en la práctica aquella norma imperativa que exige su intervención. Sobre todo a través del reconocimiento de una deuda falsa hecho por el marido solo. Al no pagarse voluntariamente la deuda así establecida, la ejecución procesal del crédito y el embargo subsiguiente de algún inmueble ganancial desataría inmediatamente su venta a favor del acreedor o de tercera persona (rematante en la subasta), habiéndose prescindido para ello del consentimiento y control de la esposa. Tan clara resulta esta consecuencia, que la mayor parte de la doctrina la ha recogido como argumento en contra de la aplicación de aquel criterio. Y la propia Dirección General, en la Resolución de 25 de enero de 1960, dictada en virtud de consulta formulada por el Consejo Superior Bancario, sancionó expresa y terminantemente la doctrina que exige el consentimiento de la mujer para cualquier tipo de enajenación de inmuebles gananciales, ya se realice el acto dispositivo mediante una venta voluntaria o judicial (3). A este planteamiento obedece la norma contenida en el artículo 144 R. H. y las numerosas Resoluciones del Centro Directivo que recientemente la han interpretado (4).

(1) La transmisión se opera desde el ejecutado al adjudicatario, el cual trae causa, en cuanto a su adquisición, del propietario anterior. Aunque por virtud de la ejecución hipotecaria se extingan las cargas posteriores a la hipoteca ejecutante, la finca se transmite en la subasta en la misma situación jurídica en que se encontraba cuando se constituyó la hipoteca. Si acaso podría recogerse como pequeñas muestras diferenciadoras de ambas figuras, el distinto juego que en ellas tienen los vicios del consentimiento y el posible ejercicio de los derechos de tanteo y retracto.

(2) Los llamados contratos forzosos, «A. D. C.», IX-I, pág. 95, nota 38.

(3) «El artículo 1.413 del Código civil no distingue entre enajenaciones voluntarias y forzosas, y el excluir éstas, como pretende el Consejo Superior Bancario, de la necesidad de la intervención de la mujer haría ineficaz la reforma del Código civil, pues por el sencillo sistema de girar una letra de cambio y utilizar el procedimiento ejecutivo, se llegaría a la enajenación de inmuebles y establecimientos mercantiles sin consentimiento ni conocimiento de la mujer».

Cfr. también la Resolución de 11 de febrero de 1964.

(4) Vid. por lo que se refiere a las anotaciones de embargo, las Resoluciones de 11, 20, 21 y 24 de febrero de 1964; 13 y 18 de abril de 1964 y 9, 13 y 14 de diciembre de 1966.

Parece, por tanto, necesario el consentimiento de la mujer—o, al menos, su conocimiento de los procedimientos de embargo de fincas comunes por deudas del marido—para todo acto que implique o pueda implicar la enajenación de un bien inmueble ganancial, sea cualquiera la forma en que esta enajenación se realice.

La ejecución hipotecaria termina con la pública subasta y la adjudicación judicial de la finca hipotecada a favor del rematante. ¿Qué decir de este acto de enajenación? El Registrador interviniente en el presente recurso estimó que, por tratarse de fincas gananciales, debía seguirse el procedimiento ejecutivo contra ambos cónyuges o, por lo menos, dar conocimiento de aquél a la mujer, aplicando a la hipoteca por analogía el requisito del artículo 144 de la Resolución Hipotecaria.

Que el consentimiento de la mujer era necesario como trámite previo a la venta judicial de las fincas ejecutadas es algo que parece claro, y no necesita mayor justificación después de todo lo dicho. Lo que ya no resulta convincente es el argumento esgrimido por el funcionario calificador. Como antes indicábamos, el consentimiento de la mujer es requisito imprescindible para que la hipoteca pueda constituirse. El negocio constitutivo de esta garantía real encierra un acto de gravamen sobre un bien inmueble que, cuando es de naturaleza ganancial, postula el necesario consentimiento de ambos cónyuges. Sin ese consentimiento conjunto el negocio sería incompleto, ineficaz; y, lo que es más grave, no susceptible de inscripción. Lo cual supondría, por tratarse del derecho de hipoteca, su inexistencia. Pero en el caso que nos ocupa, ambos cónyuges consintieron la hipoteca y ésta había sido inscrita. Evidentemente, la prestación de consentimiento hecha por la mujer casada a la constitución de la hipoteca implicaba la aceptación de todas sus consecuencias. Y entre ellas, la conformidad con la ulterior venta judicial de la finca hipotecada, que es el efecto más típico de la garantía hipotecaria. No cabe alegar, pues, que la mujer no consintió en la venta judicial. Ni aplicar por analogía al caso de la hipoteca la norma dictada por el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Porque en las deudas contraídas por el marido durante el matrimonio, la mujer no ha intervenido, pudo no tener conocimiento de ellas, y es lógico que consienta—o al menos se le notifique—el embargo para que la ejecución de la finca ganancial llegue a consumarse. Lo que en la hipoteca no ocurre.

La Dirección General concluye, en contra de la opinión del Registrador, que no era necesario ese requisito procesal de la demanda hipotecaria. Y niega el defecto señalado. Con cuya interpretación estamos completamente de acuerdo.

Al formular este primer defecto, el Registrador añadió algo más: Que el Juez, al aprobar el remate, debió hacerlo en representación de ambos cónyuges, y no sólo del marido, como parece había ocurrido en este caso. Cuestión complementaria que, a mi juicio, si es importante, y no parece tuvo trascendencia en la resolución del recurso.

El procedimiento del artículo 131 termina con auto en que el Juez aprueba la adjudicación de la finca a favor del rematante, en representación del dueño de los bienes hipotecados (regla 17.ª art. 131). Respecto de los bienes inmuebles gananciales, ¿puede estimarse que su único dueño es el marido, o no será más procedente admitir una cotitularidad de ambos esposos sobre este tipo de bienes, sobre todo después de la reforma de 24 de abril de 1958? He ahí el problema básico, siempre tan discutido, en el que no podemos entrar ahora. Planteado el entendimiento de aquel precepto desde otra perspectiva más precisa y, quizá, más fecunda, el Juez actúa en representación de los titulares registrales en cuanto éstos son destinatarios de la facultad de disposición. Porque el Juez está realizando un acto dispositivo sobre la

finca hipotecada que se enajena en pública subasta. Y como tal, debe actuar en representación de aquellas personas a quienes la Ley atribuye el ejercicio de la facultad dispositiva, sean o no al mismo tiempo propietarios. Lo que parece definitivamente claro, en mi opinión al menos, es que sobre los bienes inmuebles gananciales la facultad de disposición corresponde conjuntamente a marido y mujer (5). Por eso el Juez, al aprobar el remate, debió actuar en representación de ambos cónyuges.

El hecho de que el Juez interviniera en aquel acto sólo en representación del marido, ¿debe estimarse como defecto que impida la inscripción? La respuesta, es, por lo menos, dudosa. Desde el punto de vista material, la necesaria intervención de la mujer y su control del acto de gravamen quedaron cumplidos cuando la esposa prestó su consentimiento para la constitución de hipoteca. Pero desde el punto de vista formal, de representación de la mujer por el Juez en el acto de adjudicación con que termina el procedimiento ejecutivo, no parece aventurado pensar que entraña la omisión de un requisito legal, y que puede constituir un defecto para la inscripción. Si es susceptible de calificación por el Registrador. Lo cual nos lleva de la mano a otro tema más complejo: la calificación registral de los documentos judiciales. Tema al que en seguida nos referiremos. Desgraciadamente esta cuestión no fue tenida en cuenta en el recurso.

2. Según la regla 9.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, «servirá de tipo para la subasta el pactado en la escritura de constitución de hipoteca, y no se admitirá postura alguna que sea inferior a dicho tipo». En el presente caso, la finca hipotecada salió a subasta y fue adjudicada en la cantidad de 100.000 pesetas, cuando en la inscripción de hipoteca estaba tasada justamente en el doble, correspondiendo aquella cantidad al importe del principal del crédito garantizado. Sorprende, en verdad, una anomalía procesal tan llamativa. Cuando la regla 9.ª transcrita es tan tajante en su formulación, y el artículo 129 de la Ley Hipotecaria impide expresamente que los trámites regulados por el artículo 131 de la Ley Hipotecaria puedan ser alterados por convenio entre las partes: Derecho procesal imperativo, de carácter público, no sometido a la autonomía negocial. Tan es así que el propio Juzgado de Getafe que conocía de la ejecución, acordó de oficio la nulidad de la subasta por tal motivo, consciente de la invalidez de la misma por aquel vicio procedimental.

Y aquí viene lo más sorprendente: recurrida la resolución judicial que decretó la nulidad de la subasta, la Audiencia Territorial, en trámite de apelación, declaró bien hecha la subasta y ordenó que continuara el procedimiento. ¿Cómo es esta posible? De acuerdo con el informe del Registrador, que en este punto resulta incontestable, la regulación procesal contenida en la Ley Hipotecaria es de inexcusable cumplimiento. Y obliga tanto al Juzgado que tramita el procedimiento, como al Tribunal que conozca en apelación de cualquier incidencia del mismo.

Para la resolución práctica de este problema, se interfieren dos ideas contradictorias: Por un lado, la necesidad de que el Registrador califique y enjuicie escrupulosamente la legalidad, validez y perfección de los actos cuya inscripción se solicita, para evitar que la publicidad registral ampare situaciones jurídicas inválidas o nacidas en contra de requisitos legales. Por otro, la eficacia absoluta que despliega toda resolución judicial firme, cuando declara la validez de un acto sometido a su decisión jurisdiccional.

(5) Vid. mi Comentario a la Resolución de 28 de marzo de 1969 en esta REVISTA, núm. 475, págs. 1.671 y sigs.

Por este camino desembocamos en el planteamiento de un tema nada pacífico y realmente necesitado de revisión: la calificación registral de los documentos judiciales, su extensión, competencia del Registrador para esta actividad, vinculación que la previa resolución judicial tiene para el funcionario calificador aún en los supuestos—realmente excepcionales—en que infrinja un requisito legal, como parece ocurrir en el presente caso, etc., etc. En el terreno positivo, el artículo 99 del Reglamento Hipotecario limita la función calificadora en estos supuestos a cuatro extremos: competencia, congruencia, formalidades extrínsecas del documento y obstáculos nacidos del Registro. Pero el problema está en precisar en cada caso la extensión con que deben aplicarse estos conceptos. Y preguntarse por la justificación objetiva de ese cuádruple contenido así limitado legalmente. El tema es demasiado polémico y demasiado extenso para ser abordado aquí. Conste al menos su importancia práctica. Y la necesidad de que le dediquen su atención los estudiosos. Para una mayor clarificación y más justa resolución de las abundantes cuestiones prácticas que en torno a él se suscitan.

Volviendo al caso que nos ocupa, el Registrador pudo apreciar el vicio de la subasta, por tratarse de un dato inscrito y surgir la infracción legal de un obstáculo registral, según la expresión que utiliza el artículo 99 del Reglamento Hipotecario. Pero a la hora de decidir entre aquellas dos ideas contradictorias a que antes nos hemos referido, la Dirección General se inclina por la verdad judicial contenida en la resolución firme de la Audiencia, resolución que se estima inatacable y respecto de la cual el Registrador no puede entrar en sus fundamentos. Esta doctrina es perfectamente defendible, dada la eficacia de los pronunciamientos judiciales. Pero, en nuestra opinión, conduce a resultados no satisfactorios en la práctica. Porque, en el presente caso, el incumplimiento de un trámite procesal y la vulneración del precepto legal que lo regula, resultan evidentes. Sean cualesquiera las razones que pudieran mover a la Audiencia a estimar la validez de lo actuado. La regla 9.ª del artículo 131 en relación con el 129 no admite otra interpretación. Parece legalmente justo y técnicamente incontrovertible que el Registrador pudiera—y debiera—apreciar ese defecto y suspender la inscripción por tal motivo. Pero ello exigiría, quizá, una nueva regulación más precisa y detallada de la calificación registral de los documentos judiciales. Lo que aún no se ha realizado.

3. Cuando el Registrador expide la certificación de dominio y cargas a que se refiere la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en el procedimiento ejecutivo que este artículo regula, debe hacer constar aquel dato por nota al margen de la inscripción de hipoteca que va a la ejecución (regla 4.ª párrafo 4.º). La doctrina más reciente ha estimado unánimemente (RUIZ ARTACHO, ROCA SASTRE, CHICO Y BONILLA) que el efecto típico de esta nota marginal es dar a conocer la existencia del procedimiento ejecutivo y de sus consecuencias a todos los adquirentes de derechos sobre la finca hipotecada con posterioridad a esa nota. En efecto, los adquirentes posteriores al momento en que se expidió la certificación conocieron —o pudieron conocer— que la hipoteca anterior estaba en trámite de ejecución procesal. Y que podía afectarles los resultados cancelatorios y extintivos de la ejecución comenzada. De acuerdo con la publicidad registral, la existencia del procedimiento ejecutivo es directamente oponible a los adquirentes posteriores en virtud de aquella nota marginal. Se trata de una nota marginal de modificación jurídica, según la terminología de ROCA SASTRE Y LACRUZ BERDEJO, que da a conocer frente a tercero el hecho que publica.

Por eso, las notificaciones a los posibles interesados en la ejecución, tal como se regulan en el artículo 131, se hace sólo a los titulares de derechos inscritos con anterioridad a aquella nota marginal (reglas 3.ª - 3.º, 4.ª y 5.ª art. 131). Respecto de los titulares posteriores, no es necesaria la notificación porque ya quedan advertidos de la iniciación del procedimiento y del riesgo que corren con ello, en virtud de la nota marginal. En este sentido, los titulares de derechos sobre la cosa hipotecada pueden ser clasificados en dos grupos, según el momento de la respectiva adquisición de su situación registral: los anteriores a la nota marginal, que deben ser notificados en todo caso de la existencia del procedimiento. Y los posteriores a la nota, que no necesitan ser notificados por la publicidad resultante de ese asiento accesorio. Así lo ha entendido reiteradas veces la jurisprudencia del Centro Directivo (6).

Tan convincente y clara doctrina aparece aquí aplicada por la Dirección General en dos extremos concretos del presente recurso:

a) La existencia del procedimiento se notificó a don Asensio Arín. Pero en la realidad resulta que este señor no era el titular de una anotación de embargo—como, por otra parte, parece desprenderse de la certificación registral expedida según la relación de hechos del recurso—, sino mero presentante del mandamiento judicial de embargo que causó, después de diversas vicisitudes, la anotación correspondiente a favor de la Administración de Justicia, por un importe de dos millones de pesetas, resultante del sumario seguido por estafa contra el deudor hipotecario. Siendo esto así, es evidente que la notificación practicada al señor Arín lo fue indebidamente. Sin embargo, la Dirección General niega virtualidad a la notificación defectuosamente practicada en esos términos. Por la elemental y válida razón de que la repetida anotación de embargo fue extendida en 1966, fecha muy posterior a aquella otra en que se formalizó la nota marginal de haberse expedido la certificación registral (23 de agosto de 1961). Y, por tanto, era legalmente innecesaria la notificación procesal irregularmente practicada. Y no se justificaba la apreciación de tal defecto, por ser irrelevante.

b) Igualmente se discutía si debió notificarse el procedimiento a los titulares de diversas anotaciones preventivas de embargo anteriores en su fecha a la de la nota marginal, pero canceladas después por caducidad. Porque de estimarse esta exigencia positivamente, la omisión de las notificaciones podía constituir defecto impeditivo de la inscripción. Como indicó el Registrador en su nota calificadora. La Dirección General tampoco dió trascendencia a esa falta de notificación, alegando que no tiene importancia práctica aquella omisión, porque habiéndose cancelado aquellas anotaciones antes de la fecha

(6) Vid. Resoluciones de 6 de noviembre de 1933, 22 de mayo de 1943, 20 de enero de 1960 y 27 de noviembre de 1961.

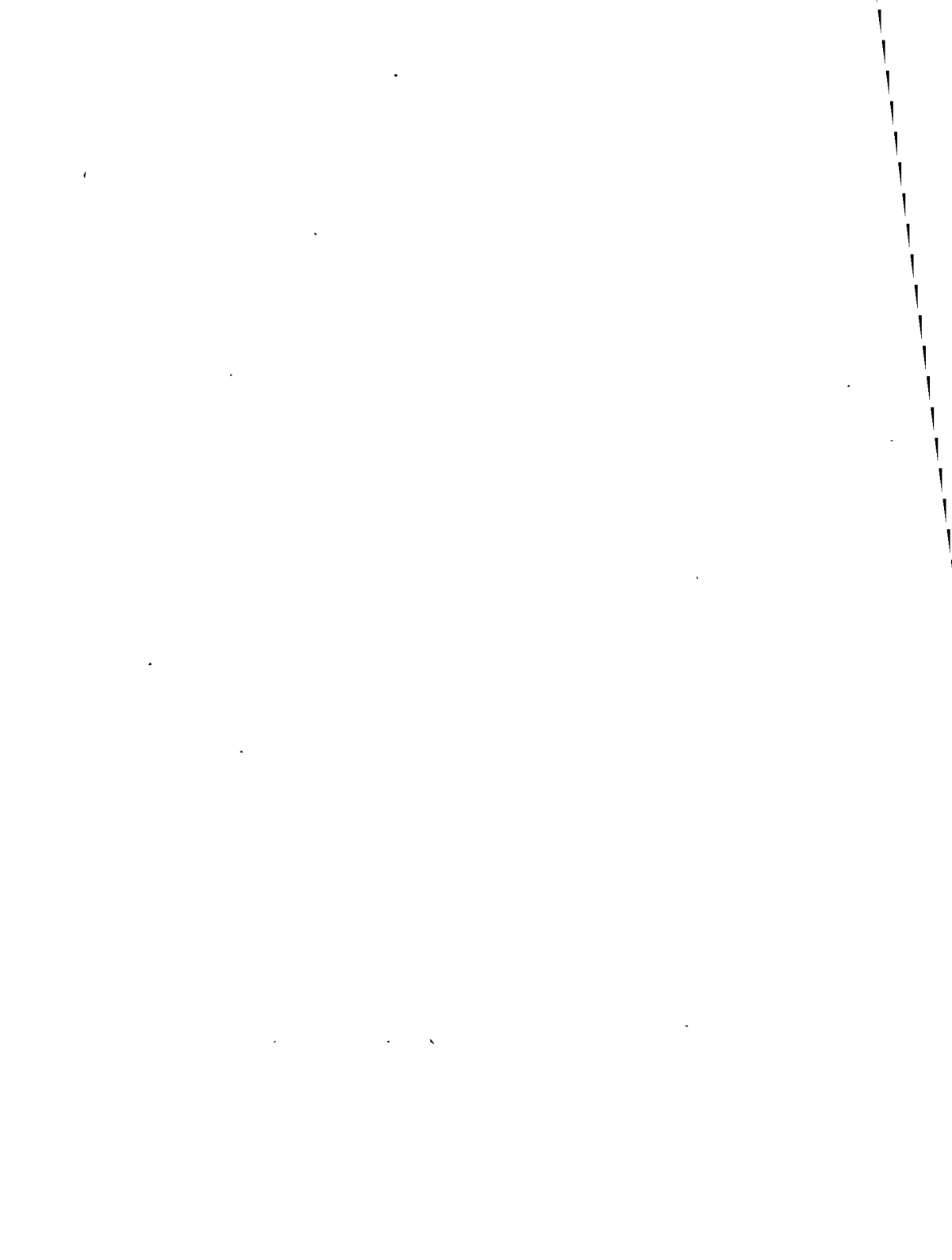
Según esta última, del examen de las reglas 4.ª y 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria se deduce con claridad que el legislador pretende dar a conocer a los titulares del inmueble y de los derechos reales posteriores a la hipoteca de cuya ejecución se trata la existencia del procedimiento, facultándoles para poder subrogarse en el lugar del actor mediante el pago de las cantidades reclamadas; que mediante nota marginal se hará constar haber expedido la certificación prevenida en dicha regla 4.ª, lo cual, según la doctrina de este Centro Directivo, no implica un cierre registral, sino que más bien opera como una condición resolutoria, cuyo juego determinará la cancelación de todos los asientos practicados con posterioridad al de hipoteca, que sea base del procedimiento, según lo dispuesto en el artículo 233 del Reglamento Hipotecario.

del auto judicial de adjudicación de la finca hipotecada, había desaparecido la situación registral de los acreedores embargantes que legitimaba su intervención en el procedimiento ejecutivo.

La aceptación de este razonamiento parece más dudosa. Porque si la ejecución debía notificarse a los titulares anteriores de cargas inscritas (art. 131 - 5.ª L. H. y 225 R. H.), no se podía privar a estos del derecho a intervenir en el procedimiento pagando el crédito garantizado, suspendiendo la ejecución si así les convenía, y subrogándose en la situación jurídica del actor ejecutante (art. 131 - 5.ª). Es el problema de la protección registral de los derechos inscritos cuando el asiento que los publica tiene un breve plazo de vigencia: supuesto que principalmente se plantea en las anotaciones preventivas.

En atención a este último argumento, creemos que la solución automática dada aquí por la Dirección General es menos convincente. Y que su generalización podría dar lugar a alguna situación injusta. Aunque quizá en el caso planteado estuviera más justificado ese criterio de la irrelevancia de las notificaciones que no llegaron a practicarse.

M. A. G.



II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

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

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

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO. *Derecho a deslindar, amojonar y cercar. Rectificación del Registro y del Catastro.* (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1969.)

La demanda suplicó se declarase: 1.º Que el actor era dueño de la finca descrita en los hechos 1.º y 2.º de la demanda, sita en territorio «La Clota», del término municipal de La Escala e inscrita en el Registro de la Propiedad de Gerona al tomo 1.805 del archivo, libro 49 de La Escala, finca número 2.112 folio 46, inscripción 1.ª. 2.º Que la finca de la demandada «Conexfor, S. L.», descrita en el hecho 9.º de la demanda sita en el mismo Territorio y Municipio, e inscrita en el mismo Registro de la Propiedad, al tomo 837 del archivo, libro 34 de La Escala, folio 169 vuelto, finca 1.557, inscripción 5.ª, lindaba por el Oeste con la anterior finca del actor, en vez de hacerlo con «N. conocidos por Teixidor», con «Pedro Sureda», como constaba erróneamente en dicho Registro. 3.º Que el actor como dueño de la finca citada, tenía derecho a deslindarla y amojonarla, por lo que se refería a su linde común con la finca de la demandada, así como a cercarla. 4.º Que la mayor cabida que pudiera las dos expresadas fincas, debía ser distribuida entre las mismas en proporción a la extensión indicada en sus respectivos títulos. 5.º Que, por consiguiente, la extensión real de la finca del actor, era de 4 vesanas, 20 centésimas, iguales a 9 hectáreas, 18 áreas, 54 centiáreas, o aquella mayor o menor que resultase de la medición que se practicara en período de prueba o en ejecución de sentencia. 6.º Que procedía rectificar

los correspondientes asientos del Registro de la Propiedad, por lo que se refería a su medida superficial, los de la finca del actor, y a sus linderos del Oeste, los de la demandada, concordándolos con la realidad. 7.º Que procedía asimismo rectificar el Catastro de la Riqueza Rústica de La Escala, excluyendo la finca del actor de la parcela 24 del polígono 10, y catastrándola a nombre de su legítimo propietario el actor. 8.º Que las Compañías demandadas no tenían ningún derecho sobre la finca propiedad del actor, estando obligadas a retirar inmediatamente los anuncios o letreros colocados en dicha finca y a abstenerse en lo sucesivo de cualquier acto de dominio o posesión sobre la misma, indemnizando al demandante de cuantos daños y perjuicios se le hubieran causado a consecuencia de dichos actos, anteriores al cumplimiento de la sentencia, y en su virtud, se conderase a las Compañías demandadas, a estar y pasar por las anteriores declaraciones en lo que se refería a cada una de ellas, y librar mandamiento por duplicado y con los insertos necesarios al señor Registrador de la Propiedad para la efectividad de las rectificaciones a que se referían los anteriores pronunciamientos con expresa imposición de costas a las demandadas por su temeridad.

Las sociedades demandadas se opusieron a la demanda y formularon reconvencción, exponiendo:

1.º Que negaba el correlativo; que el actor no era dueño de la finca que describía ni lo había sido nunca; que advertía que según el documento aprobado de adverso de número uno, se trataba de una inscripción de posesión, sin perjuicio de tercero; que no cabía duda que el Registro de la Propiedad de Gerona había practicado la inscripción posesoria a que se aludía por el demandante; que del documento aportado como documento número 1 de la contestación, inscrito en el Registro de la Propiedad se deducía que desde el 22 de febrero de 1929, doña I. B. B. era ya propietaria de la finca que se describía en dicho documento y cuyos linderos por el Oeste eran con M. T. y P. S.; que, por tanto, se trataba de la misma finca, aunque de mayor extensión a la descrita por el demandante en su demanda como de su propiedad; que se estaba ante un supuesto de una inscripción de dominio en favor de la persona, de quien dicha parte traía causa anterior al expediente de posesión que alegaba el actor; que lo que quedaba patente de los documentos estudiados era que el actor consiguió una inscripción de posesión sin perjuicio de tercero de una finca cuya existencia y situación no llegaba a conocer, basado en unos antecedentes erróneos y sin fundamento en la mayoría de sus extremos, a saber: a) un expediente tramitado en base de una certificación del Registro de 23 de mayo de 1933, de la que resultaba no existir asiento alguno contradictorio con referencia a la finca que se reivindicaba, y la figurada inscrita con el número 1.557; b) que se observaba la anomalía de que existiendo un dominio inscrito a nombre de la señora B. B., no se citase a dicha señora en el expediente; que los medios unmatriculadores que ofrecía la legislación hipotecaria no podían convertirse en medios de obtener a largo plazo la propiedad de lo ajeno; que en resumen la inscripción no era constitutiva del derecho de propiedad; c) que del documento presentado bajo el número 1 por la actora resultaba que la inscripción de posesión tuvo que suspenderse por no acreditarse el amillaramiento de la finca a nombre del demandado y esta omisión fue suplida de un modo expeditivo, mediante un certificado librado en 30 de agosto de 1933,

por el Alcalde Secretario del Ayuntamiento de La Escala, acreditativo de haberse tomado nota para incluirla en el primer apéndice del amillaramiento a nombre del actor, sin que se acreditara tampoco que hubiera sido anteriormente amillarada a nombre de don J. M. C; d) que, finalmente, ponía de relieve la falta de titulación del inmueble objeto de la subasta en el procedimiento ejecutivo seguido por el Recaudador Auxiliar de la zona; que se siguió un procedimiento ejecutivo sin garantías de ninguna especie; se designaban unos bienes, no acreditándose se aportara titulación alguna de la propiedad de la finca sacada a subasta por parte del ejecutado, ni se suplía por el Recaudador tal titulación; que como resumen de este hecho negaba la existencia de la finca descrita por el actor en su escrito de demanda con la individualidad que pretendía establecer, así como que dicha finca perteneciera al actor, aceptaba la existencia de la inscripción en los términos que quedaban consignados y ponía de relieve. 1.º Las irregularidades que viciaban el hecho de la inscripción y el origen de la misma que hacían que tal inscripción fuera nula de pleno derecho. 2.º Que no podía prevalecer tal inscripción contradictoria con otros asientos vigentes del propio Registro de la Propiedad. 3.º La falta de los principios Registrales en la inscripción en que se pretendía basar el actor, contrariamente a lo que ocurría en los asientos a que traía causa el demandado. 2.º Que negaba el correlativo, ya que al no existir la finca descrita con la individualidad que se pretendía atribuirle de contrario no cabía actualización alguna; que la finca que describía el actor en los hechos 1.º y 2.º de la demanda constituía parte de la finca a que se contraía la escritura aportada como documento número 1 de la contestación, mediante la cual la adquirió «Conexfor, S. L.» de doña I. B., su anterior propietaria, la cual la había adquirido a su vez por herencia de su madre; que la posición de la demandada se veía fortalecida por las descripciones registrales de la finca referida en el párrafo anterior o de todas las limitrofes, excepto la que fue de don P. S. y que pertenecía en la actualidad a M. A. C; que el actor combatía en su hecho 9.º, sin que aporte prueba alguna que demuestre su aserto, lo que constaba en escrituras y en el Registro de la Propiedad, y a través de las cuales se reflejaba plenamente la existencia del principio hipotecario del tracto sucesivo; que en este hecho atribuía el actor a la finca que reivindicaba una superficie de 4 vesanas, aunque en el primero hablaba de 3 y pretendía explicar la diferencia, mediante un reparto o división de la finca entre las dos ramas de la familia M., hablando de 5 vesanas escrituradas, lo que a juicio de la demandada era caprichoso e irreal, en primer término, porque no había escrituradas más que dos vesanas y en segundo término porque no existía la supuesta división entre las ramas de la familia M.; que en cuanto a la extensión superficial de la finca de la demandada ya se decía que se transmitían unas 7 vesanas que era lo comprendido en los límites descritos, que era de todos conocido, que las fincas rústicas tenían una superficie real mucho mayor que la escriturada; que en lo que se refería a los límites de la finca propiedad de la demandada, que constituían el polígono 24 del Catastro y en lo que afectaba a la lris, demostraba la inexistencia como finca distinta e independiente de la que describía el demandante con los documentos que acompañaba del dos al cinco; que la inexistencia de paredes, setos u otros lindes por el Oeste de la finca que describía el actor en los hechos 1.º y 2.º de la demanda, demostraban claramente la inexistencia de la pretendida división de la finca que pertenecía total y absolutamente a la demandada, por compra a la señora B.; que en cuanto a los demás linderos

que se citaban por la actora, eran los propios de la referida finca de la demandada 3.º Que negaba el correlativo, que según norma jurídica la posesión como hecho, no podía reconocerse en dos personalidades distintas, salvo el caso de indivisión; que por ello, quien venía poseyendo en concepto de dueño público y pacíficamente la finca de la que se pretendía reivindicar una parte, era la Sociedad demandada «Conexfor, S. L.» desde el año 1954; que con anterioridad la había poseído doña I. B. y antes doña P. B., quien a su vez había sucedido a su esposo, heredero de su padre; que, por tanto, desde 1929, los poseedores de la finca habían sido doña I. B. y posteriormente «Conexfor, S. L.», por lo que no podía admitirse la tesis actora, por cuanto, dentro de la finca se hallaba incluida la parte de finca que se reivindicaba, que el actor en ningún caso estuvo en la finca, ni ejercitó derecho dominical, ni de posesión alguno, ya de por sí o por medio de otro en su nombre; que la inscripción de la posesión a que alegaba el actor, constituía una verdadera perturbación en el Registro; y su existencia no podía confundirse con la posesión de hecho, ni con la posesión en concepto de dueño; que el actor vivía en Barcelona y en la finca que aludía no estuvo nunca ni ejercitó acto alguno de posesión o de dominio, que negaba rotundamente el hecho alegado por el actor de que plantara pinos, pues los que se encontraban en la finca de «Conexfor, S. L.» y a que se refería el actor, no tenían más de 14 ó 16 años de antigüedad y se hallaban en la totalidad de la finca y no sólo en la parte que pretendía reivindicar el actor; que dichos pinos habían sido plantados por el esposo de la anterior propietaria y por su hijo; que en todo caso la prueba de tal hecho corresponde a la actora; que en cuanto a la impugnación de su pretendido derecho posesorio en virtud del pleito alegado ningún efecto podía surtir en el presente caso. 4.º Que negaba igualmente correlativo; que el avance Catastral de la zona a que se contraía la demanda, se había desarrollado en la forma establecida en el Decreto de 23 de octubre de 1913, con la publicidad correspondiente; que la inclusión de la parcela 24 en el polígono 10 de la finca de que se trataba, era consecuencia lógica de la única posesión titulada en concepto de dueño, ejercida sobre dicha finca; que en cuanto a la parcela catastrada a nombre de la Sociedad demandada, insistía en lo manifestado en el hecho 2.º, debido a la coincidencia de los límites de cada una de las fincas que habían ido adquiriendo «Conexfor, S. L.» que según las escrituras aportadas eran las que detallaba; que debía insistir que la inclusión de la parcela número 24, propiedad de la Sociedad demandada en el Catastro no era indebida, sino ajustada a la realidad de los hechos y que no existía el error que pretendía la parte actora 5.º Que era cierto que el actor había pretendido hacia muy poco tiempo ciertos derechos sobre la finca de la Sociedad demandada, pero ésta le había negado en todo momento; que en cuanto el pleito a que se refería reiteraba que lo manifestado en el mismo era ajeno a la Sociedad demandada, por lo que no había tenido conocimiento del mismo; que el actor no podía alegar sorpresa alguna, que los sorprendidos habían sido las demandadas que habían tenido conocimiento de la existencia de una inscripción registral de posesión, sin perjuicio de tercero, contradictoria con el propio Registro de la Propiedad; que no se hallaba sin deslindar por el Este, sino que tales lindes no existían, pues, no se trataba de dos fincas sino de una sola, propiedad de dicha Sociedad demandada, por lo que no había posibilidad que la misma aceptase un deslinde, a todas luces improcedente. 6.º Que negaba el correlativo y ponía de manifiesto la temeridad del actor al interponer la demanda que contestaba, pretendiendo rei-

vindicar una finca que no le pertenecía como se desprendía a través de la prueba documental que aportaba; que a lo más que se podía llegar, era a la declaración de la existencia de unas inscripciones registrales contradictorias, que tendrían que resolverse por las normas legales pertinentes; que negaba la gratuita afirmación del actor, de que la inclusión en el Catastro de la parcela 24 propiedad de la demandada se hiciera a instigaciones de la misma; que la única maniobra existente en el presente caso, era la sometida por el actor al inscribir un derecho posesorio, con todos los defectos y anomalías denunciadas en el hecho 1.º de la contestación; que la extensión de la demanda a «Inmobiliaria Costa Brava, S. A.», no correspondían a la contestación, aunque era cierto que las dos Sociedades demandadas tenían relaciones mercantiles comunes, y se hallaban vinculadas estrechamente; que la única realidad era la «Inmobiliaria Costa Brava», construía por cuenta de «Conexfor, S. L.» y ésta había autorizado a poner los letreros a que se hacían referencia de adverso, y que no estaban situados en la finca que pretendía atribuirse el actor, sino exclusivamente en la de la propiedad de la demandada; que aceptaba la autenticidad de las fotografías presentadas de adverso, como documentos números 2, 3 y 4, pero rechazaba la fecha de colocación de los letreros que no era reciente. 7.º Negaba el correlativo de la demanda y reiteraba lo expuesto en los hechos precedentes, aceptaba el documento número 6 aportado de contrario y rechazaba por inexacto el documento número 5. 8.º Que negaba las alegaciones que se hacían de contrario, resultando acreditada la titulación de las fincas colindantes, con los documentos números 1, 2, 3 y 4; que rechazaba por infundadas las presunciones que formulaba el actor, en el sentido de que el deudor ejecutado don J. M. C., pudiera traer causa de herederos de C. M. C., así como que herederos de J. M. pudieran ser causantes del mismo ejecutado. 9.º Que rechazaba las gratuitas afirmaciones del actor en el correlativo, ya que no había probado las mismas, no existiendo los errores que pretendía denunciar el actor, y en cuya denuncia basaba su acción, de modo tan temerario dicha parte, del mismo modo que no existía la supuesta división de la finca de los M., que a través de sucesivas transmisiones, fue adquirida por «Conexfor, S. L.» y si bien la extensión superficial registrada difería de la real, ello era evidente en las parcelas de la región, extremo que ya se había hecho constar en la escritura de compraventa, único título de la finca de autos. 10. Que se oponía radicalmente a las pretensiones del actor, tanto en el presente hecho como en los precedentes. Como hechos de la reconvencción alegó los siguientes: 1.º Que la demandada «Conexfor, S. L.» era propietaria de la finca que se describía en los documentos números 1 y 4 acompañados a la demanda. 2.º Que la finca objeto de autos, fue adquirida por la Sociedad demandada «Conexfor, S. L.», mediante escritura de compraventa otorgada ante Notario, habiendo sido objeto con anterioridad de sucesivas transmisiones como se acreditaba con los documentos 1 y 4 acompañados a la contestación. 3.º Que el actor, había obtenido una inscripción de posesión sin perjuicio de tercero en el Registro de Gerona, pero a pesar de dicha inscripción, no había poseído jamás el territorio descrito en las lindes que él mismo expresaba. 4.º Que dicha inscripción se había basado en el expediente seguido en méritos del artículo 393 de la Ley Hipotecaria y que tuvo que basarse necesariamente en una certificación negativa de inscripción existente en el Registro, contradictoria con la que se pretendía, cuya certificación básica era evidentemente errónea, por cuanto según se desprendía de los propios que figuraban en el Registro de la Propiedad, la inscripción a que se refería el

hecho anterior estaba comprendida dentro de la total finca, descrita en el hecho primero de la reconvencción, siendo la antigüedad de la inscripción de la demandada del año 1895, y la del demandado reconvenccional la de 1933. 5.º Que el actor había obtenido la inscripción aludida pero en ningún momento realizó acto alguno de posesión o de dominio, por lo que la demandada la había disfrutado quieta y pacíficamente, y con anterioridad doña I. B., de quien traía causa; que el actor no había realizado acto de posesión alguno, hasta transcurridos más de 30 años de la adquisición del dominio, por lo que careca de base su pretensión, ya que en una misma finca no podían existir dos posesiones según la Ley, posesión que no había ejercitado en ningún momento, a pesar de los documentos erróneos aportados, por lo que procedía la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad, que era lo solicitado en la demanda reconvenccional. Terminaron con la súplica de que se dictase sentencia, por la que desestimando la demanda, se absolviera a la demandada de las pretensiones de la misma, y estimando la reconvencción se declarase que la única finca existente en el lugar indicado por la parte actora, y que pretendía reivindicar, era propiedad de la Sociedad demandada «Conexfor», constituyendo la finca que aparecía en el Registro de la Propiedad de Gerona, al tomo 873 del archivo, libro 34 de La Escala, folio 179 vuelto, finca número 1.557, inscripción 5.ª, disponiendo la cancelación de la anotación preventiva de la demanda practicada sobre dicha inscripción, y estimando la reconvencción, se declarase la nulidad del asiento del Registro de la Propiedad de Gerona, término de La Escala, en que se basaba la acción ejercitada de contrario y se ordenase asimismo la cancelación de dicha inscripción que figuraba en el citado Registro de la Propiedad, al tomo 1.285, del archivo, libro 49 de La Escala, folio 46, finca 2.112, inscripción 1.ª, como de la posesión sin perjuicio de tercero a favor del actor, por la inexistencia de dicha posesión, y constituir inscripción contradictoria con la única finca existente, propiedad de la demandada, que la poseía pública, quieta y pacíficamente.

El Juez de Primera Instancia del Juzgado de Gerona, dictó sentencia por la que desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva propuesta por la demandada «Inmobiliaria Costa Brava, S. A.», y estimando la demanda, declaró. 1.º Que el actor era dueño de la finca sita en territorio «La Clota» del término municipal de La Escala, e inscrita en el Registro de la Propiedad de este Partido, al tomo 1.285 del archivo, libro 49 de La Escala, finca 2.112, folio 46, inscripción 1.ª. 2.º Que la finca de la demandada «Conexfor S. L.» inscrita en el propio Registro de la Propiedad, al tomo 837 del archivo, libro 34 de La Escala, folio 168 vuelto, finca 1.557, inscripción 5.ª, linda por el Oeste con la anterior finca del actor en vez de hacerlo con «N. conocido por T. y con P. S. 3.º Que el actor como dueño de su citada finca tenía derecho a deslindarla y amojonarla por lo que se refería a su linde común con la finca de la demandada, así como a cercarla. 4.º Que la mayor cabida que pudieran tener las dos expresadas fincas debía ser distribuida entre las mismas en proporción a la extensión indicada en sus respectivos títulos. 5.º Que, por consiguiente, la extensión real de la finca del actor, era la de 4 vesanas, 20 centésimas iguales a 91 áreas, 85 centiáreas. 6.º Que procedía rectificar los correspondientes asientos del Registro de la Propiedad, por lo que hacía referencia a su medida superficial, en cuanto a la finca de «Conexfor, S. L.», concordándolos con la realidad. 7.º Que procedía asimismo rectificar el Catastro de la riqueza rústica de La Escala, excluyendo la finca

que se decía propia del actor, de la parcela 24 del polígono 10, catastrándola a nombre de su legítimo propietario, 8.º Que la Inmobiliaria demandada y «Conexfor, S. L.», no tienen ningún derecho sobre la finca propiedad del actor, estando obligados a retirar inmediatamente los anuncios letreros colocados en dicha finca y abstenerse en lo sucesivo de cualquier acto de dominio o posesión sobre la misma reservando al actor los derechos que pudiera tener para exigir daños y perjuicios a consecuencia de los actos realizados por las demandadas, y en su virtud firme que fuera la resolución se libraría mandamiento al Registrador de la Propiedad para la efectividad de las rectificaciones a que se referían los pronunciamientos anteriores; y absolvía al actor de la demanda reconvenzional contra dicho señor, formulada sin expresa condena de costas.

En apelación, la audiencia confirmó la sentencia del Juzgado, subsanando el error padecido por la misma en su pronunciamiento 5.º, que establecía como sigue: *Quinto*. Que, por consiguiente, la extensión real de la finca del actor era la de 4.116 vesanas, iguales a 90 áreas, 6 centiáreas.

El Tribunal Supremo no accedió a la casación.

Considerando. Que es función propia del juzgador de instancia la declaración de los hechos probados, contra la cual sólo puede irse en casación por la precisa vía del número 7.º del artículo 1.692 de 1.ª Ley de Enjuiciamiento Civil, demostrando que la sentencia incurrió en error de hecho o de derecho, acreditado el primero mediante documentos que tengan, a efectos del recurso, la concepción de auténticos, o justificando en el 2.º que el Tribunal desconoció la fuerza probatoria que a determinada prueba atribuye la Ley, que resulta así infringida por alguno de los conceptos que establece el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo, entre otras, a las sentencias de 5 de febrero de 1941, 2 de abril de 1947, 31 de octubre de 1946 y 4 de junio de 1947, y sentada esta doctrina debe notarse que versando el litigio sobre la extensión y límite que divide a las fincas de los litigantes, con la consecuencia reivindicatoria sobre una parte de terreno, el juzgador, después de examinar los distintos medios de prueba aportados, con la adecuada separación, declara por el conjunto de éstos, documental, testigos, reconocimiento judicial y peritos, los límites y extensión real de dichas fincas, contra cuya afirmación fáctica se alzan los dos primeros motivos del recurso, seguidos por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de trámites, alegando en ambos error de hecho y de derecho, rechazables, pues, en cuanto afecta al primero falta documento auténtico que sin haber sido examinado en la sentencia revele por sí, de modo claro terminante, sin necesidad de hipótesis o razonamientos el error en que hubiera incurrido oponiendo otro hecho que resulte del documento o documentos esgrimidos, y respecto al error de derecho dichos motivos se basan en la infracción de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, sin señalar el concepto de dicha infracción, cual sería indispensable y porque ni uno ni otro precepto legal tienen el carácter de normas valorativas de la prueba y sólo serían atacables por cauce distinto del elegido, temiendo además en cuenta que el juzgador no usó la prueba de presunciones a que tales artículos se refieren, lo cual hace inviable alegar su infracción en ningún concepto, y a mayor abundamiento, los documentos que se alegan no revelarían por sí el error que se pretende, sino que éste apoya en su interesada apreciación, siendo además la cuestión planteada materia propia de la interpretación de documentos, cuestión que sería ajena a estos motivos,

pues parte de cabida y límites distintos de los que como hecho la sentencia declara, siendo, por tanto, desestimables dichos motivos.

Considerando: Que el tercero de los motivos es inicialmente inadmissible por que denuncia en cuanto al mismo precepto legal distintos conceptos de infracción, del artículo 348 del Código Civil, no cumpliendo, por tanto, lo establecido en el artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil y doctrina de esta Sala, confundiendo además los requisitos que el citado artículo exige para el éxito de una acción reivindicatoria del dominio, siendo rechazables los razonamientos que hace respecto a la preferencia de los títulos basándose en hechos opuestos al sentado por el Tribunal de Instancia que han de ser respetados conforme a los anteriores considerandos.

Considerando: Que el motivo 4.º amparado en el número 1.º del artículo 1.692 invoca la violación de los artículos 445 del Código civil y el 38 de la vigente Ley Hipotecaria, mas las denunciadas infracciones parten como supuesto indispensable de hechos contrarios al firmemente sentado en la sentencia recurrida los cuales al subsistir hacen decaer este motivo.

Considerando: Que el motivo 5.º seguido, por igual vía procesal incurre en el mismo defecto que el anterior, por basarse en hechos contrarios a los establecidos en la sentencia recurrida, que no han sido combatidos eficazmente sin que en modo alguno pueda apreciarse la existencia de doble inmatriculación, la cual de concurrir habría de ser resuelta no por la virtualidad de los preceptos de la Ley Hipotecaria, sino atendiendo a los títulos de cada litigante dentro del derecho civil, ni menos concurre la doble venta de una finca, pues es incuestionable la diversidad de éstas; de extensión incluso superior a la que respecto a ellas señala la inscripción registral, todo lo que conduce al perecimiento de este motivo.

Considerando: Que el último de los motivos seguidos por el mismo cauce procesal alega la interpretación errónea de los artículos 385 y 387, siendo desestimable porque al no haber practicado el juzgado su exégesis no puede existir la infracción que se invoca que habría de consistir en la atribución a los textos legales un sentido equivocado opuesto al que según las normas gramaticales o lógicas corresponde, ajena de la aplicación de tales preceptos, que podría dar en su caso a otras infracciones, y porque aquí como en los anteriores motivos se basa el recurrente en hechos contrarios a los afirmados en la sentencia y que, como reiteradamente se sienta, son los únicos que deben ser respetados.

Considerando: Que por los razonamientos anteriores procede la desestimación del recurso con las consecuencias que ordena el artículo 648 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ISLAS QUE SE FORMAN EN LOS MARES ADYACENTES A LAS COSTAS DE ESPAÑA: ARTICULO 371 DEL CODIGO CIVIL: PROPIEDAD DEL ESTADO. Prescripción según el artículo 35 de la Ley Hipotecaria. Aplicación del artículo 8, número 2 de la misma Ley., (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1969.)

Las diversas cuestiones de Derecho Inmobiliario que contempla esta sentencia, nos deciden a exponer con amplitud sus antecedentes.

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca, se promovió juicio declarativo ordinario de mayor cuantía por don J. H., contra

don T. B., don J. M. C. y don R., don T., don J., don A., don E., don L. y don C. B., y además contra cualquier otra persona, natural o jurídica que pretenda ostentar algún derecho sobre la Isla denominada «D'en Salez» o de «Portals Nous», versando el asunto sobre declaración de propiedad y otros extremos, a cuyos autos se acumularon otros de igual naturaleza, instados por el Estado contra los mismos litigantes. Que el Procurador de la parte demandante en escrito de 13 de febrero de 1964 expresó en síntesis los siguientes hechos. 1.º Que don M. C. y don M. P., alquilaron por indiviso y partes iguales la finca porción de tierra procedente del predio «El Hostalet», que a su vez procede del llamado «Bandinat», situado en término de Calviá, lugar de «Portas Noues», mide 31 hectáreas, 61 áreas, 53 centiáreas, o lo que fuese; lindante por Norte con el predio «Bandinat» mediante pared; por Sur con el mar y con las parcelas de don B. V. y otras; por Este con la urbanización «Portals Nous», y por Oeste con remanente del predio «El Hostalet». Dicha adquisición se realizó mediante documento privado otorgado a favor de los compradores, por don T. B. con anterioridad al año 1935, formalizándose posteriormente en documento público, en méritos de escritura autorizada en 28 de diciembre de 1940, inscrita en el Registro de la Propiedad de este partido al folio 67. del tomo 2.366 del archivo, libro 63 de Calviá, finca número 2.763, inscripción 2.ª; en dicha adquisición quedaba comprendida la Isla de «Portals» como perteneciente a la finca vendida, aunque no figurara inscrita en el Registro de la Propiedad. 2.º Desde el momento en que los señores C. y F. fueron dueños del descrito predio, con la Isla ajena al mismo, procedieron a su urbanización a cuyo fin levantaron el oportuno plano, debidamente aprobado por el Ayuntamiento de Calviá en el que se incluye el accidente geográfico con el nombre de «Isla de Portals», documento que fue protocolizado por el Notario de esta ciudad en fecha 27 de abril de 1947; acompañó copia del plano con diligencia extendida por el Notario. 3.º Que los propios don M. C. y don M. P., primero en documento privado y después en escritura pública en 26 de abril de 1947, segregaron y vendieron a don J. H. una porción de la finca descrita en el hecho 1.º que antecede, de cabida 8 áreas, 55 centiáreas, lindante por Norte con terreno remanente a los vendedores, en una longitud de 48 metros, 20 centímetros, por Sur con el mar, por Este con terreno también remanente a los enajenantes en la de 133 metros, 60 centímetros y por Oeste con calle llamada Alemania y Pasaje letra A. en la de 137 metros, 60 centímetros. Incluida en tal venta quedaba la «Isla de Portals», más como no figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad, pero sí en la posesión de «facto» de los vendedores, y en el plano de la Urbanización legalmente aprobado, se optó de común acuerdo para subsanar la deficiencia por su inmatriculación registral mediante el otorgamiento de una escritura adicional de fecha 29 de abril de 1947 y en la que se hizo constar que en la escritura de 26 del propio mes y año, en la descripción de la finca vendida, se había omitido la consignación de un accidente geográfico consistente en un pequeño islote contiguo a dicha finca, e integrado en la misma, denominado «Portals» cuya superficie no puede precisarse y se halla diseñado en el plano protocolizado a continuación de esta matriz, cuyo accidente geográfico solicita del Registrador de la Propiedad se consigne en la inscripción de la finca en el Registro, como integrante de la misma a tenor de lo que previenen los artículos 8º y complementarios de la Ley Hipotecaria y 334 del Código civil; dicha escritura tuvo acceso en el Registro de la Propiedad y se inscribió juntamente con la de compra de los terrenos formando una sola finca al folio 115, del tomo 2.418, libro 65

de Calviá, finca 3.100, inscripción primera de fecha 30 de mayo de 1947; acompañó copia auténtica de las referidas escrituras. 4.º Que las escrituras mencionadas en el hecho precedente tuvieron la correspondiente concurrencia en el ámbito fiscal, y a tal fin se le libraron los oportunos recibos de contribución urbana, siendo los últimos abonados los que se abonaron, digo acompañaron. 5.º Que el señor H. desde 1947; hasta la fecha, ha ostentado la propiedad exclusiva y por ende la posesión quieta, y pacífica e ininterrumpida, a título de dueño, de la Isla de «Portals» sobre la que ha realizado los actos de dominio. Que en el mes de agosto de 1963 el demandante tuvo conocimiento de que en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Calviá se había fijado un edicto del señor Registrador de la Propiedad de este partido, por el que se daba publicidad al hecho de que por don M. C., mayor de edad, soltero, licenciado en Derecho y vecino de esta ciudad, se había inscrito en dicho Registro, acogiéndose a los beneficios del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, la finca, sita en referido término municipal consistente en la llamada «D'en Salas» en la medianía de la costa comprendida entre el Torrente Fondo y la Cala Ullastres está la ermita de «Portals-Calviá» y a unos 100 metros de la costa se encuentra la Isla de referencia mide 267 metros de largo por 138 de ancho y ocupa una superficie aproximada de 6.000 metros cuadrados, siendo su figura irregular, formando un sistema rocoso en la parte de Levante, elevándose mediante una pendiente escarpada hasta la altura de unos metros sobre el nivel del mar formando una meseta poblada de arbustos y monte bajo que tiene unos 60 metros de diámetro y forma cónica; tal inscripción quedó formalizada al folio 61 del tomo 2.818 del archivo, libro 87 del Ayuntamiento de Calviá, finca 4.258, inscripción 1.ª, en virtud de escritura pública de compraventa otorgada a su favor por don T. B., autorizada por el Notario de Palma de 12 de junio de 1962. 6.º Practicadas las oportunas averiguaciones en el mencionado Registro de la Propiedad, de ellas resulta que al folio, tomo, libro y número indicados en el hecho anterior, obra el asiento registral concebido en idénticos términos que se dejan relacionados en el mismo, sentado con fecha 22 de agosto de 1963, asiento producido en virtud de escritura de 12 de junio de 1962, otorgada por don T. B. a favor de don J. M. C., de la Isla llamada «D'en Sales» por ante el Notario en la que se hace constar que el vendedor «es titular de esta finca, sin que conste título de propiedad, que ha venido poseyendo siempre él y sus antepasados quieta y pacíficamente y sin oposición»; se señala la finca como urbana y se señala como precio de la venta la suma de 30.000 pesetas, recibida con anterioridad, asiento que se practica al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria sin surtir efectos, respecto a tercero, hasta transcurrir dos años desde su fecha; tal escritura que origina la inscripción primera fue presentada al Registro a las 10 horas del 16 de agosto de 1963 y causando el asiento 1.998, *Diario* 255; a continuación y como inscripción 2.ª de la descrita finca figura la transmisión de la misma por compraventa otorgada por don J. M. C. a favor de los demandados; don R., don T., don J., don A., don E., don L. y don C. B., por séptimas partes indivisas, hijos del primer vendedor don T. B. T., en méritos de escritura de fecha 6 de agosto de 1962 por medio confesado de 30.000 pesetas, escritura que fue presentada en el Registro a las 11 horas del día 16 de agosto de 1963, causando el asiento 1.999, *Diario* 255 y se inscribió el mismo día 23 de agosto de 1963 en que la primera quedó también inscrita. 7.º Que la finca conocida por «Isla de Portals» de la que es dueño y titular registral el demandante, desde 29 de abril de 1947, es la misma que bajo el nombre de

Isla «D'en Sales» y con una descripción esencialmente geográfica, se ha intentado y conseguido inmatricular a nombre de don J. M. C., para después éste vender a los hijos de su supuesto vendedor; tiene que tachar de totalmente simuladas, nulas e ineficaces las escrituras de 12 de junio y 6 de agosto de 1962. Que postula la declaración de que el accidente geográfico de que se trata, en cuya posesión se halla el actor desde el 29 de abril de 1947, pública, quieta y pacíficamente, es parte integrante de lo que fue objeto del contrato de compraventa de 26 de abril de 1947 otorgado por don M. C. y don M. M. F., la cual compraventa es justo título para adquirir el dominio de dicho accidente geográfico, dominio que, subsidiariamente, habría adquirido por la prescripción adquisitiva establecida en el artículo 1.957 del Código civil; alegó a continuación los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminando suplicando que, previos los trámites legales, en su día se dicte sentencia declarando: 1.º Que los otorgamientos de 12 de junio y 6 de agosto de 1962, mediante los que don T. B. T. finge vender a don J. M. C. V. la llamada Isla «D'en Sales», y éste, a su vez, finge vender a los hijos de aquél el inmueble que se describe en el hecho 5.º de la demanda tiene por objeto el desposeer al actor de dicha parcela de tierra. 2.º Que son simuladas, nulas y totalmente ineficaces las referidas escrituras públicas de 12 de junio y 6 de agosto de 1962, y nulas igualmente las inscripciones que figuran en el Registro de la propiedad causadas por dichos documentos en la finca hipotecaria, cuya primera inscripción obra al folio 61 del tomo 2.818 del Archivo, libro 87 del Ayuntamiento de Calviá, finca 4.258; como igualmente son nulas cuantos asientos se derivan de tal inscripción, en cuanto no afecten a terceros que no hayan sido parte en este pleito, debiéndose librar mandamiento al Registrador de la Propiedad para que proceda a su total cancelación. 3.º Que el accidente geográfico, conocido por Isla de «Portals» o Isla «D'en Sales», en cuya posesión se halla el demandante desde 29 de abril de 1947, pública y pacíficamente, con *animus domini* en parte integrante de lo que fue objeto del contrato de compraventa de fecha 26 del mismo mes y año, otorgado a su favor por don M. F. y don M. C., la cual compraventa es justo título para adquirir el dominio de dicho accidente geográfico, dominio que, subsidiariamente, habría adquirido por la prescripción adquisitiva del artículo 1.957 del Código civil. 4.º Que los demandados vienen obligados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a realizar cuantos sean necesarios para su debida efectividad, a cuyo fin se formulará contra ello la oportuna condena, en la que, además, se les impondrán las costas del procedimiento.

Por el Procurador don Juan García, en nombre de los demandados, se contestó en escrito de fecha 24 de agosto de 1964, exponiendo en síntesis lo siguiente: Que opone la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, por cuanto no expresa con la debida claridad y precisión lo que se pide, ni aún la acción que se ejercita, parece deducirse una acción reivindicatoria, pero postula una declaración de propiedad, cuya diferencia con la reivindicatoria, está reiteradamente reconocida por la jurisprudencia, esta postura de la actora crea al demandado la duda de si se ejercita la acción reivindicatoria o la declarativa de propiedad, para cada uno de cuyos supuestos son distintos los medios de defensa que se deben oponer. Que se postula igualmente «la simulación, nulidad y absoluta ineficacia» de determinados contratos, cuya terminología corresponde a situaciones jurídicas incompatibles entre sí, lo que incide en el defecto formal en que se refunde la concepción. Que opone igualmente la excepción dimanante de falta de legitimación activa,

por cuanto, ni la nulidad, ni la simulación, ni la ineficacia de un contrato puede postularlos cualquiera, sino aquel que por la Ley está facultado para ello, y las peticiones de adverso hacen referencia a situaciones jurídicas a las que es totalmente ajeno el actor que niega los supuestos fácticos y legales invocados de adverso, estableciendo por su parte los siguientes hechos: 1.º Ciertamente que los señores C. y F. adquirieron la finca que se describe en el correlativo, a cuyo título adquisitivo e inscripción registral se atiene, pero niega que en dicha adquisición quedara comprendida la llamada Isla «D'en Sales», también conocida por la de «Portals Nous»; acompañó copia auténtica de la escritura de compraventa, otorgada por don T. B. a favor de los señores C. y F. 2.º Admite como cierto que los señores C. y F. segregaron y vendieron al actor la porción de finca que se alude y reitera la negativa de que en dicha venta se comprendiera incluida la Isla «D'en Sales» o de «Portals»; niega igualmente que se optó de común acuerdo entre vendedores y comprador el otorgamiento de la escritura adicional de 29 de abril de 1947, a cuyo contenido se atiene. 3.º Lo ignora, pero mantiene que los recibos de contribución urbana, acompañados de adversos, no corresponden a cargos librados por conceptos fiscales afectante a la Isla «D'en Sales» o de «Portals». 4.º No es cierto la propiedad exclusiva y la posesión quieta, pacífica e ininterrumpida de buena fe y a título de dueño de la Isla «D'en Sales» o de «Portals» la ha ostentado la familia B. T., hasta su venta en escritura pública al señor C., y nuevamente la ha recobrado al ser enajenada por éste a los demandados hermanos B. N. 5.º Se atiene al contenido de las escrituras y asientos registrales pertinentes. 6.º Lo niega rotundamente y reitera la alegación de que carece de adverso de acción para tachar de simuladas nulas e ineficaces las escrituras de 12 de junio y 6 de agosto, ni puede postular la declaración que postula, ni puede haber adquirido por prescripción adquisitiva el islote que es objeto de este pleito; alegó a continuación los fundamentos de derecho que creyó pertinentes, terminando suplicando que, teniéndose por contestada la demanda y por opuestas las excepciones alegadas, en su día, previos los trámites legales, se dicte sentencia, por la que, desestimando la petición adversa, se absuelva a sus representados, con expresa imposición de costas al actor.

Antes de transcurrir el período de conclusiones, se unieron a este proceso, en virtud de petición de acumulación formulada por el Abogado del Estado, los autos declarativos de mayor cuantía promovidos por dicha representación, ante el Juzgado de igual clase número 1 de Palma de Mallorca, contra las propias partes litigantes. Que tales autos acumulados se iniciaron por demanda del señor Abogado del Estado, de fecha 30 de abril de 1965, en la que se pedía se dictara sentencia, con los siguientes pronunciamientos: Declarando que el Estado español es el dueño de la Isla «D'en Sales», declarando que es nula la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad, en cuanto a dicha Isla y declarando la cancelación de dicha inscripción; declarando que son negocios jurídicos simulados con simulación absoluta y, por tanto, inexistentes en Derecho los contratos de compraventa, relativos a la expresada Isla, celebrados entre don T. B. y don J. M. C., y entre éste y los señores B. N., declarando, en consecuencia, la nulidad de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad respecto a la referida Isla a favor de don J. M. C. y de los señores B. N. en méritos de dichos contratos de compraventa, decretando la cancelación de las mismas, condenando a los demandados a estar y pasar por los pronunciamientos que anteceden y a las costas del pleito. Que por la representación de don T. B. y don J. M. C. y hermanos B. N. se contestó

a la demanda, a la que se opusieron, pidiendo se dictara sentencia, desestimándola, y para el supuesto de que se diese lugar a las peticiones de la parte actora, formulaban demanda reconvenzional, en la que pedían se declarase que la Isla llamada «D'en Sales, poseída pública, pacífica e ininterrumpidamente durante más de treinta años, en concepto de dueño por don T. B. pertenece a éste en pleno dominio por título de prescripción y que debían cancelarse todas las inscripciones del Registro de la Propiedad que fueran contradictorias al dominio que se declarase y se condene a quien se oponga al pago de las costas del juicio. Que por la representación de don J. H. S. se pidió en la contestación que se desestimases los pronunciamientos de la demanda del Abogado del Estado, relativas a la propiedad del Estado y a la declaración de nulidad de la inscripción, en cuanto a dicha Isla, a favor de don J. H. S., dando lugar a los restantes pedimentos de la demanda, condenando en las costas a las contrarias.

Por el Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca, se dictó sentencia en 30 de enero de 1968, cuyo fallo contiene los siguientes pronunciamientos: 1.º Que desestimando el pedimento 1.º de la demanda deducida por don J. H., contra don T. B., don M. C., don R., don T., don J., don A., don E., don L. y don C. N., y contra cualquier otra persona: natural o jurídica, que pretenda ostentar derecho sobre la Isla, denominada «D'en Sales» o de «Portals Nous», debiendo de absolver y absuelvo del mismo a dichos demandados. 2.º Que estimando el pedimento 2.º de la expresada demanda y los pedimentos 3.º y 4.º de la formulada por el Abogado del Estado, con fecha 30 de abril de 1960, debo declarar y declaro nulos y totalmente ineficaces, por simulación absoluta, los contratos de 12 de junio y 6 de agosto de 1962, celebrados entre don T. B. y don J. M. B., y nulas igualmente las inscripciones que figuran en el Registro de la Propiedad causadas por dichos contratos en la finca hipotecaria, cuya primera inscripción obra al folio 61, del tomo 1.818 del Archivo, libro 87 del Ayuntamiento de Calviá, así como cuantos asientos se derivan de tal inscripción en cuanto no afecten a tercero que no haya sido parte en este pleito, decretando se cancelen las mismas con todas sus consecuencias y condenando a los demandados don T. B., don J. M. C. y don R., don T., don J., don A., don L. y don C. B., a estar y pasar por los pronunciamientos que anteceden y a realizar cuantos sean necesarios para su debida efectividad. 3.º Que, estimando la petición subsidiaria formulada en el pedimento 3.º de la demanda interpuesta por don J. H., debo declarar y declaro que dicho demandante ha adquirido por la prescripción ordinaria del artículo 1.957 del Código civil el accidente geográfico, conocido por Isla de «Portals» o Isla «D'en Sales», condenando, en consecuencia a los demandados don T. B., don J. M. C., don R., don T., don J., don A., don E., don L. y don C. B., a estar y pasar por esta declaración. 4.º Que, desestimando los pedimentos 1.º y 2.º de la demanda deducida por el Abogado del Estado contra don J. H., don T. B., don E., don J., don A., don L., don R., don T. y don C. B. y don J. M. C., así como cualquier persona natural o jurídica, de ignorado paradero, que pretenda ostentar derechos sobre la Isla de «D'en Sales» o «Portals», debo absolver y absuelvo de los mismos a dichos demandados. 5.º Que, desestimando la demanda reconvenzional deducida por don T. B., debo absolver y absuelvo al Estado de los pedimentos contenidos en la misma. Sin que haya lugar a hacer especial pronunciamiento en costas respecto a ninguna de las partes en las distintas demandas planteadas.

En apelación, la sentencia de la Audiencia declaró: 1.º Que el Estado Español es el dueño de la Isla «D'en Sales» o de «Portals», descrita en el hecho 1.º de la demanda formulada por la representación del mismo. 2.º Que es nula la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad de este Partido, en cuanto a dicha Isla, a favor de don J. H. S., según el último párrafo del hecho 2.º de la misma demanda, decretando su cancelación con todas sus consecuencias. Se confirma el pronunciamiento 2.º de la sentencia recurrida, concerniente a la nulidad por simulación de los contratos de 12 de junio y 6 de agosto de 1962, celebrados entre don T. B. y don J. M. C., y entre éste y los hermanos B. N., así como a la nulidad de las inscripciones causadas en el Registro de la Propiedad, en los términos declarados por la propia sentencia; se confirma igualmente el pronunciamiento 5.º de la misma, en cuanto desestima la demanda reconventional deducida por el demandado don T. B. contra el Estado, y se revoca el pronunciamiento 3.º de la repetida sentencia, en cuanto estima la petición subsidiaria formulada por don J. H. en el número 3.º del suplico de su demanda, contra los demandados señores B. T. C. y hermanos B. N., declarando en su lugar la desestimación de tal pedimento, con absolución de los demandados, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia.

El Recurso de Casación no ha prosperado. El Tribunal Supremo razonó según los siguientes Considerandos:

Considerando: Que contra la sentencia que se impugna se han formalizado dos recursos de casación por infracción de Ley y doctrina legal, siendo procedente examinar con prioridad el interpuesto por las personas que fueron partes demandadas en el pleito inicial de los dos acumulados y que, asimismo, lo fueron en la segunda demanda promovida por la Abogacía del Estado en defensa de éste.

Considerando: Que merece especial atención el primero de los motivos de dicho primer recurso, en el que se acusa por los aludidos recurrentes la infracción, por aplicación indebida, del artículo 361 del Código civil y del 3.º de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, preceptos que, en tesis de estos impugnantes, atribuyen al Estado la propiedad de las islas «en base a ciertos requisitos» que, en su opinión, «no se dan en el islote litigioso», por lo que entienden que dichos artículos han sido indebidamente aplicados; más aún prescindiendo de que en desenvolvimiento dialéctico de este motivo se plantean algunas cuestiones que no fueron debidamente alegadas en la instancia, y de que, bajo la letra B), se formula *hipotéticamente* un supuesto que así argüido resulta impropio de este recurso extraordinario, en el que es obligada la precisión, la alegación, en cuanto al fondo, se dirige, sustancialmente, a restringir el ámbito de racional aplicación del mentado artículo 361 del Código, limitando su verdadero alcance con una personal interpretación dada por los propios recurrentes, aunque para ello se recurra a sentar supuestos hipotéticos.

Considerando: Que en cuanto a las Islas que se forman en el mar, para interpretar adecuadamente el artículo 361 del Código civil, hay que atenerse, sin efugios ni deformaciones, al propio y claro texto legal, y para su recta aplicación ha de tenerse presente que para nada se refiere este precepto al modo geológico de formación de las islas pero sí, con amplitud innegable, se adscribe a las que se forman «en los mares adyacentes a las costas de España», e igual sentido amplio debe concederse al artículo 3.º de

la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, cuyo antecedente se halla en la Ley de 7 de mayo de 1880, sin que exista razón alguna para presuponer en el caso de litis, y en lo que respecta a la Isla «D'en Sales» o «Portals», que, en contra de lo que es general, no existe en la costa más próxima a la misma una zona marítima terrestre, tal como ésta se define en el número 1.º del artículo 1.º de la mentada Ley de Puertos, cuestión ésta no aducida en la instancia; mas aún admitiendo, como se admite, de que la isla de que se trata está fuera de la expresada zona, pero en el mar litoral—lo que resulta indudable—, no debe olvidarse de que éste, conforme al número 2.º de dicho artículo 1.º es también del dominio nacional, y el precepto del Código siempre es aplicable, pues la isla sigue la condición del medio donde se ha formado, debiendo señalarse al respecto que nuestro Código civil en este punto no ha seguido la doctrina de las Partidas inspirada en el Derecho romano, en cuanto consideraba a las islas formadas en la mar como *res nullius*, adjudicándolas al primer ocupante, sino que las declara propiedad del Estado cuando se hallan «en los mares adyacentes a las costas de España», razones por las que el motivo examinado no puede prosperar y debe ser desestimado.

Considerando: Que el motivo 2.º del mismo recurso está acogido al ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, denunciándose en él un error de hecho que se dice consistente en no admitirse como justificado en la sentencia recurrida que la Isla «D'en Salas» hubiese sido poseída por más de treinta años por los propietarios del fundo «El Hostalet», designado para demostrar ese error los documentos que se relacionan bajo las letras A), B), C) y E); mas ninguno de dichos documentos sirve para patentizar, por sí mismos, la supuesta equivocación del juzgador, por no tener, en razón de su certeza intrínseca, el valor de auténticos a efectos de casación, sino informativo y de carácter secundario; pero, además, lo que los recurrentes pretenden es apreciar, conforme a su subjetivo criterio, la fuerza de aquéllos, prescindiendo de elementos probatorios adversos tenidos en cuenta por la Sala de instancia, estableciendo conclusiones que, a juicio de los propios impugnantes, de aquellos documentos *se desprenden*, con lo que aspiran a sustituir, con su personal criterio, el autorizado del Tribunal *a quo*, todo lo que hace que este motivo 2.º deba ser rechazado.

Considerando: Que igualmente resulta improsperable el motivo 3.º, alegado por la vía del número 1.º del ya mentado artículo 1.692, en el que se denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 444, en relación con el 1.942, ambos del Código civil, pues este motivo, dados su desarrollo y exposición, envuelve una crítica de la apreciación fáctico-probatoria hecha por la Sala sentenciadora, en cuanto estima la existencia de actos meramente tolerados que en sí no son aptos para engendrar el dominio; pero, además, dadas las condiciones de la isla, su producción y las demás circunstancias destacadas en el fundamento 9.º de la sentencia impugnada, resulta, sin duda alguna, racionales y lógicos los juicios sobre tales hechos emitidos, sin que haya motivo suficiente para modificarlos o alterarlos, no existiendo, en consecuencia, la infracción denunciada.

Considerando: Que, asimismo, es inviable el motivo 4.º, apoyado en el mismo cauce procesal que el anterior, en el que se alega la infracción, por no aplicación, del artículo 459 del Código civil, y, por aplicación indebida, del artículo 1.944 del mismo Código, pues los recurrentes, sin respetar los hechos que en la sentencia se estiman probados, para buscar una base fá-

tica, a fin de justificar la no aplicación o la aplicación indebida de los preceptos legales que se invocan como infringidos, sientan por su parte los hechos básicos, apreciando con libertad y a su juicio la prueba practicada, incluyendo la de testigos, todo ello con infracción notoria de la norma derivada del número 9.º del artículo 1.629 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incurriendo en una causa de inadmisión que lo es, en este trámite, de desestimación; e igualmente debe ser desechado el motivo 5.º, pues éste no viene a ser más que «una consecuencia de los anteriores», cual los mismos recurrentes afirman, y, por consiguiente; al no prosperar ninguna de los precedentes motivos, tampoco este último puede ser estimado, por falta de la base de hecho necesaria para que pudiese tener aplicación el artículo 1.959 del Código civil que rige la prescripción adquisitiva extraordinaria.

Considerando: Que al no tener acogimiento ninguno de los cinco motivos que sustentan el primer recurso, procede declarar no haber lugar al mismo, con los demás pronunciamientos inherentes a tal declaración, y con devolución del depósito constituido, por ser disconformes las resoluciones de primera y segunda instancia en algunos de sus pronunciamientos.

Considerando: Que el segundo recurso, formalizado por el que es actor en la primera demanda de los pleitos acumulados, y demandado en la segunda por la Abogacía del Estado, se funda también en cinco motivos, todos ellos encauzados por la vía del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que resulta obvio que, al no atacarse por vía adecuada las apreciaciones probatorias que en cuanto a los hechos hace el Tribunal *a quo* en la sentencia recurrida, tienen que ser las mismas íntegramente respetadas, sin que puedan ser combatidas a medio del mencionado ordinal 1.º

Considerando: Que en el primero de los motivos de este segundo recurso se alega la infracción, por interpretación errónea, de los artículos 35 y 36 de la Ley Hipotecaria, así como la violación, por inaplicación del artículo 1.957 del Código civil, si bien la cuestión a decidir debe centrarse por ser norma específica aplicable, en el contenido, interpretación y alcance del mencionado artículo 35 que concretamente se refiere a la prescripción adquisitiva *secundum tabulas*; más, en orden al contenido de este precepto legal, debe destacarse primeramente que dentro de nuestro sistema registral, a diferencia de otras legislaciones, no se admite en forma pura la usucapión *tabular*, o sea, la exclusivamente apoyada en el Registro y sin el concurso de la posesión efectiva de manera que por la simple permanencia de la inscripción en los libros del Registro se opera la usupación; más también ha de señalarse que dada la redacción del mencionado artículo, la inscripción debe estimarse equivalente a justo título para usucapir, pues así lo dice terminantemente el mismo artículo 35, aunque esto no implica que sea un título inatacable; pero, por otra parte, el propio precepto analizado contiene dos presunciones *iuris tantum*, como tales susceptibles de prueba en contrario, pues, en efecto, según su texto, se presume la posesión pública, pacífica e ininterrumpida como también se presume la buena fe, lo cual no quiere decir que se tenga como acreditada una y otra en virtud de la mera inscripción, pues ésta realmente se limita a facilitar la usucapión que extrarregistralmente gane el titular inscrito, proporcionándole una equivalencia de justo título apto para prescribir y favoreciéndole con unas presunciones *iuris tantum*.

Considerando: Que habida cuenta de lo expuesto, mal puede sostenerse que la vacuidad posesoria *de facto* haya de favorecer al titular inscrito, más

quien debe apreciar el hecho de la posesión es el Tribunal *a quo*, al cual, en el caso presente, analizando y ponderando diversos elementos probatorios y de juicio y conjugándolos entre sí, llega a la conclusión, formalmente inatacada, de «la falta de posesión durante el tiempo expresado», convencimiento de la Sala sentenciadora que razonadamente mantiene en el 5.º fundamento de la sentencia impugnada, según el que «desde el año 1947 hasta la fecha posteriormente indicada no fue poseído materialmente tal Islote en la forma exigida por la Ley»; afirmación que no vale desvirtuar a medio de simples alegaciones y sin acudir al único cauce procesal adecuado para destruirla, razones todas por las que es claro que el motivo 1.º no puede prosperar.

Considerando: Que tampoco puede estimarse el segundo en el que vuelve a acusarse la infracción, esta vez por inaplicación, del antes citado artículo 35 de la Ley Hipotecaria en cuanto proclama que, a los efectos de prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, pues la sentencia impugnada, consecuente con la doctrina sentada inicialmente la admite en su razonamiento 4.º de manera clara cuando dice, «conforme a los términos del repetido artículo 35 de la Ley, a la vista de los mismos es indudable que dicho precepto equipara la inscripción, aunque adolezca de vicios sustanciales o formales, al *justo título*, de tal manera que una vez lograda aquella, adquiera independencia y sustantividad propia para funcionar como título hábil e idóneo dentro de la mecánica de la prescripción ordinaria de la propiedad», siendo otras apreciaciones que se hacen en la sentencia, que en este motivo se mencionan al exponerlo, referentes a la falta de buena fe del ahora recurrente, cuestión que no vale involucrar con la que se plantea, como tesis, en este motivo.

Considerando: Que la misma suerte desestimatoria debe correr el motivo tercero, en el que se arguye la infracción, por violación, del artículo 1.253 del Código civil pues la apreciación de la buena o mala fe como cuestión de hecho, corresponde en principio a la Sala sentenciadora de instancia, y ésta, en el caso presente, llega a la conclusión que en el motivo se combate en virtud de un conjunto de elementos de juicio y probanzas que pondera y analiza y que forman su convicción, y entre ellos, el título que contiene una manifestación unilateral del ahora recurrente que de manera anómala se incorpora al Registro, sin que conste transmitida al manifestante la isla mediante contrato traslativo de la propiedad, convicción que, por tanto, no se base en una simple presunción y que en nada peca de ilógica, cual sostiene el recurrente, máxime teniendo presente todas las circunstancias que se analizan en el fundamento 5.º de la sentencia recurrida.

Considerando: Que en el motivo cuarto se afirma por el recurrente que existe infracción por interpretación errónea, del artículo 8.º, número 2.º, de la Ley Hipotecaria, pero los razonamientos con que se desarrolla este motivo, en su exposición dialéctica carecen de consistencia, pues de ninguna manera puede concebirse como una unidad orgánica la formada por una isla que, alejada de la zona marítimo-terrestre, se encuentra en el mar litoral, con la costa relativamente distante, ni se comprende tal unidad referida a una explotación inexistente, cuando el mismo que recurre reconoce que durante muchos siglos no ha tenido ninguna explotación conocida, ni esa unidad puede estimarse con base en los proyectos turísticos, realizables o no, del ahora impugnante, pues los proyectos no son realidades hasta que se lleven a la práctica, quedando en suma subsistente todo lo que se sostiene en el razonamiento 6.º de la resolución recurrida con referencia a la isla «D'en Sales» o

«Portals», procediendo con ello la desestimación de este motivo, puesto que no se ha cometido la infracción denunciada.

Considerando: Que también debe rechazarse el motivo quinto, teniendo presente para ello en primer lugar los fundamentos 3.º y 4.º de esta sentencia, al rechazar el primero de los motivos del primer recurso y, además, aun admitida la posibilidad de usucapir por los particulares, no se estimó probado, cual se desprende claramente de los razonamientos anteriores, sobre todo, los primeros y segundo que se haya producido la usucapción en favor del aquí recurrente, ni que, por consiguiente: el Estado haya perdido la titularidad de la isla en cuestión, y, siendo este motivo como un corolario de los que le preceden debe correr la misma suerte declarándose, en consecuencia, no haber lugar a este segundo recurso con los demás pronunciamientos procedentes.

B. M. B.

II. DERECHOS REALES

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: Derecho foral aragonés. Ambito de la Ley del Suelo. Teoría del abuso del Derecho Error de Derecho (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1969).

Doctrina del Tribunal Supremo.—1.º La llamada Ley del Suelo reglamenta la parcelación y utilización del suelo en su planificación horizontal, pero no la proyección vertical del derecho de los propietarios, entre sí, para la utilización del vuelo (servidumbres), cuestión ésta que corresponde a la Ley civil. 2.º La teoría del abuso del Derecho no puede invocarse diciendo que la supresión de unos voladizos en nada beneficia al colindante que insta la supresión (por no poder edificar más de una planta en su solar, debido a prohibición administrativa), y que, sin embargo, perjudica al que los ha construido, pues no es indiferente al dueño del terreno la erección de un signo aparente de servidumbre de luces y vistas con su obligada secuela de limitaciones, prohibiciones, fiscalización y posibles daños y perjuicios. 3.º En el aspecto formal de un recurso, el párrafo 1.º del artículo 1620 de la Ley Procesal civil exige citar con precisión y claridad los preceptos infringidos, y no existe tal precisión respecto a los artículos que se citan anteponiéndolos los términos «con referencia y relación» a otro artículo, siendo éste el único que con claridad se cita como infringido, no los otros de mera relación o referencia con aquél.

Antecedentes.—Caso S. H. contra «Los Huertos Nuenos».

Contiguo a un solar propiedad de la actora, sito en Zaragoza, sobre el que pesa, por cierto, prohibición administrativa de edificar más de una planta, el propietario colindante construyó un edificio de 16 viviendas de renta limitada, con huecos y voladizos sobre dicho solar, habiendo obtenido la licencia correspondiente del Ayuntamiento conforme a la Ley del Suelo, con aprobación de los proyectos de edificación en los que el propietario incluía también la referencia a los huecos y voladizos en la citada construcción.

La propietaria del solar interpone demanda sobre acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, para que se condene al demandado a destruir los

voladizos y a dejar la pared de forma que sólo cuente con huecos para luces de 30 centímetros en cuadro, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre.

Frente a ello, el demandado alega, en síntesis, que la construcción del edificio se ha realizado en plena conformidad con los planes de Ordenación Urbana, con la licencia del Ayuntamiento, que incluye la aprobación de los voladizos, huecos y ventanas.

Solución del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza.—Desestima en todas sus partes la demanda, absolviendo al demandado.

Solución de la Audiencia Territorial de Zaragoza.—Revoca en parte la sentencia apelada, declarando. 1.º Sobre el solar no existe servidumbre de luces y vistas, pues la aprobación administrativa de la obra no es título suficiente por sí, para la constitución de la servidumbre. 2.º Condena al demandado a destruir los voladizos. 3.º Le absuelve de la petición de reducir los huecos abiertos, pues ha de estarse a lo dispuesto en el Derecho foral aragonés, que los permite.

El recurso y solución del Tribunal Supremo.—El demandado interpone recurso de casación por infracción de Ley por los siguientes motivos:

1.º Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: violación por inaplicación del artículo 348 del Código civil en relación con el 549 y 551 del mismo, y con referencia a los artículos 45 y 47 de la Ley del Suelo, pues se tenía autorización del Ayuntamiento para avanzar los voladizos sobre la finca del vecino, y tal autorización crea verdadera servidumbre señalada en los artículos 549 y 551 del Código civil. Se infringe la Ley del Suelo, basada en el principio de comunidad.

2.º Número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.—Error de derecho en la apreciación de la prueba, al no haberse tenido en cuenta los artículos 596 núm. 4 y 597 de la Ley de Enjuiciamiento civil y la doctrina del Tribunal Supremo, pues los oficios suscritos por el Secretario del Ayuntamiento, la licencia de obras y otras certificaciones aportadas son documentos auténticos, que contenían actos creadores de servidumbres, a lo que no atiende la sentencia recurrida.

3.º Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.—Violación de la doctrina del abuso del derecho contenida en las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 14 de febrero de 1944, 7 de abril de 1962, 18 de noviembre de 1967 y 13 de junio de 1966. Se debe aplicar el principio *qui iure suo utitur neminem laedit*, ya que el actor propietario del solar no tiene ningún interés ni beneficio en que se destruyan los voladizos, pues sólo puede construir una planta según la ordenación urbana, y sin embargo, tal destrucción perjudica al recurrente.

El Tribunal Supremo, habiendo sido ponente don Emilio Aguado González, no da lugar al recurso, por las razones siguientes:

«Considerando: Que, en el primer motivo del recurso..., es suficiente tener en cuenta. A) Que en un aspecto puramente formal, sólo se denuncia, como infringido, el artículo 348 del Código civil y no los demás que se citan del mismo Código, ni tampoco los de la Ley del Suelo que se mencionan, pues no

basta para ello con emplear los términos 'con referencia y relación', sino que, ha de hacerse la denuncia con la precisión y claridad que se exige en el párrafo 1.º del artículo 1.620 de la Ley Procesal civil. B) Que la cita, aun estimándola correctamente hecha, se refiere a preceptos muy generales cuya sola contemplación no es suficiente para resolver el caso planteado, ni tutear el derecho que el demandado pretende. C) Que basta con tener presente cuanto se expone en los considerandos de la sentencia pronunciada por la Audiencia Territorial, y que, esta Sala, íntegramente suscribe, para ver de una manera inconcusa que se pretende involucrar dos cuestiones distintas: a) la de la indudable virtualidad de la licencia concedida, en observancia de los Proyectos plasmados conforme a la Ley del Suelo y a los que, indiscutiblemente, se ha de sujeta la urbanización de la zona (cuestión administrativa); y b) la de la eficacia del hecho de haber incluido el demandado en los proyectos presentados a la aprobación de la Autoridad Municipal, los voladizos objeto de debate, cuestión de indudable naturaleza civil que no puede darse por resuelta, con esa mera inclusión y aún aprobación, que, a lo sumo y, como con acierto razona la Sala de instancia, sólo significa la ausencia de obstáculo alguno, de carácter administrativo, pero no la imposición al dueño del predio contiguo de una carga que haya de soportar contra su voluntad y sin apoyo en precepto legal alguno de carácter civil. D) Que, por ello, la invocación de los artículos del Código civil que el motivo hace, sin concretar su infracción, sólo sería eficaz si el caso estuviera regulado en los preceptos legales que se citan, y la Ley de 12 de mayo de 1956, si bien reglamenta la parcelación y utilización del suelo en su planificación horizontal, no así la proyección vertical del derecho de los propietarios entre sí para la utilización del vuelo, en la parte que corresponda a cada uno, lo que, a falta de precepto administrativo que, de forma clara, concreta y especial se ocupe de esa materia sin la vaguedad y generalidad que en las citas del recurso se observan, ha de entenderse que su regulación sólo corresponde a la Ley civil...

«Considerando: Que, en el segundo motivo del recurso, además de adolecer también de falta de precisión en la cita de artículos infringidos, en su consideración material y aun suponiendo el motivo correctamente formulado, es patente que, ni la sentencia recurrida desconoce tales documentos, ni niega que, su contenido sea como se arguye sino que ese contenido pueda tener en Derecho el alcance que se pretende ».

«Considerando: Que en el tercer motivo del recurso... hay que tener en cuenta: A) Que la legislación aragonesa, si bien en materia de apertura de huecos, en pared propia o medianera, para luces y vistas, muestra un criterio ampliamente permisivo... tratándose de balcones y otros voladizos, adopta una tónica restrictiva, no permitiéndose dentro de las distancias marcadas en el artículo 582 del Código civil (apartado 2.º del artículo 144), y disponiendo en el artículo 145 que 'los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno, son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas', poniendo así en guardia al propietario del terreno sobre el que se construyen—si no fuese del dueño de la construcción—para reaccionar contra la erección de tales salientes, con la significación legal que ello supone en su perjuicio. B) Que si la doctrina moderna se va cerrando en contra del ejercicio antisocial del Derecho cuando éste produce un perjuicio a otro sin utilidad verdadera para el titular del mismo, no pueden entrar en el área del ejercicio abusivo del derecho aquellos actos que sólo tienden a su conservación, evitando que resulte gravado lo que, en principio, ha de reputarse como libre, y tal

ocurre con el derecho de propiedad inmobiliaria, en su proyección vertical, al no ser indiferente al dueño del terreno la erección de un signo aparente de servidumbre de luces y vistas, con su obligada secuela de limitaciones, prohibiciones, fiscalización y posibles daños y perjuicios que, de esa situación, pueden derivarse, por lo que, la oposición a que tal ocurra, si no hay razón legal que lo imponga es un acto de ejercicio legítimo de un derecho y no abuso del mismo, decayendo, por ello, este motivo final, del recurso interpuesto.»

ACCION DECLARATIVA DE PROPIEDAD: Pruebas. Litisconsorcio pasivo
(SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1969).

Doctrina del Tribunal Supremo.—1.º Las partes en la reconvencción tienen que ser las mismas, aunque sea con los papeles invertidos, que figuraban en el proceso principal, por lo que no cabe alegar vicios de constitución de la relación jurídica procesal en el lado pasivo por no haber sido emplazada una persona a la que afectaba lo que se decía en la reconvencción. 2.º No se puede alegar la nulidad de una inscripción en el Registro de la Propiedad por no haberse cumplido el requisito de acreditar que la finca a que se refiere la inscripción, no está incluida en un Monte Público, cuando el Juzgado no estimó probada la circunstancia de la colindancia con el monte.

Antecedentes.—Caso B. V. contra «Ayuntamiento de Llanes».

Se discute si una determinada finca inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de un particular, sin que los linderos que constan en el Registro sean en ningún punto con un Monte Público, es propiedad privativa de dicha persona, o forma parte de un Monte Catalogado propiedad comunal del Ayuntamiento de Llanes.

El particular interpone demanda contra el Estado y el Ayuntamiento de Llanes, sobre declaración de propiedad de la finca y cesación de perturbaciones posesorias. Entre las pruebas aportadas, figuran: el Ayuntamiento cobró el impuesto de plusvalía, actas notariales de presencia que hacen constar el cierre propio de la finca, acta notarial en que consta la declaración de los guardas que hicieron la repoblación forestal, resolución de la Dirección General de Montes en la que se reconoce que dicha finca fue objeto de posesión desde tiempo inmemorial, etc.

Frente a ello, el Abogado del Estado, en representación de éste, alega que la finca forma parte de un Monte Catalogado, aportando como prueba unos expedientes administrativos de sanción de infracciones que tenían relación con la finca litigiosa. Además, describe hechos que patentizan la simulación del título de adquisición del demandante. Formula reconvencción solicitando, entre otras cosas, que se declare nula la escritura pública de adquisición del actor, por simulación y también que se declare nula la inscripción en el Registro de la Propiedad, por no haberse cumplido el requisito de acreditar mediante certificación de la Administración Forestal, que la finca no estaba incluida en el Monte Catalogado.

Insiste también en parecidos puntos, al contestar la demanda, el Ayuntamiento de Llanes.

Solución del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo.—Estimó totalmente la demanda promovida por el particular, declarando que la finca no forma parte del Monte Catalogado, no lindando con el mismo y estando separada por cárcabas y carcabón. Siendo, por tanto, propiedad particular del actor.

Solución de la Audiencia Territorial de Oviedo.—Confirma la sentencia del Juzgado.

El recurso y solución del Tribunal Supremo.—El Ayuntamiento de Llanes interpone recurso de casación por infracción de Ley, con apoyo en los siguientes motivos:

1.º Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.—Violación de la doctrina legal consagrada en las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1944, 30 de septiembre de 1950, 23 de noviembre de 1961, 4 de junio de 1962, 23 de febrero y 5 de marzo de 1963, 17 de octubre de 1964, 22 de junio de 1965, 20 de enero, 13 y 19 de abril, 30 de junio y 21 de diciembre de 1966, al no haber apreciado y declarado los vicios de constitución de la relación jurídico-procesal por no haber sido convocados al proceso todos los afectados por el mismo, ya que en la contestación a la demanda se alegó la simulación de la adquisición del actor en escritura pública y no fue emplazado, como interesado, el que figuraba en la misma como vendedor.

2.º Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.—Infracción por interpretación errónea del artículo 9, párrafo final y 30 de la Ley Hipotecaria, y por violación del artículo 11, apartado 4.º, párrafo 1.º de la Ley de Montes pues no se había cumplido el requisito de las inscripciones de fincas colindantes con Montes Catalogados, consistente en acreditar que la finca no estaba incluida en el Monte.

3.º Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.—Violación del artículo 183 de la Ley de Régimen Local, que establece la imprescriptibilidad de los bienes comunales, y, como en el pleito sólo se ha probado la posesión de la finca por más de 30 años, pero no más de 55 (25 para desafectar y 30 para prescribir) se ha violado tal artículo de la Ley de Régimen Local.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, por las razones siguientes:

«Considerando: Que la tesis del motivo primero ha de ser absolutamente necesaria desde el momento en que se formuló la reconvención, la presencia en el pleito de otra persona, además del actor, en concepto de sujetos pasivos ., la presencia de dicho tercero era jurídicamente imposible, dado que las partes en la reconvención tienen que ser precisamente las mismas que figuren en el proceso principal, si bien con los papeles invertidos, porque en ella el actor reconvencional (sujeto activo) solamente puede serlo el demandado, y demandado reconvencional (sujeto pasivo) única y exclusivamente puede serlo el actor, nunca cualquier otra persona que no sea parte en el proceso principal, como así lo tiene declarado reiteradamente esta Sala.»

«Considerando: Que los otros dos motivos del recurso tampoco pueden prosperar, pues... se aduce que la finca en litigio linda con un monte incluido en el Catálogo de los de Utilidad Pública, tratando de ignorar el recurrente

al denunciar esas infracciones que, a tenor del Considerando 5.º de la sentencia de primer grado, aceptado expresamente por la recurrida, el Juzgado no estima probada dicha circunstancia, «porque no existía ni existe deslinde administrativo del monte en la zona en que se discute la colindancia» y «porque dicho terreno—el colindante—había sido repoblado por dos particulares, que se atribuían su propiedad frente a la Administración, aunque esto haya motivado sanciones administrativas y un deslinde parcial», y el motivo tercero y último hace descansar la alegación de haberse infringido por violación el artículo 188 de la Ley de Régimen Local, en que la finca cuya propiedad se debate procede de una primitiva invasión o usurpación de parte de un monte comunal, hecho que no figura establecido de modo rotundo, categórico y terminante sobre los fijados formalmente en la sentencia combatida...»

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: ERROR SUSTANCIAL. García Gómez contra Narváez Macías (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1968).

El Tribunal Supremo desestima el motivo de casación en el que al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil se denunciaba la violación por falta de aplicación de los artículos 1.261, 1.265 y 1.268 del Código civil, manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que, en términos generales y conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, la existencia del error, dolo, violencia e intimidación vicios del consentimiento a los que se refiere el artículo 1.265 del Código civil, suele constituir problema de hecho de la exclusiva apreciación de los Tribunales de instancia, si bien, moderando el alcance de esta doctrina, tiene asimismo declarado este Tribunal que los conceptos de error y dolo no son meras cuestiones de hecho, pues pueden entrañar conceptos jurídicos impugnables por la vía del número 1.º del repetido artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, pero siempre la concurrencia de estos vicios del consentimiento, por implicar una anormalidad en la contratación, no debe admitirse sin una cumplida prueba de su realidad (sentencia de 5 de diciembre de 1953); más, en lo que concretamente atañe a la determinación de lo que pueda constituir la sustancia del objeto contractual, de acuerdo con la doctrina propugnada en la sentencia de esta Sala de 14 de junio de 1943 (en la que se hace un estudio y exégesis del error sustancial) requiere tal extremo, la investigación de los elementos que maten cada caso particular y, sobre todo, del fin perseguido por las partes, de tal modo que se trata, fundamentalmente, de una cuestión de hecho reservada a la apreciación de los juzgadores de instancia y que sólo en límites muy reducidos puede controlar el Tribunal de casación, como así lo ha reconocido la jurisprudencia establecida en numerosos fallos, entre ellos el de 25 de noviembre de 1932, no debiendo olvidarse, cual sostiene la mentada sentencia de 14 de junio de 1943, que tanto en el Derecho romano como en los derechos modernos, el reconocimiento del error

sustancial, con trascendencia anulatoria del negocio, tiene un sentido excepcional muy acusado, ya que fundamentalmente, lo decisivo para la eficacia del negocio jurídico es que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste realmente a lo querido.

SIMULACION RELATIVA · LEGITIMACION ACTIVA. De Francisco Fernández c. Redicio Bertón y otros (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1968).

La demandante solicitaba, entre otros extremos, que se declarase «simulado, inexistente e ineficaz» un contrato de compraventa otorgado por su hermano a favor de los demandados y relativo a fincas que aquel la había legado en testamento. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al admitir la excepción de falta de acción en la demandante opuesta por los demandados, siendo su sentencia revocada en apelación y estimándose íntegramente la demanda en dicha instancia. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los demandados. La sentencia anotada después de razonar en los tres primeros considerandos la existencia en este caso de una simulación relativa y no absoluta como entendió la de apelación, mantiene la siguiente doctrina en cuanto a la legitimación para impugnar tal clase de simulación:

Considerando: Que en el motivo segundo, también con apoyo en el número 1.º del citado artículo 1692 de la Ley Procesal, se denuncia la infracción por interpretación errónea de la doctrina legal establecida por las sentencias de 10 de junio de 1944, 3 de abril de 1962, 22 de abril de 1963 y 21 de mayo de 1964, según las cuales, el heredero voluntario y con mayor razón, el legatario, no está legitimado para impugnar los actos de su causante salvo por simulación absoluta; la sentencia de instancia, en tesis de los recurrentes, comete dicha infracción, porque si el contrato cuestionado no adolece de simulación absoluta, sino que, como ella reconoce, encubre otro, viene a dar a aquella doctrina un alcance o extensión que no resulta de los términos de aquellas sentencias, al conceder al heredero voluntario, y más aun, al legatario, acción para impugnar el contrato encubierto, y máxime si se tiene en cuenta que en la cláusula 5.ª ya el causante prohibió, a sus familiares, impugnar dicho contrato, bajo pena de excluirlos de la herencia, con lo cual exteriorizó su manifestación de voluntad, que, aunque carezca de virtualidad para revocar el testamento, expresa claramente la de renunciar a las acciones impugnatorias del contrato, renuncia que es vinculante para quienes traigan causa del contratante.

Considerando: Que, realmente tratándose de un negocio que sólo adolece de simulación relativa, pues como la propia sentencia reconoce, encubre un acto de liberalidad, es evidente que para impugnarlo no tiene legitimación quien no ostenta el carácter de heredero forzoso, como reiteradamente tiene declarado esta Sala; y como la demandante no era legitimaria de ninguno de los que aparecen como enajenantes, carece de acción para impugnar aquel acto.

OFERTA DE VENTA. *No puede el oferente reducir unilateralmente el plazo de la oferta y si esta fues aceptada en el término concedido, el contrato de compraventa quedó perfeccionado y es exigible su cumplimiento.* El Estado c. Torres Solanot y otros (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1968).

Los ahora demandados, de vecindad aragonesa, ofrecieron en venta unas fincas que les pertenecían por título de herencia al Instituto Nacional de Colonización que tras diversas incidencias aceptó. Habiendo desistido de la venta los oferentes, que no acudieron a otorgar la correspondiente escritura, el Abogado del Estado en representación del Instituto presentó demanda solicitando se les condenase a dicho otorgamiento. La demanda fue estimada en ambas instancias y el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto con fundamento en la doctrina al principio anotada. Los recurrentes también impugnaron la sentencia de la Audiencia por la no aplicación de la doctrina jurisprudencial conforme a la cual el actor no es árbitro para elegir los demandados, dejando fuera del proceso a las personas que crea conveniente, sino que debe dirigir la acción contra todos aquellos que hayan de verse afectados por la resolución que se dicte, motivo 1.º, y por interpretación errónea del artículo 49 del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón al no haber sido llamados al pleito los cónyuges de dos de los demandados en razón de su derecho de viudedad legal, motivo 2.º. El Tribunal Supremo desestima estos motivos manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que el primer motivo del recurso, sustentado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncia la violación por no aplicación en la sentencia recurrida de la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala que cita, según la cual el actor no es libre para elegir los demandados y dejar fuera del proceso a aquellos que resulten afectados por su resolución, de donde deduce que está mal constituida la relación jurídica procesal al no haber sido demandados los cónyuges de los interpelados que están casados, a quienes corresponde el derecho expectante de viudedad foral y resultan por ello afectados por la sentencia, concurriendo la excepción de falta de consorcio procesal pasivo necesario, y habida cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del Apéndice al Código civil correspondiente al derecho territorial de Aragón pertenece a cada uno de los cónyuges el dominio de sus bienes propios y pueden disponer de ellos, quedando siempre a salvo el derecho de viudedad foral, es evidente que la Ley garantiza siempre tal facultad expectante y no resultan gravados por la resolución, por lo que parece el motivo al no ser imprescindible la interpelación en cuanto a ellos corresponde.

Considerando: Que por las propias razones antes consignadas parece el segundo de los motivos articulado con la misma sustentación procesal que el anterior y en que se impugna la resolución recurrida basada en la interpretación errónea de dicho artículo 49 del Apéndice por entender los recurrentes que desde que se adquiere el derecho expectante de viudedad por el matrimonio, puede defenderse en juicio, ya que, como queda expuesto, si se pueden enajenar los bienes con reserva de la viudedad foral, no es necesaria la intervención de su titular, pues si ésta se produce resulta innecesaria la reserva, por lo que ha sido correctamente interpretado el precepto.

COMPRAVENTA. RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO. Cort Alvarez contra Queralt Tasseis (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1968).

En el contrato de compraventa con precio aplazado a que se refiere esta sentencia se había pactado que la falta de pago de los plazos durante tres mensualidades daría lugar a la resolución, mediante el requerimiento previsto en el artículo 1.504 del Código civil, retrotrayéndose la propiedad del piso al vendedor y con pérdida por el comprador en concepto de indemnización de las cantidades entregadas. Alegando la falta de pago de ocho mensualidades, el vendedor instó la resolución del contrato, previo el correspondiente requerimiento. La demanda no prosperó ni en primera instancia ni en apelación, por lo que el actor interpuso recurso de casación, apoyado en diversos motivos. Interesa destacar la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo, al examinar los motivos 1.º y 4.º, en los que aducía, respectivamente, violación del artículo 1.504 del Código civil y aplicación indebida del artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, por entender que, tratándose la compraventa de inmuebles con precio aplazado, rige exclusivamente el primero de dichos preceptos y no el segundo, y, por tanto, no cabe exigir como mantiene el Tribunal *a quo* «la voluntad de incumplimiento». Dice el Tribunal Supremo:

Considerando: Que si se parte de este planteamiento como sin duda es preciso partir, resulta evidente que la cuestión inicial, anteriormente reseñada, se divide en dos aspectos: uno, de carácter jurídico, relativo a la compatibilidad de los dos artículos citados del Código civil, es decir, el 1.124 y el 1.504, y otro, referente a si en el caso de que sean compatibles ha sido o no desvirtuada por el recurrente la base fáctica en que se apoya el fallo impugnado, debiéndose decir, respecto del primero, de acuerdo en un todo con el criterio sustentado por el Tribunal *a quo*, que aquellos preceptos no sólo no se eluden entre sí, sino que se complementan en el sentido de que la regla que, con carácter general para toda clase de obligaciones recíprocas contiene el 1.124, hace aplicación de modo específico y concreto en el 1.504; cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, prohibiéndose, es cierto, que se conceda un nuevo plazo después de efectuado el requerimiento, pero permitiéndose que, hasta que éste tenga lugar, el comprador pueda realizar el pago, aunque haya transcurrido el término establecido y, sobre todo, exonerando a dicho comprador de los efectos resolutorios si el incumplimiento, lejos de ser debido a su voluntad directa o, simplemente, negligente, fue causado por auténtica imposibilidad física o jurídica que sólo los Tribunales de justicia podrán estar en condiciones de valorar y apreciar, en contra todo ello de lo sostenido por el recurrente en los motivos 1.º y 4.º, en los que, en ambos casos, por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia, respectivamente, violación del 1.504 y aplicación indebida del 1.124 del Código civil, que, consiguientemente, deben ser desestimados.

CONTRATO DE EJECUCION DE OBRAS: EJECUCION DEFECTUOSA. «La Preparación Textil, S. A.», c. Trisa Güell, S. A. (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1968).

La actora solicitaba se condenase a la demandada a pagar una determinada cantidad como importe de la confección de tejido que había realizado por encargo de esta última. La demandada se opuso, alegando que el género recibido era defectuoso, habiéndolo saldado con pérdida, por lo que pedía la absolución o, subsidiariamente, que la cantidad reclamada fuese objeto de una importante reducción. Contra la sentencia de apelación, que sustancialmente aceptó la tesis de la demandada, se interpuso por la demandante recurso de casación que el Tribunal Supremo desestima, manteniendo en cuanto a los motivos que denunciaba error en la apreciación de la prueba, incongruencia e inaplicación del principio prohibitivo del enriquecimiento injusto, doctrina muy reiterada, y, en cuanto al motivo 1.º que también se desestima, dice el Tribunal Supremo:

Considerando: Que el primer motivo del recurso, con amparo en igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, atribuye a la sentencia recurrida, «violación, por inaplicación, de los artículos 1.553 y 1.490 del Código civil, e infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.598 del mismo Cuerpo legal», en tesis de la parte recurrente este último precepto sólo es aplicable en el supuesto de que hubiese pacto expreso de que la obra se «ha de hacer a satisfacción del propietario», en cuyo supuesto queda su efecto sometido al juicio pericial correspondiente, y como en el caso de autos, tal pacto expreso no existió y los efectos elaborados no fueron rechazados al recibirlos—el recurrente concluye—, debió aplicarse la regla genérica del artículo 1.592, con sujeción a la cual la recepción, sin protesta ni salvedad por el propietario, del género servido por el contratante, libera la responsabilidad de éste y le da derecho a percibir el precio, por lo que no era de aplicación el artículo 1.598 y sí lo era el 1.553, y, por envío de éste, el 1.490, que limita a seis meses la vida de las acciones del propietario para reclamar contra el contratista por los vicios de la cosa, plazo que es de caducidad y ha expirado ya, como se alegó en el escrito de réplica.

Considerando: Que el artículo 1.598, invocado, no tiene ese alcance restringido que pretende darle el recurrente, en primer lugar, porque no exige para su actuación la existencia de un pacto expreso que supedita la ejecución a la satisfacción o conformidad del propietario, bastando simplemente que el pacto se infiera de las estipulaciones del contrato, y, en segundo lugar, porque tampoco puede deducirse de tal precepto, y a *contrario sensu*, que, si no se estipuló aquel pacto, el empresario queda facultado para realizar la obra de manera imperfecta e incompleta, y el propietario venga obligado a admitirla, aun cuando no sirva para los fines normales para los cuales fue contratada, pues ello equivaldría a desvirtuar la verdadera naturaleza del contrato de empresa y a desconocer su objeto, que no es simplemente la energía del trabajo, sino el resultado de ese trabajo, de donde se deduce que la principal obligación del empresario es la ejecución de la obra convenida, con las características adecuadas a su fin, para que pueda ser estimada «de recibo», es decir, que reúna las condiciones de aptitud e idonei-

dad normales, quedando esta declaración supeditada a la resolución judicial si surge discrepancia entre las partes acerca de ella.

Considerando: Que si bien algún sector doctrinal afirma que, como en materia mobiliaria no existe precepto expreso que disponga lo contrario, el recibo de la obra libera de responsabilidad al empresario contratista; sin embargo, la doctrina más generalizada no admite esa tesis, pues entiende que la entrega de la obra es cosa distinta de la recepción, la cual viene constituida por el acto o la manifestación del propietario, reconociendo que la obra ha sido ejecutada correctamente y admite que tal recepción, lo mismo puede anticiparse a la entrega, cuando el propietario admite que ya la reconoció y encontró conforme o puede demorarse si por cualquier circunstancia cuando se la entregaron no pudo reconocerla o no pudo prestar su conformidad, aun después de la recepción de la obra, y máxime cuando el empresario ha puesto en ella sus materiales, debe reconocerse en favor del propietario el derecho al saneamiento por los vicios ocultos, por analogía con la compraventa.

Considerando: Que el recurrente, al desarrollar este primer motivo de casación, parte del reconocimiento de que la calificación jurídica del contrato hecha por la sentencia combatida es correcta, y que en ese contrato de ejecución de obras, «La Preparación Textil, S. A.», «ha realizado mal su trabajo, ejecutando una manufactura de mala calidad», y, claro está, partiendo de esas afirmaciones de la sentencia—que, además, no fueron desvirtuadas—, resulta evidente que la Sala de instancia no ha cometido ninguna de las infracciones que el motivo le imputa, puesto que «incumbiendo» a la Sociedad actora, conforme al artículo 1596 del Código civil, la obligación de ejecutar la manufactura encomendada, produciendo un tejido en condiciones para el comercio, y acreditado en autos por el dictamen pericial, que lo fabricado por la actora no era apto para su exportación o normal comercio, como, asimismo, el que la Sociedad demandada, al advertir los defectos de la manufactura, lo denunció a la actora; debe rescatarse de la reclamación de ésta la suma correspondiente al valor de la trama que se pretendió exportar

PRESTAMO: LEY DE USURA RECURSO DE CASACION. Aunque el Tribunal Supremo puede entrar en el análisis de las pruebas aportadas en los juicios sobre préstamos usurarios, no debe su examen llegar a que el recurso de casación se desnaturalice, convirtiéndose en una tercera instancia, razón por la que son de aceptar los supuestos de hecho fundamentales de la sentencia recurrida, siempre que guarden el debido y adecuado enlace con las resultancias procesales, debiendo prevalecer su apreciación de la prueba, en tanto no se demuestre que ha incidido en verdadera y evidente equivocación.

RECURSO DE CASACION: COMPETENCIA TERRITORIAL. Las cuestiones que siendo de naturaleza civil afecten a la preferencia entre Juzgados o Tribunales de igual grado dentro de la Jurisdicción ordinaria para conocer de la litis entablada, o sea, cuando se trate de la competencia jurisdiccional que se halla regulada en el libro I, título II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo puede venir a casación al amparo del número 6.º del artículo 1693 de dicha Ley, mediante el recurso por quebrantamiento de forma, nunca por el fondo (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1968).

CUENTA CORRIENTE: PRUEBA. El principio contenido en el artículo 1228 del Código civil es aplicable cuando se trata de algo afirmado en un solo documento con doble faceta, pero no lo es cuando se trata de numerosos asientos de una contabilidad, de los cuales unos tienen respaldo justificativo o está conforme con ellos el oponente y con otros no, pues sería absurdo partir de que, en una cuenta presentada por una de las partes en litigio, la aceptación de un solo asiento supusiera la aceptación de todos, so pena de conculcar los términos del artículo citado. Se trata de una cuestión de apreciación de prueba que, en todo caso, debe de ir por el cauce del número 7.º y no por el 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1969).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: COMPENSACION DE CULPAS.

Siendo facultad primitiva de los Tribunales la de moderar a su prudente arbitrio la responsabilidad del agente, reduciendo en la proporción que estimen la cuantía de la indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado cuando declaran la compensación de culpas, el uso de tal facultad discrecional no puede, en ningún caso, dar origen a interpretación errónea de precepto o doctrina legal (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1969).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: ACCIDENTE DE TRABAJO.

«Mutualidad de Accidentes Papeleros» c. Asurabarrena Garmendia y «New Hampshire Insurance Company» (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1969).

El ahora demandado, en primer lugar, atropelló con su motocicleta a un obrero que se dirigía a su trabajo en una empresa que tenía concertado el seguro de accidentes de trabajo con la hoy demandante. Dicho demandado fue condenado en juicio penal a las penas procedentes y al abono al atropellado de 50 000 pesetas como indemnización. Dada la condición de accidente de trabajo que tenía el hecho, quedando el atropellado con una incapacidad permanente total, la Mutualidad, ahora demandante, hubo de ingresar en la Caja Nacional de Accidentes de Trabajo el capital correspondiente, junto con los intereses de capitalización, al 3 por 100, más el importe de la incapacidad temporal y, además, abonar los gastos de la clínica. En reclamación de dichas cantidades, se demanda al causante del atropello y a su compañía aseguradora como responsable civil subsidiario. El Juzgado desestimó la demanda, siendo su sentencia revocada en apelación con estimación total de la demanda. El demandado interpuso recurso de casación, alegando en el motivo 3.º, único que el Tribunal Supremo examina, ya que su estimación hace inútil el examen de los otros dos, la interpretación errónea del artículo 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo y del 189 del Reglamento para su aplicación. Dice el Tribunal Supremo:

Considerando: Que dictada sentencia por el Tribunal, que conoció del accidente en vía penal, es evidente que, de acuerdo con la constante jurisprudencia de esta Sala, los derechos de la compañía aseguradora del riesgo dimanante de la relación laboral, quedaban limitados, al amparo de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley de Accidentes de trabajo de 22 de junio de 1956

y 189 del Reglamento para su ejecución a repetir contra el asegurado para resarcirse con cargo a la cantidad concedida al mismo en vía de indemnización en el procedimiento penal, y hasta el límite de la misma, de las indemnizaciones abonadas, y al no estimarlo así la sentencia recurrida, ha interpretado erróneamente las citadas disposiciones, incurriendo en la infracción legal denunciada en el tercer motivo del recurso que, al amparo del número 1º del artículo 1.692, se articula, y debe por ello ser estimado.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSA 2.ª DE EXCEPCION A LA PRÓRROGA. *La obtención de la autorización gubernativa de demolición constituye, por el mero hecho de su otorgamiento, el presupuesto necesario para que el arrendador pueda ejercitar su derecho a negar la prórroga, mediante la oportuna notificación, con cuya práctica se inicia el plazo concedido al inquilino o arrendatario para que, a su vez, ejercite los derechos y cumpla las obligaciones que la Ley de Enjuiciamiento Civil le atribuye, plazo cuyo cómputo no resulta afectado por los recursos que en la vía administrativa o contencioso-administrativa se hayan podido interponer contra la autorización gubernativa de demolición (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1969).*

ARRENDAMIENTOS URBANOS. OBRAS AUTORIZADAS POR MAYORIA DE COPROPIETARIOS. *Las obras que modifican la configuración y las que se realicen para la segregación o agregación de espacios o dependencias de la cosa común requieren el consentimiento unánime de los condueños por constituir actos de disposición y de dominio y no de mera administración, siendo claros y rotundos a este respecto los términos del artículo 397 del Código civil, y en su virtud cualquiera de los condueños afectados está legitimado para oponerse o bien para pedir en vía civil y por las normas procesales del Derecho común la nulidad de estos actos y la reparación de los excesos cometidos por los demás copropietarios; pero no cabe confundir esta acción con la que se ha ejercitado en los autos de resolución de contrato de arrendamiento por obras autorizadas al arrendatario por la mayoría de los condueños, porque, como ya se señaló en sentencias de 1 de julio de 1963 y 19 de febrero de 1964, entre otras, para liberar la responsabilidad de su realización al arrendatario, que no tiene intervención en el régimen de comunidad, ni posibilidad de conocer sus acuerdos, basta con la manifestación del consentimiento del condueño o condueños con quienes se relaciona normalmente como representante de dicha comunidad, sin perjuicio de la responsabilidad de aquéllos ante ésta, pues el criterio contrario iría no sólo contra la seguridad y garantía de las indicadas relaciones, sino contra el principio de la buena fe establecido en varios artículos del Código civil, particularmente en el 1.258 y recogido con especial relieve en el artículo 9.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos (SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 1968)*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION POR OBRAS. *Todo contrato de arrendamiento lleva implícita la autorización para efectuar las obras necesarias, a fin de adaptar el local al destino pactado, pero referida y limitada tal autorización al tiempo de la instalación o puesta en marcha del negocio, sin que quepa extenderla a aquellas otras que lleve a cabo el arrendatario posteriormente para el desenvolvimiento de su actividad, las cuales, de modificar la configuración del local, no puede efectuarlas sin el consentimiento del arrendador o, en su caso, sin la autorización judicial, so pena de incidir en la causa resolutoria 7.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1969).*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION POR OBRAS NO CONSENTIDAS. *La instalación en el local arrendado de un montacargas, una cocina y una chimenea para salidas de humos, llevada a efecto sin consentimiento del dueño y fuera del plazo necesario para adaptarlo a la finalidad a que se destina, constituye una obra que modifica la configuración no sólo de la habitación donde se colocaron, sino también de la de aquellas otras superiores por donde la última pasase, previo taladro del suelo y techo, y da lugar a la resolución del contrato locativo (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1969).*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO. PRESCRIPCION DE LA ACCION. Banco de Valencia, S. A., c. Fumigadores Químicos, S. A. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1968).

A la demanda de la entidad bancaria, solicitando la resolución del contrato de arrendamiento de un local de negocio de su propiedad por haberlo cedido, subarrendado o traspasado el arrendatario sin su consentimiento, conocimiento o autorización, se opuso este último, alegando prescripción de la acción, por entender que el Banco tuvo conocimiento de que el local tenía un nuevo ocupante, otra Sociedad, ya que, con fecha de 8 de agosto de 1951, abonó en cuenta corriente abierta en el citado Banco a dicha Sociedad una cantidad, por lo que, con anterioridad a tal fecha y al abrirse la cuenta, hubo de consignarse el domicilio en cuestión, y desde entonces, hasta la presentación de la demanda, habían transcurrido más de quince años. La demanda fue estimada en ambas instancias, por lo que la demandada interpuso recurso de injusticia notoria, denunciando en el motivo 1.º la aplicación indebida del artículo 23 y causa 5.ª del 114, ambos de la Ley de Arrendamientos Urbanos y la falta de aplicación de los artículos 1.964 y 1.969 del Código civil, y en el motivo 2.º, error en la apreciación de la prueba. El Tribunal Supremo estima el recurso manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que el problema que el recurso plantea, lo entraña la determinación del arranque del plazo para la prescripción de la acción; es decir, cuál es el sentido del final del artículo 1.969 del Código, al decir «se contará desde el día en que pudieron ejercitarse».

Considerando: Que esta Sala ha venido manteniendo, por reiteración, que la posibilidad a que se refiere el artículo es la legal, sin tener en cuenta las condiciones del individuo ni otras circunstancias, cuando la Ley no lo

dice, que el comienzo de la prescripción, no requiere el conocimiento de la existencia de la acción por su titular, bastando el transcurso del tiempo legal para que se consume.

Considerando: Que sin desconocer este criterio como norma general, en algún caso concreto de cesión prohibida en el arriendo, llevado a cabo en la clandestinidad, se ha estimado preciso, para el comienzo del plazo, el que el titular de la acción conociera o pudiera al menos conocer la existencia de la cesión, en defensa de la buena fe del titular, que no podía conocer la realización del acto ilegal y, por tanto, no se le podía sancionar con la presunción de abandono, que no pudo existir si no conoció el hecho determinante de la acción.

Considerando: Que con arreglo a este criterio, en el caso debatido, declarado por la sentencia que la ocupación de la Sociedad General Química, S. A., se produjo en junio de 1951, y que en 8 de agosto del mismo año abrió a su nombre una cuenta corriente en el Banco actor, que desde entonces tuvo relaciones comerciales con dicha Empresa, instalada en los locales discutidos, cualquiera que sea el mecanismo administrativo del Banco recurrido, si tuvo relaciones comerciales con la nueva ocupante del local, materialmente conoció o pudo conocer y legalmente hubo de conocer necesariamente la existencia de la introducción en el local, pues la apreciación contraria haría escapar a las personas jurídicas de toda clase de responsabilidades por su gestión, que necesariamente ha de llevarse a cabo por medio de personas físicas, de cuya actuación responden.

Considerando: Que por ello no puede menos de estimarse que el plazo para el cómputo de la prescripción comenzó en 8 de agosto de 1951, en que se abrió la cuenta corriente, y como la acción ha sido iniciada en 18 de octubre de 1966, han transcurrido entre ambas fechas más de los quince años requeridos por el artículo 1.964 del Código para la prescripción de la acción, por lo que se hace obligado estimarlo así y como consecuencia dejar sin efecto la sentencia recurrida y revocar la de primer grado, y estimando la excepción de prescripción alegada absolver a la demandada de la demanda de resolución contra ella entablada, imponiendo las costas de primera instancia al actor recurrido, sin hacer expresa condena de las causadas en la apelación y el recurso, y acordando la devolución del depósito constituido.

R. I. A.

IV. FAMILIA

NULIDAD DE ACTOS DEL CONSEJO DE FAMILIA. NOMBRAMIENTO DE PROTUTOR. *Cuestión de si debe o no ser preferido a un extraño el pariente del pupilo de grado más próximo.* SARRÍO c. Hermanos PUCHADES y otros (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1969).

Doctrina de la sentencia: Aunque la institución tutelar está basada en los lazos familiares, se exceptúa al *protutor* por la índole de su función y no cabe achacar a omisión del requisito de parentesco en el Código cuando con tanta minuciosidad regula esta materia. A ello, no obstante, el artículo 235, ni el 295,

ni el 299, ni la doctrina legal de esta Sala, ni tampoco las disposiciones del Código francés en cuanto que no rige en España, ni el derecho expectante de heredar a los incapacitados.

Antecedentes: I) Los tíos carnales del demandante don H. y doña M., habían sido declarados incapaces para regir su persona y bienes en virtud de resolución dictada por el correspondiente Juzgado. II) En 1947 se constituyó el Consejo de Familia y se inscribió a tutela en el Libro correspondiente del Juzgado Municipal. III) La tutela de los incapaces fue ejercitada, con carácter *legítimo*, sucesivamente, por los hermanos de los incapacitados don A. y doña C., habiendo fallecido ésta en 1964. IV) En febrero de 1965 el Consejo de Familia acordó nombrar tutor *dativo* de los incapacitados a un sobrino carnal de los mismos (hijo del *primer* tutor don A.), poco después, el Consejo de Familia acordó que la tutela se había de deferir bajo la modalidad de «frutos por alimentos». V) Contra esta última resolución del Consejo de Familia se alzó un vocal discrepante—don A.—, quien demandó exclusivamente al Presidente del Consejo de Familia; recayendo sentencia en tal procedimiento, por la que se modificó el acuerdo del Consejo de Familia, determinándose que la tutela se ejercitase con rendición de cuentas y con «asignación de pensión alimenticia». VI) El Presidente del Consejo hizo saber este fallo a los demás miembros del Consejo que *no* fueron citados al procedimiento, en sesión de dicho Consejo de fines del mismo año 1965; en la misma sesión el Presidente solicitó se le *excusara* del cargo alegando la causa décima del artículo 244 del Código civil; y en sucesivas reuniones «dejaron de pertenecer al Organismo tutelar» (sic) (no queda claro el *porqué*, ni el *cómo*), otros dos Vocales del mismo. VII) Al poco tiempo se procedió a la «re-constitución» del Organismo tutelar, supliendo las bajas producidas con personas *al parecer* afectas a los intereses del tutor y de un grupo familiar, en la forma siguiente: Presidente, un hermano del tutor, Vocales, un cuñado del tutor, una sobrina carnal del tutor y un extraño caracterizado por su amistad íntima con la familia del tutor.

Expuestos estos datos, conviene dejar aquí constancia de la situación familiar, que es la que origina el presente pleito: los incapacitados carecían de ascendientes, descendientes y hermanos; había dos ramas en la línea colateral, una integrada por los hijos del *primer* tutor don A., sobrinos carnales de los incapaces, cuyo grupo familiar detentaba prácticamente todos los cargos del Organismo tutelar; y otra, la formada por el único hijo de la *última* tutora doña C. Este último ocupaba la posición de *demandante*, y aquéllos, conjuntamente—en unión de los extraños nombrados vocal y protutor—, la posición de *demandados*.

Así las cosas, una vez reconstituido el Consejo de Familia en la forma indicada, el demandante había requerido—mediante Acta Notarial levantada en el mismo Juzgado—del Consejo de Familia que se le nombrase *protutor*, ya que era la única persona indicada para ello conforme al artículo 235 del Código civil, al carecer los incapacitados de otro pariente próximo de línea *distinta* a la del tutor. No obstante, ello, poco después, el Consejo nombraba *protutor* a don F. (le calificaba de «sobrino segundo» de los incapaces, lo que *al parecer* no era exacto según el Registro Civil, siendo técnicamente un *extraño*).

El demandante, tras esta exposición de hechos, hacía constar cómo el Organismo tutelar—que en su *composición* debía responder a un equilibrio ponderado—se hallaba en manos de meros allegados a la persona del tutor. Terminaba suplicando se dictara sentencia declarando nulo y sin valor el

Acuerdo del Consejo de Familia nombrando protutor al pretendido sobrino segundo de los incapaces con exclusión del demandante, y declarando también nulo y sin valor el nombramiento de Vocal a favor del extraño con exclusión del pariente de mejor derecho, don A.

Los demandados—emplazados junto con el Ministerio Fiscal—contestaron y se opusieron, basándose en que «no conocían precepto alguno que dijera que el protutor había de ser el pariente más cercano», suplicando que no se estimase la demanda. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de contestación a la demanda y expuso: que los nombramientos impugnados se tomaron por una mayoría de más de tres miembros (art. 305 del Código civil y sentencias de 12 de febrero de 1903 y 16 de diciembre de 1953), siendo, pues, válido; que éste, y otros hechos, deberían ser probados en su día, por lo que se oponía; y que debería tenerse presente la enemistad entre el demandante y el nombrado protutor.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que estimaba la demanda y declaró: 1. Nulo el nombramiento de *protutor* efectuado con exclusión del actor. 2. Nulo el nombramiento de Vocal del Consejo de Familia a favor del extraño con exclusión del pariente don A., si bien tal nulidad queda *condicionada* a que este último acepte y llegue a desempeñar el cargo de Vocal Ordenaba también al Juzgado Municipal y al Consejo de Familia que —una vez firme el fallo—se practicasen las rectificaciones necesarias para el cumplimiento de lo ordenado. Entre algunas de sus Consideraciones (1) merecen citarse las siguientes: En el nombramiento de protutor debe ser preferido el pariente al extraño y debe ser preferido el pariente en grado más próximo al pariente de grado más remoto; el *emolumentum successionis* y el *onus tutelae* se encuentran en muy estrecha conexión, ya que la Ley prefiere para los cargos tutelares a las mismas personas que en su momento han de ser llamadas a la sucesión intestada.

La Audiencia dictó sentencia, revocando en parte la sentencia del Juez de Primera Instancia, por la que: declara nulo el nombramiento de Vocal a favor del extraño, a cuyo efecto se proveerá dicho cargo con arreglo a derecho; y desestima la demanda en cuanto al pedimento de nulidad del nombramiento de protutor, cuya designación se mantiene. Entre sus Consideraciones (2) merecen destacarse: que la tutela en nuestro Derecho positivo tiene una naturaleza esencialmente familiar y se rige bajo el llamado «principio de autonomía» del Consejo de Familia, de suerte que la ingerencia de la autoridad judicial en su funcionamiento debe ser considerada como algo excepcional y limitado a obtener el cumplimiento de los preceptos legales; que el artículo 235 del Código civil, *no* presupone que el nombramiento haya de recaer en pariente, sino que contiene *sólo* una restricción o exigencia negativa y su sentido no permite deducir de él una prioridad de grado parental; que el protutor es un mandatario del Consejo de Familia.

El demandante interpuso recurso de casación, dirigido por uno de nuestros civilistas de mayor prestigio, articulándolo en cinco motivos que, por su extraordinario contenido e interés, transcribo como sigue:

— Motivo primero: Basado en infracción de Ley, por interpretación errónea de los artículos 233 y 235 del Código civil, al considerar la Sala válido el nom-

(1) Tomadas del recurso de casación.

(2) También entresacadas del escrito de recurso de casación.

bramiento de protutor de un extraño con exclusión de uno de los más próximos parientes de los tutelados (el recurrente): ya que dichos artículos y los demás con ellos concordantes del Código civil, con una interpretación de tipo *sistemático*, llevan a entender que las personas llamadas a los cargos tutelares deben ser parientes de los tutelados, con lo que el protutor debe ser pariente del incapaz.

— Motivo segundo: Basado en infracción de Ley, por violación del artículo 295 del Código civil y por interpretación errónea de los artículos 233 y 235, en relación con los artículos 236 y 299 del Código civil: aunque los artículos 233 y 235 *no dicen* que el protutor haya de ser pariente del tutelado de una manera terminante y categórica, existen *datos* en nuestro Código civil para *integrar* los preceptos citados, llegando a tal conclusión, cual es el artículo 295, *integración* que será posible siempre que demos demos que el protutor *forma parte* del Consejo de Familia. Comienza con la idea de que el Código civil considera al Consejo de Familia como el instrumento general de la tutela; sigue con nuestro Derecho histórico, en que el «Consejo de Parientes» concurre con la autoridad judicial a la suprema ordenación de la tutela, con claros entronques con el Derecho germánico, a modo de «supertutela», concluyendo que el citado Consejo es «una asamblea de parientes que *integra orgánica y corporativamente* a todas las personas a quienes se encomienda el ejercicio de poderes tutelares, bien de gestión directa y representación, bien de fiscalización y de vigilancia»: en tal sentido, tanto el tutor como el protutor son miembros *natos* del Consejo de Familia, se encuentran en él integrados y actúan a él sometidos jurídicamente y por delegación suya; dadas las facultades del protutor de *convocar* al Consejo y de *asistir* a él, parece que no puede caber duda alguna respecto a la *aplicabilidad* al mismo de los artículos 294 y 295 del Código civil en orden a la *composición* del Consejo.

— Motivo tercero: Basado en infracción de Ley, por interpretación errónea, del artículo 235 del Código civil: visto ya en el motivo anterior cómo el protutor, al ser considerado como miembro del Consejo de Familia, debe ser aplicable al mismo lo dispuesto en los artículos 294 y 295 del Código civil sobre parentesco y proximidad de grado. Las deudas que pudieran existir en la interpretación del Código napoleónico—modelo del nuestro, y especialmente en esta materia—han quedado totalmente aclaradas con la Reforma de dicho Código por Ley de 14 de diciembre de 1964 (art. 420), ya que ahora queda perfectamente claro que el protutor es miembro del Consejo de Familia y que los miembros del Consejo de Familia se eligen por el principio de la proximidad de grado. Además, cuando el artículo 235 del Código civil dice que... está *presuponiendo* que el nombramiento de protutor recaerá en pariente del sometido a tutela, pues de otra suerte el precepto carece por completo de sentido: *es cierto* que dicho artículo—en esto tiene razón la Audiencia—contiene una *restricción*, pero *no es cierto*—en esto yerra la Audiencia—que tal artículo contenga *únicamente* dicha restricción, ya que tal restricción e incompatibilidad *presupone* una premisa de orden afirmativo cual la de que el protutor ha de ser *también* pariente y pariente próximo.

— Motivo cuarto: Basado en infracción de Ley, por interpretación errónea de la doctrina legal pertinente (sentencias de 10 de abril de 1905, de 6 de abril de 1916, de 17 de junio de 1943, de 5 de marzo de 1947, de 2 de julio de 1953,

de 3 de julio de 1954 y de 28 de abril de 1965), al entender la Audiencia que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentado el principio de *autonomía* del Consejo de Familia: cuando *parece mucho más cierto* sostener—como ya hizo el Tribunal Supremo en las sentencias citadas—que la *tutela* como institución no se encuentra integrada sólo por el tutor, el protutor y el Consejo de Familia, sino que *está también integrada por la Autoridad Judicial*, y que «a dicha Autoridad compete adoptar aquellas resoluciones que estime necesarias en cada caso para defender los intereses de los menores o incapacitados». Todo lo cual destruye la *premisa* de la resolución recurrida (plena autonomía del Consejo de Familia y no ingerencia de la Autoridad Judicial) y viene a confirmar el criterio sustentado ya por el Juzgado de Primera Instancia, órgano también de la tutela.

— Motivo quinto: Basado en infracción de Ley, por interpretación errónea, de los artículos 233 y 235 del Código civil y del principio *emolumentum successionis, onus tutelae* consagrado por sentencia de 17 de junio de 1943: la Ley *prefiere* para los cargos tutelares a las mismas personas que en su momento han de estar llamadas a la sucesión intestada, entendiendo que su acción será mucho más eficaz de esta manera, es decir, si concurre el acicate de una sucesión en perspectiva, pues en definitiva de este modo gestionan un interés que en cierto modo es ya un interés propio. Esta *idea, inspirada* en el principio del carácter familiar del patrimonio, luce a lo largo de todo nuestro Código civil (art. 295, citado), inspiró en su día los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1.836, 1.838 y 1.850), y es la que preside las reglas relativas al nombramiento de representantes de los ausentes que pueden utilizarse por analogía. Todo lo cual conduce una vez más a la *conclusión* de que para el desempeño de los cargos tutelares en general, y en particular para el nombramiento de *protutor*, la persona ligada al tutelado por vínculos de parentesco debe ser preferida al extraño y el pariente de grado más próximo debe ser preferido al de grado más remoto.

— El Tribunal Supremo rechaza el recurso, sentando esta doctrina:

VISTO siendo Ponente el Registrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenza.

Considerando: Que el Código civil regula con gran escrupulosidad y detalle toda la organización que establece para la guardia de la persona y bienes o solamente de los bienes de los menores o incapacitados, dada la trascendencia y la función eminentemente social y estatal de salvaguardar los intereses de todos aquellos que no pueden regirse por sí mismo, evitando los graves riesgos que su falta de plena capacidad entraña, por lo que organiza, no una mera administración, sino tres órganos rectores constituidos por el Consejo de Familia, el tutor y el protutor; y como del estudio de sus disposiciones se desprende que así como el señalar quénes deben componer el Consejo de Familia, en su artículo 294, terminantemente establece que «eran los parientes más próximos del menor o incapacitado», y sólo cuando no hay número suficiente de estos admite a personas extrañas, y lo mismo sucede al designar la persona del tutor en sus artículos 211, 220, 227 y 230; en cambio, *cuando regula la institución del protutor, en su norma 233, se limita a facultar al Consejo de Familia para su designación, sin tacha ni exigencia alguna respecto a que haya necesariamente de recaer en pariente del menor e incapacitado,*

como consecuencia lógica de la función que debe desempeñar, que consiste en vigilar y fiscalizar al tutor como delegado del Consejo, y su nombramiento debe recaer en persona de su absoluta confianza y que reúna condiciones de actividad y capacidad suficiente, que no siempre tendrán los Vocales, sea o no pariente del sujeto a tutela: resulta evidente que, aun cuando la institución tutelar está basada en los lazos familiares, por ser los parientes los más obligados a velar por los derechos e intereses de los tutelares y los que por los vínculos de sangre deben hacerlo con mayor atención y efecto, se exceptúa al protutor por la índole de su función y no cabe achacar a omisión del requisito del parentesco en el Código cuando con tanta minuciosidad reguía esta materia.

Considerando: Que, sentada la anterior doctrina, *perecen los cinco motivos articulados en el recurso, todos por el cauce del número primero del artículo 1.900 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; ya que si bien el artículo 235 del Código establece que «el cargo de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor», ello no es más que una incompatibilidad para el supuesto admitido de que el protutor es pariente; y tampoco es óbice lo dispuesto en el artículo 295, que señala una prelación para formar el Consejo de Familia, en el que no está incluido el protutor, ni la prohibición de formar en el Consejo que señala el 299; ni se opone a la doctrina de la sentencia de esta Sala que cita, que señala además como órgano de la tutela en determinados casos el Juez de Primera Instancia, que en nada se opone a lo expuesto; ni tampoco las disposiciones del Código francés, que en su día significó un antecedente del nuestro, en cuanto que no rige en España y contiene un precepto claro que no se transcribe en el español; y por último, porque el derecho expectante de heredar a los incapacitados, puesto que está garantizado (dije, garantizado) con la inclusión en el Consejo de los parientes más próximos, que, para serlo, son presuntos herederos.*

Comentario: I. El protutor. Parece no existe la menor duda de que la institución del protutor está tomada del Derecho francés, tanto en su concepto como en su característica esencial de órgano de fiscalización. En lo que están de acuerdo todos los autores.

No creo oportuno reiterar aquí las consabidas afirmaciones de la doctrina en orden a la naturaleza y funciones de este cargo tutelar. Lo que no deja de ser curioso es la brevedad y concisión con que casi todos nuestros más renombrados civilistas despachan la figura: apenas un breve exordio sobre sus antecedentes, seguido de la exposición simple—sin apenas comentarios—de los preceptos relativos del Código civil.

De lo expuesto cabe exceptuar la excelente monografía de mi ilustre compañero, notario que fue de Barcelona, ESCOBAR DE LA RIVA (3), en que se abordan con singulares brillantez y profundidad los distintos aspectos de esta figura, pieza indispensable en toda tutela. Saliéndose un tanto de los tópicos acerca de la institución, afirma ESCOBAR DE LA RIVA (4), que su función no se circunscribe a la mera fiscalización, sino que «participa en la complejidad de nuestro sistema de tutela. El protutor debe velar por la integridad del organismo tutelar, promoviendo la reunión de Consejo de Familia para el nombramiento de nuevo tutor, cuando la tutela quede vacante o abandonada (art. 236-4)... Y

(3) *La tutela*, ed RDP, Madrid, 1943, 255 págs.

(4) *Op. cit.*, pág. 61.

la protutela *trasciende* a la gestión tutelar, considerada en la totalidad de su contenido, en cuanto puede alzarse—conforme al art. 310 del Código civil—de los acuerdos del Consejo de Familia. El protutor vigila, pues, incluso la actuación de este órgano *superior* de la tutela y fiscaliza sus acuerdos».

Estas notables precisiones acerca de la portutela me han parecido de una gran trascendencia, por lo que de novedad tienen respecto de lo que comúnmente suele decirse acerca de la figura y por la especial repercusión en el litigio, como luego se dirá.

II. *Cuestión previa de la intervención judicial en la tutela.* Traigo a este lugar la conocida cuestión, porque evidentemente, condiciona las afirmaciones que pudieran hacerse sobre el nombramiento del protutor: así se hace en la resolución de la Audiencia recurrida, para fundamentar su decisión, afirmando la supremacía del principio de tutela «de familia» y rechazando la ingerencia del Juzgado de Primera Instancia en la constitución, nombramiento y posterior *desenvolvimiento* (5) de los cargos tutelares.

La invención del principio de tutela «de familia» como uno de los principios fundamentales de la regulación introducida por el Código respecto de la tutela, es muy típica de la dogmática jurídica. Pero una cosa es el fijar un pretendido principio *a priori*, y otra cosa, es deducir consecuencias distintas del articulado del Código civil en su *desenvolvimiento* de la institución tutelar. Por ello ns dice, con argumentación que comparto, el citado ESCOBAR DE LA RIVA (6) que «no parece, sin embargo, que el expresado Cuerpo legal, al desarrollar dicho sistema, haya relegado a la Autoridad judicial al extremo de perder ésta toda posibilidad de ser considerada como órgano tutelar, aunque no tenga la misma condición desde el punto de vista constitutivo de la tutela que los otros tres integrantes de ella, pues en realidad son las *funciones* que le quepan en la misma las que verdaderamente deben decidir, afirmativa o negativamente, sobre su carácter como órgano tutelar». Cuyas funciones, dice dicho autor, se e atribuyen explícitamente por la Ley con carácter importantísimo y a fondo dentro de la vida tutelar. Bastaría este simple hecho atributivo para ver a la Autoridad judicial colocada de lleno *dentro* del ejercicio de la tutela.

Precisamente a nuestra Jurisprudencia se debe la meritoria labor de haber sabido *caracterizar* al principio de tutela familiar, dándole los *desenvolvimientos* adecuados a los fines de aquélla, evitando los estragos que el exceso de autonomismo familiar en al materia podría fácilmente producir: en el sentido indicado, ESCOBAR (7), y en términos muy similares LACRUZ-SANCHO (8).

Prácticamente, por tanto, nuestro sistema se inclina visiblemente hacia la llamada tutela «de autoridad», lo que es doctrina casi general en los últimos años: así, GONZÁLEZ-ALEGRE (9), y la doctrina que resumidamente recoge CASTÁN (10).

A la vista de todo ello, parece en verdad discutible la posición de la Audiencia negando la ingerencia judicial en la tutela y su desarrollo, vistas la impor-

(5) El subrayado es mío.

(6) Op cit., págs. 17 y sigs.

(7) V op cit., pág. 20.

(8) *Derecho de familia*, Bosch, 1966, pág. 490.

(9) *Teoría de la tutela y formularios de su práctica*, Teruel, 1956, págs. 176 y siguientes.

(10) *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. II, 7.ª ed., 1958, páginas 264 y sigs.

tancia y carácter esencial de la intervención del Juez de Primera Instancia. Curiosamente, en el caso de autos, el Juez de Instancia lo era de la localidad donde residían los pupilos, tutor, Vocales del Consejo de Familia, etc, es decir, *conocía perfectamente* la realidad «ambiental» y las necesidades e intereses a proteger.

III. Nombramiento de protutor dativo.—Antes dije que es sumaria la exposición que los autores hacen del tema del protutor; un palpable ejemplo de ello nos lo ofrece el punto aquí aludido, en orden al nombramiento de protutor dativo, en el que se citan, sin más, los artículos 233 y siguientes.

El que el nombramiento de protutor se haga por el Consejo de Familia no parece que deba implicar que el protutor sea un *mandatario* de dicho Consejo —así, en las Consideraciones de la sentencia de la Audiencia (11) y en LACRUZ-SANCHO (12)—, ya que para llegar a esta proposición habría que partir de la *función* que le está encomendada y de los principios reguladores de la misma. Todo lo cual nos lleva a la idea simple de que la función tiene un contenido preordenado en la Ley, con alcance, incluso, de revisión de la actuación del propio Consejo, y cuyos principios inspiradores no son los del mandato ni los de la representación (13).

El punto referente al *nombramiento* de protutor dativo es el nudo gordiano del caso de autos, dada la inevitable aplicación del artículo 235 del Código civil. Verdaderamente la redacción del precepto es muy poco afortunada, pero es que, además, la poca atención prestada al mismo por la doctrina ha contribuido a su aparente oscuridad. Ya sabemos que la institución del protutor, tomada del Derecho consuetudinario francés, es extraña a nuestro Derecho; para mayor confusión, la escueta y poco clara regulación parece que está tomada del primitivo Código portugués. Ante esta clarísima exposición de los *antecedentes* y del *cómo* de la regulación legal, parece obvio cuando menos que el recurso al *candón* interpretativo histórico—en los casos de duda o de pareceres contrapuestos—tendrá también que extenderse a las normativas extranjeras de las que nuestros legisladores tomaron la figura. Volviendo a nuestro supuesto, de la regulación legal interesa *aquí y ahora* estudiar el citado artículo 235, del que la doctrina usual, sin grandes alardes imaginativos, dice que contiene una *limitación*: lo que la doctrina *no dice* es que el precepto necesita ser interpretado, e integrado en su caso, dada su evidente oscuridad.

De la necesidad de *interpretar* el artículo 235 del Código civil ya se daba cuenta el ya citado ESCOBAR (14), que emplea los cánones o elementos literal y lógico.

Por tanto, parece que el artículo 235 del Código civil debiera ser interpretado e integrado del siguiente modo: 1. *Canón literal*: Se emplea la palabra *aparar* a todo pariente del tutor, lo que evidencia la omisión del factor necesario para dar sentido a dicho artículo: el que se expresa con la palabra *pupilo*. O, lo que es lo mismo, que no puede ser designado protutor *quien sea pariente del tutor y del pupilo por la misma línea*. En este sentido, ESCOBAR (opuscúlo et

(11) Pueden verse en el resumen que hago en los Antecedentes.

(12) Op. cit., pág. 507.

(13) V. por todos, Díez-Picazo: *El concepto jurídico de representación en el Derecho privado*, «en Anales de la Academia Matritente del Notariado tomo XVI, 1968, págs 135 y sigs. En dicha Conferencia claramente indica cómo el *agere nomine alieno*, *per se*, no es sinónimo de representación.

(14) V. op. cit., pág. 60.

locución cit. ultime), quien sigue diciendo—lo que es muy interesante a los efectos de aplicabilidad al caso de autos—: aplicando la regla: si entre ambos existiese vínculo de parentesco por línea de varón, no podrá ser protutor el pariente de uno y de otro por dicha línea, de modo que ..., si A es tutor de su hermano, no podrá ser protutor ningún pariente consanguíneo de A, porque al mismo tiempo habría de serlo del pupilo, necesariamente, en línea común a ambos. 2) *Canon lógico*: dicho precepto tan sólo menciona expresamente dos términos personales (el tutor y el protutor), y con ello hubiera bastado para penetrar su sentido si el pensamiento del Código fuera prohibir que actuase de protutor *ningún* pariente del tutor; parece indudable que así hubiera dicho, máxime tratándose de una decisión tan categórica y sencilla de expresar en palabras, que no hay confusión posible. Pero no parece *lógico* que, dado el sistema de tutela «de familia» adoptado por el Código, éste haya pensado en una solución tan radical como la indicada, si lo pretendido por el Código es que el fiscalizador (protutor) se halle en adecuada situación de independencia respecto al fiscalizado (tutor), pueden originarse resultados contrarios a los perseguidos si se aparta por completo de la protutela a la familia del tutor, que puede serlo al mismo tiempo del pupilo; y si para ordenar los llamamientos a tutoría y al Consejo de Familia se han tenido en cuenta vínculos familiares que lo son presuntiva y fundadamente *de interés* por el pupilo, *no parecería lógico* que, al establecer la *incapacidad* para la protutela en el 235, lo hubiera hecho tan radicalmente que excluyera toda posibilidad de que pasase a desempeñarla quien —por razón de parentesco con el pupilo (aunque al tiempo lo fuera del tutor— deba presumirse inspirado en el mismo interés y afecto por aquél, que este último. 3) *Canon Histórico*: las oportunas referencias históricas contenidas en el motivo segundo del recurso demuestran con gran claridad y sin forzar la argumentación lo más mínimo la gran raigambre histórica de nuestras «Asambleas de Parientes», de las que son miembros natos tanto tutor como protutor en su actual forma de «Consejo de Familia», y si al Consejo son preferentemente llamados los más próximos parientes de pupilo (arts. 294 y 295 del Código civil) —como ya decía ESCOBAR, según lo anteriormente dicho—, parece incuestionable la aplicación de esta regla al llamamiento del protutor. Ahora bien, si se considera excesiva o forzada la precedente argumentación del recurso, por indebida generalización de indicios singulares extraídos de nuestros Cuerpos jurídicos antiguos, siempre tendremos que tanto *la institución en sí* de la protutela como su poco expresiva *regulación legal* nos son extrañas e importadas de otros Ordenamientos; por lo que las normativas de éstos—bien originales, bien las sucesivas por reforma— *pueden y deben* ser aprovechadas por el intérprete. Entonces nos encontramos con que tanto el Código francés (del que se importó la institución) como el portugués (del que se tomó la regulación) han sufrido importantes reformas; así, en el *Código francés* se sustituye la primitiva redacción del articulado correspondiente por Ley número 64-1.230 de 14 de diciembre de 1964 modificadora de la tutela y de la emancipación: a la redacción del artículo 423 («... le quel sera pris, hors le cas de frères germains, dans selles des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra point») sucede la más simple de «si le tuteur n'est parent ou allié du mineur que dans une ligne, le subrogé tuteur est pris, autant que possible, dans l'autre ligne». Por su parte, el novísimo *Código portugués*, aprobado por Decreto-Ley número 47.344 (artículo 1.º), en su artículo 1.955-2.º establece que «O protutor deve representar a linha de parentesco diverso da do tutor, fijando en el apartado siguiente la *incapacidad* para serlo si *perteneciere a la misma línea de parentesco o no per-*

teneri a ninguna de ellas. En consecuencia, tanto en la reforma francesa como en la portuguesa se *presupone* que el protutor es pariente próximo del pupilo. 4) *Canon sistemático o de la totalidad*: cuando acude a la interpretación sistemática en una institución, lo que se trata de obtener es llegar a las consecuencias últimas de la unidad lógica de tal institución, evitando, por ejemplo, aquellos aspectos contradictorios de su regulación legal. A este importante medio interpretativo se acudia en los motivos segundo y tercero del recurso, cuya perfección técnica es irreproachable. Porque no puede haber duda alguna de la peculiaridad de las *relaciones* entre tutor y protutor con el Consejo de Familia (convocarlo, asistir a sus reuniones, ejecutar acuerdos, etc.), que tan sólo pueden entenderse si se parte de que son *Miembros natos* de dicho Consejo, a los que deben aplicarse los artículos 294 y 295 del Código civil. A este resultado se llega con una verdadera *integración* de los artículos del Código civil relativos a los cargos tutelares, resultado que no puede calificarse de descabellado ni absurdo cuando los Ordenamientos que sirvieran de modelo al nuestro—antes citados, con sus Reformas—, precisamente lo *disponen expresamente*: así, el nuevo artículo 420 del Código francés dispone en su apartado primero, que «dans toute tutelle, il y aura un subrogé tuteur, nommé par le conseil de famille parmi ses membres»—concordante con el nuevo 407 «le conseil de famille est composé de quatre à six membres, y compté le subrogé tuteur»—; por su parte, el nuevo Código portugués, en el apartado primero del citado artículo 1.955 dice claramente «A fiscalização da accção do tutor é exercida com caracter permanente por um dos vogais do conselho de familia, denominado protutor». 5) *Canon finalista o sociológico*: Es también interesante acudir a este medio interpretativo, que nos indica el *para qué* de una institución, y que atiende el inevitable sustrato sociológico, el *interés protegido*. Tanto uno como otro nos están diciendo que el instituto de la tutela lo ha previsto la Ley para proteger los intereses del pupilo. Es por ello por lo que los *llamamientos* a los cargos tutelares se hacen, atendiendo al principio «emolumentum successionis, onus autelae», conforme al principio de la proximidad en el parentesco. *Presuntivamente*, los más próximos parientes parece que cuidarán mejor que otros la persona y bienes del pupilo.

Resultados obtenidos con la interpretación, o integración, propuesta para el artículo 235 del Código civil: que la referencia a «línea» es a la misma del tutor y del pupilo; que no parece lógico se excluya totalmente a quien sea pariente del pupilo y también del tutor; que similares conclusiones se obtienen del examen de los Códigos Francés y Portugués, modelos del nuestro; que el protutor es miembro nato del Consejo de Familia; que el interés del pupilo impone la preferencia del principio de proximidad de grado para los llamamientos tutelares, incluso el protutor.

IV) *Confrontación con el supuesto de hecho y conclusiones parciales*—Recapitulando las *conclusiones* obtenidas tras las precedentes consideraciones, podemos decir: 1) Que parece incuestionable la injerencia de la Autoridad judicial en la constitución, nombramiento y desenvolvimiento posterior de los cargos tutelares; 2) El protutor trasciende a la gestión tutelar, considerada en la totalidad de su contenido; 3) El protutor *no* es un mandatario del Consejo de Familia; 4) El artículo 235 del Código civil debe ser integrado, en el sentido indicado de que *presupone* el parentesco del protutor con tutor y pupilo; 5) Que, en consecuencia, el protutor es miembro nato del Consejo de Familia, y su nombramiento debe hacerse conforme a la proximidad de.

grado con el pupilo; 6) Que las normas de los Códigos francés y portugués deben marcar la pauta para una futura revisión legal de esta norma; 7) Que en la tutela, el interés jurídicamente a proteger es el del pupilo.

Si confrontamos detenidamente los resultados obtenidos—con nuestra modesta investigación—respecto de los datos *de hecho* que se nos suministran en los Antecedentes de la Sentencia, tendremos: 1) Que el Juez de Primera Instancia, que lo era de la localidad de residencia de pupilos, tutor, etc., era perfectamente conocedor de la realidad «in situ»; 2) Que «de facto», la tutela era ejercida por el grupo familiar constituido por los hijos (y allegados) del primer tutor, don Amalio, no sólo en cuanto al cargo de tutor, sino también en orden a los Vocales del Consejo; 3) Que el protutor *nombrado* por el Consejo de Familia—don F—, era persona allegada a la familia del tutor y pariente lejano de los sujetos a tutela; 4) Que el demandante, don I, era hijo de la segunda tutora, también hermana de los incapaces, con idéntico parentesco—sobrino carnal de los incapaces—que el tutor y su familia.

Como *consecuencias* de esta confrontación, puede fácilmente advertirse: a) Que el nombramiento de don F, como protutor implicaba una *presumible* falta de fiscalización de las actividades del tutor y del Consejo de Familia; b) Que la *función* del protutor, en el caso, era especialmente trascendente, dadas la composición del Consejo de Familia y las peculiaridades del supuesto; c) Que al demandante don I, *no* le afectaba el artículo 235 del Código civil, por ser de *distinta línea* a la de tutor y pupilos; d) Que el demandante don I. era pariente más próximo en grado a los pupilos, por lo que debía ser *preferido* a don F.; e) Que los intereses de los pupilos *parecían*, en principio, mejor protegidos con el nombramiento de don I, máxime dada la estructura «monolítica» de los restantes órganos tutelares. Todas estas observaciones fueron perfectamente *advertidas* por el Juez de Primera Instancia, que sancionó la nulidad de los nombramientos de protutor y de uno de los Vocales del Consejo; cuya *decisión*, en buena lógica, podía y debía tomarse como *determinación* atinente a la mejor defensa y provecho de los intereses de los pupilos.

V) *Examen de la sentencia del Tribunal Supremo.*—De una detenida lectura de los Considerandos de la Sentencia, cual doctrina a enmarcar en el instituto de la protutela, se desprende la evidencia de lo poco afortunadas de la decisión y de su fundamentación.

La exposición efectuada en el Considerando *primero* no pasa de ser un «obiter dictum», que además envuelve una petición de principio, ya que entiende resuelta la *cuestión* relativa a la regulación de la protutela «por la minuciosidad con que se regula la materia». Sin embargo, a poco que se profundice en el instituto y su regulación legal, se observan graves deficiencias en la regulación (15), quizá como efecto de un rápido trasplante del tal instituto a nuestro Derecho con idéntica normativa que la del Código de que se importó.

Pero, aun dando por buenos el razonamiento generalizador contenido en el primero de los Considerandos, habría que cotejarlo con los datos de hecho del caso de autos: y de tal cotejo, que lleva necesaria y lógicamente a *anteponer a todo* el interés de los pupilos, se desprende que el interés de los

(15) Ya lo observaba ISABAL: V. voz «Protutor», en *Enciclopedia Jurídica*. Setx.

pupilos quedará mejor protegido si don I.—actor— era el designado protutor. En orden al *fondo* del litigio, la *equidad* lleva a esta solución.

Si, prescindiendo del fondo, nos atenemos a la *forma* del caso, tampoco cabe aceptar la decisión del Alto Tribunal. Porque—dejando a un lado la discutible validez y oportunidad de las generalizaciones, incursas de lleno en lo que en lógica se llama «sofisma de falsa generalización» el principio general sentado en el primer Considerando, demostrado que el artículo 235 del Código civil es todo menos claro, parecía conveniente cuando menos examinar con cierto detalle y atención los distintos medios de interpretación posible, lo que hacía el recurrente. Al no hacerlo así, no cabe ninguna conexión lógica entre aquella regla general y las sistemáticas negaciones que se contienen en el segundo y último de los Considerandos; negaciones éstas de plano y sin demasiados pormenores, que creo de poca trascendencia: «el artículo 235 no es más que una incompatibilidad», «el artículo 235 señala una prelación», «ni tampoco las disposiciones del Código Francés. , en cuanto que no rige en España»—sic—...

Si *formalmente* la resolución es poco lógica e insatisfactoria. Si *materialmente*, en cuanto al fondo, lleva a resultados rechazables por atentar al principio general de la tutela de protección de interés del pupilo. Si la decisión *no* se basa en la equidad. Podemos preguntarnos: ¿cuál ha sido la *verdadera* «ratio decidendi» del litigio?

En vista de todo lo anteriormente expuesto y de estas breves anotaciones a la decisión en sí, no parece muy arriesgado aticipar que el valor de esta sentencia como *precedente* puede ser mínimo.

La inevitable *conclusión* a que se llega es de que es necesaria la *integración* del artículo 235 del Código civil con los distintos cánones hemenéuticos, quedando *en pie* sin resolver adecuadamente la cuestión de si para nombrar protutor dativo debe ser preferente el pariente de grado más próximo. La solución dada por el Tribunal Supremo no me parece adecuada, por lo expuesto en estos *comentarios*: la solución contraria, sostenida en el recurso me parece más equitativa, sobre todo en el litigio contemplado.

Con todo el profundo respeto a nuestro Alto Tribunal, creo que el criterio sentado en la sentencia no debe ser continuado y que la norma del 235 del Código civil debería ser reformada por el legislador cuando ello sea oportuno. Esta es mi opinión que, naturalmente, puede desvirtuarse por otra mucho mejor que la mía.

J. C. G.

V. SUCESIONES

COMUNIDAD HEREDITARIA. Herederos de doña F. M. M. contra «Empresa San H., S. L.» (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1969).

Reitera la doctrina de que cualquiera de los partícipes pueden comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, y cualquiera de los herederos puede ejercitar en beneficio de la masa común las acciones que correspondían al difunto.

FIDUCIA SUCESORIA ORDENADA EN CAPITULACIONES ALTOARAGONESAS. PRINCIPIO «STANDUM EST CHARTAE». COSTUMBRE FORAL. Artículos 29 y 58 del Apéndice foral aragonés, 1.281, 1.282, 1.287 y 1.301 del Código civil (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1969)

Dispuesto en capitulaciones altoaragonesas, que, para el caso de morir ambos cónyuges con descendencia sin haber dispuesto de sus bienes, lo harán en su nombre un pariente consanguíneo más cercano de cada uno, y el señor cura párroco, por unanimidad o mayoría, es nula de pleno derecho la designación de heredero, hecha a falta de uno de los llamados a intervenir, cuyas facultades son personalísimas y no delegables.

La costumbre, a efectos de casación, es una pura cuestión de hecho que es necesario probar.

El artículo 1.301 del Código civil se refiere a la anulabilidad, no a la nulidad absoluta cuya acción es imprescriptible.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, que, a su vez, había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Barbastro, conforme a las siguientes consideraciones, de las que se desprenden los hechos litigiosos:

Que la cuestión de fondo propiamente dicha a que se refiere el recurso, arranca de las referidas capitulaciones matrimoniales hechas el 23 de marzo de 1968, a la usanza del Alto Aragón y al amparo de su Derecho privativo, en las que después de determinar el régimen jurídico del matrimonio desde el punto de vista patrimonial, se preceptuaba acerca de la sucesión *mortis causa* de los contrayentes, diciéndose en el pacto cuarto que «...si alguno de dichos futuros cónyuges falleciese dejando sucesión y sin disponer de sus bienes, dispondrá en nombre del que así muera el que de ambos sobreviva con un pariente consanguíneo más cercano de cada uno; y si los dos fallecieren sin disponer de sus bienes dejando sucesión, dispondrán en su nombre sus citados parientes y el señor Cura, que lo sea de la Puebla de Mon, juntos o en su mayoría en ambos casos y para el objeto de nombrar herederos al hijo o hija del contrayente que considere mas conveniente para la casa y familia...», cláusula ésta cuya ejecución y cumplimiento tuvo lugar cincuenta años más tarde y exactamente con la escritura de capítulos matrimoniales de una de las hijas de los dichos otorgantes —que es precisamente la que ahora aparece como recurrente— el día 17 de diciembre de 1958 a cuyo favor se hizo la institución de heredero al darse el segundo de los supuestos que aquella contemplaba, o sea, el de que ambos esposos falleciesen con sucesión, pero sin haber dispuesto ninguno de ellos, de sus bienes, institución y consiguientes capitulaciones que fueron impugnadas a través del correspondiente juicio declarativo, en razón a que en el acto de otorgamiento referido, no intervino pariente alguno de la rama de la madre, porque aquel a quien correspondía renunció a ello expresamente, concurriendo tan sólo el Cura párroco ya citado y un pariente de la parte de la madre, que sin embargo tenía un hermano mayor que él en edad, argumentos impugnatorios que no triunfaron en primera instancia, pero que prosperaron completamente en la apelación interpuesta en la forma que contiene la sentencia recurrida.

Que como fácilmente puede deducirse, los problemas que plantea la indicada cuestión de fondo son fundamentalmente dos: Uno, primero, consistente en saber si para llevar a cabo la designación de heredero por los fiduciarios establecidos, era preciso que interviniesen los tres que decía la escritura inicial, o bastaba por el contrario, con la presencia de una simple mayoría; y otro, segundo, relativo a si al hablarse del pariente consanguíneo más cercano se quiere aludir a cualquiera que estuviese en el mismo grado de parentesco o dentro de este, caso de existir varios, debería entenderse llamado el de más edad: problemas ambos de estricta hermenéutica contractual, conducente a averiguar la verdadera voluntad de los instituyentes que gozaban de plena libertad de manifestación al respecto en el Derecho Aragonés en la época en que se realiza, en virtud del clásico principio *Standum est chartae*, que después se mantuvo para esta materia en el artículo 29 de Apéndice foral de 1925 donde aquella libertad no tiene en realidad otros límites que los relativos a los derechos atribuidos con carácter forzoso por la Ley y los que el propio testador establezcan, siempre que no sean imposibles ni contrarios al Derecho natural y que ha llegado también a la vigente Compilación del Derecho civil de Aragón, de 8 de abril de 1967, según se desprende del contenido del título cuarto de su libro segundo; interpretación que necesariamente habrá de efectuarse utilizando las reglas establecidas en el Código civil, en especial las del artículo 1.281, que tiene carácter previo y preclusivo respecto de los siguientes preceptos, ya que si el tenor literal es claro y no ofrece dudas sobre la intención de los contratantes, se deberá estar al mismo sin que el empleo del procedimiento del artículo 1.282—que el recurrente cita como infringido, aunque no expresó el concepto de la infracción—pueda tener lugar en primera línea, puesto que está establecido sólo para «juzgar de la intención» si ésta no es indubitada, como tampoco puede serlo el del 1.287—también alegado por el escrito de recurso con idéntico defecto procesal que el anterior—, salvo en el caso a que el mismo se refiere, de que existan ambigüedades que haya que interpretar.

Que en el presente supuesto y según puso de relieve la sentencia recurrida, los términos del discutido pacto de 1908, son claros y terminantes en relación con los dos puntos antes relatados expresando, sin duda del menor género, la auténtica voluntad de los que la otorgaron y ello es así porque si de un lado se dice que, dándose los requisitos que allí se mencionan—fallecimiento de los testadores con sucesión y sin haber dispuesto de sus bienes—habrán de ser un pariente consanguíneo por cada rama familiar y el cura párroco del lugar los que dispondrán acerca de la designación de heredero, es incuestionable que se está indicando que serán estas tres personas quienes tendrán que decidir, decisión que se permite, que sea por junto—es decir, por unanimidad—o por mayoría, pero siempre en relación con la intervención de los tres, pues no se habla de asistencia, sino de disposición, en contra de lo cual va abiertamente la idea de una simple concurrencia de dos de los designados, cual en este caso sucedió, y pretende justificar el recurrente, porque nunca habrán podido estar en condiciones de disponer por mayoría si son sólo dos los intervinientes, interpretación literal que se confirma con la teleológica, habida cuenta de la materia a tratar por aquellas personas designadas y el carácter de fiduciarios que se les atribuye a modo de personas de confianza que imprimen al nombramiento un sello personalísimo ajeno por completo a la posibilidad de delegación o sustitución en la representación concedida; del mismo modo que el resto de los llamamientos, en el sentido de que lo fuesen los parientes consanguíneos más cercanos de cada uno no puede significar

nunca que pueden serlo cualquiera de los más cercanos indistinta o indiscriminadamente, sino sólo uno de ellos, con rigurosa evitación de una posible concurrencia de varios, con el inevitable problema de la competencia personal de cada uno de ellos, que no puede ser interpretado, sino en el sentido de que tendrá que ser el más cercano entre todos prefiriéndose al de más edad si existen dos o más que lo sean del mismo grado a la manera como utilizando el medio del artículo 1.287 del Código civil, antes mencionado constató el Tribunal *a quo* recordando que ese mismo fue el criterio tenido en cuenta por la antigua costumbre aragonesa de que se hizo eco, después el Proyecto de Apéndice foral de FRANCO y LÓPEZ, recogiendo una doctrina y práctica que han llegado inalteradas a la actual Compilación de 1967 en cuyo artículo 20 se dice que para la formación de la Junta de Parientes allí preceptuada se preferirá «... en igualdad de grado al varón y en igualdad de sexo, el de más edad...», lo que demuestra que la interpretación efectuada por el Tribunal *a quo*, lejos de ser absurda, ilógica o incorrecta, es perfectamente ajustada a razón y debe predominar por encima de la que arbitrariamente lleva a cabo el recurrente.

Que con otra parte, la argumentación de quien ahora recurre es por sí misma inconsistente, porque al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sostiene que se ha violado en la sentencia que impugna, por no aplicación, la costumbre de la Comarca de Benabarre Graus y Pueblos de Mon y pueblos próximos a la misma, referente a la designación de heredero en la forma que aparece en el acto jurídico objeto de interpretación, extendiéndose después en largos alegatos tendentes a demostrar la vigencia de la susodicha costumbre, que dice ha sido inaplicable por el Tribunal *a quo* al que seguidamente denuncia también por infringir en diversos conceptos unas veces y otras abstractamente sin la necesaria especificación de estos, en contra de lo que dispone la Ley de Enjuiciamiento y esta Sala ha tenido buen cuidado en exigir con puntualidad tanto de Derecho aragonés como del general contenido en el Código civil, todo ello de una manera confusa e imprecisa, que además desconoce el papel que los usos y costumbres juegan en esta materia: en primer lugar, porque existen con plena vigencia la costumbre que alega, cosa que nunca negó, sino que expresamente ratificó la sentencia recurrida, nunca podía ser la norma a que estaba sometida este tipo de sucesión, en el que campeaba—según ha quedado expuesto—la autonomía de la voluntad individual, sirviendo únicamente para aclarar las cláusulas del contrato o acto jurídico, si no fuesen claros y concluyentes; y en segundo término porque como tiene proclamado la reiterada doctrina de esta Sala especialmente contenida en las sentencias de 12 de marzo de 1912, 13 de febrero de 1917 y 24 de marzo de 1947, entre otras muchas, la costumbre a estos efectos es una pura cuestión de hecho, que es necesario probar, y consiguientemente su alegación en este trámite impugnatorio de la apreciación del Tribunal de instancia sólo es posible a través del cauce adecuado en casación del número 7 del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, todo lo cual conduce al mantenimiento de la afirmación de la sentencia recurrida de que es nulo de pleno Derecho al faltar el consentimiento de todas las personas que debían haber intervenido en su otorgamiento, al acto de designación de heredero y, consiguiente capitulación matrimonial de 17 de diciembre de 1958, en cuanto que falta en el mismo el requisito exigido con carácter genérico para toda forma contractual en el número primero del artículo 1.261 del Código civil, lo que conduce a la desestimación de este motivo del recurso.

Que los fundamentos jurídicos que preceden no pueden ser desvirtuados con los alegatos que se hacen en los motivos tercero y cuarto, donde en ambos casos por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento se denuncia respectivamente error de derecho y de hecho, pretendiendo apoyar el primero en la supuesta violación de los artículos 1.218 y 1.248 del Código civil, en torno de la renuncia escriturada y su consiguiente ratificación testifical del fiduciario que no quiso o no pudo intervenir en el acto de designación de heredero de 1958 sin tener en cuenta que el Tribunal *a quo*—al margen de su libre discreción para apreciar la prueba de testigos y de que los documentos dan fe de lo que dicen externamente, pero no acreditan sin más la veracidad de su contenido—no ha negado ni por un instante que aquella renuncia existiese y fuese cierta o indubitada, pues lo único que sostuvo—con pleno acierto, por supuesto—fue el que precisamente por ello, no asistieron al acto celebrado todos aquellos que tenían que haberlo hecho y además que, dada la índole del acto, aquel renunciante no estaba ni podía estar en condiciones legales de delegar en nadie sus privativas funciones, como trató de efectuar y el recurrente pretende respaldar; mientras que el segundo, quíerese justificar con los mismos elementos, es decir, la misma acta en que consta aquella renuncia antes reseñada y desechada la propia declaración ratificatoria a la presencia judicial, actos ambos que por su propia entidad y por el uso y valoración que de ellos se hizo a lo largo del pleito precedente, carecen del indispensable requisito de autenticidad a los pretendidos fines de la casación, razones todas que obligan a la desestimación de los indicados motivos.

Que la presencia de una causa de nulidad absoluta o radical por verdadera inexistencia al faltar uno de los requisitos indispensables de todo acto jurídico cual es el consentimiento en la forma antes expuesta y por lo que se refiere al acto de designación de heredero constante en la escritura pública de 17 de diciembre de 1958, conduce asimismo e inexorablemente a la desestimación del motivo quinto y último, en el que, al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia violación del 1.301 del Código civil, por entender que, desde el día 17 de diciembre de 1958 en que se celebró el acto jurídico que fue objeto de impugnación, hasta la fecha de presentación de la demanda habían transcurrido con exceso los cuatro años que dicho precepto sustantivo establece para el ejercicio válido de la acción impugnatoria, habida cuenta que el legislador se refiere en este precepto, exclusivamente, a la anulabilidad en sentido estricto, mal llamada nulidad relativa, pero no a la denominada también con similar impropiedad nulidad absoluta o simplemente nulidad, que es lo que aquí concurre con respecto de la cual es imprescriptible la acción correspondiente como consecuencia de su propia esencia que expresó el antiguo adagio *quod nullum est nullum effectus producit* al margen por completo de lo que se alegue y de la forma y caracteres que pueda revestir, desestimación particularizada que conduce a la del recurso en su totalidad con los consiguientes pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Comentario.—El Tribunal Supremo parece que, en esta sentencia, se muestra inclinado a responder negativamente a la cuestión de si a falta voluntaria de uno de los fiduciarios llamados a intervenir en el nombramiento de heredero su puesto es ocupado automáticamente por el pariente más próximo de la misma línea que reúna las debidas condiciones, sino que, por el contrario, la

fiducia resulta de imposible cumplimiento. Pero digo que sólo *parece* porque, en efecto, no puede llegarse a tal conclusión estimada como *ratio decidendi*, ya que en el supuesto contemplado falta totalmente la intervención del pariente por línea materna, quien renunció en acta notarial a formar parte de la Junta o Consejo de parientes para que pudiesen hacer el nombramiento de heredero los restantes dos miembros—cura párroco y pariente por la línea paterna—, y, además, el pariente de esta última línea que junto con el párroco designa heredero aunque es uno de los más próximos en grado, no es el de mayor edad.

En síntesis, los hechos son: Los abuelos del actor, don A. P. S. y doña P. B. P. instituyeron heredero al único hijo varón de los cinco habidos de su matrimonio, A. P. B., otorgando capitulaciones matrimoniales con ocasión de su enlace con doña R. L. P., en las que ordenaron la sucesión de éstos, disponiendo: «Que si alguno de dichos futuros cónyuges—esto es, don A. P. B. y doña R. L. P.—falleciese dejando sucesión y sin disponer de sus bienes, dispondrá en nombre del que así muera el que de ambos sobreviva con un pariente consanguíneo más cercano de cada uno, y si los dos fallecieran sin disponer de sus bienes dejando sucesión, dispondrán en su nombre sus citados parientes y el señor cura párroco que lo sea de la Puebla de Mon, juntos o en su mayoría en ambos casos y para el objeto de nombrar heredero al hijo o hija del contrayente (*sic*) que consideren más conveniente para la casa y familia, imponiendo al que nombren las condiciones que estimen y, en especial, la de mantener y dotar en la forma acostumbrada a sus demás hermanos, pues para ello se faculta mutuamente a los contrayentes y fultan a sus citados parientes y señor cura, prorrogando esta autorización por todo el tiempo que sea menester».

Fallecidos los contrayentes don A. P. B. y doña R. L. P. sin haber ordenado la sucesión, es ésta, dispuesta a favor de la hija doña L. P. L., demandada, apelada y recurrente, por don J. M. F. P., cura párroco citado y por sólo un pariente, varón, por línea paterna que siendo de los más próximos en grado no era el mayor en edad, al haber renunciado a intervenir el pariente por línea materna «para que pudiesen hacer el nombramiento los otros dos miembros restantes», quienes así lo efectúan, prefiriendo a dicha hija, casada con labrador y residente en la localidad, a su único hermano varón don A. P. L., demandante, apelante y recurrido, que tenía profesión y vivía fuera de la localidad.

El nudo de la cuestión estriba en el sentido que se dé a la expresión «juntos o en su mayoría» de las capitulaciones en relación con la renuncia del pariente por línea materna, pues es obvio que dos constituyen la mayoría entre tres y la frase «para que puedan hacer el nombramiento los otros dos miembros restantes», contenida en la renuncia del pariente por línea maternal, pudiera entenderse como una adhesión a la voluntad de las otras dos personas, en cuyo caso ya no habría mayoría, sino unanimidad. Una antigua sentencia de 25 de abril de 1858, recogida en la obra de MARIANO RIPOLLÉS Y BARANDA *Jurisprudencia civil de Aragón* (tomo II, pág. 36, Zaragoza, 1897), establece que, nombradas por el testador tres personas para que, juntas o la mayor parte, distribuyesen los bienes de aquél entre sus hijos, debe considerarse válida la donación hecha a uno de éstos en capítulos matrimoniales por dos de aquellas personas nombradas. Frente a ello, cabe alegar que el sentido del Derecho aragonés tradicional es el de que a la Junta para hacer el nombramiento concurren todos los parientes llamados, y claro está que si uno de ellos ha renunciado previamente ya no existe esa concurrencia. Es así, que la Compilación

prevé el modo de cubrir las posibles vacantes (art. 20, núms. 2.º y 116). Y con referencia al Derecho anterior, juega también en el presente caso la importante consideración de que ni siquiera el pariente por línea paterna era el de mayor edad, y sabido es que en igualdad de sexo y grado prevalece la mayor edad. Irregularidad en la composición de la Junta que, unida a las anteriores circunstancias, debieron motivar seguramente la revocación por la Audiencia de la sentencia del Juzgado, y la resolución del más alto Tribunal que, como siempre, da muestras del más ponderado equilibrio.

TESTAMENTO DEL CIEGO EN CATALUÑA. DERECHO ANTERIOR A LA COMPILACION. REALES ORDENES DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1736, LEY 8, TITULO XXII, LIBRO VI DEL CODIGO DE JUSTINIANO, LEY DE 1 DE ABRIL DE 1939, ARTICULO 698 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1969).

No precisa la firma del testador que declara «no poder firmar, desde que no es evidente; si da fe de ello y de su conocimiento el notario y firman los siete testigos, aunque el testador hubiere firmado unos días antes un documento privado.

No se exige la vecindad de los testigos ni se aplica, por tanto, la Ley de 1 de abril de 1939.

El Tribunal Supremo en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio de Vicente-Tutor y Guelbenzu declara no haber lugar al recurso de casación formulado por el actor contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona que revocando parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia de Figueras declaró la validez del testamento de una persona ciega, en las circunstancias que resultan de los siguientes «considerandos»:

Considerando: Que sentado perfectamente en la sentencia recurrida el orden de prelación de las fuentes que regían el Derecho de Cataluña antes de la vigente Compilación, el problema principal a dilucidar en el proceso queda circunscrito a determinar la validez de un testamento otorgado en dicha región por persona aforada que perdió la visión y que no lo firma alegando «no poder firmar, desde que no es evidente», en cuyo otorgamiento ante notario se han cumplido todos los requisitos del artículo 698 del Código civil, siendo así que se ha probado en los autos que unos 55 días antes, y cuando ya sufría el defecto dicho, estampó su firma en un contrato constante en documento privado que celebró en los hoy litigantes; testamento que la sentencia recurrida, revocando la del Juzgado, declara válido y eficaz

Considerando: Que el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la violación en su aspecto negativo por la sentencia del apartado I de las Reales Ordenes de 29 de noviembre de 1636, según el cual deben firmar las partes y «si no supieran, firme por ellas un testigo», de donde deduce que sabiendo hacerlo el testador y no verificarlo, el testamento es nulo; y habida cuenta el tiempo en que las Ordenanzas se dictaron en que no sólo los invidentes, sino la mayoría de los que no sufrían tal defecto eran analfabetos y que, como sostiene la resolución impugnada, las Ordenanzas no introdujeron modificación respecto

del testador del ciego en la Ley 28, de Título XV, Libro VII de la Novísima Recopilación, al no tratarse de un testamento especial, sino de añadir mayores garantías al suncupativo normal, es evidente que al dar el notario fe del conocimiento del testador y de su manifestación de no poder firmar por su invidencia, se han cumplido no sólo todos los requisitos del suncupativo normal, entonces vigentes, sino también las especiales de la doble lectura que exige el citado artículo 698 del Código a que se refiere la nueva Compilación, sin que la firma de un invidente preste mayores garantías al testamento, pues solo acreditaría que la estampó en un documento pero no que éste sea en el que expresó su última voluntad y descartado todo peligro de la suplantación de la persona del testador al dar fe el notario de su conocimiento.

Considerando. Que por las propias razones antes expuestas decae el segundo de los motivos articulados, por el mismo cauce procesal que el anterior, denunciando la interpretación errónea de la Ley del Divino Justino contenida en el Libro VI, Título XXII, Ley octava del Código de Justiniano, con base en que siendo el del ciego un testamento abierto normal con mayores garantías de autenticidad, no cabe en modo alguno prescindirse de la firma del testador que sabe hacerlo, cuando se exige en el normal que practica nuevos requisitos; ya que las disposiciones invocadas nada tratan de la firma del ciego y regulan el testamento nuncupativo, menos formalista, pero exigiendo la concurrencia de mayor número de testigos y demás que aparecen cumplidos en el que se debate; máxime dada la avanzada edad del testador y su ceguera sobrevenida que pudo ocasionarle la imposibilidad de firmar en aquel momento, aunque días antes lo hubiera verificado.

Considerando. Que el tercer motivo, con la misma sustanciación procesal, denuncia la interpretación errónea del artículo 1.253 del Código civil; que no puede prosperar en cuanto la sentencia no se basa en prueba de presunciones y se limita a sostener que guardando conformidad el testamento otorgado el 23 de abril de 1957 con lo pactado en el documento privado de 1 de marzo de igual año, a que antes se ha hecho referencia y que firmó el causante—y con los testamentos anteriores, podría añadirse, que demuestran una trayectoria recta y constante en la voluntad del testador—es totalmente admisible no pudiera firmar al otorgar el testamento por su invidencia como manifestó al notario autorizante.

Considerando. Que el cuarto motivo, por la misma vía formal, alega la violación de la doctrina de las sentencias de esta Sala que cita, que exigen el exacto cumplimiento de todos los requisitos que la Ley exige para el otorgamiento de los testamentos y entre ellos la firma del testador, que sólo puede sustituirse por la de un testigo cuando concorra una manifiesta imposibilidad, de donde deduce que regulado el testamento del ciego en el capítulo de los testamentos abiertos y establecido el artículo 698 una doble lectura, esta es una garantía más a añadir a las del normal, entre las que ocupa lugar preferente la firma del testador; y como quiera que ninguna de las sentencias aducidas hace relación a casos análogos al contemplado y que el artículo 698 no alude lógicamente a la firma por que normalmente los ciegos no pueden firmar y cuando, como en el presente caso, se sabe hacerlo por ser la ceguera sobrevenida, las firmas no son tales, sino dibujos imperfectos de una imagen recordada, como lo demuestra la contemplación de las obrantes en las autos; las solemnidades y garantías del artículo 698 son suficientes para autentificar la voluntad del testador y procede desestimar el motivo.

Considerando. Que el 5.º motivo, también por el número 1.º del 1.692, se

basa en la violación por no aplicación de la Ley del 1 de abril de 1939 en su artículo 2.º, basado en que dos de los testigos instrumentales no estaban averiguados en el lugar del otorgamiento, sin que aseguren conocer al testador y sin que el Notario dé fe de conocer a dichos testigos, de donde deduce que siendo Ley posterior al Código civil de vigencia en todo el territorio nacional, ocasiona la invalidez del testamento; y comoquiera que toda la doctrina y la práctica jurídica está conforme en no ser necesario tal requisito en Cataluña por tratarse de precepto que venía a atenuar la rigidez de la legislación anterior y por ende no puede agravar la especial más benigna de aquella Región, procede desestimar el motivo estudiado.

TESTAMENTO OLOGRAFO. CAPACIDAD DEL TESTADOR. DOLO O FRAUDE. Artículos 663 número 2.º, 666, 673 y 756 del Código civil (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1969).

La capacidad mental del testador, cuya apreciación como cuestión de hecho corresponde al Tribunal de instancia con relación al momento mismo del otorgamiento se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario.

Don J. M. G. murió el 29 de enero de 1963 en estado de casado con doña B. P. G., demandada, apelada y recurrente sin dejar descendientes ni ascendientes, habiendo otorgado un testamento notarial el 25 de abril de 1955, en el que instituyó a su mujer, y otro ológrafo el 1.º de enero de 1962, protocolizado el 7 de diciembre de 1963, en el que distribuía sus bienes entre su esposa y doña C. G. B., demandante, apelante y recurrida, con la que había sostenido relaciones íntimas, manifestando en el mismo: «esta es mi última voluntad libremente expresada, y cuantas disposiciones hubiera en contra de esta última quedan nulas».

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid desestimó la demanda absolviendo de la misma a la demandada, y, estimando la reconvencción, declaró la incapacidad para testar de don J. M. G., en cuanto al testamento ológrafo citado, la nulidad de éste y la incapacidad de suceder de la actora. Apelada por ésta la sentencia, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid la revocó y declaró la validez del testamento ológrafo, con la consiguiente nulidad del abierto anterior, así como la capacidad para suceder de la apelante.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Peral García, desestima el recurso.

Considerando: Que ante el ejercicio de una acción de validez de testamento ológrafo, contenida en el escrito de demanda, se ha aducido por la parte demandada y por vía reconvencional la de nulidad de aquel documento, sobre la base de dos razonamientos jurídicos, consistentes, el primero, en el hecho de que el testador carecía de las condiciones de voluntad e inteligencia exigidas por su validez en el momento del otorgamiento de aquél; y el segundo, en la concurrencia de violencia, dolo o fraude, definidos en los artículos 663 en relación con los 756 y 1.267, todos ellos del Código civil, y es el caso, que habiéndose resuelto el litigio sobre la base de una estimación de la demanda, con desestimación de la reconvencción formulada, se ha lle-

gado a la formalización del presente recurso, para cuyo estudio se han de tener presente como cuestiones previas y básicas que constituyen principios legales y jurisprudenciales, los siguientes: que la capacidad mental del testador se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario: que la apreciación de esa capacidad ha de ser hecha con relación o referencia al momento mismo de otorgamiento del acto testamentario, y que la cuestión de hecho relativa a la sanidad del juicio del testador en cuanto a su apreciación corresponde a los Tribunales de Instancia, principios todos ellos derivados de la reiterada doctrina de esta Sala.

Considerando: Que en el caso del presente recurso, afirmado por el Tribunal *a quo*, como resultado de la apreciación en conjunto de las pruebas aportadas, que «el testador no se hallaba falto de su cabal juicio cuando redactó el testamento, el cual, como consecuencia, debe tenerse como válido y expresión de su última voluntad», se impugna por el recurrente dicha estimación, aduciendo en diversos motivos la infracción por interpretación errónea de los artículos 673 y 676 en relación con otros que señala, todos ellos del Código civil, así como el error de Derecho en la prueba, alegado este último en el motivo quinto de recurso, teniendo muy en cuenta que, según constante y repetida doctrina de esta Sala, la cuestión suscitada sobre la capacidad del testador, constituye una mera cuestión de hecho sometida exclusivamente a la competencia de la Sala sentenciadora, a cuya apreciación ha de estarse sin que contra ellas pueda prevalecer otra impugnación que la fundada en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Considerando: Que el motivo quinto del recurso trata de combatir la sentencia recurrida, denunciando, mediante el error de derecho, las premisas que sienta en orden a la capacidad del testador, y ello no puede tener éxito, ya que por una parte, la redacción del motivo y su exposición lleva en principio una confusión que va contra la precisión y claridad que exige el artículo 1.720 de nuestra Ley procesal civil, y lo que es más importante, y ya de por sí suficiente para su desestimación, que tanto la prueba pericial como la testifical a que hace referencia el motivo, constituyen pruebas libres que por no estar sujetas a normas legales de valoración de prueba, son de la libre apreciación del Juez, y por otra, que en el caso del artículo 1.242 del Código civil, señalado en el motivo, se ha de tener presente, que los Tribunales en ningún caso están obligados a sujetarse al parecer de los peritos, y si bien el mencionado artículo establece que se atenderán en su apreciación a las reglas de la sana crítica, la doctrina de esta Sala, ha declarado a este respecto, al igual que ocurre con la de la prueba testifical, artículo 659 de la Ley procesal civil, también citado en el motivo, que las reglas aludidas no constan en precepto alguno que pueda invocarse como infringido en casación, y como, a mayor abundamiento, aquel dictamen pericial se refiere, como datos básicos de juicio, a supuestos o conjeturas deducidos de examen grafo-patológico de cartas manuscritas, de las que se dice obtener el grado de normalidad e inteligencia del testador en relación con el acto del testamento, es decir, a elementos vagos o meramente hipotéticos, tanto más deficientes para un juicio pericial de mayor o menor trascendencia, cuanto que no era dable el reconocimiento personal del testador, fallecido cinco años antes del dictamen, y como por otra parte, lo que pretende el recurrente no es otra cosa que, mediante su apreciación unilateral de los medios probatorios aportados al litigio, crear supuestos de hecho que pueden encajar en las normas

legales que le interesen, y para ello examina y aprecia por su cuenta la prueba testifical y la pericial, pretendiendo sustituir con su personal criterio el más autorizado de la Sala sentenciadora, y como además se denuncian como infringidos preceptos sobre reglas de sana crítica o de criterio humano, y ello resulta intrascendente a los efectos del recurso, se hace imperativo el decaimiento del motivo.

Considerando: Que la cuestión jurídica que lleva en sí el concepto de «cabal juicio» contenido en el número 2 del artículo 663 del Código civil, es objeto del motivo tercero del escrito de formalización del recurso, que no puede prosperar, por cuanto, el recurrente lo apoya en el doble concepto de «violación» e «interpretación errónea» de aquel precepto citado, alegación conjunta ésta, de dos modos diferentes de infracción, cada uno de los cuales tiene un contenido distinto diferenciado por la propia Ley, y por la doctrina de este Tribunal, y como éste no puede establecer con su criterio cuál sea el concepto infractor que realmente *quiso* el recurrente atribuir a la transgresión del artículo que enuncia, este defecto formal cometido en este trámite decisorio constituye, en virtud de lo dispuesto imperativamente por el artículo 1.720 de la Ley procesal civil, y de la reiterada y sobradamente conocida jurisprudencia de esta Sala, causa bastante para la inviabilidad del motivo, y como el ordinal cuarto está en íntima relación con la cuestión de hecho, que no ha sido combatida con éxito por el recurrente, también ha de perecer.

Considerando: Que la parte demandada, al oponerse a la pretensión de la demandante, ejercita, mediante la reconvención, la acción de nulidad del testamento ológrafo sobre la base de dos razonamientos: el primero, por incapacidad del testador, amparado en lo dispuesto en los artículos 663, caso 2.º, y en el 666, ambos del Código civil, y el 2.º, con apoyo en los 663 en su relación con los 656 y 1.267 del propio Cuerpo legal, por lo que, toda la cuestión debatida en la litis, se limita, por una parte, a la incapacidad para disponer por testamento, y por otra, la nulidad del testamento otorgado con violación, dolo o fraude; siendo así, es obvio que aquella cuestión planteada en los dos primeros motivos del recurso, y que se refieren al contenido normativo del artículo 667, párrafo 2.º del Código civil, en cuanto a la causa ilícita en el testamento, así como a los artículos 1.255, 57 y otros de dicho Cuerpo legal resultan inadmisibles, desde el momento que dichos preceptos hacen relación a cuestiones no propuestas ni debatidas en el pleito, y que como consecuencia, cuando como ahora ocurre, se plantean por primera vez ante este trámite, no pueden ser objeto de resolución por este Tribunal, porque ello implicaría apreciar en casación alegaciones que no se hicieron a su tiempo, con evidente indefensión de la contraparte, por lo que decaen aquellos motivos.

Considerando: Que si la eficacia de un testamento no puede subordinarse a los efectos familiares, casi siempre efímeros, que como sentimientos íntimos escapan a la investigación del juzgador—sentencias de 16 de noviembre de 1918 y 28 de octubre de 1930, entre otras—, y si por otra parte la pretensión de declarar nulo un testamento, por circunstancias como la de haber otorgado otro anterior, es ir contra los preceptos legales y jurisprudenciales, pues el principio de Derecho que la voluntad humana ambulatoria hasta la muerte, se hace indudable que ha de mantenerse la sentencia recurrida, sin que en modo alguno pueda llegarse a una declaración contraria a la que es objeto de dicha resolución, pues aparte de no haber prosperado ninguno de los motivos de infracción que se contienen en el escrito de recurso, es obvio que en ella se ha tenido en cuenta que la validez del testamento integra una presunción,

no judicial, sino del propio legislador, de fuerza igual a la *juris tantum*, y que según regla de hermenéutica jurídica, que por lo elemental y común, tiene el carácter de axioma, tal presunción no puede destruirse sino en mérito de pruebas perfectas y fehacientes, que demuestren que el supuesto de la Ley no se da en el caso de la litis, y como ello no se ha conseguido acreditar en el recurso, se hace desestimable éste, en el que ha de tenerse en cuenta, como consecuencia y a los efectos oportunos lo dispuesto en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

INTERPRETACION DE TESTAMENTO. CONDICION. RESOLUTORIA. MODO.

Artículos 697, párrafo 1.º, 790, 791 y 1.114 del Código civil (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1969).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandante y apelada contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña que revocó la del Juzgado de Primera Instancia de Ribadavia, conforme a lo siguiente.

Considerando: Que la cláusula cuarta del testamento otorgado por don A. F. M., en 22 de noviembre de 1927, decía textualmente: 4.º El testador instituye por herederas de todos sus bienes, derechos y acciones a su sirvienta M. O. A. D. (aquí filiación) y a la sobrina de ésta, M. A. R. A. (filiación y domicilio), quienes como tales herederas cuyas le sucederán en todos sus bienes y derechos bajo las siguientes limitaciones y condiciones: A) Han de vivir precisamente juntas, poseyendo y usufructuando todo su haber en comunidad. B) Durante la vida de las dos no podrán vender lo que hereden del testador, excepción hecha de que la primera, o sea, la M. O., podrá disponer en venta lo que sea preciso a satisfacer las necesidades de la vida de ambas, importe de los gastos de sus funerales y sufragios y otras deudas legítimas, conservando todo lo demás hasta la muerte de una de ellas. C) Al ocurrir el fallecimiento de una de las dos, todo lo subsistente o remanente lo hará suyo en pleno dominio aquella que de las mismas sobreviva. D) Si los padres de M. A. la obligasen a vivir en la casa y compañía de los mismos y accediese a ello, dejando a la tía, perderá entonces la M. A., por este solo hecho, toda su participación en la herencia.

Considerando que la actora y hoy recurrente solicitó fuera declarado que la demandada había perdido su derecho a la herencia, porque, al contraer matrimonio en 1939, marchó a vivir fuera del dominio común incumpliendo la condición A) de la cláusula antes transcrita, por lo que ella devenía única dueña y propietaria de los bienes de la herencia, y desestimada la demanda en la sentencia recurrida respecto al contenido y alcance de la disposición testamentaria, se alza la motivación del recurso.

Considerando que, contra lo argumentado en el primer motivo que, por violación del artículo 500 (digo, 675) del Código civil, al amparo del número primero del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se articula la fijación del contenido y alcance de la cláusula cuarta hecha por el Tribunal *a quo*, no

contraría en forma alguna la voluntad del testador, ya que, tanto porque al establecerse en la misma que se hace la institución bajo las siguientes limitaciones y condiciones, diferencia claramente una institución condicional y otra sub modo, ambas contenidas en diferentes apartados, como porque también resulta claro que la condición establecida en el apartado D), cuyo incumplimiento determinaba la pérdida de la condición de heredero, lo que como sanción a los padres de la menor que, por su edad no estaba en situación de oponerse válidamente a lo que aquellos decidieran y por ello, de acuerdo con la reiterada y constante jurisprudencia de esta Sala, debe prevalecer la interpretación de la Sala de instancia en contra de la edad por el recurrente, debiendo en consecuencia perecer el motivo.

Considerando que el segundo motivo, en que, bajo el mismo ordinal que el anterior, se denuncia la aplicación indebida del párrafo primero del artículo 697 del Código civil y consiguiente violación de los 790, 791 y 1.114 del mismo cuerpo legal, argumenta la existencia real de una condición resolutoria consistente en la vida en común de ambas herederas e inexistencia por tanto de institución sub modo, ya que estima que los efectos de la institución a que persista dicha vida en común, que en forma alguna tiene carácter accesorio, como demuestra el contenido de los apartados B) y C) al permitir el primero la venta de bienes en cuanto sea preciso a satisfacer las necesidades de la vida de ambas, y el segundo, establece que a la muerte de una de ellas, la otra hará suyo en pleno dominio todo lo subsistente o remanente, más ninguno de los citados razonamientos llevan a estimar cometidas las infracciones denunciadas, ya que tanto la limitación de la facultad dispositiva como la adquisición por la supérstite del remanente de los bienes sólo indican que la voluntad del testador fue dirigida a que ambas disfrutaran de la herencia comunitariamente y la sobreviviente adquiriera todo lo existente a la muerte de la otra, con preferencia a otros herederos, ninguno de cuyos supuestos indica fuera ésta la voluntad supeditada a la permanencia de vida en común, que sólo se establece como accesorio y modal como acertadamente la califica el juzgador de instancia, razones por las cuales debe el motivo ser desestimado.

Considerando que la desestimación de los dos primeros motivos con la obligada consecuencia de que permanece intacta la calificación hecha por el Tribunal de instancia de constituir una obligación modal la exigencia de vida en común de las herederas impuesta en el testamento, hace innecesario el examen del tercero, puesto que, argumentado en su sentencia a mayor abundamiento y únicamente para rebatir un argumento de la de primera instancia, cualquiera que fuera su suerte, estimatoria o desestimatoria, no podría influir en el fallo al no ser el considerando en que se contiene base del mismo, razones que llevan a su desestimación y con ella a la del recurso con el resto de pronunciamiento exigidos por el artículo 1.748 de la Ley procesal.

TESTAMENTO POR COMISARIO DE VIZCAYA. CADUCIDAD DEL PODER. ACTOS PROPIOS.—*Ley 3.ª, título XXI del Fuero de Vizcaya. Artículos 19, 41 y 48, y disposición transitoria 1.ª de la Compilación (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1969).*

Caduca, según el Fuero, el poder testamentario que no se ejerce dentro del año y día del matrimonio o mayoría de edad del último de los hijos

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espin, 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 Burgos confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Durango, por los siguientes fundamentos:

Considerando: que el único problema realmente discutido a lo largo del pleito de que trae causa el presente recurso, surge como consecuencia del contrato matrimonial que, al amparo del Derecho privativo de Vizcaya, celebraron los padres de los hoy litigantes el 22 de febrero de 1922, en el que respectiva y reciprocamente se concedieron poder testamentario para cuando faltase alguno de ellos, resultando que la madre falleció el 14 de septiembre de 1949, fecha en que existían varios hijos del matrimonio, el último de los cuales, menor a la sazón, alcanzó su mayoría de edad en 24 de mayo de 1955, a pesar de lo cual el padre no hizo uso del antedicho poder para testar, sino el día 29 de noviembre de 1963 en que realizó diversos actos de donación en favor de algunos de los hijos, concretándose el anunciado problema a la validez de estas disposiciones en relación con la supervivencia o caducidad de aquel poder.

Considerando: que para decidir acerca de la mencionada cuestión es necesario, ante todo, precisar la norma o precepto jurídico con arreglo al que habrá que proceder de entre los que tuvieron vigencia en diversos momentos cronológicos, por tratarse, como al principio se dijo, de una materia comprendida en el marco del Derecho Foral vizcaíno, cuya observancia, tal y como era regulado con anterioridad a la moderna Compilación de 30 de julio de 1959, debe reputarse indiscutible, teniendo en cuenta las fechas que juegan en este caso y lo dispuesto en la Disposición transitoria primera de esta última, según la que «se respetarán todos los derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior, los cuales se declaran subsistentes y producirán sus efectos con arreglo a ella», la cual, para el supuesto que aquí se contempla, está contenida en la Ley tercera, título XXI del Fuero de Vizcaya, que viene, sin embargo, a coincidir fundamentalmente con lo dispuesto en el artículo 19 de la vigente Compilación, que en definitiva se inspiró en aquél, estableciéndose el pazo tope de un año y un día desde que se casa el menor de los hijos o alcanza la mayoría de edad, salvo que se hubiese concedido otro superior voluntariamente, excepción que permite la segunda, es decir, el texto compilado, pero que no fue autorizada por el Fuero, lo que obliga, dada la fecha de las Capitulaciones, a estimar caducado el poder testatorio que no se ejerce dentro del año y un día del matrimonio o mayoría de edad del último de los hijos, que aquí había sido superado con creces —desde 1955 hasta 1963—, por lo que carece de fundamento la denuncia que se formula en el motivo primero.

del recurso, en el que al amparo del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil se alega violación del artículo 19 de la Compilación del Derecho civil de Vizcaya y Alava, de 30 de julio de 1959, que el Tribunal *a quo* se limitó a aplicar rectamente por lo que el motivo debe ser desestimado, suerte que igualmente tiene que correr el segundo, en que por el mismo cauce procesal se sostiene que fueron violados los artículos 41 y 48 del propio texto legal de Vizcaya, que no hacen sino señalar las características del régimen familiar de bienes en dicha región y la importancia de las capitulaciones matrimoniales, que en manera alguna pueden servir para derogar la norma relativa al plazo en que el Comisario puede ejercitar el poder testatorio que se le hubiese concedido.

Considerando: que en el motivo tercero y también por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, se alega violación de la doctrina contenida en el principio general del Derecho, según el que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, que fue elaborado y constantemente aplicado por la Jurisprudencia de esta Sala, como evidencian las sentencias —entre muchas— recogidas en el escrito de formalización, por entender que la un día actora y hoy recurrida tendría —de haber obrado en consecuencia— que haber rechazado totalmente las estipulaciones contenidas en las escrituras de donación que impugna, puesto que aceptó parte de los efectos de aquellos actos dispositivos que no pueden ser válidamente desmembrados para rechazar otra parte de los mismos de imposible prosperidad, porque como muy acertadamente dijeron los juzgadores de instancia, la caducidad del poder testatorio a que antes se hizo referencia, lleva consigo la nulidad radical y absoluta —a causa de inexistencia por falta de consentimiento— de los actos jurídicos reflejados en las escrituras en que el Comisario hizo uso de aquel poder, carente ya de toda virtualidad a partir del 22 de mayo de 1956, nulidad que implica la improductividad de eficacia, porque de acuerdo con el antiguo adagio *quod nullum est nullum effectum producit* y que impide la aplicación de la doctrina y principio general invocados, según proclamó con idéntica reiteración y constancia la jurisprudencia que ahora se invoca como infringida.

Considerando: Que en el cuarto y último de los motivos formulados y por el mismo cauce que hasta aquí utilizó el recurrente del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se alega violación del 1.964 de nuestro primer Código sustantivo referente a la prescripción, que se estima producida para las acciones personales que no tengan señalado término especial por el de 15 años que el recurrente pretende aplicar en este caso, respecto de los frutos, rendimientos, intereses y productos de los bienes que se ordenó judicialmente aportar a la masa hereditaria, alegato y cuestión a que afecta que son completamente nuevos en cuanto que para nada fueron aducidos a lo largo del período expositivo del juicio del que se origina este recurso, donde, por tanto, no pudieron ser debatidos, con lo que se incide en la causa de inadmisión del número 5º del artículo 1.728 de la Ley procesal, que en el presente trámite lo es de desestimación, que lleva consigo la del recurso en su totalidad, con los inevitables pronunciamientos del artículo 1.748 del propio texto legal.

NOTA.—La Ley 3.ª, título XXI, del Fuero de Vizcaya, en la parte que interesa, dice así: «Por ende que establecían, que el tal poder y comisión vallesse; con que los Comissarios, puedan hacer la elección, y institución, y nom-

bramiento de heredero o herederos, si los hijos o descendientes, o profincos, é tronquero del testador, fueren al tiempo que el testador fallece de edad de poderse casar; y en tal caso tengan los tales comissarios término de año, y día, para hacer la tal institución o instituciones: Pero si los tales hijos, o successores fueren de edad pupilar, los comissarios tengan término para instituir todo el tiempo que los tales hijos, ó successores, fueren menores de edad y disposición de se poder casar, é dende un año cumplido, y dentro de este término, en cualquier tiempo que ellos quisieren, hagan la tal elección, ó institución». Parece que el término es imperativo, sin que el testador pudiera señalar otro (Cfr. ANGULO LAGUNA, D.: «Derecho privado de Vizcaya», Madrid, 1903, pág. 197), a diferencia de lo establecido en el artículo 19, párrafo 2.º de la Compilación.

NULIDAD DE TESTAMENTO ABIERTO. CAPACIDAD DEL TESTADOR. JUICIO DEL NOTARIO. *Artículos 663, núm. 2, 666 y 695 del Código civil.* (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1969)

La capacidad del testador ha de ser apreciada con referencia exclusiva al tiempo de otorgarse el testamento.

El juicio del notario cerca de la misma no vincula al Tribunal en caso de litigio.

La fuerza probatoria del documento notarial se extiende sólo a lo que el fedatario presencie, pero no a lo que opine ni a la verdad intrínseca de las declaraciones que ante el mismo se hagan.

Declarada la nulidad de un testamento notarial abierto por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, revocando la del Juzgado de Primera Instancia de Utrera, que había mantenido su validez, el Tribunal Supremo en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Ermino Aguado González, declara no haber lugar al recurso de casación formulado por la parte demandada y apelada en méritos de las consideraciones que siguen.

Considerando Que, en el primer motivo del recurso, se acusa, con apoyo en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley procesal, error de Derecho, en la valoración de la prueba, denunciándose como preceptos legales, infringidos por violación, los artículos 1.214 y 1.242 del Código civil y el 610 de la Ley de Enjuiciamiento; la tesis defendida en el mismo es la de que, siendo la apreciación de la capacidad del testador, un problema de índole fáctica para cuya solución se precisa de asesoramiento técnico, se observa en el pleito la ausencia de toda prueba pericial que arroje luz sobre ese extremo; aunque la observación responda a la verdad, hay que tener en cuenta, para decidir sobre la pertinencia del motivo: 1.º Que, en el caso particular del pleito, concurren especiales circunstancias que hacen muy problemática la posibilidad de practicar tal prueba, según y conforme se reglamenta en el ordenamiento procesal, por el hecho de que el testamento impugnado se otorgó más de diez años antes del óbito del causante y cómo la capacidad del testador, conforme a lo dispuesto en el artículo 666 del Código civil, ha de ser apreciada con referencia exclusiva al tiempo del otorgamiento de aquél, ni era factible—como no lo es nunca, en pleitos de esta naturaleza que se suscitan una vez fallecido el testador—realizar el reconocimiento pericial, con asistencia de las partes, tal y como la Ley lo

prescribe, ni posible prescindir de las declaraciones técnicas emitidas en actuaciones distintas, pero cercanas al tiempo con referencia al cual ha de ser apreciada la capacidad del testador, y que, al ser ratificadas en el pleito actual, desdibujan la prueba de peritos, para aproximarla, procesalmente, a la de testigos, aun cuando conserven los deponentes una razón de ciencia de su dicho, de apreciación técnica y no de observación vulgar. 2.º Que la valoración de las pruebas practicadas en juicio es facultad que corresponde a los Tribunales de instancia y sólo impugnabile en casación, cuando se demuestre la existencia de error de hecho o de derecho, dentro del severo marco que, al efecto se establece en el número 7 del artículo 1692 de la Ley de enjuiciar, y en el que no se encuentra la mera denuncia de que debió proponerse y practicarse un determinado medio de prueba, máxime si, quien hace la alegación, pudo, a su vez, servirse del mismo y no lo hizo, como ocurre en el caso de autos. 3.º Que lo acusado en el motivo no es viable, ya que el error de derecho se produce al valorar la prueba, si se infringe alguna norma legal que tal valoración regule y, en el motivo que se examina, las normas cuya infracción se denuncia no tienen tal carácter, pues el artículo 1.214 del Código civil se refiere a la atribución de la carga de la prueba, siendo denunciabile sólo por la vía del número 1.º del artículo 1692 de la Ley procesal, y los artículos 1.242 del Código y 610 de la Ley riuaria no imponen la prueba de peritos, sino que admiten la posibilidad de la misma, con un carácter «limitativo» en la Ley substantiva y simplemente «permitivo» en el Ordenamiento procesal, todo lo que, al poner de relieve a falta de consistencia el motivo impone su desestimación.

Considerando: Que análogas razones a las expuestas sirven para analizar, del motivo segundo del recurso en que, por la misma vía, se denuncia error de derecho, citándose como violados los artículos 570, 577, 611, 612, 616, 626 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento civil, todos referentes a la práctica de la prueba que el recurrente estima que no debió omitirse, dado el objeto del pleito; pero es de observar: A) Que los preceptos legales que se citan como violados, tampoco son valorativos de prueba, sino de señalamiento de trámites y formalidades para llevarla a cabo, o sea, de índole exclusivamente procesal y ajenos, por tanto, a la cuestión de fondo B) Que, como evidente aparece, que si ninguna de las partes propuso la práctica de prueba pericial, el Juzgado no pudo admitir ni acordar que se llevase a efecto y, por tanto, no cabe denunciar, con éxito, la inaplicación de normas referentes a los ritualismos de una prueba que el Juez no podía ordenar de oficio, salvo que lo hubiese estimado oportuno, como diligencia para mejor proveer, en la que, por ministerio de la Ley, no cabría ninguna clase de recursos.

Considerando: Que en el motivo tercero y por idéntica vía se acusa error de derecho, con violación de los artículos 1.248 del Código civil y 659 de la Ley procesal, ambos referentes a la prueba de testigos, pero tales disposiciones, según con harta reiteración, tiene establecido esta Sala, no son tampoco valorativos de prueba, y sólo implican una advertencia, por vía de recomendación o consejo y no una orden, dada para su observancia, a los Jueces y Tribunales, respecto a la estimación de tal prueba y, por tanto, ésta sólo compete a los Tribunales de instancia, sin posibilidad de combatirla eficazmente, en trance de casación.

Considerando: Que en el motivo cuarto y una vez más al amparo del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de trámites, se denuncia error de hecho que se supone cometido en la apreciación de la prueba y se señala, para acreditar el mismo y en calidad de actos auténticos, el que el señor M. M., o sea,

el testador, prestase confesión judicial, en un procedimiento anterior y distinto, pese a haberse presentado en el mismo un certificado médico acreditativo de que padecía «amnesia consecuente a esclerosis cerebral», pero si el acto o documento auténtico, para su eficacia en casación, ha de acreditar, por sí mismo, lo contrario de lo que el Tribunal haya admitido o declarado, es obvio que no siendo vinculante para un Tribunal lo resuelto por un juzgador anterior, en pleito distinto, sobre la posibilidad de practicar o no una prueba, en razón al estado psíquico de quien comparece para evacuarla, patente resulta la ineficacia de la invocación que se hace, al fin que se persigue y que, por tanto, este motivo tampoco puede prosperar.

Considerando: Que en el motivo quinto, agotando la vía del número 7 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia error de derecho en la valoración de la prueba, con denuncia de la infracción del artículo 1.232 del Código civil, por falta de aplicación, y la de los artículos 1.249 y 1.253 del mismo Cuerpo legal, por aplicación indebida, aquí se sostiene la tesis de que, habiendo reconocido la actora que, pese al tiempo transcurrido, entre el comienzo de la enfermedad que atribuye a su padre, a la razón de otorgar testamento y al óbito del mismo, no adoptó resolución ni inició procedimiento alguno para lograr la adopción de medidas precautorias, atinentes al caso, por lo que el Tribunal sentenciador debió estimar que, tal omisión, implica el reconocimiento de la capacidad de aquél. También aquí falta la debida coordinación, entre los antecedentes de que se parte y la consecuencia a que se llega, siendo de resaltar: A) Que el Tribunal no niega ni desconoce lo confesado por la actora al respecto, pero estima—como aceptable cautela—que su inacción pudo obedecer a otras razones atendibles y no a la que intenta imponerse como única, del reconocimiento de la sanidad mental de quien, ahora, se aduce que estaba enfermo y en situación de ineptitud para poder testar. B) Que la confesión sólo es eficaz tratándose de hechos personales, pero no para acreditar la situación de terceras personas, en orden a su capacidad, lo que requiere pruebas ajenas al convencimiento «subjetivo» de quien la alega o rechaza sólo por su observación personal, desprovista de toda solvencia, en el terreno científico. C) Que, en el caso presente, el Tribunal ni hizo aplicación de la prueba de presunciones y por ello no cabe contradecir la presunción no hecha y menos por el cause que se emplea, ya que el artículo 1.253 del Código civil no contiene, tampoco, norma alguna de valoración probatoria, y la denuncia de su infracción sólo puede hacerse apoyándose en el número 1 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando: Que el motivo sexto del recurso y único planteado por el cauce del número 1 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, arguye interpretación errónea del artículo 663, número 2.º, del Código civil, y de las sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 1928 y 10 de abril de 1944, entendiendo el recurrente que, una vez proclamada por el notario autorizante, la capacidad del testador, no debió la Sala estimar lo contrario, al no existir pruebas directas y decisivas, para ello; pero, a tal argumentación es de oponer: A) Que conforme a lo dispuesto en el párrafo último del artículo 695 del Código civil, en el testamento abierto «el Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento» y, si bien esta apreciación del fedatario tiene verdadera importancia y ha de ser vista por el Tribunal, con toda la consideración que merece, por la calidad de quien la formula y el examen coetáneo del testador, que implica, ello no quiere decir que vincula al juzgador, en caso de litigio, ya que, conforme al precepto

transcrito, el notario se limita a exponer su propio juicio, y si éste no concuerda con el que formula, en caso de litigio, el Tribunal de instancia, señalando los hechos que estime probados, tras de examinar las alegaciones y pruebas presentadas por las partes, la aseveración del juzgador, sobre tan delicado extremo, sólo será combatible en casación, a través del número 7 del artículo 1.692 de la Ley procesal, y, en tal trance, el aserto notarial—pese al respeto que, en principio merece—no puede ser estimado como documento o acto auténtico que demuestre, por sí mismo, la equivocación evidente del juzgador, lo que a tanto equivaldría como a hacer el pleito inútil o baldío; por otra parte, y como presunto error de derecho, denunciabile por infracción del artículo 1.218 del Código civil, tampoco sería prosperable, puesto que, la fuerza probatoria del documento notarial se extiende a lo que el fedatario «presencie», pero no a lo que «opine», ni a la verdad intrínseca de las declaraciones que ante él mismo se hagan; y si el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de trámites, no sería apto para la denuncia, en casación, de una infracción de Ley por no plegarse el Tribunal a lo que el notario declaró, en orden al juicio formado por el mismo, sobre la capacidad de testador, tampoco es prosperable la que, en el caso actual, se aduce como cuestión de fondo, por interpretación errónea de un precepto y de una doctrina, respecto a los cuales ningún problema exegénico, se ha planteado en la litis, ni ha tenido que ser resuelto por el Tribunal sentenciador, por lo que también se impone la desestimación de este motivo final.

Considerando: Que en razón a cuanto queda expuesto y al no poder acogerse ninguno de los motivos articulados, procede declarar que no ha lugar al recurso interpuesto, y ello con los pronunciamientos que resulten pertinentes entre los que se consignan en el artículo 1.748 de la Ley procesal civil.

PRETERICION. HIJA NATURAL. Artículos 814, 763 y 817 del Código civil (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1969).

Es preterición la omisión de la hija natural del testador, nacida antes de la muerte de éste, del que recibió donaciones, aunque su condición legal como natural le haya sido reconocida por sentencia firme posterior al testamento y fallecimiento del causante.

La preterición o desheredación han de resultar exclusivamente del testamento, sin que quepa relacionarlas con acto alguno entre vivos.

Para aplicar el artículo 817 del Código civil es preciso que el legitimario reciba en el testamento cantidad inferior a su legítima.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, desestima el recurso interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba, declarando la nulidad de la institución de heredero por preterición. Es de notar que el causante murió en estado de soltero sin descendientes—salvo la actora—ni ascendientes. El demandado, instituido heredero, mantuvo a lo largo de la «litis» que se trataba de preterición intencional asimilable a la desheredación tácita, pues la actora había recibido

donaciones del causante, quien, no obstante, se había negado a reconocerla. Tesis que la Sala no acoge en los siguientes Considerandos.

Considerando: Que el primero de los motivos del recurso, seguido por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega como concepto de infracción, la aplicación indebida del artículo 814 del Código civil, en su redacción primitiva, aplicable, según afirma, a los hechos de autos, por ser anteriores a la Ley de 24 de abril de 1958, y ha de oponerse al mismo que el juzgador, tanto en la primera como en la segunda instancia, que recoge sustancialmente los fundamentos de la anterior, aplica el mencionado precepto legal en su actual redacción, citando la Ley que reformó el mismo, si bien razona que también antes de ésta habría de producirse la consecuencia jurídica de la preterición del único heredero forzoso del testador, es decir, que tal resolución, dados los hechos que el juzgador sienta, es la procedente, ya se hubiera aplicado el artículo que se examina en su redacción anterior a la citada reforma legal, bien conforme a esta última, y es adecuada la doctrina legal que se invoca a esta modificación, y debiendo radicar el vicio que se alega en no ser el precepto aplicado el adecuado al supuesto que se contempla, su infracción sólo podría encuadrarse en su violación, por la existencia de contradicción entre lo ordenado por él mismo y lo estimado en la sentencia, o en la errónea interpretación del artículo aplicado, que sólo se da si al hacer el Tribunal la exégesis del mismo incurrió en dicho vicio, más en este caso debe señalarse que nacida la hija del testador antes del fallecimiento de éste, aunque su condición legal como natural le haya sido reconocida por sentencia firme posterior a su testamento y fallecimiento, la doctrina sostiene que tal omisión del heredero forzoso implica la preterición que menciona el artículo 814 del Código civil, sea que el heredero forzoso viva al otorgarse el testamento, bien que nazca después de éste y antes de la muerte del testador (*cuasi póstumo*) o que nazca después del mismo (*póstumo*) y establece los términos claros a los que debe aplicarse la anulación de la institución de herederos, sin perjuicio de la validez de las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas, y así lo declara la sentencia de 17 de junio de 1908, no refiriéndose exclusivamente en concepto de herederos forzosos a los hijos legítimos, sino que también reconoce dicha condición a los hijos naturales conforme a sentencia de 27 de febrero de 1909; dicha doctrina proclama igualmente que la desheredación o la preterición han de resultar exclusivamente del testamento, por ser éste la expresión más solemne y única de quien dispuso de sus bienes para después de su muerte, evitando dejar dicha voluntad en las sombras y oscuridad, sea que ésta dimanase de ignorancia o de propósito deliberado de burlar los derechos que la Ley le reconoce, pues todas estas hipótesis sobre la posible causa de la omisión del heredero forzoso desvirtúan la fuerza y eficacia moral de dicha voluntad presunta, y justificada la anulación de la institución de herederos conforme al artículo que se examina, por lo cual no cabe relacionar dicha circunstancia de preterición con acto alguno intervivos; por otra parte, la doctrina afirma que el precepto aplicado, 814 del Código civil, no autoriza ninguna interpretación en cuanto a las consecuencias de la preterición en testamento de dichos herederos, cual ocurre en este caso, respecto a la actora, única heredera forzosa del testador, dando lugar el supuesto de preterición a la sucesión intestada, sin necesidad de acudir, para hacer la declaración de única heredera forzosa, a otro procedimiento, ya que la materia debatida está íntimamente ligada a dicha declaración, de acuerdo a la doctrina de esta

Sala, ajustándose, por tanto, la sentencia al artículo referido en su redacción actual, cual lo sería respecto a la precedente, lo que determina la inexistencia del vicio que en el motivo se denuncia y da lugar a la desestimación del motivo examinado.

Considerando: Que la desestimación del anterior motivo lleva consigo la del siguiente, amparado en el mismo número que el anterior, el cual alega la violación del artículo 663 del Código civil, en relación con el artículo 814 del mismo, pues el artículo primeramente citado parte del supuesto de que el testador no tuviese herederos forzosos, y en este caso, tenía una hija, cuya condición de natural ha sido declarada en virtud de sentencia firme, no pudiendo aceptarse que los efectos de tal declaración hayan de referirse sólo a la posterioridad de la sentencia, puesto que sus derechos arrancan de la generación, y en segundo término el intentar apoyarse en la que afirma ser la voluntad del testador opuesta a dejar por sucesión hereditaria cosa alguna a su hija natural, esta presunta voluntad carece de toda eficacia si no aparece del propio testamento, y es esta omisión la que, sea cualquiera el motivo, sanciona el artículo 814 del Código civil, con la anulación de la institución de herederos en los términos antes señalados y debe, por tanto, ser desestimado el motivo que se examina.

Considerando: Que el último de los motivos del recurso, seguido por el mismo cauce procesal se basa en la violación del artículo 817 del Código civil, el cual se dirige a la salvaguardia de la legítima del heredero forzoso, por lo que ha de partirse siempre de que el testamento ha dejado a éstos cantidad menor que la que legitimariamente les corresponde y les otorga la facultad de pedir el complemento de ésta, y este precepto legal es aquí inaplicable, pues para serlo habría de haber sido tenido en cuenta el heredero en el testamento y no le concedió la porción legítima, mientras que el artículo aplicado, 814, se basa en la absoluta omisión del heredero o herederos forzosos con la consecuencia anulatoria antes referida.

Comentario: La distinción entre preterición errónea e intencional, recogida en las Compilaciones catalana (art 141) y aragonesa (art. 122), ha tratado de ser aplicada por un prestigioso sector doctrinal al Derecho común (Cfr.: Roca SASTRE: *Notas al Tratado de Derecho civil de Ennecerus*, tomo V, vol. 2.º, páginas 287; DE LA CÁMARA ALVAREZ: *El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, «R. D. N.» núm. 7, 1955, páginas 7-88, especialmente págs. 64-81; VALLET: *El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de la preterición en los Derechos civiles españoles*, «A. D. C.», 1967, XX-1, págs. 3-116, especialmente págs. 49-52 y 91-95; ALBALADEJO: *Para una interpretación del artículo 814, párrafo 1.º, del Código civil*, «R. D. P.», diciembre 1967, tomo LI, págs. 1.023-1.048), si bien no ha faltado quien haya mostrado sus reservas (GARCÍA BERNARDO: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, «A. D. C.», 1969, XXII-2, páginas 313-381, especialmente, págs. 363-368), con la consecuencia de que la preterición errónea debería producir la nulidad *total* del testamento (no sólo de la institución de heredero) y la intencional, equiparada a la desheredación injusta, originaría únicamente la nulidad de las disposiciones que perjudicasen a la legítima del preterido. El profesor ALBALADEJO mantiene que el espíritu del artículo 814, párrafo 1.º, del Código civil no es el de anular toda la institución de heredero, sino sólo la parte que sea dañosa para el preterido; es decir, se

salva de la nulidad la parte de la institución que, según se deduzca de la voluntad del testador, se habría establecido aun habiendo instituido al preterido. Tal tendencia no ha triunfado en la jurisprudencia por el momento, ni parece pueda aplicarse sin distinguir los diversos supuestos según la concurrencia entre el legitimario preterido y los demás herederos, quienes, a su vez, pueden ser legitimarios o no, y en el primer caso, de preferente, igual o inferior condición que el preterido.

Por ello, conviene destacar que en el caso debatido el conflicto se plantea entre la única legitimaria, hija natural del testador, y un heredero voluntario. No se dice ni se desprende de la sentencia que el ejercicio de la acción de reconocimiento judicial se iniciase antes de otorgar el testamento o, al menos, en vida del padre, aunque en principio parece fácil que fuera esto último por el carácter excepcional del artículo 137 del Código civil. Quizá podría estimarse que la sentencia comentada choca con el carácter constitutivo de la sentencia relativa al reconocimiento del hijo natural y su eficacia irretroactiva (Véase ALBALADEJO: *El reconocimiento de la filiación natural*, Bosch, 1954; *Contenido, naturaleza y caracteres del reconocimiento de la filiación natural*, «R. D. N.», números 1-2, diciembre 1953, págs. 153-254, especialmente, págs. 241 y 249). Pero frente a ello cabe pensar que no hay absoluta unanimidad en estimarla constitutiva, que aun calificándola así, al poder ejercitarse después de la muerte del padre ha de ser con un interés, y éste puede ser muy bien la adquisición hereditaria, secuela de los deberes de la paternidad, que el Derecho hereditario es consecuencia ineludible del estado civil atribuido al hijo y, por último, que no hay incompatibilidad entre ese carácter constitutivo y la retroacción de los efectos sucesorios al momento de la apertura de la sucesión (Cfr.: DÍEZ PICAZO: *Reclamación de la filiación natural*, sentencia de 29 de noviembre de 1958, «A. D. C.», 1959, XXII-4, págs. 1.415-1.425; *De nuevo sobre reclamación de la filiación natural*, «A. D. C.», 1962, XV-1, págs. 205-232, especialmente pág. 224). Es posible entender que mientras está abierta la reclamación judicial por no haber caducado la acción correspondiente, existe un estado civil provisional, carente de firmeza, en cuanto sujeto a rectificación, impugnación o revisión; además, la sentencia que atribuye la paternidad lo hace teniendo en cuenta fundamentalmente hechos ocurridos y actos del padre realizados en un momento determinado, al cual no repugna extender la eficacia de consecuencias ulteriores (v. gr.: por muerte del mismo padre), siendo digna también de considerar la aplicabilidad del llamado reconocimiento incidental de la paternidad natural (Cfr.: F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, II-1, pág. 87; DÍEZ DEL CORRAL: *El reconocimiento incidental de la paternidad natural*, «A. D. C.», 1968, XX-3, págs. 551-577). En suma, no vemos razones suficientes y mucho menos las de índole exclusivamente dogmáticas, para no felicitarse por la decisión jurisprudencial que señala cauce abierto a la plena efectividad de los deberes paternos.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

LOS DESLINDES DE TERMINOS MUNICIPALES Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1970.

I. INTRODUCCIÓN.

Reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha fijado los principios a que debe ajustarse la Administración al resolver los procedimientos de deslinde y los elementos probatorios de distinto rango que han de ser tenidos en cuenta. En atención a los mismos, nos encontramos:

A) En primer lugar, con la necesidad de acudir a los actos de deslindes practicados con anterioridad. En sentencia de 7 de marzo de 1932, se dice: «La línea divisoria de dos términos municipales, debe fijarse atendiendo sólo a la posición de hecho en el momento de la operación, corroborado constantemente por la jurisprudencia de este Tribunal, que en varias sentencias, entre otras, en la de 30 de mayo de 1930, tiene declarado que esa posición se acredite en primer término atendiendo a lo que resulte de deslindes anteriormente practicados».

En sentencia de 23 de septiembre de 1935, que «según ha declarado esta Sala en repetidas resoluciones, cuando se trata de cuestiones sobre deslindes debe atenderse, no sólo con preferencia, sino exclusivamente, a lo que resulte de las operaciones practicadas con anterioridad con el mismo objeto».

Otra de 2 noviembre de 1953, dice: «En aplicación de la doctrina de este Tribunal en diversas sentencias, entre ellas las de 23 de octubre de 1902, 15 de noviembre de 1928, 4 de junio de 1941 y 17 de abril de 1951, la primera regla a la que hay que atenerse para conocer cuál sea la línea divisoria entre dos términos municipales, es la de respetar lo que resulte de anteriores deslindes».

En análogo sentido se pronuncian, entre otras, las sentencias de 23 de agosto de 1902, 1 de marzo de 1932, 7 de julio de 1952, 27 de noviembre de 1953, 26 de mayo, 16 de junio y 13 de noviembre de 1954.

B) En segundo lugar, la jurisprudencia aconseja acudir al informe de los Ingenieros técnicos del Instituto Geográfico y Catastral, informe que, en modo alguno tiene un valor decisivo. La jurisprudencia ha reducido su valor a sus justos límites. Por ejemplo, en sentencia de 8 de octubre de 1955, considerando 3.º, se dice: «Que sin desconocer la importancia de la actuación de los Ingenieros Geógrafos que por su especialidad están llamados en la Ley para arbitrar los deslindes sobre el terreno y a la vista de los antecedentes facilitados por los Ayuntamientos respectivos, es indudable que su dictamen, como toda prueba pericial, se halla sujeto al examen y calificación del Tribunal que es a quien corresponde definir el Derecho controvertido,

ponderando los diversos medios justificativos alegados por los interesados dentro del rango valorativo que les asigna la jurisprudencia».

No tiene, por tanto, dicho informe, mayor valor que cualquier otra prueba pericial, sometida a la libre apreciación del órgano que ha de decidir, y, por consiguiente, con anterioridad, del órgano que ha de emitir dictamen.

C) Que otros elementos probatorios que hay que tener en cuenta lo constituyen «los libros del Registro de la Propiedad, los amillaramientos y todo lo referente a la tributación y a la Hacienda Pública». Así lo dice la sentencia de 13 de octubre de 1953. Otras, como la de 24 de abril de 1952, insiste en el valor de las inscripciones registrales, y, en la de 13 de mayo de 1955, se afirma: «Que para los efectos de la Contribución Territorial, rústica y pecuaria, a tenor del artículo 16, párrafo 3.º, del Reglamento de 30 de septiembre de 1885, las fincas que radiquen en términos distintos se entenderán correspondientes al pueblo en que desde más antiguo hayan venido contribuyendo».

Un resumen de esta doctrina jurisprudencial se encuentra recogido en la de 7 de octubre de 1948, al decir: «Que a tenor del criterio mantenido por este Tribunal Supremo para decidir cuestiones sobre deslindes de términos judiciales entre Municipios, y señalar con precisión el territorio correspondiente a cada uno, tienen valor probatorio en primer lugar, los documentos relativos a anteriores deslindes, como más análogos a lo que es objeto de debate; después, aquéllos otros que, sin ser propiamente de deslinde, expresan de un modo preciso que el terreno materia del litigio, se halla en jurisdicción de alguno de los Municipios contendientes, y, por último, las inscripciones de fincas y restantes pruebas, más o menos directas que contribuyen a formar juicio sobre el asunto concreto discutido».

Vamos a examinar el valor de cada uno de estos criterios, según la reciente sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1970, de que fue ponente el excelentísimo señor don José Trujillo Peña. En esta sentencia se sienta una correcta y precisa doctrina.

II. LOS DESLINDES ANTERIORES.

El primero de los criterios a que ha de acudir, con exclusión de cualquier otro, es el resultado de deslindes anteriores.

Ahora bien, cuando la jurisprudencia sienta este criterio básico lo hace refiriéndose a aquellos deslindes que tienen como finalidad la delimitación de los términos jurisdiccionales, y no a los que se practican con cualquier otra finalidad, como la formación del Catastro parcelario o la de cumplir la Ley para la publicación del Mapa de 30 de septiembre de 1870.

Así, por ejemplo, una sentencia de 5 de octubre de 1964. Con anterioridad, una sentencia de 23 de abril de 1960 había establecido que «no se puede estimar que se trate de un deslinde jurisdiccional el levantado, porque ese deslinde tuvo un objeto distinto (del jurisdiccional, es decir, de la fijación de términos), la formación de un plano para publicar el Mapa ordenado levantar por el Regente del Reino en 1870 (se alude a la disposición de 30 de septiembre de dicho año)».

Y la de 23 de febrero de 1957, dice que «según se expresa en las correspondientes actas, cuyas certificaciones fueron acompañadas a la demanda, dichos deslindes se practicaron en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley

para la publicación del Mapa de 30 de septiembre de 1870, y la de 23 de marzo de 1906, sobre formación del Catastro parcelario de España, lo que demuestra que la finalidad de las referidas operaciones fue extraña por completo a la demarcación jurisdiccional de términos municipales a la fijación de la línea divisoria».

Y asimismo se lee en la sentencia de 2 de noviembre de 1953, que «si se tiene en cuenta que el acta expresa textualmente que se procedía a la operación «en cumplimiento de la Ley de 27 de marzo de 1900 sobre formación del catastro de la riqueza territorial y establecimiento del Registro fiscal de la propiedad», queda con ello evidenciado que la demarcación que se señaló no tuvo otros efectos que los de orden contributivo y catastral, sin propósitos ni resultados verdaderamente jurisdiccionales y sin posibilidad de variar la línea de término que entre los pueblos limítrofes se había fijado con plena anuencia de los mismos».

En España se han realizado deslindes de términos con una finalidad distinta de la de fijar la jurisdicción administrativa que a cada uno de ellos corresponde sobre los terrenos de adscripción dudosa. Unas veces, ello ha sido justificado por el intento de formar mapas geográficos, sin ulterior finalidad otras, con el designio de, a través de dichos mapas y deslindes, confeccionar registros catastrales de naturaleza fiscal.

En uno y otro caso, las normas que configuraron las respectivas actividades cuidaron de respetar el carácter no jurisdiccional de las medidas, y existe constante jurisprudencia que destaca las diferencias de régimen, finalidad, procedimiento y efectos de estos deslindes, en relación con el verdaderamente jurisdiccional. Así, las sentencias de 17 y 24 de abril de 1951, entre muchas otras cuya cita resultaría fatigosa.

Esta doctrina no es sino el más adecuado corolario de las prescripciones jurídicas respecto a los deslindes de términos municipales. Una cosa es deslindar términos y otra preparar la realización de un mapa o de un registro fiscal. Y esta regulación es enteramente distinta. El deslinde de términos municipales a efectos jurisdiccionales ha sido regulado fundamentalmente por los artículos 27 a 29 del Reglamento sobre Población y Términos municipales, de 2 de julio de 1924, primero, y hoy por los artículos 26 a 33 del Reglamento, y por las Instrucciones para los deslindes de términos municipales aprobados por Real Decreto de 23 de diciembre de 1870 y Real Decreto de 30 de agosto de 1889. En cambio, las operaciones catastrales y fiscales, que motivaron disposiciones como el Decreto de la Regencia de 30 de septiembre de 1870 y otras posteriores, desembocaron en el Real Decreto Ley de 3 de abril de 1925, para la formación del catastro parcelario, y en su Reglamento de 1928.

El procedimiento, por encima de lógicas afinidades, debidas al carácter instrumental de las análogas operaciones realizadas, tiene, no obstante, profundas diferencias en lo esencial. Fundamentalmente, en los deslindes jurisdiccionales, cuando existen divergencias entre los Ayuntamientos sobre la línea divisoria, cada Comisión municipal levanta acta por separado de justificación de su postura, y se da por terminado el acto. La divergencia la resolverá el Ministerio de la Gobernación, cuya resolución, impugnabile en vía contenciosa, decretará la línea divisoria. Cuando surja divergencia en el caso de operaciones catastrales, el técnico topográfico—que es elemento personal de capital importancia en ellas, y no en el deslinde jurisdiccional—marca una línea divisoria según sus apreciaciones técnicas, «línea provisional que no prejuzgará—dice el artículo 6.º del Real Decreto-Ley—los derechos que puedan

corresponder a cada Ayuntamiento». Por el contrario, el mismo artículo se cuida de señalar que la divisoria jurisdiccional sólo podrá realizarse conforme a lo dispuesto en el Reglamento de 1924.

La sentencia ahora comentada, de 19 de enero de 1970 siguiendo esta línea jurisprudencial reiterada, consagra (en su 3.º considerando) que: «Es ajustada al ordenamiento jurídico, la ponderación que realizan las resoluciones combatidas del acta de 1926, que sean considerándolas desde luego legítima, no es título idóneo para acreditar la delimitación de términos municipales, ya que sobre ser procedimientos diferentes los que tienen por finalidad operaciones catastrales y las de delimitación precitadas, el objetivo que persiguen unas y otras es de tipificación clara, pues así como en las primeras en el caso concreto del presente pleito, lo fue «para dar cumplimiento a lo que dispone la Ley para la publicación del Mapa, de 30 de septiembre de 1870 y la de 23 de marzo de 1906, sobre formación del Catastro parcelario de España», en cambio las segundas, son «para la demarcación, deslinde y amojonamiento de los términos municipales», es decir, señalamiento de su línea límite divisoria, como explícita y categóricamente lo establece el artículo 26 del Reglamento de población y demarcación de las Entidades Locales aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952, así lo decidió el Ayuntamiento de Entrambasaguas en sesión extraordinaria de 26 de julio de 1958 y lo acogió en cuanto al procedimiento a seguir y sometién dose a él, el de Riotuerto, en el de 14 de septiembre del mismo año; y que es así, dando su valor a las respectivas operaciones en el área en que cada una ha de producir sus efectos, nos lo vienen a pregonar no sólo las sentencias del Tribunal Supremo que se reseñaron por la demandada en su escrito de contestación a la demanda (17 y 24 de abril de 1951, 2 de noviembre de 1953, 23 de febrero de 1957 y 23 de abril de 1960), sino también como más recientes las de 5 de octubre de 1964 y 16 de marzo de 1967, en las que se pormenoriza—especialmente en la primera de ellas, donde en realidad se contempla una situación casi exacta a las del proceso del día—con amplitud y detalle al alcance de los deslindes catastrales, argumentándose: «que el artículo 1.º de la Ley de 23 de marzo de 1906 dispone que el Catastro parcelario tendrá por objeto la determinación y representación de la propiedad territorial en sus diversos aspectos con el fin de lograr que sirva para todas las aplicaciones económicas, sociales y jurídicas, con especialidad para el equitativo reparto del impuesto territorial, o sea, que las actas... responde al objetivo catastral de puntualizar a los propietarios de terrenos y la ubicación de éstos para la derivación contributiva... a fin de dirigir la cobranza, pues bien se comprende que el llenar esta exigencia mediante la fijación de la línea de los términos, a efectos puramente fiscales de cifrar y ordenar la exacción de tributos no puede enervar tangencial o incidentalmente, con caso omiso de lo normado para deslindes de términos, la firmeza que adquirió la delimitación de los Municipios de que se trata con ajuste a la legislación que la regula, en la que no entra el evento de que fuera de la misma, haya otra reglamentación oficial definidora del modo de constituirse el territorio de los entes públicos locales, etc... «...» de suerte—se añade—que la operación municipal de deslinde de los términos nunca pudo suplantarse ni invalidarse por la catastral... de ahí, que implicaría, gran contrastado estimar que la apreciación de un miembro de cada Corporación, recogida por el topógrafo operador, tuviera virtualidad para obrar válidamente, en lugar de lo atribuido a otros órganos y autoridades con requisitos bien definidos».

III. OTROS ELEMENTOS PROBATORIOS.

Cierto que el Tribunal Supremo ha dado en ocasiones algún valor, a efectos del deslinde jurisdiccional, a los deslindes practicados con finalidad distinta, y aún a otras pruebas cualesquiera que denoten una *posesión de hecho* en favor de alguno de los Ayuntamientos de los terrenos disputados; y así ha podido resumirse la doctrina jurisprudencial (MARQUÉS CARBO, LUIS: *El Derecho local español*, tomo I, notas al artículo 21 de la Ley de régimen local), diciendo que:

«... II. A falta de documentos comprensivos de deslindes anteriores, deberán tenerse en cuenta aquellos otros documentos que aún no siendo deslindes, expresen de un modo preciso la situación de los terrenos en cuestión. III. Cuando no hay deslinde anterior . ni documentos auténticos de que partir para realizarlo, la Administración acudirá al estado de posesión de hecho... Pero siempre el estado de hecho es lo último a que se acude ante la carencia de otros títulos que puedan ser examinados y estimados preferentemente (sentencias de diciembre de 1930 y 23 de junio de 1941).»

Hay que subrayar que tal cosa sólo es posible a falta de deslindes jurisdiccionales anteriores; pero no cuando ellos existen, pues existiendo, tal deslinde ofrece más prueba (la única importante) de cuáles sean *en derecho* los límites jurisdiccionales de cada Municipio, y no hay que olvidar que la finalidad del deslinde es precisamente esa: se trata de probar el estado de derecho, y sólo en su defecto puede prevalecer el de hecho.

Para probar el primero hay que atender en lugar preferente a los deslindes anteriores, por ser la prueba más directa, al tener por finalidad precisamente la fijación de linderos; y a falta de ellos, cualesquiera otros que puedan formar en el ánimo del Juez la adecuada convicción sobre la cuestión planteada, según las reglas de la sana crítica. Así hay que entender las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1935, 2 de octubre y 18 de enero de 1936, 4 de junio de 1941, 7 de octubre de 1948, y las de 23 de octubre de 1908, 15 de noviembre de 1928, 26 de octubre de 1866, 1 de marzo de 1927 y 6 de mayo de 1936.

Tales documentos pueden probar la jurisdicción de modo más o menos directo, y por ello deberán pesar más o menos en el ánimo del juzgador, pero es lógico que, desde luego, deba atenderse en primer lugar a los que se refieran al derecho que al mero ejercicio de la jurisdicción, aunque dentro de cada una de tales clases pueda el Juez valorar libremente la fehaciencia o credibilidad del concreto medio de prueba propuesto.

Así hay que entender, repetimos, la jurisprudencia anteriormente citada y las sentencias todas en las que el Tribunal Supremo se ha referido a la valoración de pruebas en el deslinde. Así, cuando en la de 31 de mayo de 1955 dice que ha de tenerse en cuenta «sobre todo, lo que resulte de anteriores deslindes practicados con la conformidad de las partes, y en su defecto, aquellos otros datos que no siendo propiamente discutidos». O cuando, en 8 de octubre siguiente, afirma que ha de estarse «en primer término, a los anteriores deslindes, en su defecto, a los documentos acreditativos del preferente derecho o expresivos del emplazamiento de los terrenos en pugna, y en último orden, al hecho posesorio en el momento de realizar la operación delimitadora», está afirmando lo mismo: que en el deslinde se pretende demostrar un derecho, el de ejercer la jurisdicción sobre un determinado territorio; y que el hecho

de estarla ejerciendo no puede resultar relevante para el deslinde, sino cuando alguno de los contendientes haya logrado demostrar su mejor derecho».

IV. LOS LIBROS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Es indudable que, entre los elementos probatorios que pueden aducirse para demostrar que la porción de terreno objeto de discusión pertenece a un término municipal, figuran los libros del Registro de la propiedad.

Como, según la organización registral, los libros del Registro se llevarán por términos municipales, de tal modo que «se abrirá un libro para cada *término municipal* que en todo o en parte esté enclavado en el territorio de un Registro», es obvio que la inscripción de las fincas situadas en la zona litigiosa en uno de los términos, constituye una prueba que ha de tenerse en cuenta. Ahora bien, respecto de este elemento probatorio, es necesario destacar que:

1. Como todas las demás admitidas por la doctrina jurisprudencial tiene un valor subordinado respecto de las actas de anteriores deslindes practicados con fin de delimitar los términos jurisdiccionales. De tal modo que, como establecen las sentencias antes citadas, únicamente pueden tenerse en cuenta a falta de deslindes anteriores.

2. Que no constituye obstáculo alguno a esta doctrina el principio de legitimación registral. Es cierto que la inscripción debe producir todos sus efectos mientras no se declare judicialmente su inexactitud en los términos establecidos en la Ley. Pero en modo alguno puede admitirse—como, a veces, se ha pretendido—que cuando en el Registro una finca figura como perteneciente a un determinado término jurisdiccional, la Administración no puede decidir un deslinde en contra de lo que, a este respecto, consta en los libros del Registro.

Otra cosa supondría desconocer el sentido y alcance del principio de legitimación registral. En efecto, como resumen, por ejemplo, CHICO y BONILLA, «la presunción positiva se extiende a presuponer tres aspectos. 1. La existencia del derecho inscrito. 2. La pertenencia o titularidad del mismo. 3. La existencia y pertenencia en la forma determinada por el asiento respectivo. Tal y como refleje el Registro, el derecho se presume existente, perteneciente a su titular y con la extensión y límites que refleje la inscripción» (1). La legitimación alcanza, única y exclusivamente, a los derechos reales inscritos. No se extiende a lo que constituye una delimitación de la esfera de competencia de un órgano público.

Los asientos del Registro de la Propiedad dan fe de que los derechos (privados: de propiedad o derechos reales) existen y pertenecen al titular inscrito en los términos (jurídicos) que de ellos resultan, y en tal sentido la inscripción debe producir todos sus efectos mientras no se declare judicialmente su inexactitud en los términos establecidos en la Ley; pero la legitimación registral no se extiende a las circunstancias físicas de las fincas inscritas en el Registro de la Propiedad, ni mucho menos a la cuestión de qué Municipio tiene jurisdicción sobre los terrenos a que las inscripciones se refieren; la dación de fe notarial en las escrituras públicas, se limita a los mismos datos que el Registro, y aún más, a recoger lo que los interesados manifiestan ante Notario,

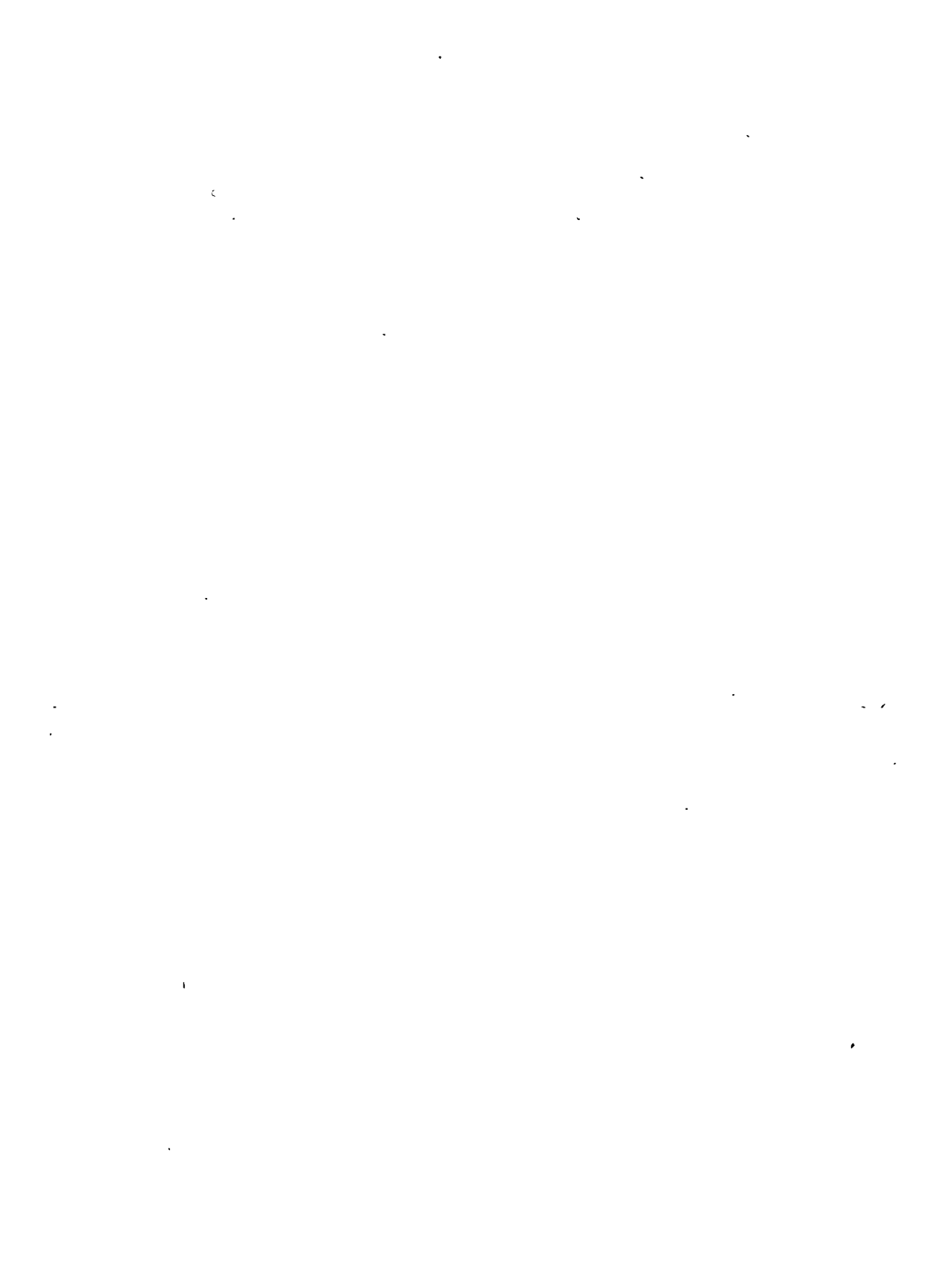
(1) *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, 2ª ed., Madrid, 1967, I, pág. 193.

y no la verdad de estas manifestaciones, y aún las escrituras que formalizan ventas de bienes de propiedad privada de un Municipio acreditan, a lo sumo, que estos terrenos son de su propiedad; no que pertenezcan a su término municipal; y asimismo, la inscripción en el catálogo de Montes de una finca como propiedad de un Municipio acredita, a lo más, esta propiedad; pero no la jurisdicción sobre el monte.

Los términos jurisdiccionales pueden alterarse o deslindarse sin que los asientos registrales constituyan un obstáculo a la potestad administrativa para llevar a cabo la alteración o deslinde. Será el Registro el que deberá adecuarse al resultado del expediente administrativo de alteración o deslinde de términos municipales pero sin alterar lo más mínimo las inscripciones. La existencia de los derechos inscritos, su pertenencia o titularidad, permanecerán intangibles. Respecto de los mismos despliega plenamente su eficacia la legitimación registral.

La sentencia comentada, en su 5.º considerando, sienta al respecto la siguiente correcta doctrina: «Que tampoco la mera posesión de hecho que haya podido prevenir desde 1926 hasta nuestros días sobre determinados terrenos y servicios, puede tener el relieve que propugna la dirección de la Entidad Local actora, pues como esta misma Sala decidió en su sentencia de 25 de octubre de 1965 recogiendo a la sazón la de 13 de diciembre de 1930 y dictamen del Consejo de Estado de 23 de enero de 1942, «el deslinde de término municipales es esencialmente jurisdiccional y no de aprovechamiento o comunidad, por lo cual la declaración de pertinencia de jurisdicción no es susceptible de prescripción». «La existencia de un término municipal no puede justificarse aduciendo una posesión de hecho contraria a un estado de derecho y quien de modo indebido ejerce la jurisdicción, no adquiere, por mucho tiempo que el abuso dure el derecho de continuar usurpándola»; por ello que partiendo de las actas de 1.612 y 1.749, como de deslinde entre término municipales y de señalamiento de línea divisoria, que son, carezcan igualmente de relevancia datos de amillaramiento, padrones, y otros análogos, que pueden apoyar indicios para suplir, pero no para contrarrestar los datos comprobatorios de actos de jurisdicción; ineficaces también las inscripciones de dominio privado sobre fincas enclavadas en la zona discutida, pues dadas las características de nuestro sistema registral, la inscripción en sus efectos legitimadores y de fe pública, no se extiende a los datos de mero hecho, ni menos a la jurisdicción municipal a que corresponde, pues fundamentalmente recoge en cuanto al lugar o término en que una finca se dice enclavada la que las partes han manifestado en la escritura notarial correspondiente, circunstancias a las que no alcanza más fe pública que la de ser expresados ante el Notario por la persona que las expone; pero además, como explícitamente señala la sentencia de este Tribunal de 26 de octubre de 1968, «la situación posesoria permanente inalterada cualquiera sea el término municipal en que se sitúa, de modo que, variada la línea jurisdiccional, la propiedad, el dominio y el disfrute de los bienes afectados, lo mismo en los bienes privados que en los públicos no sufre alteración, y lo único que varía es la jurisdicción como atributo de la autoridad respectiva a los diversos efectos de éste, la cual se ejercita en el espacio territorial con independencia de la vecindad de los propietarios o usufructuarios de los terrenos».

De este modo se interpretan y delimitan fielmente los principios hipotecarios y los informantes del Derecho público local.



III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

(SECCION QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS)

POR FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS.

1. **TIPO APLICABLE A LAS ESCRITURAS O ACTAS DE ENTREGA DE BUQUES:** *Tributan por el número 37 de la Tarifa cuando concurren las circunstancias previstas en la Legislación sobre Renovación y Protección de la flota mercante.* (RESOLUCIÓN DE 27 DE MARZO DE 1969)

A) *Hechos.*—El presente recurso tiene por base una escritura por la que se formalizó la entrega de un buque acogido en su construcción a los beneficios fiscales previstos en la Legislación sobre Renovación y Protección de la flota mercante.

La Abogacía del Estado giró liquidación por el concepto de «Actos Jurídicos Documentados», número 38 de la Tarifa al 0,50 por 100.

El recurrente alegó que había sido indebidamente aplicado el citado número 38 dado que la escritura de que se trataba no podía encasillarse dentro de los actos sujetos a este Impuesto, pues, la declaración de propiedad no es otra cosa que una de las partes integrantes y esenciales del contrato de construcción sujeto con anterioridad al Impuesto de Derechos Reales y posteriormente al de Tráfico de Empresas, que habían sido ya satisfechos.

El Tribunal Central después de dejar sentado el criterio, ya recogido en Resoluciones anteriores (1) de que las escrituras de entrega de buques constituyen el documento justificativo de la transmisión de la propiedad y consiguiente inscripción registral, se pronuncia del modo siguiente:

B) *Doctrina.*—Que las normas del Impuesto de Timbre, en lo que hace referencia a las escrituras de entrega de buques, han venido a ser sustituidas por la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964 integrándose en los preceptos de la misma reguladores del nuevo Impuesto de Actos

(1) Véase, por ejemplo, la de 27 de febrero de 1969, núm. 475 de esta REVISTA, pág. 1.723.

Jurídicos Documentados y concretamente por lo que se refiere a las escrituras, actas y testimonios notariales en su artículo 164 y números 37 y 38 de la Tarifa, que sujetan a su pago por el tipo del 0,50 por 100 los mencionados documentos en cuanto tengan por objeto cantidad o cosa valuable susceptible de ser determinada y que no contengan actos o contratos sujetos al Impuesto General sobre Sucesiones, al General sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados o al General sobre Tráfico de Empresas, circunstancias todas concurrentes en las escrituras de entrega de buques.

Que por Decreto de 6 de abril de 1967 se aprobó el Texto Refundido de las Leyes de los Impuestos de Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aplicable a los actos y contratos causados o celebrados a partir del 1 de julio de 1964.

Que el apartado 7 del artículo 100 del mencionado Texto Refundido, modificando lo dispuesto por la legislación vigente con anterioridad y con referencia a tales escrituras de entrega de buques dispone con carácter especial que: «Las escrituras públicas o actas de entrega de los buques a que se refiere el artículo 29 de la Ley de 12 de mayo de 1956, tributarán, durante el plazo en la misma establecido, exclusivamente por el número 37 de la Tarifa».

Que el artículo 29 de la citada Ley de 12 de mayo de 1956 con relación a los beneficios fiscales que en el mismo se establecen, comprende con carácter general todos los actos y contratos que se concierten por razón de la construcción de buques entre los que hay que entender incluidas las mencionadas actas o escrituras de entrega.

Que a la vista de las anteriores disposiciones es evidente que la escritura que ha motivado la presente reclamación ha de tributar por el número 37 de la Tarifa, o sea, por la cuantía fija de cinco pesetas en todos los pliegos de sus copias y en las matrices en su caso.

2 PRINCIPIO DE UNIDAD DE TRANSMISION Y DEVENGO DEL IMPUESTO: *No procede su aplicación cuando un mismo documento comprende varias convenciones sujetas al Impuesto separadamente en la Tarifa.*
(RESOLUCIÓN DE 17 DE ABRIL DE 1969.)

A) *Hechos.*—Una Sociedad Mercantil emitió 75.000 obligaciones hipotecarias al portador, en garantía de la emisión constituyó a favor de los tenedores, primera hipoteca sobre varias fincas formadas por agrupación de otras realizadas en la misma escritura, y sobre las obras nuevas efectuadas en ellas que asimismo se declaraban y valoraban juntamente con determinada maquinaria y elementos industriales.

La Abogacía del Estado giró dos liquidaciones, una por el concepto de préstamos, número 15 de la Tarifa al 2,90 por 100 por el título de emisión de obligaciones, y otra por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, número 38 de la Tarifa al 0,50 por 100 por el título de Declaración de obra nueva.

Se interpuso reclamación contra la liquidación señalada en segundo lugar alegando la improcedencia de la misma por constituir una evidente infracción de la norma contenida en el número 38 de la Tarifa, que impide liquidar por tal concepto cuando en el documento que motiva la sujeción se contienen otros sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Se alegaba asimismo que la figura de «Incorporación de maquinaria» frecuentemente usual en los préstamos con garantía hipotecaria, no es un acto con la necesaria

autonomía, sino algo accesorio y requisito obligado al perfeccionamiento del único contrato que en este caso cabe contemplar, cuál es el préstamo con garantía de unos bienes que es absolutamente necesario reseñar.

Ante tales alegaciones el Tribunal Central fija la doctrina siguiente:

B) *Doctrina*.—Que el problema debatido en la reclamación consiste en determinar si en una escritura de creación y emisión de obligaciones hipotecarias, en la que, para garantizar las obligaciones que se contraen en relación con dicha emisión, se comprenden otros actos cuales son los de declaración de obra nueva, incorporación de maquinaria y agrupación de fincas, procede la práctica por separado de dos liquidaciones, una por la emisión de obligaciones, y otra por los de declaración de obra nueva, incorporación de maquinaria y agrupación de fincas o no procede por derivar los actos gravados de un solo documento y en opinión del recurrente de un hecho imponible único.

Que no ofrece dudas la existencia en la misma escritura de una duplicidad de convenciones o actos jurídicos perfectamente diferenciados en su alcance y efectos sujetos a distintos conceptos impositivos: la emisión de obligaciones al Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales por el número 15 de la Tarifa, y la declaración de obra nueva, incorporación de maquinaria y agrupación de fincas, como constitutivos de actos jurídicos que tienen por objeto cantidad o cosa valuable susceptible de determinación por aplicación del número 38 de la misma.

Que esta duplicidad de liquidaciones la autoriza expresamente el artículo 173 apartado 2) de la Ley de Reforma del Sistema Tributario al disponer que «cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente en la Tarifa, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquéllas, salvo los casos en que se determine expresamente otra cosa».

Que la anterior conclusión no puede ser desvirtuada, amparándose en una literal interpretación de la redacción dada al número 38 cuando dice: «que no contengan actos o contratos sujetos al Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales», porque pugna con la «ratio legis» del precepto, porque se encuentra en abierta oposición con el contenido del artículo 173 ya citado, porque las dudas que pudieran suscitarse con la indicada redacción han quedado resueltas con el nuevo texto de 6 de abril de 1967, finalmente, porque, admitir tal interpretación, equivaldría a facilitar la evasión fiscal de dicho Impuesto en todos los casos de coexistencia en un mismo documento de los actos o contratos sujetos al mismo con otros sujetos específicamente a cualquiera de los restantes.

3. *VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL: La exención prevista en el número 55 del artículo 65 del texto refundido del Impuesto es aplicable a las Sociedades dedicadas a la construcción de este tipo de viviendas, aunque su finalidad sea destinarlas a la venta.* (RESOLUCIÓN DE 24 DE ABRIL DE 1969.)

A) *Hechos*.—Don Z. R. M y otros, constituyeron una Compañía mercantil con un capital de 24 millones de pesetas del que se desembolsó inicialmente un 25 por 100, estipulando que la mencionada Compañía tendría por objeto único y exclusivo la construcción de viviendas de renta limitada y, por tanto, se regiría por los preceptos de la Ley de 15 de julio de 1954.

Esta escritura de constitución de la Sociedad fue declarada exenta del Impuesto de Derechos Reales por aplicación del artículo 6.º A) núm. 59 del Reglamento de 1959.

Posteriormente se acordó el desembolso de otro 25 por 100 del capital y presentada en la Abogacía del Estado, copia de la correspondiente escritura fue liquidada por el concepto de «Sociedades» número 6 de la Tarifa al 2,70 por 100 sobre la base del nuevo desembolso realizado.

En sucesivos recursos ante el órgano gestor y el Tribunal Provincial respectivo se pidió que fuera declarada la exención total en base al número 55 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto, reclamación que fue desestimada por entenderse que conforme a tal precepto únicamente goza de exención la constitución y ampliación de capital de aquellas Sociedades Inmobiliarias cuya finalidad exclusiva sea la construcción, promoción o explotación en arriendo de viviendas de protección oficial, en la que no pueden tener cabida las que se dedican a la venta.

Recurrido a su vez este fallo ante el Tribunal Central, éste lo revoca en base a la doctrina siguiente:

B) *Doctrina*.—Que según el número 55 del artículo 65 del texto refundido citado, están exentas del Impuesto: «La constitución, ampliación de capital y fusión de las Sociedades inmobiliarias, cuya finalidad exclusiva sea la construcción, promoción o explotación en arrendamiento de viviendas de protección oficial».

Que los objetos sociales que se determinan en el precepto en cuestión son alternativos y en consecuencia gozan de la exención del Impuesto las Sociedades inmobiliarias que se dedican exclusivamente bien a la construcción, bien a la promoción o bien a la explotación en arrendamiento de las «Viviendas de Protección Oficial», o a uno, dos o los tres de estos fines sociales, sin que sea obligatorio que concorra en todo caso el último de los indicados.

Que interpretada así la expresada norma, es evidente que cuando una Sociedad se dedica a la «promoción», tal y como este término aparece interpretado en la legislación de «Viviendas de Protección Oficial», y a su ulterior construcción, pero no a su explotación en régimen de arrendamiento, es evidente que tiene que destinarlas a la venta, pues otra conclusión nos llevaría al absurdo.

4. *POLIGONOS DE EXPLOTACION: Es de aplicación la exención prevista en el número 35 del artículo 65 del texto refundido aunque por llegar a un acuerdo las partes interesadas, no haya sido necesario cumplir todos los trámites que establece al efecto la Legislación especial sobre la materia.* (RESOLUCIÓN DE 24 DE ABRIL DE 1969)

A) *Hechos*.—En la Oficina Liquidadora de La Unión fue presentada una escritura por la que la Sociedad Anónima Urmenor adquiría, previa segregación de otra mayor, una finca denominada «Encañizada de Marchamalo», en la Manga de la Isleta, Término Municipal de Cartagena, manifestándose por el comprador que la citada finca estaba integrada en el territorio que comprende el Plan Parcial de Ordenación Urbana de la Hacienda de la Manga del Mar Menor que en su día fue promovido por la citada Sociedad por el sistema de expropiación total de los terrenos, por lo que al amparo de lo dispuesto en

el artículo 193 de la vigente Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 se solicitó del Liquidador del Impuesto la declaración de exención, haciéndose constar a estos efectos, que la adquisición de los terrenos tenía, por fin, su urbanización con arreglo al referido Plan Parcial.

Dicha petición fue desestimada por entender la Oficina de gestión que los actos escriturados no tenían encuadre en ninguno de los siete apartados del precepto invocado, y en consecuencia se giró liquidación.

El Tribunal Provincial de Murcia denegó asimismo la exención por estimar que no procedía contemplar las establecidas en la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, puesto que después de publicada la Ley de Reforma Tributaria las aplicables eran únicamente las contenidas en su artículo 146, según resulta de la regla segunda de su artículo 184, y aquellas no cabe incluirlas dentro de su número 36, puesto que la adquisición no se realizaba por expropiación forzosa, sino a virtud de una compraventa, sin que tampoco pudieran ser incluidas dentro del número 35 del referido artículo 146, solamente aplicable a solares incluidos en el Registro Municipal correspondiente, circunstancias que no concurran en el presente caso.

En el recurso interpuesto ante el Central se alegó que publicada, en el «Boletín Oficial del Estado», la aprobación del Plan de Ordenación Urbana, se promovió la apertura de la pieza de justiprecio del expediente expropiatorio de la finca, y desestimada la oposición del expropiado, se avino éste a llegar a un acuerdo con el beneficiario de la expropiación en la forma prevista en el artículo 24 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, por lo que en definitiva el vendedor, al otorgar la escritura, no hizo otra cosa que acceder a la vía de acuerdo que la Ley de Expropiación Forzosa abre al particular expropiado, lo que evidencia que la transmisión, aun consumada por la escritura pública, se realizó forzosamente en cumplimiento de un acto administrativo.

B) *Doctrina*.—Que la única cuestión que ofrece el presente expediente es determinar si la mencionada escritura pública constituye una simple compraventa que se ha perfeccionado libremente entre comprador y vendedor en cuanto a la determinación de la cosa y la fijación de su precio, o por el contrario de la misma se infiere que se han seguido para llegar a su otorgamiento procedimientos de los determinados en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

Que según consta en las actuaciones seguidas la sociedad recurrente estaba autorizada a utilizar el procedimiento de expropiación forzosa, puesto que se habían cumplido los requisitos previos relativos a la declaración de utilidad pública, la necesidad de la adquisición de los bienes de que se trataba, y, además, ante la oposición de los interesados se había solicitado de los Organos de la Administración la apertura de la pieza de justiprecio del expediente expropiatorio, sin que ello obstase para que, posteriormente, los interesados se pudiesen de acuerdo en la fijación ulterior del precio de la finca sometida a expropiación.

Que esta situación fáctica ha producido la recta aplicación por los propios contratantes del artículo 24 de la referida Ley de Expropiación Forzosa, según el cual, la Administración, sustituida en este caso por la entidad expropiante, y el particular a quien se refiera la expropiación, podrán convenir la adquisición de los bienes que son objeto de ésta por mutuo acuerdo, en cuyo caso una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa se dará

por concluido el expediente iniciado, lo que hace necesario estimar que la transmisión de que se trata ha tenido lugar en virtud de la expropiación forzosa aún cuando para llevarla a cabo no haya sido necesario el cumplimiento de todos los trámites que establece al efecto la legislación especial sobre la materia, pero sin que esto último obste a que sea de aplicación la exención tributaria invocada.

Que en consecuencia es procedente anular el acuerdo en el que se declaraba la improcedencia de aplicar la exención invocada por la entidad recurrente y, consiguientemente, declarar la improcedencia de la liquidación.

5. *VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL: La omisión de consignar en el documento presentado a liquidación que la adquisición de un solar se hacía para construir este tipo de viviendas, no priva de obtener provisionalmente los beneficios fiscales previstos en la Ley.* (RESOLUCIÓN DE 24 DE ABRIL DE 1969.)

A) *Hechos.*—Adquirido mediante documento privado un solar con el propósito de destinarlo a la construcción de viviendas subvencionadas, los compradores no consignaron expresamente en el documento esta circunstancia, pues según alegaron posteriormente la presentación a liquidación se hizo con el propósito exclusivo de acreditar ante el Ministerio de la Vivienda la titularidad del solar y evitar con ello la caducidad de la autorización que de éste tenían concedida para construir este tipo de viviendas, en base a una solicitud de fecha anterior.

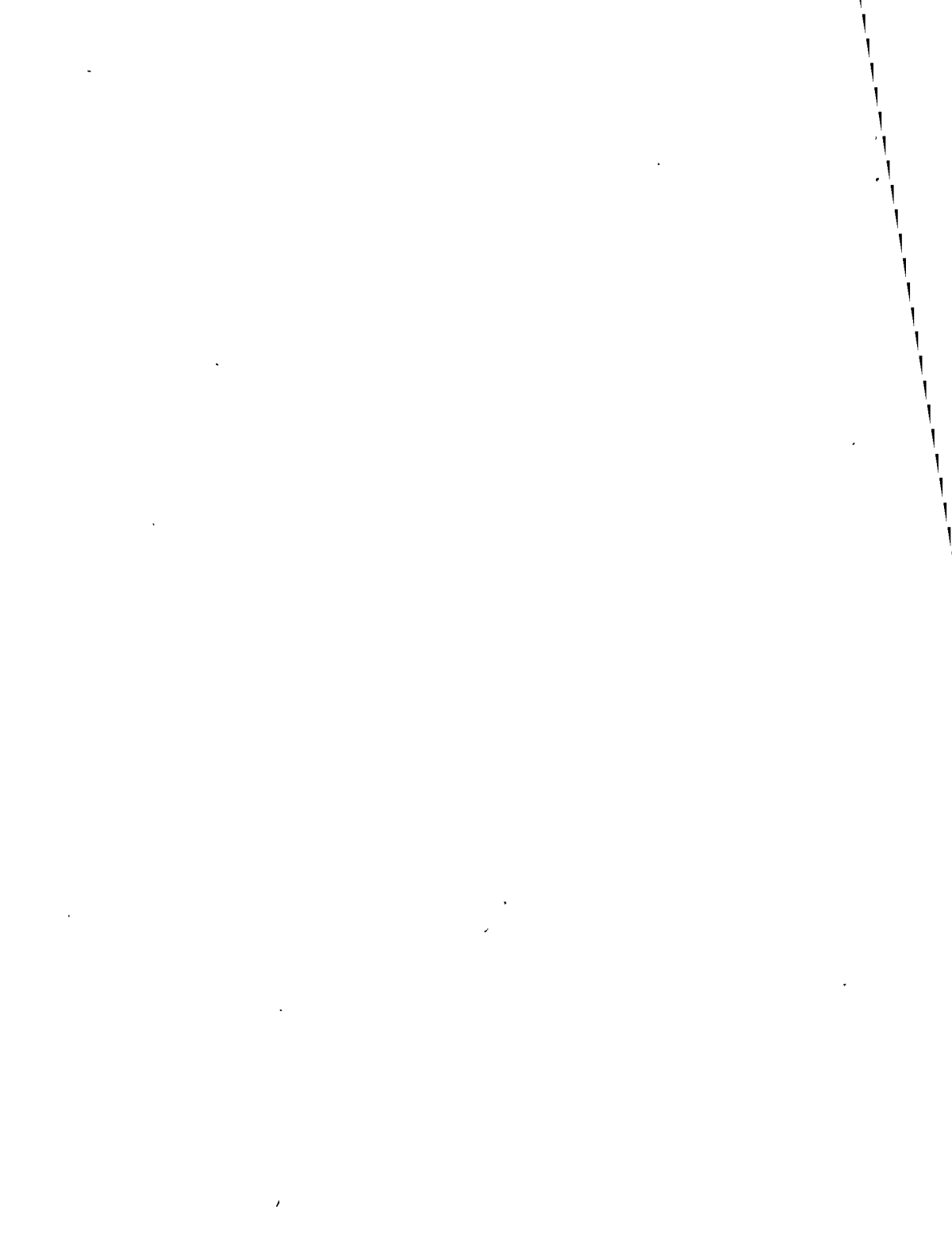
El Tribunal Central declara no haber lugar a la liquidación girada, argumentando del modo siguiente:

B) *Doctrina*—Que según el número 28 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto estarán exentos los contratos de adquisición a título oneroso de terrenos con la finalidad de construir «Viviendas de Protección Oficial» y «para el reconocimiento de esta exención bastará que se consigne en el documento, que el contrato se otorga con la finalidad expresada...».

Que la recta interpretación del mencionado precepto lleva a la conclusión de que si bien recomienda muy particularmente que al momento de presentar a liquidación el documento de adquisición, se consigne el objeto que ésta tiene, ello no obsta a que, si el interesado hubiese descuidado el hacer esta declaración, hayan de perderse definitivamente los beneficios fiscales que puedan obtenerse, puesto que el término en que se expresa el precepto legal, no dice que sea requisito indispensable esta manifestación expresa y si sólo que es bastante para que comience a actuar la administración en relación con el otorgamiento del beneficio fiscal.

Que, por tanto, si el interesado prueba, como ocurrió, que ya antes de firmar el documento privado de adquisición de los terrenos que originó la liquidación practicada expresó su propósito ante la Delegación Provincial del Instituto de la Vivienda de construir sobre aquéllos, «Viviendas de Protección Oficial», y también, antes de que se practicase la liquidación, obtuvo su calificación provisional, le eran de aplicación con el propio carácter de provisionales los beneficios a que se refería en su reclamación.

LIBROS



GARCÍA AMIGO, M.: *Condiciones generales de los contratos*, Editorial
Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, 271 págs.

Siempre es especialmente interesante un estudio en el que se analiza a la vez una institución jurídica, que tanto es de Derecho civil, como de Derecho mercantil. En el caso de las condiciones generales de la contratación, es innegable que nacen y tienen su principal razón de ser en la esfera de la contratación mercantil. Pero no pueden los civilistas permanecer ajenos a esta manifestación del tráfico en masa, de aquí que haya sido preocupación de algunos autores y hoy sea objeto de una Monografía de un estudioso del Derecho civil. Ahora bien, después de detenernos en la problemática que el tema plantea, no es posible soslayar un interrogante que surge frecuentemente dentro de un Ordenamiento jurídico como el nuestro, ¿no es hora ya de que se vaya a una unificación del Derecho de obligaciones? ¿Cuáles pueden ser los obstáculos que pueden oponerse a algo que si en todo momento tuvo un fundamento en la innegable vinculación del Derecho mercantil al Derecho civil, que es el Derecho común, ahora, dada la estructura del medio socio-económico tiene una razón, además, de urgencia? Es esperanzador que, cuando menos algunos de nuestros más brillantes mercantilistas, aboguen por la unificación, en ocasiones incluso de todo el Derecho privado y, en todo caso, del Derecho de obligaciones.

Las denominadas "condiciones generales de la contratación son, como acabamos de decir, una manifestación típica del tráfico en masa. Desconocidas en nuestro Ordenamiento positivo, la ausencia de una normativa acerca de las mismas origina una serie de problemas el primero de los cuales es el de su propia naturaleza. El autor de la Monografía que va a ser objeto de nuestro análisis, abre su estudio planteándose la divergencia fundamental que a dos de nuestros más brillantes privatistas merece la naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación, divergencia que se traduce en dos tesis contradictorias, que responden, a nuestro juicio, a dos visiones distintas del problema, la tradicional de un civilista, DE CASTRO, y el sentido de la realidad de GARRIGUES, que acepta el hecho consumado de una manifestación contractual que no puede volcarse enteramente dentro de los cauces tradicionales de nuestro Derecho contractual.

DE CASTRO afirma rotundamente que no cabe hablar dentro de nuestro régimen jurídico de un valor normativo ni contractual de las condiciones generales de los contratos, antes de su aceptación. Adquieren valor jurídico interno al ser especialmente aceptadas para formar parte del contenido de un determinado contrato. GARRIGUES, certeramente, distingue entre las condiciones generales de los contratos y las condiciones generales de la contratación. Las primeras no se elevan, dice, del plano contractual. Pero, "no es fácil admitir que las condiciones generales de la contratación son un producto de la voluntad contractual. Son impuestas unilateralmente por las empresas a sus

clientes, quedan éstos sometidos a las mismas aunque no las conozcan, merecen—para GARRIGUES—, la calificación de verdadero Derecho mercantil. Se asemejan al uso mercantil normativo al que el artículo 2.º del Código de comercio reconoce naturaleza de frente objetiva de Derecho". Así, pues, en esta segunda posición, se defiende la tesis normativa de las C. G. C. antes y con independencia de toda declaración de voluntad negocial. En este caso, la doctrina las califica como "fuerzas objetivas", voluntad general de la comunidad jurídica, ajena y superior a la voluntad de las partes privativamente interesadas, que regulan la relación contractual, sometidas, por tanto, al régimen establecido en los artículos 2.º del Código de comercio y 5, 6 y 1258 del Código civil, completados para el caso concreto de la costumbre por los requisitos especiales de ésta, señalados por la jurisprudencia y la doctrina.

En el primer caso pertenecen a las "fuerzas contractuales subjetivas", sujetas al régimen de los artículos 1254 del Código civil y 50 y concordantes del de comercio.

Señala GARCÍA AMIGO, y no es ocioso ponerlo de relieve, pues tiene una innegable fuerza el argumento que esgrime, que contrariamente a lo que se viene diciendo de que la tesis de GARRIGUES favorece el interés de las empresas redactoras de la C. G. C., ya que supone el reconocimiento a las mismas de una verdadera facultad creadora de normas jurídicas, que, unida a su poder económico, conduciría a una posición de superioridad injusta, es, sin embargo, analizada con cuidado la doctrina, más favorable la tesis de DE CASTRO. Razones: la tesis de GARRIGUES mantiene que la naturaleza jurídica de las C. G. C. es normativa-consuetudinaria; como tal costumbre jamás podrán las condiciones generales derogar o sustituir el Derecho positivo en favor del predisponente, teniendo en cuenta que el contenido de las mismas encierra el reconocimiento de ventajas para el predisponente, en relación al equilibrio de intereses establecido en la regulación legal. Si, contrariamente, se sostiene que son puro Derecho contractual, aceptadas por el adherente, pueden libremente derogar el Derecho legal dispositivo para el caso concreto, en virtud del principio de autonomía de la voluntad que el propio ordenamiento positivo les reconoce, aunque en ningún caso puedan prescindir de las normas imperativas: "en consecuencia, la regulación del conflicto de intereses que toda relación contractual estructura vendrá condicionada por el mayor 'poder contractual' de las empresas, las cuales impondrán su voluntad en dicha regulación, inclinando a su favor la balanza de la justicia que debería inspirar la *lex contractus* como consecuencia de la presunta igualdad de las partes contratantes."

Lo cierto es que a principios de siglo se plantea dentro del campo de la dogmática contractual la dualidad de dos tipos de contratos, los tradicionalmente conocidos que tienen su origen en un acuerdo de las partes y los que SALEILLES comenzó denominando "contratos de adhesión", en los que se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes, que actúa unilateralmente, dictando "su Ley" no ya sólo a un individuo, sino a una colectividad indeterminada. Y desde el principio la doctrina se plantea la cuestión de si estos contratos de adhesión son una verdadera categoría de contratos nueva, con caracteres peculiares e independiente frente a los demás contratos o simplemente las condiciones generales de la contratación son únicamente una fórmula técnica de manifestar el propio consentimiento por parte del adherente, es decir una forma de oferta o aceptación, que responde a las nuevas exigencias de la vida negocial. Incluso se ha llegado a negar la realidad jurídica auténtica y trascendente del término "contrato de adhesión".

GARCÍA AMIGO anticipa que su trabajo es el estudio de la problemática que plantea este doble orden de posiciones para intentar averiguar cual de las dos es exacta.

En cuanto al Método que sigue en su estudio, el autor lo centra en el Ordenamiento jurídico español, en orden al cual se investigan los principios, se examinan las soluciones propuestas y se señalan las posibles perspectivas desde las cuales se puede enjuiciar el fenómeno de las C. G. C., pero teniendo en cuenta no sólo el Derecho legislado, sino las aportaciones de la doctrina jurisprudencial y científica, la realidad socio-económica. Y el Derecho comparado, doctrina, jurisprudencia y legislación.

La obra cuya distribución sistemática de contenido no acabamos de comprender plenamente, está dividida en tres partes. En la primera, en tres capítulos, se estudian los aspectos socio-económicos de las condiciones generales, su regulación positiva en el Derecho comparado y el problema jurídico de las mismas.

Apunta en el capítulo primero de la parte primera las causas de la aparición de las C. G. C. Manifestación típica del Derecho de la economía moderna responden a la necesidad del tráfico en masa; a la realización de servicios en masa y a la producción de bienes en masa o en serie, corresponde una contratación en masa o serie "Massen oder Serienverträge". La producción en gran escala, para GARCÍA AMIGO implica por parte de la empresa dos tendencias jurídicas fundamentales, la una que es, a su juicio socialmente saludable, la racionalización de todos sus medios incluidos los instrumentos técnicos jurídicos de colocación de sus productos o servicio en el mercado; la otra, socialmente útil también, en principio, pero que se presta a los abusos más injustos y criticables, hacia la concentración de las empresas en las formas más dispares Concentración y espíritu de lucro pueden llevar al abuso del predominio en el mercado utilizando para ello precisamente los instrumentos técnico-jurídicos de racionalización contractual: las condiciones generales de contrato monopolísticas. Bien sea por posición dominante en el mercado, bien por existir una convención entre las diversas empresas, "Konditionenkartellen".

Así, pues, cabe señalar una serie de ventajas derivadas de la técnica de las C. G. C. y unos graves problemas que plantea el abuso del Derecho a través de las mismas.

El ámbito de aplicación actual de las condiciones generales de los contratos es amplísimo, es innecesario reseñarlo aquí. En España, como consecuencia de la tardía industrialización de su economía, también tardíamente racionalizada, aparecen con posterioridad a otros países.

Pone de relieve también cómo el ámbito de las condiciones generales puede ser más o menos amplio en función del tipo de relaciones y del volumen de negocios de la empresa predisponente. Señalando que en ocasiones las distintas empresas de un mismo ramo se ponen de acuerdo para uniformar sus condiciones generales, como sucede con la "Norme bancaire uniforme", italianas. Incluso existen algunas que tienen un ámbito de aplicación internacional, como las "Règles et usances relatives aux crédits documentaires" o las condiciones de transporte de la I. A. T. A. Todo ello para destacar la universalidad del fenómeno. Así como también le interesa destacar que en España, frente a lo que ocurre en otros países, las condiciones generales suelen ser obra de una empresa que las impone a sus clientes, en tanto que en el Derecho comparado nos encontramos como fenómeno típico ya, el que las condiciones generales de los contratos, al menos los de cierta importancia, son obra de asociaciones o grupos de empresarios y son aplicadas por cada uno de ellos en todos los negocios con sus respectivos clientes.

Insiste en sus ventajas e inconvenientes, que quizás es interesante destacar porque conducen a un mejor conocimiento de las mismas. Se dice: permiten una delimitación detallada y casi perfecta de las prestaciones debidas; la regulación pormenorizada de la relación contractual, lo que se traduce en una mayor seguridad en el tráfico. Eliminan las molestias y gastos de los tratos precontractuales y facilitan la mayor rapidez de las relaciones negociales. Permiten a la empresa uniformar el contenido de sus relaciones negociales con todas las ventajas que de ello derivan, etc.

Generalizando sus inconvenientes destaca: la posición de desigualdad de las partes contratantes, lo que implica la desaparición de la libertad contractual relativamente a su contenido. La prerredacción ofrece peligros: cláusulas ininteligibles, ambiguas, redactadas en letra menuda.

El hecho de que en ocasiones el conocimiento de las condiciones generales es posterior a la aceptación del contrato o se ignoraba la existencia de las mismas por el adherente. Si se admite la tesis normativa, se dice que las condiciones generales ponen en peligro el ordenamiento jurídico. Son, por otra parte, ocasión de desaparición de la competencia cuando vienen impuestas por grupos de empresas, originándose así monopolios.

Cuál es el régimen positivo que las condiciones generales han merecido en el Derecho comparado, es el contenido del capítulo II. La exposición, sucinta, tiene por objeto la aclaración de la problemática al exponer las soluciones de los distintos legisladores a algunos de los problemas que su régimen plantea.

En primer lugar, el Derecho italiano, en cuyo Código civil aparecen por primera vez reguladas, artículos 1.341, 1.342 y 1.370. También tiene en cuenta la aplicación práctica de los mismos por la "Corte della Cassazione" italiana. El legislador italiano —como manifiesta en la exposición de Motivos del Código—, pretende salir al paso de los abusos que puedan cometerse a través de esta fórmula de contratación y así reconoce eficacia jurídica, solamente a las condiciones de la contratación que el cliente había conocido o habría debido de conocer y declara nulas las cláusulas de particular gravedad, cuando sobre las mismas no se haya llamado específicamente la atención. Además, el Código italiano no recoge en este régimen especial las condiciones predisuestas por ambos contratantes ni las que son obra de un tercero.

Analiza también el régimen de derecho alemán, haciendo historia del mismo y especial referencia a la "Vertragsgesetz" de la Alemania Oriental, cuyas características es la de constituir auténticas leyes en sentido material, esencialmente distinta de las condiciones generales de los países de economía liberal.

Todavía recoge el régimen del Código civil etíopico, que deja sentir en algunos aspectos el influjo del italiano. Y la normativa del nuevo Código holandés, actualmente en redacción, bien interesante y en el que parece ser tendrá una fuerza normativa similar a la de cualquier otra disposición procedente de las fuerzas objetivas; tiene fuerza legal, si bien sea sólo ley en sentido material.

El régimen israelita, ley 5.725/1964, obedece a un principio de protección a los adherentes cuando éstos no intervienen en la redacción de las mismas. La Ley consta de 23 artículos, llevando a cabo una regulación bastante completa de los que denomina, no contratos de adhesión, sino "standard contrats", contratos uniformes. Es bien interesante la revisión judicial de los contratos celebrados en base a condiciones generales no aprobadas por la Comisión competente, ya que supone el reconocimiento legal de la quiebra de un principio típico y tradicional de la contratación, el de la "sanctity of contract".

También el Código civil ruso de 1964 prevé el supuesto de las C. G. C. respecto a ciertos tipos de contratos.

Finalmente, en el capítulo III de esta primera parte se ocupa de la problemática de las condiciones generales.

Bajo este epígrafe se contiene, el encuadramiento teórico de las condiciones generales. Estas, señala García Amigo, aparecen en la vida jurídica como el hecho de un proyecto de redacción preventiva, anterior al momento de celebración del contrato particular al que habrán de aplicarse, al ser posteriormente contenido volitivo de las declaraciones negociales se convierten en auténtica *lex contractus*. Su nota típica radica en el hecho de que en cualquier otro tipo de negocio el contenido normativo se formula para cada uno de ellos por la intervención de ambas partes contratantes o, en su ausencia, viene dado por el derecho positivo y en los contratos por adhesión se redacta exclusivamente o por una de las partes o por los representantes de una de las dos categorías de intereses a que pertenecen las partes, pero siempre previamente a la conclusión del contrato y con vistas a una serie de contratos indefinida.

La prerredacción del contrato no es suficiente por sí sola para crear la *lex contractus*, la norma jurídica objetiva, pero nada impide que ese proyecto de *lex contractus* se convierta en auténtica norma contractual mediante la declaración de voluntad, consiente y libre de ambos contratantes constitutivas del contrato de adhesión.

El problema de las C. G. C. radica fundamentalmente en el valor del consentimiento, especialmente en la declaración de voluntad del adherente y en la interpretación de la misma. Recoge a continuación una extensísima bibliografía exponente de la preocupación de la doctrina por el problema de las condiciones generales de la contratación, bibliografía de todas las esferas de la contratación civil y mercantil, en la que apenas encontramos estudios de nuestros juristas.

Analiza el contenido jurídico de las condiciones generales cuya existencia descansa en el reconocimiento por el ordenamiento jurídico del principio de autonomía de la voluntad, y, como consecuencia, el contenido de las mismas viene enmarcado por los límites de la autonomía de la voluntad privada, es decir por el ordenamiento positivo imperativo, y necesario, por el orden público, la moral y las buenas costumbres (arts. 4 y 1.255 del Código civil).

Su contenido es más o menos amplio, dando lugar a una normativa más o menos minuciosa del contrato. Examina las cláusulas más frecuentes y las más importantes por su trascendencia práctica. Así, las que señalan la competencia jurisdiccional para posibles diferencias, las cláusulas limitativas de la responsabilidad, cláusulas de reserva de dominio en la modalidad de venta con precio aplazado, etc.

Analiza, finalmente, los caracteres que en términos de la doctrina, se predicán de los contratos celebrados en base a las condiciones generales de los contratos.

Son rasgos típicos —se dice—, en primer lugar, el implicar un *iter* progresivo en la formación del contrato, en el que se señalan varios momentos; sin embargo, esta nota carece, a juicio de GARCÍA AMIGO, de trascendencia para calificar esta categoría de contratos, especialmente teniendo en cuenta el que la prerredacción de las condiciones generales es precontractual. La fijación de las condiciones previas a la celebración del contrato no es exclusiva de este tipo de contratos.

Tampoco acepta, como nota configuradora, la forma articulada de estos contratos, que lleva a hacerles aparecer como una especie de reglamentos, semejándose más que a contratos a verdaderas leyes y reglamentos. Es un mero aspecto formal sin trascendencia jurídica.

Se señala que crean una especie de *invitatio ad offerendum* perma-

nente, lo que rechaza igualmente por inexacto, y porque, en todo caso, no sería nota diferenciadora de los demás tipos de contratos.

Rechaza la pretendida situación de igualdad que crea entre los diversos contratantes que pactan con la empresa predisponente por inoperante jurídicamente. Se señala que la empresa predisponente suele ser sujeto poderoso económicamente y no lo es el adherente, presupuesto que no siempre se cumple. Que se trata de contratos en masa, que son contratos impuestos y no libremente concertados, etc.

Como quiera que ninguna de las notas que se dicen diferenciadoras de una categoría de contratos, los contratos por adhesión, son verdaderamente tales, GARCÍA AMIGO concluye que estos contratos no constituyen una categoría *a se*, que requiera una regulación distinta de los demás contratos. Son, dice, notas o caracteres, precontractuales o meramente sociológicos, que no son excluidos de un pretendido tipo de contratos.

Y a esta solución llega el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de mayo de 1958, que cita, y para la que no se ha acogido en nuestro Derecho la categoría de los contratos de adhesión.

En la parte II de la obra lleva a cabo, en el primer capítulo, una recopilación de la doctrina en torno al tema, y en el segundo el intento de su propia construcción doctrinal.

Hace un estudio de la doctrina, la cual en sus afirmaciones refleja el sistema del ordenamiento positivo de cada país, distinguiendo la doctrina de los países de economía liberal de aquellos de economía socialista. Destaca, por ejemplo, que la doctrina francesa de la postguerra última sostiene unánimemente que los contratos de adhesión en nada se diferencian de los demás. La doctrina alemana anterior a 1945 llegó a afirmar el carácter normativo de los C. G. C., proyectándose en la jurisprudencia esta opinión. No faltaban autores, los más, que defendieran la tesis de su eficacia contractual, con matices diversos así, KOCH, KOST, RAISER, MENIGK.

La teoría normativa de las C. G. C. tuvo una base positiva en la legislación del régimen nacional socialista. Con su caída se vuelve a la tesis contractualista, pero sin embargo es de señalar que no por ello la tesis normativa ha desaparecido en el derecho alemán. Y, es muy interesante, a nuestro juicio destacar la distinción que se lleva a cabo entre condiciones generales de contrato formuladas u homologadas constitutivamente por la Administración estatal, que tienen la categoría indiscutida de normas jurídicas objetivas —ley en sentido material— entrando a formar parte del Derecho legal, generalmente imperativo. Y las demás condiciones generales que tienen naturaleza contractual, meramente. La tesis dominante es en este orden predominantemente contractual, con diversas matizaciones, hasta el punto de que las tesis de algunos autores encubren, pese a su pretendida contractualidad, una auténtica posición normativa, al reconocerles efectos extracontractuales.

La doctrina italiana, influida naturalmente por la normativa de las C. G. C., acepta el carácter normativo de las mismas cuando han sido fijadas u homologadas por la Administración, teniendo el carácter de leyes en sentido material.

Las demás no gozan de este carácter y la mayoría de la doctrina estima, en cuanto a éstas, que tienen naturaleza contractual. Otro problema es el de si constituyen estas últimas una categoría distinta de contratos, en lo que no hay unanimidad de criterio entre los autores.

Hace referencia a la doctrina de POLO, ROYO MARTÍNEZ, URÍA, GARRIGUES, DE CASTRO, SÁNCHEZ CALERO, MENÉNDEZ MENÉNDEZ y SOLÁ DE CAÑIZARES, que en diversa medida se han ocupado del tema y han mani-

festado su opinión, reconducibles sus posiciones a las tesis que hemos ido exponiendo de la doctrina del Derecho comparado.

Ya hemos dicho que el capítulo II tiene como contenido la construcción elaborada por el autor de la Monografía: Comienza por concretar el concepto de C. G. C. —puesto que dada la falta de precisión de los términos utilizados en esta materia se presta a confusiones— diciendo que se designa con este nombre “a una serie de cláusulas formuladas preventivamente en forma general y abstracta en vistas a la celebración de una serie indefinida de contratos, que al ser aceptadas por las partes pasan a regular la relación contractual que aquéllas desean crear, estableciendo su contenido normativo, sin que por otro lado coincidan con normas legales o consuetudinarias” (pág. 132). Proceden, en nuestro Derecho, de las “fuerzas subjetivas”.

Precisa acertadamente la distribución entre contrato de adhesión y condiciones generales, ya que no siempre coinciden. El contrato de adhesión supone siempre que una de las partes presta su consentimiento a una normativa contractual previa y rígida en la que no ha tenido intervención, ya provenga de la voluntad privada de otro contratante, ya de la Administración: por ejemplo, concesión de servicios públicos.

Las condiciones generales, en concepto de GARCÍA AMIGO son formuladas siempre por los particulares y su rigidez no llega al extremo de no permitir estipulaciones particulares. En definitiva, el contrato de adhesión es un concepto más amplio, por una parte, más limitado por otra.

Todavía distingue las C. G. C. de figuras afines, como los contratos celebrados *per relationem*, contratos normativos, contrato tipo, etc.

Recoge la clasificación de las condiciones generales de los contratos. Se detiene especialmente en la formación de las C. G. C. El paso de las condiciones generales a regular la relación contractual es uno de los puntos más discutidos de la problemática de las C. G. C. Para GARCÍA AMIGO las condiciones generales no pasan a regular la relación contractual, en virtud de los distintos supuestos normativos contractuales objetivos. Por exclusión, su eficacia vinculante debe provenir necesariamente de las fuerzas subjetivas. Su sola eficacia posible es la que pueda serle conferida a través del negocio jurídico, forma única reconocida a los particulares para poder disciplinar sus propias relaciones.

Lleva a cabo un detenido estudio de la “adhesión” en Derecho comparado y el valor que merece dentro de nuestro Derecho positivo, poniendo de relieve las divergencias de opinión de nuestra doctrina en este punto —doctrina científica y jurisprudencia—. Y finalmente, concluye con su propia opinión, entendiéndolo que las C. G. C. se convierten en norma jurídica vinculante, tan sólo “por” y “para” el contrato singular. Antes de que se efectúe la confluencia de las declaraciones de voluntad de las partes, pueden ser el contenido de una oferta contractual, pero por sí solas no son nada, puesto que el ser contenido de la oferta se lo confiere precisamente la declaración contractual concreta y específica del oferente, y no el mero hecho de la redacción de las mismas.

Para GARCÍA AMIGO, no caben distinguos dentro de nuestro Derecho positivo, las condiciones generales de los contratos son un simple proyecto de *lex contractus*, y como tal no vinculante para nadie, no tienen otro valor que el que les confiere el contrato de cuyo contenido normativo forman parte.

La tercera y última parte de la obra está dedicada al estudio de los abusos del sistema de la autonomía de la voluntad clásica per-

mite con motivo de la utilización de las condiciones generales, así como al análisis de los procedimientos de control de las mismas.

Ya en otra parte del trabajo se pusieron de manifiesto los posibles abusos a que puede dar lugar la utilización de las condiciones generales, especialmente cuando son redactadas por empresas monopolísticas o con posición dominante en el mercado. Por ello se arbitran una serie de procedimientos para controlar estos abusos que, en principio y desde un punto de vista formal, parecen justificados en base a un principio de autonomía de la voluntad.

Examina en primer lugar el control judicial de las condiciones generales de los contratos, que a juicio de buena parte de la doctrina, es el más indicado; en cambio, otros lo consideran inadecuado o inoperante prácticamente. Se detiene en las tres fórmulas en que puede presentarse este control: examen previo, revisión de la disciplina establecida por las partes o limitándose a interpretar la voluntad contractual. Lleva a cabo una cuidada crítica de los mismos inclinándose por el último, en el sentido de que este tipo de contratos de adhesión ha de quedar sometido al mismo régimen de interpretación que los demás contratos. Aporta algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo que tienen como contenido el fallo en cuanto a problemas de interpretación de C. G. C.

El segundo medio utilizable es el control administrativo, propuesto por la doctrina y del cual se ha hecho largo uso en nuestros tiempos. Control que puede tener diversos grados; así puede la Administración formular directamente las que serían, si se redactasen privadamente, condiciones generales de la contratación, bien mediante acto normativo general, por ejemplo, un Reglamento, bien mediante un acto normativo concreto, imponiendo u homologando constitutivamente las normas particulares que regularan los contratos celebrados por una sola empresa, como es el supuesto de las concesiones administrativas de los transportes públicos. O bien la Administración puede intervenir mediante una simple aprobación de las condiciones generales, que permanecen en la órbita privada, formuladas particularmente por una empresa o grupos de empresas. O por los representantes profesionales de las partes contratantes, o, en fin, por una de las partes y los representantes de las otras y ello en virtud de la facultad y obligación que se les atribuye por una Ley. Lleva a cabo un examen de la materia sistematizado, deteniéndose en el estudio del valor jurídico privado de la aprobación administrativa, para concluir con su opinión personal, de que no tiene otra eficacia jurídica este control que la de indicar que en las condiciones generales no encuentra la Administración nada contrario a Ley y que estas cláusulas son administrativamente vinculantes para el asegurador, nunca para el asegurado. El control administrativo asegura la desaparición de las cláusulas ilícitas o leoninas, que la propia empresa obligada a la aprobación hará desaparecer de sus condiciones generales. El Tribunal Supremo no se ha pronunciado en ningún caso acerca de la naturaleza jurídica de esta aprobación administrativa de las condiciones en materia de seguros, pero si en casos de permisos de investigación en tema de explotación minera, y en estos casos de manera reiterada, dice que carece la aprobación de efectos jurídicos privados, normativos, ni de ninguna otra especie.

En términos genéricos y en Derecho español, la aprobación administrativa de las C. G. C. no cambia en absoluto la naturaleza jurídica privada de aquéllas, sean de origen unilateral o contractual.

En cuanto al control legal de las condiciones generales de los contratos la moderna doctrina se inclina por el mismo, estimando que pueden ser perfectamente controladas a través de los recursos ofrecidos por el Derecho positivo actualmente en vigor, por ejemplo, en nuestro

Derecho a través de los preceptos del Código civil, esta es, por ejemplo, la opinión de DE CASTRO, y es sostenida por el autor del estudio que analizamos, en atención a que éste admite la tesis contractualista. Se trata en este caso de un problema de limitación de la libertad de contratación. Límites objetivos a la validez contractual de las condiciones generales son la Ley, las buenas costumbres, el orden público, especialmente en su versión de orden público económico. Y también hace referencia especial a la buena fe objetiva como pretendido límite a la autonomía de la voluntad en relación al tema, llevando a cabo su crítica.

GARCÍA AMIGO a través de las páginas de su trabajo sigue una línea de pensamiento siempre dentro de los más rigurosos esquemas contractuales clásicos, no apartándose así de una posición que es típica de nuestra mejor doctrina civilista.

TERESA PUENTE MUÑOZ

LACUENTRA BUERBA, ANTONIO y PONT MESTRES, MAGÍN, según una idea de LEMEUNIER, FRANCIS: *Por qué y cómo constituir una Sociedad Anónima*, de la serie *Lo que usted necesita saber*, Ediciones Nauta, S. A., 1968.

En la colección Enciclopedia Práctica para la vida de los negocios y en la serie "Lo que usted necesita saber" que con tanto acierto está publicando Ediciones Nauta, aparece este volumen, segundo de los mismos, sobre una materia tan sugestiva como la de la Sociedad Anónima.

En otra de las recensiones que al primer volumen de esta colección hemos hecho ya apuntábamos las ventajas y los inconvenientes que esta clase de publicaciones esquemáticas presentaban. No obstante, en la que ahora recensamos el aspecto práctico se plasma con acierto, pues, a los esquemas de conceptos y normativa se añaden unos cuestionarios prácticos sobre diversos puntos, incluidos los que hacen referencia al aspecto social de la empresa.

También se nota en este volumen el acierto que significa contemplar el aspecto fiscal del fenómeno jurídico de la Sociedad Anónima. Intuyo que ello se debe a LACUENTRA, uno de los autores, especializado en materias fiscales. Hay en esas frases-resúmenes que se incluyen al pie de cada página una referida a la idea fiscal que justifica su estudio. Dice así: "En nuestros días, lo *fiscal* prevalece sobre lo *jurídico*. Tal fórmula, jurídicamente favorable, puede resultar fiscalmente desfavorable". Creo, sin embargo, que al amparo de la tendencia actual de inyectar juridicidad en las disposiciones fiscales y, sobre todo, la construcción jurídica hábil hecha por mentes que dominen ambas materias—Notarios, Registradores, Abogados del Estado, etc—hacen falso ese brocardo que todo jurista debe rechazar, admitiendo este otro: por encima de todo debe prevalecer lo jurídico.

Sujetándose a las mismas normas de composición, el volumen, de tamaño holandesa, va exponiendo la materia en páginas que llevan un margen en blanco a la izquierda, el texto a la derecha y los brocardos al pie de página, en negrita. Se acompaña una bibliografía de una docena de autores sobre las principales obras utilizadas, un Apéndice con las modificaciones sufridas en la legislación en el año 1968

y un índice de materias que sirve para la rápida localización del punto buscado. Aunque el plan de la obra abarca desde el concepto y nacimiento de la Sociedad Anónima hasta la transformación de la misma, queremos agrupar materias que sin sujetarse al plan expositivo sirvan al lector de orientación en el contenido sumarial de la obra. Por ello hacemos la siguiente clasificación:

A) CONCEPTO Y PRINCIPIOS GENERALES.

Para dar una idea panorámica de qué debemos entender por Sociedad Anónima los autores se ajustan a una triple dirección: jurídica, fiscal y social. Aunque no queda muy claro lo que debemos entender por Sociedad en el aspecto jurídico, si se exponen las características, la normativa y la clasificación de la Sociedad en general. En el aspecto fiscal se destaca el fenómeno asociativo como acto sujeto al impuesto. Por último, en el aspecto social se afronta el sistema español sobre Seguridad Social.

Sujetándose a esta triple clasificación expositiva (jurídica, fiscal y social) se estudian las diferencias comparativas entre las principales formas de empresa: individual, colectiva, limitada y comanditaria. Culmina el contenido de este apartado nuestro con la exposición de los principios generales de la Ley de 17 de julio de 1951 que abarca desde el concepto hasta la revisión de aportaciones, esto es: el esquema conceptual y constitutivo de la Sociedad Anónima.

B) CONSTITUCIÓN Y FISCALIDAD.

Los esquemas que a estos dos puntos se destinan reflejan las dos formas de constitución de la Sociedad Anónima; la simultánea y la sucesiva, seguidos de unos cuestionarios prácticos. La materia que comprende la fiscalidad y gastos de la constitución, recoge las tarifas y normas fiscales de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, seguidas de unos ejemplos y un señalamiento de honorarios de liquidación y notariales.

C) ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN.

Dentro de este apartado incluimos los estudios esquemáticos que el volumen contiene sobre los siguientes puntos:

a) *Estatutos*. Se expone este punto con arreglo a un plan en el que se recogen la denominación, domicilio, objeto y duración de la Sociedad; el capital social; el régimen y administración de la Sociedad; el ejercicio social y el balance; disolución y liquidación.

b) *Acciones*. Se comprende el estudio de las mismas esbozándose el concepto, las clases, los derechos, los requisitos, dividendos pasivos y la adquisición de acciones propias.

d) *Administración y dirección*. La forma en que se estudia este importante aspecto de la vida interna y externa de la Sociedad se hace estructurando la materia en tres clases de órganos: de dirección y administración, de control y de soberanía.

Especialmente se estudia la Junta Constituyente y el primer Consejo de Administración.

D) PUBLICIDAD, FORMALIDADES Y CONTABILIDAD.

Cabe incluir agrupadas en este epigrafe una serie de puntos que se ofrecen separadamente en el volumen, tales como los medios de publicidad registral y las formalidades de inscripción; también, y como aspecto práctico, se recogen tres puntos en orden a las formalidades respecto de los impuestos, dividiendo la materia en *directos* (territorial urbana, rústica y pecuaria, rendimientos de trabajo personal, rentas del capital, impuesto industrial, rentas de sociedades y transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados e *indirectos* (tráfico de empresas, impuestos sobre el lujo, arbitrios municipales). Igualmente se expone en forma práctica la serie de obligaciones de carácter social y laboral que la empresa tiene que cumplir y un cuadro de diversas obligaciones formales a cumplimentar, y otro de obligaciones permanentes en orden a los impuestos y seguridad social. En materia de contabilidad se incluye un modelo de asiento de constitución.

E) TRANSFORMACIÓN.

En forma especial y referida a un caso de transformación se estudia lo referente a la que se produce por consecuencia de la conversión de una sociedad de responsabilidad limitada en anónima, ofreciéndose los preceptos legales y el aspecto interesante del cierre de contabilidad y la apertura correspondiente.

F) INVERSIONES EXTRANJERAS.

En forma sinóptica se refleja el panorama legislativo—auténtico privilegio que España ofrece al extranjero—en materia de inversiones con o sin límite y formas de efectuar estas inversiones.

Dentro de los consejos prácticos que los autores ofrecen al lector están, el de que estos esquemas necesitan complementarse con el asesoramiento de un técnico en Derecho y el, ya comentado, de que lo fiscal prevalece sobre lo jurídico. La utilidad de la publicación puede convertirse en perjuicio si el lego en Derecho pretende estar en conocimiento de toda la legalidad por este resumen que se le ofrece.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.

LALAGUNA, ENRIQUE: *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1969, 351 páginas.

Un libro puede ser valorado desde el punto de vista del tema que constituye su objeto y desde el punto de vista del enfoque que le ha dado su autor. La importancia del primero es patente en este caso. La mejor manera de poner de manifiesto la del segundo es hacer una breve reseña de su contenido.

El libro consta de dos partes. En la primera, dividida en tres capítulos, se afrontan los problemas del concepto de la jurisprudencia y

de sus relaciones con la realización del Derecho y con la Ciencia jurídica. La segunda, también dividida en tres capítulos, trata de la jurisprudencia como fuente, como interpretación y como aplicación del Derecho. Se abre la obra con un sugestivo prólogo del profesor Díez-Picazo.

Indicaciones generales.

Al punto que iniciamos su lectura, nos damos cuenta de que la palabra jurisprudencia ha llegado a ser equívoca en el lenguaje jurídico moderno. Por un lado, significa el conocimiento teórico tal como se contiene en los libros de Derecho; por otro, el conocimiento práctico que permite a los jueces resolver los conflictos planteados. Hasta tal punto es equívoca que es necesario añadir al nombre algún calificativo que especifique en cuál de las dos acepciones se usa, "cuando no se infiere claramente del contexto. Este es el origen de las expresiones corrientes de "jurisprudencia teórica" y "práctica" y de aquellas acuñadas por IHERING de "jurisprudencia superior" e "inferior", que señalan además una jerarquía de valor entre ellas. Quizá sea lo más importante advertir que el término ha devenido equivoco en la evolución jurídica moderna; en el Derecho romano—dice el autor—ambos aspectos, teórico y práctico, estaban enlazados de forma tan viva que la consideración de cualquiera de ellos afirmaba y subrayaba la realidad del otro. La simple circunstancia de servirse de una misma palabra para designar cosas diferentes, sugiere una significación unívoca anterior, siquiera sea difícil para la mentalidad moderna captarla en la unidad, sin rupturas, de la teoría y la práctica.

La causa que ha determinado esta evolución es doble, según el autor: la importancia creciente del Derecho escrito y el carácter acusadamente especulativo que ha venido adquiriendo la ciencia jurídica.

La primera obedece a las tendencias absorbentes del Estado moderno que monopoliza la creación del Derecho. La tarea de los juristas ha perdido progresivamente su carácter creador y directivo como *interpretatio iuris*, y ha quedado reducida a la función secundaria y subordinada de la *interpretatio legis*. Con estos presupuestos históricos resulta congruente la pregunta de si la jurisprudencia es fuente del Derecho, como también la respuesta negativa que se le suele dar, porque —con palabras de CLEMENTE DE DIEGO— "no pone nada nuevo, ni propio ni independiente, sino que lo toma de otras normas formalmente consideradas como fuentes jurídicas y que constituyen el Derecho vigente". Claro que quedan sin explicar hechos tan importantes y llamativos como la existencia de una jurisprudencia *praeter legem* y, a veces, *contra legem*. Por ello, no han faltado autores que, desde dentro o desde fuera de la doctrina de la primacía de la ley subrayaron la importancia decisiva de la jurisprudencia, aunque no explicaron satisfactoriamente la necesaria continuidad entre la norma y la práctica de la norma. La posición intermedia, que intenta conciliar dos extremos inconciliables, puede sintetizarse con esta frase: "la jurisprudencia no es fuente del Derecho, pero tiene un valor jurídico extraordinario". La simple lectura de la frase revela la gravedad de la crisis que atraviesan los ordenamientos jurídicos actuales. A ello se une —y ésta es la segunda de las causas señaladas— que las doctrinas científicas modernas han perdido aquella entrañable proximidad a lo justo que caracterizaba a la ciencia jurídica tradicional; y es más, que parte de presupuestos filosóficos para los cuales es ajeno el problema mismo de la justicia. Así, la ciencia y la práctica del Derecho han llegado a vivir en mundos distintos e incommunicables: la primera atiende sólo a resolver los problemas dogmáticos mientras que la se-

gunda se preocupa de encontrar soluciones a los problemas de justicia, que son los únicos que plantea la vida real.

En esta perspectiva merece destacarse la aportación del profesor LALAGUNA. Se trata de una tentativa importante para explicar en qué consiste la naturaleza creadora de la jurisprudencia. El valor de la jurisprudencia, antes percibido de manera confusa y como negativa —lo que había más allá de las fuentes formales, que se sabía importante, pero que se ignoraba lo que era— se expone ahora con claridad.

EL CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA.

Para la concepción dominante, la jurisprudencia se define como “doctrina de los tribunales”. Es decir, que dentro del género de las doctrinas jurídicas, la jurisprudencia se especifica por ser una doctrina emanada de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento de su función característica de aplicar el Derecho vigente a los casos controvertidos. Su valor radica en que revela el sentido de la ley, en que es una *interpretatio legis* autorizada. Como tal, participa de la generalidad de la ley, lo que permite su aplicación a los casos futuros comprendidos en el ámbito de ésta. La formación de las doctrinas jurisprudenciales exige separar el criterio interpretativo de las circunstancias de hecho a la vista de las cuales fue formulado, vinculándolo al texto legal. Esta tarea se facilita cuando una misma doctrina es acogida en varias sentencias, pues se sugiere que es independiente de las notas individualizadoras de cada uno de los casos resueltos. En resumen: la jurisprudencia es un desarrollo del Derecho vigente y, en la medida en que éste es Derecho escrito, un desarrollo de la ley.

El valor de la jurisprudencia no es, por tanto, un valor propio, sino reflejo; el de las fuentes formales que interpreta y desarrolla. Queda sin explicar la jurisprudencia *praeter y contra legem*, a las que se reconoce una eficacia de hecho, fundada en el prestigio social de los órganos jurisdiccionales y susceptible, a lo sumo de consolidarse cuando reúne los requisitos del Derecho consuetudinario.

El autor hace una crítica eficaz de la concepción de la jurisprudencia como doctrina, en cuanto se apoya más en preocupaciones dogmáticas que en el análisis frontal de la actividad judicial. Los tribunales no formulan doctrinas generales, sino que dictan normas singulares mediante las cuales resuelven los litigios planteados razonándolas a partir de las fuentes formales. Es claro que las normas singulares pueden generalizarse por abstracción de las circunstancias de hecho de los casos resueltos, pero este resultado ya no es jurisprudencia, sino algo ajeno a la actividad de los tribunales. Pueden existir sentencias ilegales o injustas; esto se decidirá en cada caso, teniendo en cuenta todos los elementos, fácticos y normativos, del litigio. Lo que no puede existir es una doctrina jurisprudencial *contra legem*, porque la jurisprudencia no es doctrina.

Es necesario partir, por tanto, del dato originario de la sentencia en que cristaliza la actividad judicial, antes de haber sido reelaborada mediante el procedimiento generalizador a que se ha hecho referencia. La sentencia exige una síntesis entre los datos normativos y la situación singular dada. El autor insiste en la naturaleza creadora de esta síntesis, que pone algo que no estaba en los datos normativos, ni siquiera de manera implícita, y que es precisamente la solución justa del conflicto, a la cual se llega mediante la actividad intelectual conocida como *prudentia iuris*. No se ignora que la sentencia incluye una doctrina, pero tampoco se la falsea; sino que se la reconoce con la concreción que le es propia, y en la que en último

término radica su fuerza persuasiva. Los hechos del litigio y la personalidad del juez que lo ha resuelto no pueden ser abstraídos.

Según el autor, el valor de la jurisprudencia como sentencia radica: 1) en la solución razonada del litigio, o sea, en la *ratio decidendi*; 2) en el descubrimiento de posibilidades normativas inéditas en el Derecho vigente, al proyectarse sobre él la *ratio decidendi* del caso resuelto, es decir, como precisión normativa; 3) en la posibilidad de servirse de estas precisiones normativas para la resolución de otros casos semejantes en cuanto que una vez descubiertas se integran en el ordenamiento jurídico y participan de su dinamismo.

A estos tres valores de la jurisprudencia hay que añadir un cuarto, que es propio del Derecho español: el de servir de fundamento al recurso de casación, cuando reúne los requisitos de la doctrina legal. El autor realiza un estudio exhaustivo del desarrollo histórico del concepto de doctrina legal, subrayando su naturaleza interpretativa frente a la de norma suplementaria de la Ley. De esta manera es posible mantener su vinculación a los hechos y se deja abierta la puerta a la renovación del sistema, al afirmar las condiciones de libertad y realismo necesarias para la interpretación del Derecho escrito en la directa respectividad de la doctrina legal a los hechos.

JURISPRUDENCIA Y REALIZACIÓN DEL DERECHO.

En los países del continente el ordenamiento jurídico está integrado fundamentalmente por normas escritas de carácter general, cuya eficacia práctica depende en gran medida de su aplicación por los tribunales de justicia. Después de la quiebra de la teoría de la subsunción, la relación entre las normas generales y las decisiones de los casos singulares aparece como problemática, hasta el punto de haber sido calificada de "inaprehensible" por Díez-Picazo.

El autor hace un estudio detallado de los presupuestos filosóficos que condicionan el planteamiento actual del problema de la realización del Derecho y de las diferentes soluciones propuestas. Constituye un mérito indiscutible de la obra que comentamos —como destaca Díez-Picazo en el prólogo— el haber puesto de relieve la estrecha conexión que existe entre las dos posiciones extremas defendidas en la ciencia jurídica contemporánea, el normativismo y el judicialismo. Ambas parten de postulados positivistas, por lo que centran su atención en los elementos estáticos del proceso de realización del Derecho, en la norma general o en la decisión singular. Por el contrario, la esencia del proceso de realización del Derecho no puede captarse al margen de éste, en sus puntos de partida o de término, que son exteriores al proceso mismo. Se impone volver al análisis de la actividad judicial, en cuanto que, conducida por la *prudentia iuris*, permite obtener la decisión singular a partir de las normas generales. Se niega la continuidad lógica entre la norma y la sentencia. Pero se afirma su continuidad axiológica, puesto que ambas participan, cada una a su modo, abstracto o concreto, del mismo valor de la justicia. El salto lógico que toda decisión entraña, debe ser razonable y no imprudente. La importancia de la personalidad del juez queda subrayada en unos términos hasta ahora no frecuentes entre nosotros.

En este capítulo tiene especial interés la crítica del realismo jurídico americano. La falsedad de su planteamiento inicial se pone claramente de manifiesto.

JURISPRUDENCIA Y CIENCIA DEL DERECHO.

El autor adopta una posición crítica frente a las orientaciones metodológicas contemporáneas, incluidas las que postulan un mayor acercamiento a la realidad como reacción contra el dogmatismo jurídico. Todas ellas coinciden en afirmar una pretendida suficiencia de la Ciencia del Derecho la que sólo necesita de sus propios métodos para cumplir su misión cognoscitiva. En ellas hay un error grave acerca de la estructura del conocimiento jurídico, que el autor expone brillantemente, cuya exposición intentaré resumir.

El Derecho, como ciencia práctica que es, no se agota en la consideración teórica de su objeto —que es lo justo—, sino que exige, además, el conocimiento de las posibilidades concretas de su realización en una situación histórica determinada. La insuficiencia de la mera consideración teórica del Derecho radica en que elude su faceta práctica, su necesidad intrínseca de realizarse en el mundo de lo concreto, el cual, por su naturaleza singular, es inaccesible al conocimiento científico, que versa siempre sobre lo universal. El método científico debe prolongarse, por tanto, más allá de sus límites cognoscitivos, en las diversas formas de investigación de la realidad singular, principalmente en el conocimiento prudencial —*prudentia iuris*—, que permite captar las posibilidades concretas de realización de lo justo en una esfera de realidades singulares dadas.

En esta perspectiva aparece con claridad la aportación de la jurisprudencia a la ciencia del Derecho. La virtualidad conformadora de las normas generales se pone a prueba en la decisión judicial; el conocimiento prudencial que la informa, ilumina el significado último de la norma, su valor en el mundo de los hechos. La jurisprudencia completa así el conocimiento teórico del ordenamiento jurídico de dos maneras: 1) con la determinación de los límites del hipotético supuesto fáctico de la norma; 2) con el descubrimiento de las nuevas posibilidades normativas que entraña, las cuales se revelan precisamente al ser confrontada con los hechos en el juicio prudencial.

JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO.

En los estudios sobre la jurisprudencia suelen aparecer confundidas dos cuestiones distintas, aunque conexas. Una se refiere a si la jurisprudencia es efectivamente una fuente del Derecho objetivo; la otra a las relaciones que existen entre la jurisprudencia y las fuentes formales. Se puede afirmar que el planteamiento de la primera cuestión obedece a una defectuosa comprensión de estas relaciones. Es uno de los méritos más destacados de la obra del profesor LALAGUNA el haber puesto de relieve la distinta naturaleza de ambos problemas y su condicionamiento recíproco.

La pregunta de si la jurisprudencia es fuente de Derecho, sitúa ante perspectivas problemáticas diversas, según el sistema jurídico desde el cual se formula. En el Continente equivale a inquirir si la jurisprudencia puede considerarse de alguna manera como ley, que es la fuente de producción jurídica por antonomasia; o lo que es lo mismo, si pueden extraerse de las decisiones judiciales criterios o doctrinas generales de carácter obligatorio. En el fondo, se apunta el problema de las relaciones entre el Derecho escrito y la actividad de los tribunales. En Inglaterra, la pregunta tiene un sentido distinto, al ser el Derecho vigente sólo parcialmente *lex scripta*. Allí no hay duda de que la jurisprudencia es fuente de Derecho en el sentido que

tiene esta expresión en los ordenamientos jurídicos continentales, porque la sentencia no sólo declara el derecho subjetivo debatido en el litigio, sino también el Derecho objetivo a partir del cual se ha resuelto el conflicto planteado. La pregunta apunta, pues, a un problema distinto: la relación entre las decisiones judiciales y el *common law* y la posibilidad de una renovación progresiva de éste.

En España, la cuestión de si la jurisprudencia es fuente del Derecho, fue formulada a raíz de la promulgación del Código civil sobre la base de dos premisas inexactas, que revelan una incompreensión grave de la obra codificadora, atribuyéndole, en esta materia, un sentido innovador de que carecía. En efecto, se pensaba que antes de entrar en vigor el Código, la jurisprudencia tenía, sin discusión, el carácter de fuente formal y que después lo había perdido al no ser mencionada en el artículo 6. Lo cierto es que la jurisprudencia era sólo fuente de Derecho en el sentido impreciso en que se usaba esta expresión antes del Código civil, pero que no le convenía tal carácter en el sentido técnico que inaugura este cuerpo legal. Ambos extremos quedan satisfactoriamente demostrados en la obra que comentamos.

La doctrina científica desaprovechó la oportunidad que le brindaban los artículos 5 y 6, para profundizar en la naturaleza de la jurisprudencia, teniendo en cuenta sobre todo la inclusión en el último de los principios generales. No distinguió suficientemente entre su *valor normativo* (que es accidental, en cuanto que depende de los principios de organización política que inspiran los diversos ordenamientos jurídicos) y su *precisa significación normativa*, que se capta más allá de la ley, en el campo de la interpretación que precede a la tarea de aplicar las normas legales a los casos controvertidos. El examen de las opiniones que han sido defendidas por los autores españoles pone de relieve la creencia común de que el valor de la jurisprudencia depende, en último término, de su mayor o menor asimilación a las fuentes formales. Por ello son convenientemente clasificadas entre las que pretenden una asimilación completa y las que se conforman con una asimilación aproximada.

En el primer grupo se incluyen las que identifican la jurisprudencia con la costumbre o con los principios generales del Derecho. Merece destacarse la crítica que el autor hace de la teoría de CLEMENTE DE DIEGO, en la que se ponen de manifiesto sus insuficiencias constructivas y sus repercusiones empobrecedoras sobre el valor de los principios generales.

Mayor interés tienen las del segundo grupo, que consideran a la jurisprudencia como fuente material. Aunque el concepto de fuente material es oscuro, se puede aventurar —según creo—, que la doctrina de las fuentes materiales responde a un doble motivo: 1) la constatación del hecho de que existen valores jurídicos al margen de las fuentes formales; 2) el deseo de legitimar este hecho por una cierta aproximación a las fuentes formales. Las fuentes materiales son —diría yo—, como cuasi fuentes formales. En este grupo se incluyen los autores que aproximan la jurisprudencia a la ley o a la costumbre. Para la primera teoría la jurisprudencia es *norma complementaria y subordinada a la ley*; es decir, el ordenamiento jurídico, normalmente *lex scripta*, se considera como algo insuficiente que debe completarse, y los jueces cumplen esta tarea “casi legislativa” mediante la producción de doctrinas legales; la faceta *praeter legem* de la jurisprudencia queda, por tanto, subrayada. La segunda teoría considera la jurisprudencia como un hecho, cuyo control escapa al poder del Estado, del que emana la ley, y que se erige en fuente autónoma —no formal— de producción jurídica sobre la base de su repercusión sociológica y de su vigencia fáctica; su inspiración antilegisla-

tiva es patente: en el fondo se pretende legitimar la jurisprudencia por una cierta aproximación a la costumbre, de aquí que quede destacada su faceta *contra legem*.

JURISPRUDENCIA COMO INTERPRETACIÓN.

El autor rechaza todos los planteamientos del problema de la jurisprudencia que entrañan la pregunta, más o menos velada, acerca de su condición de fuente del Derecho. En el sentido que esta expresión tiene en el lenguaje jurídico moderno, es evidente que no lo es. Y en nuestro autor, la respuesta negativa resulta extraordinariamente fructífera, porque al mismo tiempo que libera al problema de un planteamiento defectuoso, abre las puertas a una consideración más realista de la actividad judicial.

Al preguntarse por las relaciones entre la jurisprudencia como realización del Derecho objetivo y este Derecho objetivo tal como aparece formulado en las fuentes formales, se descubre la insuficiencia radical de toda norma jurídica formulada mediante proposiciones generales, precisamente a causa del escaso grado de practicidad de toda regla general. La jurisprudencia, que traduce las proposiciones generales en juicios concretos, completa el grado de practicidad de la ley —y en este sentido es condición de su eficacia— y cumple una función creadora.

¿Qué añade la jurisprudencia a la ley? ¿En qué consiste la naturaleza creadora de la primera? Según el autor, la jurisprudencia aporta una especial interpretación del ordenamiento jurídico, que se caracteriza por su conexión íntima con las realidades sociales a las cuales se aplica. Se distingue de la interpretación científica en que esta inquiere el significado de la norma a partir de las situaciones de hecho definidas de manera abstracta en su supuesto fáctico, mientras que aquella inquiere el significado de la norma, pero a partir de las situaciones reales acotadas por los hechos del litigio. Entre ambas formas de interpretación hay continuidad e influencias recíprocas.

Son presupuestos de la interpretación jurisprudencial: 1) el sentido objetivo de la norma —*ratio legis*— tanto originario como derivado; 2) la vinculación de la norma al ordenamiento jurídico considerado en su conjunto; 3) la posición crítica del intérprete, que cumple su tarea inmerso en una situación existencial determinada por especiales exigencias culturales, científicas, profesionales, etc. Se insiste en la importancia de este último condicionamiento para explicar algunas interpretaciones jurisprudenciales, cuyas verdaderas motivaciones no se revelan al primer análisis. Ocurre así en la pretendida antinomia de los artículos 623 y 629, y con la controversia acerca de la prescripción del crédito hipotecario.

Las posibilidades creadoras de la interpretación jurisprudencial en el Derecho español quedaron oscurecidas en la obra de los primeros comentaristas del Código civil. En la crítica que el autor hace de estas doctrinas se advierte la influencia del pensamiento del profesor DE CASTRO, y el aprovechamiento metódico de los antecedentes inmediatos al Código para esclarecer el significado de sus preceptos, facilitado por la utilización del Anteproyecto publicado por M. PEÑA. El artículo 5 contiene la enumeración de las fuentes formales, desde el punto de vista de su existencia y jerarquía: el artículo 6 expresa el orden a que deben atenerse los tribunales en su aplicación a los casos en litigio, como se infiere de su párrafo inicial. La frase “cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido” tiene sólo una explicación ocasional, al haberse sustituido, sin más correcciones, la

referencia a la analogía del Anteproyecto por la remisión a la costumbre, probablemente a consecuencia del nuevo giro que tomaba el problema íoral en aquellos momentos. La nueva redacción del precepto resultó desafortunada, pues —como dice el autor— “la referencia a la costumbre se incrusta como un cuerpo extraño en la doctrina de la aplicación del Derecho y, como norma de naturaleza diversa a la ley, rompe la diáfana continuidad que antes existía entre ley escrita, analogía y principios generales”. En la redacción definitiva ha quedado velada, ciertamente, la verdadera función de los principios generales, que es la de orientar al juez en la labor interpretativa que precede a la aplicación del Derecho, excluyendo la interpretación estricta de la ley, que sugiere el tenor literal del artículo. Sobre ellos se apoya, en último término, las posibilidades creadoras de la jurisprudencia española.

JURISPRUDENCIA Y APLICACIÓN DEL DERECHO.

El último capítulo —el de mayor extensión e interés práctico— ofrece una perspectiva global de las fuentes formales del Derecho español, contempladas desde el punto de vista de su realización jurisprudencial. En ella se destacan las deficiencias más características del ordenamiento jurídico en su aplicación a los conflictos que está llamado a resolver. La riqueza de su contenido impone la renuncia al intento de resumirlo. Hay que resaltar en él los abundantes y bien escogidos ejemplos que el autor aduce en confirmación de sus puntos de vista.

El capítulo se divide en tres grandes apartados en los que se exponen respectivamente las relaciones entre la jurisprudencia por un lado y la Ley, la costumbre y los principios generales por el otro.

En el primer apartado se exponen las deficiencias del ordenamiento legislativo a la manera como han sido estudiados por algunos autores anglosajones. Tales imperfecciones tienen su origen o en la Ley misma considerada estáticamente, o en la realidad social, esencialmente mudable, a que va dirigida, o en su aplicación por la jurisprudencia cuando consagra verdaderos errores interpretativos. El autor indica que esta clasificación no responde a pretensiones dogmáticas; se trata de una aproximación empírica a la realidad del Derecho vivo, que excluye cualquier tentativa de establecer fronteras conceptuales precisas entre cada uno de los grupos señalados. Tentativa por otra parte imposible, ya que no es difícil descubrir condicionamientos e influencias recíprocas entre ellos.

Las imperfecciones de la Ley considerada en sí misma tienen su causa o en defectos axiológicos o en defectos técnicos. Los primeros, infrecuentes en el Derecho español, han sido estudiados desde antiguo bajo la rúbrica clásica de la Ley injusta, y producen las tensiones entre el poder judicial y el poder legislativo, de que se ha ocupado abundantemente la doctrina de algunos países. Los segundos son conocidos con el nombre genérico de silencio de la Ley y adoptan las dos modalidades características de ambigüedad y antinomias. El autor ilustra estos conceptos con numerosos ejemplos, en los que se pone de manifiesto su peculiar modo de afrontar los problemas concretos y debatidos de nuestro Derecho civil. Merece destacarse el estudio que realiza de las más importante antinomias que se han creído advertir en nuestro Código (arts 623-629; 190-195; 759-799; 464-1.955, y 51-69).

La segunda clase de deficiencias de la Ley nacen de su confrontación con la realidad social a que se aplica. Las Leyes se dictan teniendo a la vista una determinada situación de hecho, cuya valoración, aún

siendo inicialmente correcta, puede devenir inadecuada a causa de cambios sociales ulteriores, imprevisibles en el momento de su promulgación. Se produce entonces una situación de anomia absoluta o relativa, referida—es claro—a la Ley misma, y no al ordenamiento jurídico, que se suele designar como silencio, insuficiencia o inadecuación de la Ley. La mayor o menor facilidad para salir de estas situaciones depende de las posibilidades normativas que ofrezca el propio ordenamiento jurídico en su conjunto, las cuales se actualizan por la argumentación analógica, que es examinada con cierto detenimiento. Los ejemplos aducidos por el autor versan sobre cuestiones muy actuales del Derecho civil, por ejemplo: la hipoteca del derecho de opción; la hipoteca del usufructo constituido por el propietario (Resolución 27 mayo 1968); recuperación de la nacionalidad española por la mujer que adquirió la extranjera de su marido, cuando el matrimonio se disuelve por divorcio vincular; la inaplicación de las limitaciones de los artículos 581 y 582 del Código civil en el caso de usarse el material traslúcido que emplea la construcción moderna (sentencia 17 de febrero de 1968); y otras.

La tercera clase de imperfecciones son ya extrañas a la obra legislativa. Consisten en la cristalización como doctrina legal de interpretaciones jurisprudenciales incorrectas. No basta que se produzca error en una sentencia aislada; es necesario que el error se propague a otros casos y se convierta en norma o criterio de decisión. El vehículo mediante el cual se suele propagar una doctrina errónea es lo que el autor llama "dogmatización de la jurisprudencia". Se produce cuando los razonamientos de una sentencia se aíslan de los datos del conflicto para el cual fueron formulados, y se usan indiscriminadamente en otros casos sin la adecuada ponderación de las relaciones de analogía entre los hechos respectivos. El propio Tribunal Supremo—no obstante haber insistido en que para que puedan invocarse con éxito sus sentencias, es necesario que exista igualdad o analogía entre los casos resueltos por ellas y el que es objeto de las litis—incurre con alguna frecuencia en este vicio. Otro defecto que obstaculiza también en gran medida la finalidad orientadora de la jurisprudencia, es el denominado por Purg Brutau "simulación de continuidad", que oculta verdaderas contradicciones jurisprudenciales bajo la apariencia falsa de unidad de doctrina. La jurisprudencia recaída durante los últimos treinta años sobre la materia del precontrato y la promesa de venta ofrece un ejemplo claro. El autor propugna una forma de depuración de la jurisprudencia que no pierda de vista su conexión íntima con el caso resuelto. La reelaboración de la jurisprudencia como doctrina legal, como apostillas a cada uno de los artículos del Código, debe ser sustituida por una selección adecuada de aquellas sentencias en que se expresen, más claramente, las características creadoras de la tarea de juzgar, siguiendo el camino iniciado por los *Estudios* de Díez-Picazo.

El segundo apartado trata de la costumbre. Merece destacarse el examen de las nuevas orientaciones marcadas por las recientes Compilaciones forales y el estudio del tema de la prueba de la costumbre. La costumbre necesita ser alegada en juicio, según exige el principio de igualdad procesal a fin de dar a la otra parte la oportunidad de discutir los hechos en que se funda su vigencia. No necesita, sin embargo, ser probada a instancia de parte, sino que el juez puede investigarla e, incluso, aplicarla de oficio cuando la conoce, aunque quede siempre exonerado de este deber mientras no se pruebe su existencia. La prueba de la costumbre debe hacerse ante el Tribunal de instancia; fundar el recurso de casación en la infracción de una norma consuetudinaria es una aventura condenada de antemano al fracaso, a no ser que su vigencia haya sido admitida por el Tribunal *a quo*.

El tercer apartado se ocupa de los principios generales del Derecho. El autor subraya la nota de su consistencia sistemática, de su vigencia real y efectiva en el ordenamiento jurídico, mediante la cual se distinguen de los "dogmas abstractos de moralidad o de justicia". Ello no significa adhesión a una concepción positivista del Derecho. El principio general no es apto para una aplicación independiente. Su misma indeterminación, que deriva de la carencia de supuesto de hecho, permite que se le reconozcan innumerables significaciones normativas. La elección de cualquiera de ellas requiere que sea relacionado con la Ley o doctrina legal más próxima al caso que se enjuicia.

Una exposición sobria y diáfana, que es ya característica en los trabajos de este autor, alivia en buena medida la tradicional dificultad de los temas tratados. Llama la atención la facilidad con que el autor pasa del plano de la teoría al de la práctica del Derecho especialmente en el último capítulo, donde la doctrina de la interpretación se ilumina con el despliegue de un rico repertorio de los problemas más vivos que plantea nuestro Derecho civil. Precisamente haber mostrado la unidad entre la teoría y la práctica jurídica, es quizá la mejor cualidad del libro comentado, que por su profundidad y realismo no pierde en ningún momento ese sabor clásico de las obras maestras de la literatura jurídica.

ENRIQUE LORENTE SÁNCHEZ.

VINTRO, SANTIAGO; LLOR, DOMINGO y FUENTES LOJO, JUAN V.: *Propiedad de Fincas y Apartamentos*, de la Colección *Lo que usted necesita saber*, Ediciones Nauta, S. A., Barcelona, 1968.

Bajo el atractivo reclamo publicitario que implica la frase "Lo que usted necesita saber" y dentro de la publicación "Enciclopedia práctica para la vida de los negocios", se presenta por Ediciones Nauta, S. A. un volumen titulado *Propiedad de fincas y apartamentos*. Sus autores son los letrados del Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Barcelona, SANTIAGO VINTRO, DOMINGO LLOR y la colaboración directiva de JUAN V. FUENTES LOJO. Tanto por la exposición de los temas—se nos dice en la introducción—cuanto por la síntesis que se hace de ellos se comprende que no se trata de crear una obra doctrinal, sino de mera divulgación, perfectamente comprensible por cualquier persona, profesional o no, que quiera conocer el régimen jurídico de la propiedad en todas sus facetas.

A mí entender la finalidad que persiguen estas publicaciones no puede ser más loable, pero también es preciso señalar un gran peligro. Todo lo que implique esquema es fácilmente comprensible para aquel que lo ha elaborado, pero es muy difícil que sirva a todos los demás. Yo comparo esta publicación con la confección de temas para oposiciones que solamente suelen servir—con honrosas excepciones—a quien los fabrica, pero no a los demás sufridos opositores. Otro gran peligro encierra la publicación: el que legislativamente se quede anticuada, salvo que se arbitre un sistema de apéndices que subsane las disposiciones legales derogatorias, complementarias que posteriormente vayan apareciendo. En los siguientes volúmenes ya está esto atendido.

Creo que el contenido de este volumen está hábilmente redactado y sustancialmente se recoge en el mismo todo lo que sobre propiedad y su derecho puede estimarse como fundamental, pero estimo que solamente puede ser manejado con éxito por el iniciado. Me tiembla el pulso al pensar que una de esas personas "aficionadas al Derecho" o aprendices del Derecho tome en sus manos esta publicación y ya se crea en pleno conocimiento y suficientemente capacitado para resolver un problema de Derecho y hasta discutir con su posible Letrado Asesor. Si el aficionado al Derecho pertenece a una carrera especializada, como, por ejemplo, la de ingeniero, la cosa puede revestir serios problemas. Sirva de ejemplo la redacción que sus autores dan a la materia de servidumbre en la cual, al tratar de las especialidades forales, se cita nada menos que el ya derogado Apéndice Foral de Aragón con su vieja alera foral y sus servidumbres de vistas ¿Qué Letrado se atrevería a sostener la derogación de ese Apéndice frente a un Director Técnico, Gerente, Director Adjunto, etc.?

El volumen que comentamos está perfectamente presentado. Lleva, en hojas tipo holandesa, un margen izquierdo para notas, el texto a la derecha y abajo, al final de página, en negrita, una frase-resumen de un principio de Derecho (por ejemplo: la propiedad ha de cumplir una función social). Desde ese punto de vista e incluso del de su contenido mi postura es de crítica positiva, pues estos esquemas dan una visión de conjunto al iniciado para luego poder profundizar en la materia.

El plan de la obra es muy ambicioso, pues, comprende todo lo que antes de la dogmática de Savigny se denominaba la propiedad y los demás derechos reales. Se estudian la propiedad, sus limitaciones, la copropiedad, la posesión, la propiedad horizontal, los derechos reales y también la ordenación urbanística, las zonas turísticas y los polos de desarrollo. Al final se recoge una bibliografía de nueve obras, lleva un anexo con la Ley de Propiedad Horizontal y un índice alfabético muy completo que permite la localización rápida del concepto que se busque. Sin seguir el orden que marca la publicación, vamos a exponer en esta recensión su contenido ajustándonos a una clasificación personal.

A) PROPIEDAD, DOMINIO Y COMUNIDAD.

Dentro de este amplio epígrafe incluimos una serie de estudios que en el volumen recensionado están dispersos: el derecho de propiedad, la protección y defensa de la propiedad inmobiliaria, la copropiedad y la propiedad horizontal. La materia referente a la propiedad está constituida por su concepto, caracteres, fundamento, extensión y facultades. El profano sentirá ciertas inquietudes acerca de si la propiedad es lo mismo que el dominio.

En la protección y defensa de la propiedad inmobiliaria se estudian dos materias: la institución del Registro de la Propiedad y la teoría de las acciones que nacen del dominio. Destaco, por lo que se refiere a la primera, una de esas frases en negrita que a modo de principios-resumen se incluye y que dice: "La inscripción en el Registro no es esencial ni constitutiva". Los autores saben perfectamente que la inscripción, a veces, es constitutiva y siempre esencial si a la palabra se le quiere dar su verdadero significado.

Respecto de la copropiedad se señalan su concepto y caracteres, los derechos de los comuneros y la extinción de esta forma de propiedad. Destaco, porque la creo peligrosa, esa frase-resumen que dice: "Un inmueble puede *poseerse* en régimen de copropiedad o en el de propiedad horizontal". La parte más amplia, y la que a mi juicio es

la finalidad del volumen, es la dedicada a la propiedad horizontal que se estudia en diez apartados del plan general de la obra y que saben responder a casi todos los puntos que exige el estudio de esta forma de propiedad: en general, su nacimiento, título constitutivo, estatutos y reglamentos, elementos comunes, derechos y obligaciones, actividades no permitidas, órganos, extinción y propiedad horizontal y Registro. Considero que esta parte registral no está acertadamente tratada y vuelve a ser incierto el principio-resumen que al pie de página se incluye y que dice: "Cabe la inscripción en el Registro de la Propiedad del edificio en sí y de cada uno de sus pisos". Creo que hubiera sido más acertado decir: la inscripción independiente de cada piso exige como previa la del edificio en su conjunto.

B) ADQUISICIÓN, EXTINCIÓN Y LIMITACIONES.

Entre los modos de adquirir la propiedad se incluyen la ocupación, la tradición, la accesión y la usucapión y entre los medios de extinción se comprenden la pérdida, el abandono o renuncia, la revocación, la prescripción extintiva y la expropiación forzosa.

En materia de limitaciones el cuadro que se ofrece, después de señalar sus clases, es el tradicional: derivadas de la naturaleza, de utilidad pública, privada, por razones de vecindad y establecidas por la voluntad del transmitente. Por nuestra parte y en materia de limitaciones incluimos los estudios que se dedican a la ordenación urbanística del suelo, zonas turísticas, apartamentos, bungalows y polos de desarrollo ya que todas estas disposiciones, sobre todo, la primera, suponen un verdadero estatuto de la propiedad. Con la forma esquemática que caracteriza a la publicación se exponen estos puntos.

C) POSESIÓN DE INMUEBLES.

En una breve y resumida exposición se comprende toda esta materia que gira en torno al concepto, sus elementos personales, reales y formales, la clases de posesión, los derechos y obligaciones y la adquisición y pérdida de la misma.

D) DERECHOS REALES DE GOCE Y GARANTÍA.

Las materias que en el volumen corresponden a esta clasificación son las de los derechos reales de usufructo, uso y habitación; servidumbres, censos y foros, superficie, hipoteca y anticresis, estudiadas en la misma forma que el resto del contenido de la obra.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.

VINTRO, SANTIAGO y LLOR, DOMINGO, con la colaboración de FUENTES LOJO, JUAN V.: *Edificación, venta y administración de inmuebles*, De la serie *Lo que usted necesita saber*, Enciclopedia práctica para la vida de los negocios. Ediciones Nauta. Barcelona, 1968.

En la colección de la Enciclopedia Práctica para la vida de los negocios y en la serie "Lo que usted necesita saber", aparece este tercer volumen cuyos autores son los mismos que el del primero ya comentado. Precisamente en el primero decíamos que uno de los inconvenientes que esta clase de publicaciones presentaba era la posibilidad de que la velocidad con la que el legislador deroga y publica disposiciones hiciera anticuada la obra y, para salir al paso de ello, la Editora ha montado un servicio gratuito de puesta al día.

En la misma forma y bajo las mismas ideas que el primero, este tercero se adentra en un estudio práctico de un tema de actualidad: la edificación, venta y administración de bienes inmuebles. Realmente no es solamente ese su contenido, pues para no hacer tan largo el título no se ha incluido en el mismo la materia del arrendamiento, aunque quizá haya pesado sobre los autores la idea conceptual que configura al arrendamiento solamente como un acto de administración.

Como de las consideraciones generales sobre esta serie de publicaciones ya hemos tratado al recensionar el primer número, ahora sólo cabe destacar en éste un aspecto práctico constituido por esa serie de formularios que se incluyen para dar vida tangible a los esquemas de conceptos comentados que se nos ofrecen. Toda obra que pretenda esa finalidad práctica debe ofrecer al lector la cristalización de todo lo que se estudia resumido o concentrado en una fórmula que sirva de orientación. Así sucede aquí. También queremos destacar cómo en esas frases-resúmenes que en negrita figuran al pie de página se guarda el respeto debido a la escritura pública y a la institución registral.

El plan de la obra nos ha de servir en esta ocasión para exponer su contenido. Consta de cuatro partes diferenciadas, aunque unidas por el objeto del contrato: el inmueble. En la primera se trata de la edificación de inmuebles. La segunda está destinada al examen de aquellos contratos que provocan la transmisión de los inmuebles. En la tercera se aborda el problema de los arrendamientos y, en la cuarta, la administración de los inmuebles es el objeto de la misma. Dieciséis obras figuran en la bibliografía que se ofrece. Existe un anexo en el que se reproduce el Reglamento General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad y se completa el volumen con un índice alfabético que facilita el manejo del contenido. Ajustándonos a esta distribución, distinguimos:

A) EDIFICACIÓN DE INMUEBLES.

A través de tres figuras (arquitecto, aparejador y constructor) se estudian los diversos contratos que el propietario debe celebrar para lograr la obra pretendida. Abre marcha el arrendamiento de servicios que el arquitecto celebra con el propietario, el que se celebra entre éste y el aparejador y el arrendamiento de obra o contrato de construcción o contrato de empresa como la denomina nuestro Código civil.

Se completa esta parte con unos interesantes esquemas sobre los requisitos que deben cumplirse en toda edificación y los especiales de

ciertas edificaciones. Así se examinan los planos de la obra, las obligaciones de orden urbanístico, la licencia de edificación, sanidad e higiene, cédula de habitabilidad, suministros de agua y electricidad, inscripción en el Registro de la Propiedad y alta en la Delegación de Hacienda. En especial se exponen lo referente a porterías, buzones, ascensores, industrias nocivas, antenas de televisión, establecimientos industriales, hoteleros, apartamentos, etc.

Tres últimos apartados forman el conjunto de esta primera exposición de materias. Se refieren a edificaciones protegidas y sociedades inmobiliarias. En las edificaciones protegidas se ofrecen al lector dos partes: una, referente a casas baratas, viviendas acogidas a la Ley del paro, viviendas protegidas y bonificables y otra que comprende las viviendas de renta limitada, subvencionadas, de protección oficial y otras clases. En suma, se recoge abreviadamente la historia normativa de la legislación especial sobre la materia.

Respecto a las sociedades inmobiliarias se estudian los requisitos de la aprobación de estatutos por el Instituto de la Vivienda, la inscripción especial de dichas entidades en el Instituto, las limitaciones en su funcionamiento y se acompaña un proyecto de estatutos para dichas sociedades dedicadas a la construcción de viviendas.

B) TRANSMISIÓN DE INMUEBLES.

Cuatro contratos son estudiados bajo esta rúbrica: la compraventa, la permuta, la donación y el corretaje. Del primero se nos brinda un estudio esquemático sujetándose a una exposición sistemática muy conocida: concepto, diferencias con otros contratos, elementos personales, reales y formales, efectos y extinción. Al final se incluye un formulario de contrato. Respecto de la permuta la exposición es más breve por sus relaciones con la compraventa. Especialmente se expone la permuta de fincas rústicas y una fórmula de contrato.

En el contrato de donación—estudiado con la misma sistemática que el de compraventa—no se incluye fórmula, pues, al ser requisito esencial la escritura pública no se invade el campo notarial. La materia del contrato de corretaje se estudia con más detenimiento que el que suelen ofrecer los manuales de Derecho, perfilando al final las normas a que deben ajustarse los agentes de la Propiedad Inmobiliaria.

C) ARRENDAMIENTOS DE INMUEBLES.

Es la parte más amplia de la obra y la que a nuestro entender está más conseguida. Detrás de toda la exposición se adivina la monumental obra de FUENTES LOJO cuyo elogio se hace por sí misma. El plan se ajusta a un estudio inicial sobre el contrato de arrendamiento para luego ir ofreciendo en forma especial el contrato de arrendamiento de fincas urbanas incluidas y excluidas de la Ley de Arrendamientos Urbanos, así como el contrato de arrendamiento de fincas rústicas incluidas y excluidas de la legislación especial. Diversos formularios de contratos concluyen esta parte.

D) ADMINISTRACIÓN DE INMUEBLES.

Con esta cuarta parte se cierra la obra. La misma está destinada al estudio de la administración de los inmuebles en forma general, de fincas divididas en apartamentos y funciones del administrador.

La administración en general, una vez situado su concepto frente al acto de disposición, se estudia en relación con el propietario, el Estado, los inquilinos y el personal de servicio. Se esquematiza la organización de una administración y se ofrecen formularios para la llevanza de una buena administración. Especialmente se expone la administración de fincas divididas en apartamentos y también se incluyen formularios. El esquema que cierra esta parte está dedicado a las funciones del administrador, el vínculo contractual que lo une, su capacidad, remuneración, duración del cargo, atribuciones, responsabilidad y extinción.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.

VINTRO, SANTIAGO y LLOR, DOMINGO, con la colaboración y dirección de FUENTES LOJO, JUAN V.: *El mercado inmobiliario ante el fisco*, de la colección *Lo que usted necesita saber*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1969.

De los cuatro volúmenes aparecidos en la colección "lo que usted necesita saber" en la serie de la Enciclopedia Práctica para la vida de los negocios, tres de ellos están escritos por los mismos autores, precisamente los que lo son de este que comentamos y que, de la mano de Ediciones Nauta, aparece en el mercado del libro.

La coincidencia de que en un mismo número de esta REVISTA aparezcan las cuatro recensiones juntas me libera de ciertas consideraciones de índole general en torno a la publicación. Expuestas en uno de los comentarios no debo repetirlas en los demás. Este volumen, además, constituye lo que los autores denominan la tercera parte de su trilogía que bajo el título de Propiedad Inmobiliaria pretende ocuparse, en una u otra forma, de toda la materia que tiene relación con esa propiedad.

El contenido de la obra, presentada en el mismo formato que todas las demás, está destinado a detallar cada uno de los impuestos, arbitrios o tasas que gravan la propiedad inmueble, tanto en su posición *estática* (contribución territorial, rústica y urbana), como en su *dinámica* por ser objeto de una transmisión. A mi entender merece elogio esta singular idea llena de dificultades, pues el entramado de nuestro sistema impositivo es muy enrevesado para ser dominado esquemática y globalmente. La finalidad que persiguen los autores creo que se consigue a satisfacción y que el lector iniciado en la materia saca una visión bastante completa de nuestro sistema fiscal en materia de bienes inmuebles. Si los vales que anuncian la puesta al día de esta obra se hacen realidad, la misma puede constituir un "vademecum" de utilidad.

Para dar al lector una visión panorámica del plan de la obra y de su contenido prescindimos del orden expositivo que hacen los autores y agrupamos materias a fin de no hacer excesivamente larga esta recensión. En primer lugar, expondremos el régimen general tributario, pasaremos luego al examen de las contribuciones territoriales, destinnaremos un apartado especial para los impuestos sobre transmisiones, actos jurídicos documentados, sucesiones, aumento de valor de fincas y personas jurídicas. Los cuatro últimos grupos los dedicaremos a exacciones especiales, municipales, otros impuestos y mercado inmobiliario.

A) RÉGIMEN GENERAL TRIBUTARIO.

Abre la publicación un esquema sobre los principios básicos comunes a todos los impuestos. Ello significa un examen sinóptico de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963. Recuerda, aunque no se sigue el mismo orden expositivo, este esquema a los que recién aparecida dicha Ley General publicó el Ministerio de Hacienda a través de su sección de divulgación y publicaciones con el distintivo E-1.

La distribución expositiva de esta parte se hace mediante diecinueve apartados que debidamente agrupados exponemos nosotros en tres:

Generalidades. Se examinan en concreto la competencia para la imposición, las fuentes de donde surgen los tributos, el ámbito territorial de los mismos, su entrada en vigor, la interpretación de las normas y las clases de tributos (tasas, contribuciones e impuestos).

Elementos tributarios. Para la exigencia del tributo es preciso que se den unos elementos que concretamente se examinan a través del hecho imponible, el sujeto pasivo, el domicilio fiscal, la base y la deuda tributaria.

Gestión, liquidaciones e inspección. Dentro de este apartado se comprenden en la publicación la gestión tributaria, el procedimiento, la liquidación, la recaudación las infracciones tributarias, la inspección, los Jurados tributarios y los recursos y reclamaciones económico-administrativas.

B) CONTRIBUCIONES RÚSTICA Y URBANA.

Después de unos conceptos previos sobre estas dos contribuciones se van estudiando especialmente cada una de ellas. En la urbana el plan comprende las disposiciones generales sobre ámbito y vigencia de normas, elementos del tributo como son los sujetos, el objeto, la base tributaria y las exenciones y bonificaciones, examinándose por último el procedimiento, la deuda tributaria, el ámbito territorial de la Ley, las normas de Derecho transitorio derivadas de la Ley del suelo y la prescripción del impuesto.

En la contribución territorial rústica el plan se ajusta a otros módulos y así se estudian sucesivamente los antecedentes, el ámbito, las exenciones permanentes y temporales, las bonificaciones, el sistema de cuota fija y proporcional, la revisión de las riquezas imponibles, la desgravación por razón de inversiones y la posible elevación de los límites de la exención.

C) SUCESIONES, TRANSMISIONES, ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS, AUMENTO DE VALOR DE FINCAS Y PERSONAS JURÍDICAS.

A mi entender es la parte más pobre de la publicación, pues, los esquemas que destina a cada impuesto son escasos y en tan corto espacio es difícilísimo dar unas nociones aunque sólo sea superficiales de estos impuestos. En el de sucesiones se exponen comprimidas las exenciones, unos supuestos especiales y las tarifas. También es breve el examen destinado al impuesto de transmisiones patrimoniales, donde se estudian aproximadamente los mismos apartados antes dichos. Una

páginas es dedicada a cada uno de los impuestos de actos jurídicos documentados y personas jurídicas y dos al de aumento del valor de las fincas.

D) EXACCIONES ESPECIALES.

Se comprenden aquí las derivadas de la legislación urbanística, exponiéndose especialmente el arbitrio sobre edificación deficiente, los derechos y tasas por aprovechamientos especiales y prestación de servicios, contribuciones por obras, instalaciones o servicios; arbitrio sobre ordenación urbanística y sobre aumento de volumen de edificación. Entre otra exacciones se comprenden la participación en la contribución territorial, el recargo sobre la urbana y sobre el incremento de valor de los terrenos.

E) EXACCIONES MUNICIPALES.

Genéricamente se enumeran las clases de exacciones municipales que luego van desarrollándose: *derechos y tasas* (por aprovechamientos especiales o por prestación de servicios), *contribuciones especiales* (por obras, instalaciones o servicios), *arbitrios con fines no fiscales* (sobre solares sin edificar, sobre el incremento del valor de los terrenos, sobre riquezas urbana, rústica y pecuaria, sobre ensanche y sobre solares edificables y sin edificar) y los *impuestos* legalmente autorizados.

En forma especial, y en dos esquemas suficientes, se estudia el régimen fiscal de los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona.

F) OTROS IMPUESTOS.

Se comprenden las repercusiones que las operaciones sobre la propiedad inmobiliaria pueden tener en relación con otros impuestos del trabajo personal, las rentas del capital, actividades y beneficios comerciales e industriales, renta de personas físicas, renta de sociedades y demás entidades jurídicas, tráfico de empresas y el especial y transitorio sobre los beneficios de las sociedades y demás entidades jurídicas.

G. MERCADO INMOBILIARIO.

Remata el volumen este epígrafe destinado a exponer en forma genérica, pero práctica, unas orientaciones para el posible adquirente o inversionista de bienes inmuebles en las grandes ciudades. La materia se estructura distinguiendo según se trate de fincas edificadas o de solares, y en ambas se tocan puntos interesantísimos como el valor, la forma de inversión, los pisos contruidos, arrendados las fincas para derribo, apartamentos, etc.

También se estudia especialmente el mercado inmobiliario en las llamadas zonas turísticas con la exposición de lo que debe entenderse por zonas y centros de interés turístico, clasificaciones del suelo por razón de la rentabilidad, formas de inversión en zonas no promovidas o en zonas urbanizadas, precios de terrenos, clases de construcciones e inversiones en estaciones de invierno. Su sólo enunciado da idea de la importancia de estos esquemas.

Cierra este apartado el destinado a una exposición del sistema crediticio inmobiliario en sus cinco vertientes: préstamos para la construcción, para la construcción en zonas turísticas, para obras de infraestructuras en centros y zonas turísticas, crédito hotelero y cuentas de Ahorro-vienda.

Un índice sirve de lazarillo al lector para la debida localización del concepto que se trate de consultar.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Julio-septiembre de 1969.

"De juris et facti ignorantia", por Juan Martí Miralles, págs. 441 a 527.

El concepto de finca agraria, dentro de la clasificación de los bienes y muebles por naturaleza en el Derecho español, por Celestino A. Cano Tello, págs. 529 a 543.

El artículo 235 del Código civil: el parentesco y la línea de parentesco en el protutor, págs. 545 a 595.

REVISTA DE DERECHO ESPAÑOL Y AMERICANO

Número 22, octubre-diciembre de 1968.

Adopción y pacto sucesorio, por José Luis de los Mozos, págs. 11 a 23.

Orientación y tendencias de la revisión constitucional paraguaya, por Salvador Dana Montaña, páginas 25 a 77.

Estado, Patria y vida internacional, por Leandro Rubio García, páginas 79 a 92.

Incidencias civiles y fiscales de la aceptación de la herencia a be-

neficio de inventario, por José Menéndez, págs. 93 a 104.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Número 82, julio-agosto de 1969.

El régimen de cifra relativa de negocios en el concierto económico de Alava, por Ignacio Bayón Maríné, págs. 607 a 641.

El control por el poder legislativo de la legislación delegada y de los Textos Refundidos, por José María Martín Oviedo, págs. 643 a 671.

La imposición territorial urbana en un mundo en desarrollo, por C. Lowell Hariss, págs. 673 a 687.

Las Sociedades y el Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, por Félix Benítez de Lugo, págs. 689 a 735.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 113, julio-septiembre de 1969.

Las conferencias marítimas ante el Derecho de la competencia, por José María Gondra Romero, páginas 345 a 377.

El secreto bancario en el Derecho español, por Rafael Jiménez de Parga Cabrera, págs. 379 a 409.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Diciembre de 1969.

Interpretación del testamento, por Manuel García Amigo, págs. 931 a 971.

Enero de 1970.

La desvalorización de la conciencia jurídica, por Angel Martínez Sarrión, págs. 3 a 17

Un esquema de responsabilidades laborales, por M. Hernáinz Márquez, págs. 18 a 28.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Número 68, julio-septiembre de 1969.

Problemas de adopción de decisiones frente a la incertidumbre de la agricultura, por María del Carmen Nieto Ostolaza, págs. 7 a 19.

El carácter social del crédito agrario a través de sus precedentes legales, por Luis Tejada González, págs. 39 a 74.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Diciembre de 1969.

La formación del concepto "ius civile" en el Derecho romano,

por José Luis de los Mozos, páginas 529 a 566.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 303, diciembre de 1969.

Los fundamentales derechos humanos y su protección jurídica en caso de conflicto armado, por Juan Gómez Calero, págs. 1.114 a 1.125.

La llamada "letra de favor o complacencia", por Francisco Soto Nieto, págs. 1.126 a 1.134.

Números 304-305, enero-febrero de 1970.

Los fundamentales derechos humanos y su protección jurídica en caso de conflicto armado (conclusión), por Juan Gómez Calero, págs. 2 a 8.

La función consultiva del Tribunal de las Comunidades Europeas, por Jesús Agustín Pellicer Valero, págs. 9 a 24.

REVISTA JURIDICA DE CATALUNA

Octubre-diciembre de 1969.

Capacidad procesal de la mujer casada catalana, por José D. Guardia Canela, págs. 849 a 865.

Alcance de la responsabilidad del fletante y del porteador por falta de navegabilidad inicial del buque, por Eduardo Polo Sánchez, págs. 887 a 912.

