

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLV * Marzo-Abril 1969 * Núm. 471

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.

Dirección : General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 2 25 53 16.

Precio : 200 pesetas al año.

Número suelto : 50 pesetas.

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

Depósito legal: M. 968.—1958

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS :	
«El recurso de reposición previo al económico-administrativo», por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	273
«La compilación aragonesa y el Registro de la Propiedad», por MANUEL BATALLA GONZÁLEZ	301
«Algunas consideraciones sobre los contratos aleatorios del Código Civil», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	351
 DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES :	
«Interpretación de testamento y validez de contratos», por LUIS DÍEZ PICAZO	363
 JURISPRUDENCIA :	
I.—Jurisprudencia monográfica:	
«El legado de parte alicuota», por JOSÉ CERDÁ GIMENO ...	399
II.—Resoluciones y Sentencias:	
I.—Resoluciones de la Dirección General de los Regis- tros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA.	425
II.—Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO, RAFAEL IZQUIERDO ASENSIO, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRAN- CISCO CASTRO LUCINI	435
2. Jurisprudencia contencioso administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	486
III.—Resoluciones del Tribunal Económico-Administra- tivo Central, por F. M. C.	503

LIBROS:

«Derecho Financiero», de ADOLFO CARRETERO PÉREZ, por JOSÉ MENÉNDEZ	513
«Diligenzia e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio», de UMBERTO BRECCIA, por TERESA PUENTE MUÑOZ ...	514
«Parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas», de FRANCISCO JAVIER DíEZ MONTERO, por NARCISO DE FUENTES SANCHEZ ...	521
«Impuesto general sobre el tráfico de las empresas», de JOSÉ LÓPEZ BERENGUER, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	527
«Jurisprudencia estatal en materia eclesíástica», de LUIS PORTERO SÁNCHEZ, por ILDEFONSO BOYERO GONZÁLEZ	531
«El crédito personal agrario y sus garantías jurídicas», de JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ, por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO ...	532
«El condominio en los edificios», de LINO SALÍS, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	547
«Derecho Sucesorio comparado. Conflicto de leyes en materia de sucesiones», de VICENTE LUIS SIMÓ SANTONJA, por VICENTE L. MONTÉS	551
REVISTAS: por F. M. C.	555

ESTUDIOS

El recurso de reposición previo al económico-administrativo (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOCIONES GENERALES: A) *Concepto*, B) *Naturaleza jurídica*, C) *Fundamento*, D) *Regulación*: 1. Antecedentes, 2. La Ley General Tributaria.—III. REQUISITOS: A) *Requisitos subjetivos*: 1. Órgano administrativo, 2. Recurrente, B) *Requisitos objetivos*: 1. Actos impugnables, 2. Objeto del recurso, C) *Requisitos de la actividad*: 1. Lugar, 2. Tiempo, 3. Forma.—IV. PROCEDIMIENTO: A) *Iniciación*, B) *Desarrollo*, C) *Terminación*: 1. Terminación normal, 2. Silencio administrativo: a) Posibilidad de deducir el correspondiente recurso, b) No excluye el deber de resolver expresamente la petición, c) Podrá deducirse recurso contra el acto expreso, 3. Terminación anormal.—V. EFECTOS: A) *Efectos de la interposición del recurso*: 1. Efectos respecto de las potestades del órgano *ad quem*, 2. Efectos respecto del acto objeto del recurso, 3. Efectos respecto de la impugnación ulterior: a) Interrupción de los plazos del recurso económico-administrativo, b) Improcedencia de simultanear el recurso de reposición y el económico-administrativo, B) *Efectos de la decisión del recurso*: 1. Efectos jurídico-procesales, 2. Efectos jurídico-materiales.

I. INTRODUCCIÓN.

Cuando nuestra Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 intentó ingenuamente la unificación de la Ordenación de nuestro procedimiento administrativo, únicamente admitió un solo recurso de reposición: el previo al contencioso-administrativo (1). Pero la

(*) El presente trabajo es un capítulo del libro *Los recursos administrativos*, cuya segunda edición aparecerá en breve, editado por el *Boletín Oficial del Estado*. A esta obra aluden las referencias a capítulos y secciones que se contienen en las páginas sucesivas.

Se utilizan las abreviaturas siguientes:

LGT = Ley General Tributaria.

LJ = Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LPA = Ley de Procedimiento Administrativo.

LRL = Ley de Régimen Local.

Rpe = Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas.

(1) Afirma GUAITA (*Derecho administrativo especial*, I, Zaragoza, 1960, pági-

realidad demostró que aquella aspiración de unidad era incompatible con las estructuras de nuestra Administración "feudal". Por lo que muchas fueron las disposiciones subsistentes, muchas las dictadas después para ratificar la subsistencia de algunas otras de vigencia dudosa y muchas más las dictadas con posterioridad para apartarse del sistema orgánico de aquella Ley.

Este fue el caso del recurso de reposición previo a otros recursos administrativos en la esfera tributaria: la resistencia a su derogación fue consagrada primero en una serie de disposiciones de jerarquía insuficiente para sancionar su mantenimiento para después consagrarse definitivamente en la Ley General Tributaria (artículos 160 a 168).

En materia tributaria, pues, el recurso de reposición se da no como previo al contencioso-administrativo (como ocurre en las demás esferas), sino como previo a los recursos económico-administrativos. El prurito de especialidad de nuestra Hacienda Pública logró un triunfo más frente a toda la corriente unificadora (2).

II. NOCIONES GENERALES.

A) *Concepto.*

1. El recurso de reposición que regula la Ley General Tributaria participa de las notas comunes del recurso de reposición. Es el recurso administrativo, cuya decisión corresponde al mismo órgano de que proviene el acto objeto de impugnación (art. 126, párrafo 1.º,

na 188) que subsiste el recurso de reposición previo a otros recursos en la esfera local; pero ello ha de entenderse así mientras no se adapte la Ley de Régimen Local a la Ley de Procedimiento Administrativo. Si constituye, en cambio, un supuesto especial de recurso de reposición el que la Ley de Orden Público denominó «recurso de súplica» (art. 21), al que nos referimos en el capítulo VI de esta parte especial. Al recurso de reposición en la esfera local nos referimos en este capítulo, apartado I, D, 1. Sobre el problema, GONZÁLEZ PÉREZ, *Sistema de recursos y autonomía local*, «El Consultor de los Ayuntamientos», 1962, páginas 1268 y sigs., y *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968 págs. 1167-1169.

(2) Lo que no quiere decir que no se dé, también con el carácter de potestativo, como previo al contencioso-administrativo, después de haberse agotado la vía administrativa en materia tributaria. Así en mi trabajo *El recurso de reposición en el procedimiento económico-administrativo*, RCDI, julio-agosto 1960, págs 435 y sigs. En contra, AZPEITIA, *El nuevo Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas*, RDFH, X, núm. 37, págs. 116 y sigs.

La jurisprudencia parece seguir este último criterio.

in fine, de la Ley de Procedimiento Administrativo). Como dice una sentencia de 30 de enero de 1958, "el recurso de reposición es aquel que se interpone ante la propia autoridad que ha dictado un acto o pronunciado una decisión administrativa, a fin de someter determinadas consideraciones a la indicada autoridad para que ésta, por acto de contrario imperio, revoque el acto o decisión recurridos".

2. Las notas características del recurso de reposición en materia tributaria son fundamentalmente las siguientes:

a) Que es previo de los otros recursos administrativos, concretamente, de las reclamaciones económico-administrativas.

b) Que siempre tiene carácter potestativo, según el artículo 160, párrafo 1, LGT. A diferencia del recurso de reposición previo al contencioso-administrativo, que en principio tiene carácter de presupuesto (art. 52, LJ), si bien el artículo 53, LJ, enumera tantas excepciones a la regla general que puede afirmarse que el recurso de reposición sólo será presupuesto del proceso administrativo en aquellos casos en que siendo objeto de impugnación un acto expreso manifestado por escrito no fuese consecuencia de otro recurso administrativo (3).

B) *Naturaleza jurídica.*

1. Es *un recurso administrativo*, en cuanto se da frente a un acto administrativo y ante un órgano típicamente administrativo, no jurisdiccional. De aquí que, en lo no regulado en las disposiciones específicamente dictadas sobre el mismo, sean aplicables las normas vigentes sobre los recursos administrativos de la LPA.

2. Es *un recurso especial*, ya que únicamente se da en el ámbito concreto de las relaciones tributarias, a diferencia del recurso de reposición previo al contencioso-administrativo que regulan la LJ y la LPA, que se da con carácter general. El recurso de repo-

(3) Cfr. VILLAR Y ROMERO, *La nueva Ley de 27 de diciembre de 1956 y el procedimiento administrativo*, RDp, núm 2, págs. 16-17. y *Comentarios a la nueva Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa* (separata del «Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid»), 1957, pág. 47.

Censura la terminología «recurso de reposición», ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en España*, BIDE, núm. 31 (1958), pág 93.

sición que regula la LGT sólo es admisible dentro del ámbito propio de aplicación de esta Ley.

3. *Tiene carácter potestativo.* “El recurso de reposición—dice el artículo 160, párrafo 1, LGT—será potestativo”. En el mismo sentido el artículo 380, LRL. Así se configuraba también en el viejo Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas (art. 5.º del Reglamento de 29 de julio de 1924, según redacción dada por Decreto de 2 de agosto de 1934). Ante un acto de los susceptibles de ser impugnados en vía económico-administrativa, la persona legitimada puede optar por deducir directamente la reclamación económico-administrativa o por interponer previamente el recurso de reposición. En este último caso es evidente que el recurso de reposición interrumpe los plazos para deducir la reclamación económico-administrativa (art. 161, LGT), ofreciendo en este aspecto la regulación del recurso de reposición un régimen muy diferente del general.

C) *Fundamento.*

1. El recurso de reposición en general no tiene buena prensa. La doctrina ha dudado mucho de la eficacia del recurso de reposición, por razón de la psicología del funcionario. PÉREZ SERRANO, refiriéndose a la reposición procesal, dice: “Nuestros procesalistas, con el ardor de neófitos que corresponde a quien estrena técnica, han discutido briosamente si la reposición constituye propiamente un remedio o un recurso. Probablemente no es ni lo uno ni lo otro; es una manera de perder el tiempo, porque dada su eficacia práctica...”.

2. No obstante, al referirse los funcionarios de la Hacienda Pública—en especial, los Abogados del Estado—al recurso de reposición previo al económico-administrativo, han hablado de que el balance de los resultados del recurso ha sido favorable. Cierto. Pero si examinamos las resoluciones de los recursos de reposición que justifican aquel balance favorable, observaremos que, al menos en la inmensa mayoría de los casos, se enfrentan con supuestos de “errores materiales de hecho”, que son aquellos en los que resultaba

obligada la admisión del recurso, según lo disponía ya la base sexta, apartado f) de la Ley de 3 de diciembre de 1932, en su último inciso.

Pues bien, en estos casos, sin la existencia de recurso de reposición, las oficinas liquidadoras pueden llegar a resultados idénticos, en aplicación del artículo 111, LPA, y 59, Rpe. Porque si la Administración puede en cualquier momento rectificar errores materiales, es indudable que cualquier oficina liquidadora puede rectificar los errores materiales de que adolezcan sus actos ante una simple petición del interesado. Cuando se produzca un supuesto de error material, el interesado no tiene que interponer un recurso de reposición; le bastará una simple instancia en la que, demostrando la existencia del error, solicite de la Oficina competente su rectificación.

La supresión del recurso de reposición no es, pues, una imprecisión de la nueva reglamentación, sino que responde a la convicción de la inutilidad, o al menos escasa utilidad del mismo.

D) *Regulación.*

1. *Antecedentes.*

Al promulgarse el Rpe y no referirse para nada el recurso de reposición, se planteó el problema de cómo había de interpretarse el silencio de la nueva regulación.

El Rpe nada dice sobre el recurso de reposición previo al económico-administrativo. ¿Cómo ha de interpretarse el silencio de la nueva ordenación de las reclamaciones económico-administrativas? Cierta sector doctrinal venía a reconocer implícitamente la posibilidad del recurso de reposición previo, al menos en materia del impuesto de derechos reales. En este sentido, AZPERRIA aducía las razones siguientes (4):

— Que el Rpe no ha podido pronunciarse sobre este extremo, dados los límites legales de sus normas. Pero tiene trascendencia para la iniciación del procedimiento de reclamación propiamente dicho.

(4) *El nuevo Reglamento*, cit., págs. 116-117. También consideran vigente el artículo 5, Rpa, ARIAS VELASCO y CARRAL, *Normas de procedimientos tributarios*, Madrid, 1967, págs. 382-389. En sentido contrario, GONZÁLEZ PÉREZ, *El recurso de reposición en el procedimiento económico-administrativo*, RCDI, julio-agosto 1960, págs. 435-439.

— Que al redactarse la Exposición de Motivos de la LPA y el párrafo tercero del artículo 1.º de la misma Ley, sus autores no consideraron, ni por tanto decidieron, sobre la especialidad del recurso de reposición previo en lo económico-administrativo. “De haberlo hecho—dice AZPEITIA—, es muy probable que se hubieran pronunciado desde entonces por la subsistencia de dicho recurso, por la especialidad de la materia y porque el balance de resultados desde 1934 es favorable, en lo fundamental, a un medio ágil, de plazos muy breves, de conseguir la rectificación de notorias infracciones legales sin necesidad de entablar y seguir un proceso formal de reclamación”.

— Que la cuestión “parece estar aclarada por la promulgación del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, en el que el Gobierno, después de la vigencia de la Ley de 17 de julio de 1958, y del Decreto de 10 de octubre del mismo año, en materia tan calificadamente jurídica por su índole y por el Centro de gestión a que está encomendada, con el dictamen favorable del Consejo de Estado, se ha decidido por el mantenimiento del recurso previo de reposición, según consigna el artículo 216 del citado Reglamento, y es de esperar que los motivos que así lo han aconsejado sean válidos para mantenerlo para las restantes actividades de gestión de la Hacienda Pública”.

La tesis de la subsistencia del recurso de reposición previo al económico-administrativo creemos que no podía mantenerse antes de entrar en vigor la LGT. En efecto:

Es cierto que las reclamaciones económico-administrativas constituyen una vía de impugnación especial dentro de los recursos administrativos. Precisamente por ello la disposición final tercera de la LPA autorizó para dictar un nuevo Reglamento “ajustado a las precripciones de la presente Ley, sin perjuicio de las especialidades que exija la peculiaridad de esta materia”. Por tanto, una vez promulgado el nuevo Rpe, en el que se recogían las especialidades exigidas por la materia, la normativa del procedimiento económico-administrativo estaba integrada por los preceptos de dicho Reglamento, y, en lo en él no previsto, por las normas generales de la LPA.

Ni el Rpe ni la LPA admiten el recurso de reposición como previo al económico-administrativo. De aquí que no existiera posibi-

lidad de interponer dicho recurso, ni siquiera con carácter potestativo.

El hecho de que el artículo 216 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959 siguiera admitiendo el recurso de reposición previo al económico-administrativo, no es argumento válido para defender su subsistencia. Y ello por las siguientes razones:

— Porque en el momento de promulgarse dicho Reglamento todavía regía, siquiera fuera temporalmente, el viejo Reglamento de procedimiento económico-administrativo. Así lo decía expresamente el último inciso de la disposición final tercera de la LPA.

— El artículo 216 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales no tenía, ni podía tener, otro sentido que el de recoger un precepto del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo que entonces estaba vigente. Y así lo demuestra su tenor literal al hablar de que "... podrán ser objeto del recurso previo de reposición conforme al mencionado Reglamento...". Se refiere al Reglamento del procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas.

— Si lo que hubiere pretendido el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales hubiere sido la subsistencia del recurso de reposición, a pesar del tenor categórico de la Ley de Procedimiento Administrativo, el artículo 216, párrafo segundo, sería un precepto nulo de pleno Derecho, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 26 y 28, LRJ.

—El hecho de que el Reglamento del impuesto se aprobara con el dictamen favorable del Consejo de Estado, no quiere decir nada. Porque, sin duda, el Alto Cuerpo consultivo lo que tuvo presente fue el razonamiento antes expuesto de que el citado artículo 216 se limitaba a recoger lo que todavía regía en el procedimiento económico-administrativo; pero que la cuestión quedaba diferida al momento de promulgarse el nuevo Rpe, que habría de derogar —como efectivamente derogó—la antigua, y, por tanto, cuantas normas habían recogido o desarrollado sus preceptos.

Y aun en el supuesto de que el Consejo de Estado hubiere estimado otra cosa, tampoco supone nada. Pues el Consejo de Estado no es infalible. Otra cosa supondría negar la aplicación de los artículos 26 y 28, LRJ, pues como todas las disposiciones reglamen-

tarias requieren el dictamen previo del Consejo de Estado, nunca se produciría la nulidad de Reglamentos por infracción de normas de superior jerarquía, a no ser en los casos en que la Administración no siguiera el dictamen de aquel Cuerpo consultivo. Y, por desgracia, no ocurre así.

2. *La Ley General Tributaria.*

La LGT ha venido a pronunciarse sobre la subsistencia del recurso de reposición, al regularle expresamente en los artículos 160 a 162.

Ahora bien, al haberse derogado los preceptos del viejo Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativo de 1924, y no contener ninguna norma sobre el mismo en el Reglamento de 1959, es manifiesta la deficiente regulación del recurso. No bastan las pocas normas de la LGT para regular un recurso que, aun cuando en reposición—y, por tanto, aplicable al mismo las normas generales sobre este recurso—ofrece netas especialidades, como previo a recurso administrativo.

Se impone, pues, una vez más, la necesidad de promulgar un nuevo texto del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo en el que se adopten sus preceptos a los de la LGT.

3. *Disposiciones reglamentarias.*

En tanto no se publique el nuevo Reglamento, se ha planteado el problema de la subsistencia del Reglamento de 1924, artículo 5.º Un sector doctrinal mantuvo la vigencia de este precepto incluso antes de la entrada en vigor de la LGT (5). Esta ha sido la doctrina que ha prevalecido en la práctica y en la jurisprudencia del Tribunal Económico-Administrativo Central (v. gr., Acs. de 28 de febrero de 1962. 26 de abril de 1963 y 17 de marzo de 1964).

En el recurso de reposición previo al económico-administrativo contra actos de las Entidades locales regirán con el carácter

(5) ARIAS DE VELASCO y CARRAL, *Manual de procedimientos tributarios*, Madrid, 1967, págs. 382-388; MENDOZA OLIVÁN, *Temas de Derecho financiero español*, Madrid, 1963, págs. 627 y sigs.; TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1965, I, pág. 868.

de normas de primer grado los artículos 380 y 727 de la Ley de Régimen Local y 230 a 237 del Reglamento de Haciendas Locales, y como supletorias las que regulan el recurso de reposición previo al económico-administrativo antes señaladas (6).

El artículo 189 del Reglamento general de recaudación, aprobado por Decreto 3.154/1968, de 14 de noviembre, dice que el recurso de reposición se regirá por la LGT y “demás disposiciones reglamentarias que regulan su tramitación”.

III. REQUISITOS.

A) *Requisitos subjetivos.*

1. *Órgano administrativo.*

La nota característica del recurso de reposición—que le diferencia de los demás recursos administrativos—es que la decisión corresponde al mismo órgano que dictó el acto recurrido. Tiene competencia para conocer del recurso de reposición el mismo órgano que dictó el acto objeto de impugnación. Así se desprende del artículo 52, párrafo 2.º, LJ, y lo dispone el artículo 126, párrafo 1.º, LJ. En el mismo sentido, el artículo 189 del Reglamento general de recaudación dice que “se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el acto”. Por tanto, para que el recurso de reposición produzca sus efectos normales y sea examinada la pretensión en él reducida, debe dirigirse al mismo órgano que dictó el acto (Sentencias de 4 de enero de 1930 y 27 de mayo de 1941).

Este principio general se aplica también al recurso de reposición en materia tributaria, al decir el artículo 160, párrafo 1, que “se interpondrá ante el órgano que en vía de gestión dictó el acto recurrido, el cual será competente para resolverlo”. Hasta aquí, el precepto de la LGT recoge los principios más ortodoxos sobre la reposición. Pero más tarde añade: “Salvo que se atribuya su competencia a la autoridad superior”. La expresión no puede ser más desacertada técnicamente. Porque si el recurso debe resolverse por un órgano jerárquicamente superior al que dictó el acto que se

(6) TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, *Comentarios...*, cit., I, págs. 883-888; ABELLA, *Reglamento de Haciendas locales*, Madrid, 1967, págs. 313-314.

impugna, entonces ya no estaremos ante un recurso de reposición, sino ante un recurso de alzada o jerárquico (7).

Entre las excepciones a que se refiere el artículo 160, LGT, debe citarse el recurso de reposición contra las Oficinas liquidadoras de partido del impuesto de transmisiones, que se resolverá por las Abogacías del Estado correspondientes, según el artículo 216, párrafo 2, del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 1959, cuya vigencia transitoria se ha declarado por la disposición transitoria sexta, Texto refundido del impuesto aprobado por Decreto 1.018/1967, de 6 de abril. Pero, como se ha señalado, en estos supuestos se desnaturaliza el carácter de reposición.

El recurso de reposición en sentido propio debe ser resuelto por el mismo órgano que dictó el acto objeto del mismo y no por ninguno otro.

2. *Recurrente.*

Como el recurso de reposición es potestativo para ser utilizado con carácter previo a otro recurso administrativo, parece obvio que las normas sobre capacidad, legitimación y representación serán las mismas que las del recurso administrativo al que es previo.

Por tanto, cuando se utilice como previo de la reclamación económico-administrativa, se aplicarán, en principio, las reglas de este recurso. Se plantean los problemas siguientes:

a) En primer lugar, si se aplican sin excepción las reglas de legitimación que se establecen en los artículos 166 y 167, LGT, o ha de excluirse las referentes al Interventor y Directores Generales [art. 166, apartados c) y d)]. Parece que no existe ninguna razón para la exclusión. Y admitía expresamente la legitimación de la Intervención del artículo 5.º del Reglamento de 1924.

b) Si asimismo se aplican las reglas que sobre representación se contienen en el artículo 38, párrafo 2, Rpe. Parece que carece de sentido la aplicación de estas reglas al recurso de reposición, por lo que deben limitarse al ámbito estricto del procedimiento económico-administrativo, admitiendo la representación del inte-

(7) Me remito a mi trabajo *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 811-816.

resado por cualquiera, sin necesidad de la intervención de Abogado (8).

B) *Requisitos objetivos.*

1. *Actos impugnables.*

El recurso de reposición será admisible en relación con los mismos actos que son susceptibles de impugnación mediante reclamación económico-administrativa.

Se ha estimado que no es aplicable al catálogo de actos recurribles que enumera el artículo 165, LGT, con referencia a la reclamación económico-administrativa. Concretamente, se consideran no impugnables en reposición los actos que aprueben comprobaciones de los bienes o derechos sujetos al tributo y la determinación de bases en los procedimientos de liquidación colectiva, por no constituir actos administrativos en el sentido en que los define el artículo 1.º del Reglamento de 1924 (9).

La razón invocada para excluir de impugnación estos actos no es convincente. El Reglamento de 1924 no está vigente y la LGT no contiene ninguna exclusión, por lo que todos los actos susceptibles de impugnación en vía económico-administrativa, son impugnables en reposición.

2. *Fundamento del recurso*

Si el recurso es especial en razón a los actos susceptibles de impugnación, es ordinario, por lo que respecta a los motivos del recurso: no ha de limitarse su fundamento a motivos tasados de impugnación—como los recursos extraordinarios—, sino que podrá invocarse cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, como, con carácter general, establece el artículo 115, LPA.

Interpuesto el recurso, el órgano competente para su decisión, no tiene que limitarse a resolver las cuestiones planteadas por el recurrente. El artículo 160, párrafo 2, LGT, aplicando una regla

(8) En igual sentido, ARIAS DE VELASCO y CARRAL, *Manual de procedimientos tributarios*, cit., pág. 385.

(9) ARIAS DE VELASCO y CARRAL, *Manual de procedimientos tributarios*, cit., págs 385-386.

general del procedimiento administrativo—que también rige en el procedimiento económico-administrativo, según el artículo 169, LGT—, dispone: “La reposición somete a conocimiento del órgano competente, para su resolución, todas las cuestiones que ofrezca el expediente, hayan sido o no planteadas en el recurso”.

C) *Requisitos de la actividad.*

1. *Lugar.*

El recurso de reposición se interpondrá presentando el escrito correspondiente en el Registro del centro o dependencia que hubiese dictado el acto que se impugna. Ahora bien, en aplicación de las reglas generales de la LPA (arts. 65 y 66) y del Rpe (art. 76), dando las máximas facilidades al administrado para la presentación de escritos, parece no ofrecer duda la posibilidad de presentar el escrito interponiendo el recurso de reposición, además de en el Registro del órgano competente para su decisión, en los lugares siguientes:

a) En las Delegaciones, Subdelegaciones u otras oficinas especiales de la Hacienda Pública, y cuando éstas no existieran en la localidad en la Recaudación de Hacienda respectiva.

b) En los Gobiernos civiles.

c) En las oficinas de Correos, siempre que se presenten en sobre abierto para ser fechados y sellados por el funcionario de Correos antes de ser certificados, tal y como regula la Orden ministerial de 20 de octubre de 1958 y la Orden e Instrucciones de 28 de octubre de 1958, o las que se dicten en lo sucesivo.

A todos los efectos, se considerará presentado el escrito en la fecha que figure de modo indubitable como de recepción del Registro, sin que sea exigible al interesado la exigencia del correspondiente recibo acreditativo (Sentencia de 9 de mayo de 1959).

2. *Tiempo.*

El artículo 5.º del Reglamento de 1924 establecía un plazo de ocho días hábiles para la interposición del recurso de reposición. Sin embargo, la LGT no establece plazo alguno. Su artículo 161 se

limita a decir que interrumpe los plazos para el ejercicio de otros recursos. Ante esta laguna de la Ley, ¿qué plazo será aplicable? En principio caben las siguientes soluciones:

a) Aplicar subsidiariamente las normas generales sobre el recurso de reposición del artículo 52, párrafo 2, LJ, y considerar que el plazo es de un mes. Pero si consideramos la diferencia existente entre el recurso de reposición previo al contencioso-administrativo (al que se refiere el art. 52, LJ) y el que regula la LGT, llegaremos a la conclusión de la inaplicabilidad de aquella regla general, inaplicabilidad que parece dar por supuesta el artículo 161, LGT., pues si la reposición interrumpe los plazos de los recursos admisibles—v. gr., el económico-administrativo—, hay que considerar que debe interponerse antes de que expire el plazo de éstos, pero sólo puede interrumpirse el plazo que está corriendo. Por lo que no parece posible la admisión del plazo de un mes para la reposición, cuando es de 15 días el plazo para el económico-administrativo.

Esta solución del plazo del mes fue la que adoptó la Sentencia de 20 de diciembre de 1968 respecto de otro recurso especial que se consideró subsistente, el que preveía el Reglamento de oposiciones y concursos de 10 de mayo de 1957, Reglamento que fue derogado por el aprobado por Decreto 1.411/1968, de 27 de junio.

b) Una segunda solución sería considerar que el recurso de reposición puede interponerse durante el plazo de que dispone el recurrente para interponer el recurso del que es previo, que queda interrumpido. Esta interpretación podría basarse en el carácter potestativo que tiene la reposición como recurso previo. Si el interesado puede acudir a esta vía de impugnación en lugar de acudir directamente a la vía procedente, es lógico—al no existir regla en contrario—que pueda hacerlo durante todo el plazo de que dispone para deducir el recurso económico-administrativo.

Ante el silencio de la LGT y la falta de normas reglamentarias—no hay que olvidar que el Reglamento de 1942 ha quedado derogado—ésta parece ser la interpretación teóricamente más correcta.

c) Y por último, queda otra posible interpretación: la de la subsistencia de la norma del artículo 5.º del Reglamento de 1924 sobre el plazo y considerar, por tanto, que el plazo es de ocho días hábiles.

Aun cuando, por lo que se acaba de decir, esta interpretación

carece de fundamento, ante la creencia de los órganos de la Hacienda Pública de la subsistencia del recurso de reposición, es la prácticamente aconsejable.

Los que quieran interponer recurso de reposición previo al económico-administrativo, que lo hagan dentro del plazo de ocho días hábiles, por errónea que sea esta interpretación de los órganos de la Hacienda Pública. Así se evitarán no pocos obstáculos procedimentales.

Esta ha sido la solución admitida por el Tribunal Económico-Administrativo Central. Así, el Acuerdo de 17 de marzo de 1964 dice: "Que siendo cierto que el plazo para entablar el recurso de reposición, que el reclamante ha utilizado, es el de ocho días, y habiendo de computarse solamente los hábiles y a partir del siguiente al de la notificación, conforme establecen los párrafos 1.º y 2.º del artículo 71 del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas de 26 de noviembre de 1959 es preciso realizar dicho cómputo con el debido cuidado para respetarle, y en el presente caso, notificado el acto administrativo el día 13 de mayo de 1963, fecha en que se hizo efectivo el libramiento teniendo en cuenta que fueron inhábiles en ese mes los días 15, festividad de San Isidro—fiesta local de Madrid, donde tiene su domicilio el interesado y donde se ha producido el acto administrativo—; 19, domingo, y 23, festividad de la Ascensión del Señor, es visto que quedan como hábiles los días 14, 16, 17, 18, 20, 21, 22 y 24, fecha en que se presentó el recurso de reposición, y que totalizan ocho, lo que obliga a declarar que el mencionado recurso se presentó en plazo legal y que el Centro gestor incurrió en error al efectuar el cómputo, de lo que derivó la improcedencia del acuerdo adoptado, declarando extemporáneo el recurso".

En el recurso de reposición contra actos de entidades locales el plazo para la interposición es de quince días hábiles (art. 232 del Reglamento de Haciendas Locales), que se contará a partir de:

— La notificación o publicación del acto.

— En los casos de recaudación por recibo o patente, cuando con anterioridad no existiere notificación expresa o tácita del acto administrativo, empezará a contarse dicho plazo desde el último día del cobro correspondiente.

3. *Forma*

Aun cuando con arreglo a la normativa anterior era admisible la interposición por comparecencia en forma oral, después de la LGT, ante la falta de norma expresa en tal sentido, ha de considerarse aplicable el régimen general sobre el recurso de reposición, según el cual únicamente se admite la forma escrita: el recurso se interpondrá por escrito (art. 114, LPA).

IV. PROCEDIMIENTO.

A) *Iniciación.*

El procedimiento se inicia con la presentación del escrito interponiendo recurso de reposición, que deberá reunir los requisitos del artículo 114, LPA. En consecuencia, en el escrito deberán constar las circunstancias siguientes:

1. Referencia al órgano ante el que se interpone el recurso.
2. Circunstancias personales de la persona que le interpone y, en su caso, de su representante, con indicación del domicilio a efecto de notificación.
3. Indicación del acto frente al que se deduce el recurso.
4. Fundamento del recurso. El recurrente no ha de limitarse a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso, sino que debe alegar los motivos en que se funde, sin perjuicio de que ulteriormente puede presentar un escrito de alegaciones complementarias (art. 83, LPA).

B) *Desarrollo.*

Al presentarse el recurso ante el mismo órgano que dictó el acto impugnado, que es el competente para su decisión, el procedimiento es muy simple. No se exige—como cuando el que resuelva en órgano distinto del que dictó el acto—el informe de otro órgano administrativo, ni tampoco—al no existir terceros interesados—de

trámite de audiencia y vista. Únicamente cabría plantearse la exigencia de este trámite (que regula el art. 117 en relación con el art. 91, LPA) cuando el acto impugnado afectare a varios interesados y el recurso solamente se interpusiera por parte de ellos. ¿Debe concederse el trámite de audiencia y vista a los no recurrentes? Parece que no. Pues el trámite se exige como garantía de aquellas personas o cuyo favor reconoció derechos el acto impugnado, cuando se pretende la anulación de éste, es decir, cuando entre el recurrente y terceros interesados se dan posiciones contrapuestas o enfrentadas. Mientras que en las impugnaciones contra actos en materia tributaria no se da esta posición enfrentada, sino paralela entre el recurrente y los otros posibles afectados por el acto; unos y otros mantienen una misma línea de intereses, por lo que la estimación del recurso, lejos de perjudicar a los no recurrentes, en todo caso les beneficiaría.

C) *Terminación.*

1. *Terminación normal.*—El procedimiento termina normalmente con la resolución expresa del órgano ante el que se interpuso, resolución que deberá ser motivada, según el artículo 93, párrafo 2, en relación con el artículo 43, LPA.

La resolución decidirá las cuestiones planteadas por el interesado y aquellas otras que, derivando del expediente, hayan sido tenidos en cuenta por el órgano administrativo.

2. *Silencio administrativo.*—En el supuesto de que no recayese resolución expresa, se prevé la presunción de su desestimación por silencio administrativo. El artículo 160, párrafo 3, LGT, dispone: "Se entenderá tácitamente desestimada a efectos de ulterior recurso cuando, en el plazo que reglamentariamente se establezca, no se haya practicado notificación expresa de la resolución recaída". La ausencia de norma y la falta de Reglamento plantea, una vez más, un delicado problema interpretativo. ¿Qué plazo rige para que se presuma desestimada la petición?

Una vez más surge como vía interpretativa cómoda la de entender subsistente el precepto del artículo 5.º del Reglamento de 1924, que consideraba desestimado el recurso por el transcurso

de tres días desde la interposición. Mas en esta ocasión hemos de pronunciarnos rotundamente por la negativa. Porque la norma que sobre el silencio administrativo se contenía en el artículo 5.º del Reglamento de 1924 pugna abiertamente con el sistema de garantías que sobre el silencio administrativo estructuraron en nuestro Ordenamiento la LJ y la LPA.

Por ello, en tanto no se dicte la norma reglamentaria que prevé el artículo 160, párrafo 3, LGT, no queda otra solución que la imperfecta de acudir a la LPA y a la LJ como supletorias y entender que el plazo para que se produzca la denegación presunta por silencio administrativo es el de un mes, que el artículo 54, párrafo 1, LJ, establece para el recurso de reposición previo al contencioso.

En la esfera local rige plazo distinto: el artículo 235 del Reglamento de Haciendas Locales establecen el plazo de quince días (10). ¿Ha de considerarse vigente este plazo después de la entrada en vigor de la LJ y de la LPA? Es muy discutible la vigencia, sobre todo después de la LPA. No obstante, en la práctica se viene admitiendo así.

Ahora bien, producida la denegación presunta, ¿pueden aplicarse sin más a esta esfera las normas generales sobre los efectos del silencio administrativo? Aun cuando la desafortunada redacción del artículo 160, párrafo 3, y del artículo 161, LGT, permite dudar y hasta servir de base a la interpretación contraria—emplea la expresión imperativa de “se *entenderá* tácitamente desestimada...”—, ha de forzarse la aplicación del régimen general sobre el silencio administrativo, que es el único que responde a la naturaleza de la institución y constituye una garantía real del administrado. En consecuencia, producida la denegación presunta, los efectos son los siguientes:

a) *Posibilidad de deducir el correspondiente recurso.*

Transcurrido el plazo para que se produzca el silencio negativo, el interesado *podrá*—es una simple facultad—deducir el recurso económico-administrativo. Ahora bien, para ello es necesario que se den todas las circunstancias señaladas, concretamente el trans-

(10) Plazo que consideran vigente TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, en *Comentarios*, cit., págs. 884-885.

curso de los plazos fijados en la Ley. Pues si el interesado se adelanta y deduce el recurso ulterior antes de que transcurran aquellos plazos, se producirá un recurso prematuro, al que falta un requisito esencial: el acto que es presupuesto del mismo y que aún no se ha producido. En este sentido se ha pronunciado alguna sentencia de nuestro Tribunal Supremo, como las de 31 de octubre de 1956, 19 de enero de 1959, 22 de junio de 1960, 7 de diciembre de 1963 y 24 de abril de 1967. Sin embargo, en alguna ocasión entendió que se trataba de un defecto que quedaría subsanado por el simple transcurso del plazo sin que la Administración resolviera, o por la resolución en sentido negativo (11).

b) *No excluye el deber de resolver expresamente la petición.*

Así lo dice el artículo 94, párrafo 3.º, LPA. Una sentencia de 23 de junio de 1967 (Ponente: CRUZ CUENCA) se refiere a “la incorrección de la práctica viciosa que representa decretar el archivo del expediente, una vez transcurrido el plazo que, equivocadamente, se supone establecido para resolver, cuando el silencio durante el mismo no exime del deber para dictar un proveído expreso”. No se trata, simplemente, de una facultad, sino de una obligación de la Administración, que podrá dar lugar a la responsabilidad subsiguiente. Establecer una simple facultad de la Administración supondría dejar en el aire las garantías del interesado que decidiera “esperar la resolución expresa”. De aquí que insistir en el deber de resolver expresamente tal y como lo hace el párrafo 2.º del artículo 94 es una consecuencia lógica del principio general establecido en su párrafo 1.º (12). En el mismo sentido, una sentencia de 21 de mayo de 1960 (Ponente: MARROQUÍN DE TOVALINA) dice que el artículo 38, LJ, “establece que la denegación presunta no excluye el deber de la Administración de dictar resolución expresa”, y la de 18 de octubre de 1960. La sentencia de 18 de mayo de 1964 dice que es “legal y obligado para la Administración el resolver expresamente

(11) En este sentido, la sentencia de 24 de diciembre de 1929, cfr. ROYO-VILLANOVA, S., *Problemas del régimen jurídico municipal*, págs. 101-102; GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, cit., II, págs. 357-358.

(12) Sobre la doctrina jurisprudencial anterior contraria a sus funestas consecuencias, MARTÍNEZ USEROS, *La teoría del silencio administrativo*, cit., págs. 165-167.

toda petición que se le formule, sin consideración a plazo, y por tanto sin sujeción a la desestimación presunta”.

Ha sido la Sala 4.^a la que con más generosidad ha mantenido la doctrina de la ineficacia de la resolución expresa tardía, especialmente referida al supuesto del recurso de reposición. Se afirma que no es válida la resolución expresa dictada después de transcurrir un año desde la fecha siguiente a la de la interposición del recurso de reposición. Al problema se refiere una sentencia de 21 de mayo de 1966 (Ponente: SUÁREZ MANTEOLA), afirmando que “no cabe presumir legalmente la existencia de un acuerdo denegatorio, en virtud del silencio de la Administración, cuando ésta con anterioridad o el mismo día a la finalización del plazo o término se hubiera pronunciado expresamente, aunque no se notificare hasta más tarde”.

Ahora bien, ¿qué medios arbitra la Ley para hacer efectiva esta categórica obligación? Existe, naturalmente, la posibilidad de exigir responsabilidad. Pero no parece que nadie confíe en esta teórica medida. Por ello es necesario regular otras que al menos garanticen al particular frente a la inactividad de la Administración.

Pues al mismo tiempo que se admitió el silencio administrativo con carácter general se establecieron unos plazos para deducir los oportunos recursos a partir de la denegación presunta por silencio administrativo. De aquí que si el particular, confiado en la obligación de la Administración de dictar resolución expresa, deja transcurrir aquellos plazos esperando confiado en la notificación, la pasividad de la Administración—que puede en este caso ser intencionada—supondría, pura y simplemente, cerrar el paso del interesado a toda impugnación ulterior.

Para remediar esta situación únicamente caben dos soluciones:

a') Si existe obligación de resolver expresamente es lógico que los plazos para deducir los oportunos recursos no caduquen hasta que los mismos transcurran desde la notificación de la resolución expresa.

Por tanto, si en virtud de silencio lo que se reconoce al particular es la posibilidad de recurrir anticipadamente por la presunción legal de la denegación, el plazo no debe caducar hasta que, producida la notificación, transcurra el plazo previsto por la Ley. Es decir, no debe existir plazo alguno a contar desde la denegación

presunta por silencio administrativo. Si éste es una ficción en favor del particular, cuando opte por esperar a que la Administración cumpla con una de sus más elementales obligaciones, ha de admitirse su recurso contra la denegación presunta en cualquier momento. Cuando se cansa de esperar, cuando agotada su paciencia vea que no se llega a resolver expresamente su petición o recurso, ha de admitirse el recurso que proceda contra la denegación presunta.

Y no se diga que ello supone consagrar indefinidamente la inseguridad jurídica, dejar la seguridad al arbitrio del interesado. Pues lo cierto es que la Administración puede acabar con aquella situación por un procedimiento simple y sencillo: resolviendo expresamente y notificando la resolución.

b') La otra solución posible sería la siguiente: como en los casos de no resolución expresa se está infringiendo un precepto concreto de la LPA (art. 94, párrafo 3.º), en estos casos el particular podrá deducir escrito de queja basado en la infracción del artículo que obliga a dictar resolución expresa. Y si transcurre un mes desde la presentación de la queja sin que se notifique resolución, a partir de este momento quedan abiertos los plazos para deducir el recurso que proceda (13).

Esta podría ser una fórmula para que quedaran garantizados los derechos de los particulares. Cualquier otra solución supone dejar a merced de la Administración el cumplimiento de la norma que la obliga a dictar resolución expresa.

La revisión de 1963 de la LPA se ha quedado en el camino y no arbitra una garantía eficaz. Se limita a redactar el inciso segundo del párrafo 3.º del artículo 94 en la forma siguiente: "Contra el incumplimiento de este deber podrá deducirse reclamación de queja, que servirá también de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente". Todos sabemos lo que sirven estas platónicas declaraciones de responsabilidad.

Sin embargo, una sentencia de 26 de mayo de 1965 sienta la

(13) Sobre el problema, me remito a mi trabajo *Sistema de recursos y autonomía local*, publicado en «El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados», núm. 29, Madrid, 1962, pág. 1.266

Vid también GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre silencio administrativo y recurso contencioso*, RAP, núm. 47, págs. 207-227.

inexplicable doctrina de que no cabe calificar de vulneración de trámites y plazos el que no recaiga resolución expresa, dada la regulación decidente de la desestimación tácita.

c) *Podrá deducirse recurso contra el acto expreso.*

Si después de transcurridos los plazos para que se produzca la denegación presunta se dicta resolución expresa, será admisible el recurso económico-administrativo contra ésta.

Es más, como la producción del silencio administrativo no excluye el deber de resolver expresamente, el interesado puede, teóricamente, renunciar a recurrir contra la denegación presunta y esperar a que se produzca la resolución expresa.

Pero en modo alguno es aconsejable esta solución en la práctica. Al menos cuando se trata del recurso de reposición previo al económico-administrativo. Pues dados los hábitos tradicionales, la forma de concebir este recurso y la redacción del artículo 160, párrafo 3, LGT, la espera puede resultar vana, ante la falta de medidas eficaces para hacer efectiva la obligación de resolver expresamente, y, en consecuencia, quedarse sin la posibilidad de deducir el recurso económico-administrativo. No hay que olvidar que el artículo 161, LGT, al decir que el plazo por el recurso económico-administrativo *volverá* a contarse desde "la desestimación tácita", hace suponer que sistemáticamente empieza a contar el plazo.

3. *Terminación anormal.*

a) No parece ofrecer duda la posibilidad de que el procedimiento de recurso de reposición previo al económico-administrativo termine sin producirse resolución expresa, por alguno de los medios de terminación anormal que prevé la LPA. El régimen jurídico de estos modos de terminación será el general, al que nos remitimos (14).

b) El desistimiento es el acto del recurrente por el que decide renunciar al recurso interpuesto. No al derecho que le sirve de fundamento, sino pura y simplemente al recurso. De aquí que sus

(14) GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, cit., págs. 523-544.

efectos sean puramente procedimentales: produce la terminación del procedimiento incoado (art. 96, LPA). En el supuesto del recurso de reposición previo al económico-administrativo se dará por terminado el procedimiento, cerrándose así la vía abierta por su interposición.

Esto supuesto, ¿qué eficacia producirá respecto el recurso económico-administrativo ulterior? ¿Supondrá el desistimiento la imposibilidad de incoar la vía económico-administrativa? Creemos que no. Los efectos del desistimiento del recurso de reposición se limitan al ámbito específico de éste, sin repercusión ulterior en el posible recurso económico-administrativo. Por tanto, producido el desistimiento, se habrá terminado el procedimiento del recurso de reposición y empezará a correr el plazo del recurso económico-administrativo igual que si hubiera sido desestimado, según el artículo 161, LGT.

El recurso de reposición, según este artículo 161, interrumpió el plazo para el ejercicio de otros recursos. La interrupción opera en tanto subsiste el recurso de reposición, en tanto tiene vida. Por tanto, cuando se extingue, bien por resolución o por otra causa—como el desistimiento—desaparecen los efectos de la interrupción y volverá a contarse *inicialmente* el plazo del económico-administrativo, desde el momento que se dictó el acto teniendo por desistido al recurrente.

c) El otro modo de terminación anormal que prevé la LPA es la caducidad, que se produce cuando se paraliza el procedimiento por tres meses por causa imputable al interesado que incoó el procedimiento (art. 99, LPA), o cuando no subsanó, dentro del plazo de diez días que le concede la Administración, los defectos de que adoleciera el escrito inicial (art. 71, LPA).

Si el primer supuesto no parece probable que se dé en el procedimiento de recurso de reposición, como el de todo recurso—porque, una vez incoado por el interesado, no parece posible paralizarse por causa imputable al mismo—. Si cabe imaginar supuestos del artículo 71, LPA.

Tanto en uno como en otro caso, ¿determinará la caducidad del procedimiento de recurso de reposición la imposibilidad de deducir el económico-administrativo? Se impone la distinción entre uno y otro supuesto.

a') En el artículo 71, LPA, al no haberse subsanado el defecto del escrito de interposición, sí prevalece la inadmisibilidad del recurso, y, en consecuencia, al no producir sus efectos normales, tampoco producirá el de la interrupción del plazo para deducir el recurso económico-administrativo (a que se refiere el art. 161, LGT). Por lo que la caducidad del recurso de reposición determinará la imposibilidad de deducir el recurso económico dentro de plazo, salvo que cuando se produjera la caducidad (supuesto difícilísimo) no hubiere transcurrido el plazo de quince días hábiles.

b') Sin embargo, en los supuestos normales de caducidad del artículo 99, LPA, si llegaran a producirse, únicamente se produciría la terminación del procedimiento del recurso de reposición, quedando a partir del momento de declararse la caducidad abierta la vía económico-administrativa.

V. EFECTOS.

A) *Efectos de la interposición del recurso.*

1. *Efectos respecto de las potestades del órgano "ad quem".*

El carácter potestativo del recurso de reposición y su utilización como previo del económico-administrativo, con el fin de evitar en lo posible éste, no le priva de su carácter de recurso administrativo. El recurso de reposición previo al económico-administrativo es un recurso administrativo, con la eficacia propia del mismo.

La persona legitimada podrá elegir entre este recurso y el económico-administrativo. Pero si opta por el de reposición, una vez interpuesto, se producen los efectos propios de la interposición de un recurso administrativo, es decir, confiere al órgano competente para su decisión la facultad de volver sobre el acto impugnado y, en su caso, pronunciarse acerca de su nulidad, anulación o reforma. Los límites a la revisión de oficio de los actos administrativos (art. 159, LGT), no rigen cuando se trata de resolver un recurso administrativo. El órgano a que se dirige goza de competencia plena para plantearse y resolver cuantas cuestiones deriven del expediente en que fue dictado el acto (art. 160, párrafo 2, LGT) (15).

(15) Sobre el problema general de los efectos de la interposición del recurso

2. *Efectos respecto al acto objeto del recurso.*

Interpuesto el recurso administrativo, la regla general es que no se suspenda la ejecución del acto (art. 34, LRJ; art. 116, LPA). El acto despliega plenamente su eficacia ejecutiva, salvo que el órgano que conoce del recurso acuerda a instancia del recurrente la suspensión de la ejecución en el supuesto de que ésta pudiera ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación (art. 34, LRJ; art. 116, LPA). ¿Se aplican estas reglas generales al recurso de reposición previo al económico-administrativo?

No hay que olvidar que al interponer el recurso económico-administrativo, si se pide la suspensión desde este momento queda en suspenso la ejecución hasta que el órgano competente decida a esta cuestión (art. 83, Rpe), precepto que resultaría inaplicable cuando se interpusiese recurso de reposición si no se decretare la suspensión, ya que cuando se produjera el recurso económico-administrativo ya había transcurrido normalmente con exceso el plazo de ejecución del acuerdo.

No obstante, hay que entender aplicable al recurso de reposición previo las reglas generales sobre ejecución. Por tanto, ésta no quedará en suspenso por la interposición, si bien el recurrente podrá solicitar la suspensión, siendo facultad del órgano *ad quem* concederla o denegarla. Ahora bien, como por lo general la tramitación de este recurso es rápida, se llegará a la decisión del mismo al mismo tiempo que al decidirse sobre la petición previa de suspensión, por lo que debe admitirse—aplicando por analogía la regla del art. 83, Rpe—la suspensión hasta ese momento, dando oportunidad al recurrente para plantear la suspensión la vía económico-administrativa, decidiendo en definitiva sobre esta cuestión el órgano que pondrá fin a la vía administrativa.

En el supuesto de que el recurso se dirija contra actos de gestión recaudatoria, la suspensión se ajustará a lo dispuesto en el artículo 190 del Reglamento general de recaudación aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1968.

administrativo, GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, cit., págs. 792 y sigs.

3. *Efectos respecto de la impugnación ulterior.*

a) *Interrupción de los plazos del recurso económico-administrativo.*

El artículo 161, LGT, dice: "El recurso de reposición interrumpe los plazos para el ejercicio de otros recursos, que volverán a contarse inicialmente a partir del día en que se entienda tácitamente desestimado o, en su caso, desde la fecha en que se hubiere practicado la notificación expresa de la resolución recaída". En realidad, no se trata de una interrupción en sentido técnico, pues la interrupción implica, cuando desaparecen las causas que lo motivaron, la *reanudación* del plazo interrumpido. Y el artículo 161, LGT, con correcto criterio, no establece la reanudación del plazo interrumpido, debiendo deducirse el recurso correspondiente en el plazo que reste, sino que, desaparecida la causa de la interrupción, corre de nuevo el plazo entero. Así se desprende de la frase "volverán a contratarse *inicialmente*" del artículo 161, LGT.

Se aplican, por tanto, las normas generales (16). La interposición del recurso de reposición determina que durante su tramitación no corra el plazo del recurso económico-administrativo ulterior.

Ahora bien, esta doctrina vale en tanto el recurso de reposición fuese admisible. Si se han cumplido todos los requisitos para que el órgano ante el que se dirige pueda entrar a examinar la cuestión de fondo. Pero si no es así y concurre la falta de algún requisito de admisibilidad no subsanado o insubsanable—v. gr., haberse interpuesto fuera de plazo—, no se producirán los efectos típicos de la interposición, y, por tanto, no se producirán los efectos típicos del plazo para interponer el económico-administrativo.

b) *Improcedencia de simultanear el recurso de reposición y el económico-administrativo.*

El interesado podrá optar por interponer o no el recurso de reposición; pero una vez interpuesto, lo es con todas sus consecuen-

(16) GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, cit., págs. 799-800.

cias. Y, por tanto, somete al órgano competente la decisión del mismo, sin que sea admisible la interposición simultánea del económico-administrativo.

Así lo disponía el artículo 5.º del Reglamento de 1924. Y aun considerando sin vigencia este precepto, se llega a la misma conclusión en aplicación de los principios generales sobre los recursos administrativos.

B) *Efectos de la decisión del recurso.*

1. *Efectos jurídico-procesales.*

Si la interposición del recurso de reposición determinaba, según hemos visto, la interrupción del plazo para deducir el económico-administrativo (art. 161, LGT), es lógico que una vez resuelto expresamente, o terminado el procedimiento, corra el plazo.

Es admisible, pues, la interposición del recurso económico-administrativo, una vez agotada la reposición. A tal efecto, interesa destacar:

a) Que el recurso económico-administrativo podrá interponerse por la persona que interpuso el de reposición, en el supuesto de que fuese desestimado éste. Al mismo se refiere el artículo 161, LGT.

b) Ahora bien, en el supuesto de que el recurso de reposición fuere estimado totalmente, también quedaría expedita la vía económico-administrativa. Pues no hay que olvidar que en nuestro sistema económico-administrativo está legitimado para recurrir, no sólo el contribuyente o persona a cuyos derechos o intereses afecte el acto [art. 166, a) y b)], sino también el Interventor General y los Directores Generales del Ministerio de Hacienda [artículo 166, apartados c) y d), LGT]. Por lo que puede ocurrir que éstos considerasen procedente el acto impugnado en reposición, pero no al resolutorio de la reposición cuando fuese estimatorio total o parcialmente.

En este último supuesto, será admisible el económico-administrativo directamente contra la resolución de la reposición sin que quepa nueva reposición. Así lo dispone, recogiendo la regla general del artículo 126, LPA, el artículo 162, LGT.

2. Efectos jurídico-materiales.

a) En el supuesto de estimación del recurso se producen importantes efectos jurídico-materiales. La resolución del mismo se pronunciará sobre la anulación del acto impugnado (art. 124, LPA), y, en su caso, sobre la relación jurídico-tributaria a que el mismo se refiere. Normalmente, no se limitará a la anulación, sino que declarará la forma en que debe quedar la relación jurídica, modificando en tal sentido el contenido del acto anulado. Así podrá modificarle subjetivamente (declarando que era otra la persona obligada al pago de la deuda tributaria), o bien objetivamente (estableciendo otra base o cuota) o reconociendo la procedencia de una bonificación o exención.

Como es el mismo órgano el que dictó el acto impugnado y el que resuelve el recurso, no cabe plantearse siquiera la distinción entre la resolución del recurso y el acto de ejecución, pues en el mismo acto de resolución se rectificará en la forma que proceda el acto de gestión.

b) En cuanto a la admisibilidad de la *reformativo in pejus*, el problema se plantea en términos análogos al de la resolución de cualquier recurso administrativo (el art. 160, párrafo 2, LGT, contiene la misma norma que el art. 119, LPA) y, por supuesto, a cómo se plantea respecto de la reclamación económico-administrativa (art. 169, LGT) (17).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ,

Catedrático de Derecho Administrativo
y Registrador de la Propiedad.

(17) GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, cit., págs. 806-807.



La compilación aragonesa y el Registro de la Propiedad

SUMARIO: I. Mayor de catorce años y menor de veintiuno.—II. Emancipación.—III. Disposición de bienes de menores.—IV. Renuncia a atribuciones gratuitas.—V. Adquisición de bienes a título oneroso atribuyendo al precio o contraprestación carácter privativo. Inscripción y disposición.—VI. Pasivo de la comunidad conyugal y repercusión en anotaciones de embargo.—VII. El expectante derecho de viudedad en relación con ejecución por deudas de la sociedad conyugal.—VIII. Disposición de bienes de la sociedad conyugal.—IX. Disposición del viudo a expensas de los bienes comunes o privativos.—X. Comunidad conyugal continuada.—XI. Viudedad.—XII. Testamento mancomunado.—XIII. Sucesión paccionada.—XIV. Representación y sustitución.—XV. Derecho de acrecer.—XVI. Consorcio foral.

En una charla pronunciada en el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, en cursillo celebrado a raíz de la promulgación de la Compilación ("Boletín" de dicho Colegio núm. 26), sobre el régimen económico conyugal, decíamos que el examen global de preceptos referentes a esta materia presenta muy interesantes problemas que no habíamos hecho más que apuntar, pensando, por ejemplo, y quizá nos lleve a ello una cierta *deformación profesional*, lo interesante que sería relacionar esas normas con el Registro de la Propiedad. Comprendiendo que sería imposible entrar en ello, lo dejábamos indicado, brindando un tema que considerábamos de interés jurídico y trascendencia práctica, a quien como nosotros, pero con menos años, una al interés por las cuestiones hipotecarias la dedicación, más afectiva que profesional, al estudio del derecho de su tierra.

Con más lejanía todavía hoy de esa juventud a que aludíamos, no vamos a intentar agotar ni ese ni ningún otro tema;

pero llevando algún tiempo de vigencia la Compilación del Derecho civil de Aragón, habiendo surgido ya ciertos problemas y publicado bastantes comentarios, quizá resulte útil examinar el articulado en aquellos particulares que tengan más relación con la calificación registral, forma de practicar los asientos y sus efectos. Si con ello inducimos a que siga hablándose de estas cuestiones, nos daremos por satisfechos.

Los aragoneses debemos agradecer vivamente a esta REVISTA que haya dedicado por entero su número 465 (marzo-abril 1968) a nuestra Compilación. Como a los trabajos en él contenidos aludiremos con reiteración, cuando citemos solamente páginas se entenderá que a dicho número nos referimos.

I

MAYOR DE CATORCE AÑOS Y MENOR DE VEINTIUNO

En el examen de la capacidad del contratante, tan importante en toda calificación, habrá de tenerse en cuenta en no pocas ocasiones esta particularidad del derecho aragonés que recoge el artículo 5.º de la Compilación al decir: "Uno. El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos con asistencia, en su caso, de su padre, madre, tutor o Junta de Parientes."

Parece deducirse de esto que tal asistencia incumbirá al padre cuando éste ejerza la autoridad familiar; a la madre, cuando a ella corresponda tal autoridad, y al tutor, cuando el mayor de catorce y menor de veintiuno esté sometido a tutela. ¿Cuándo corresponderá esta asistencia a la Junta de Parientes? No es natural que existiendo padre, madre o tutor, a quienes, por orden de enumeración en el precepto, parece corresponder preferentemente, pueda, en lugar de cualquiera de ellos, prestar la asistencia la Junta de Parientes.

Admitida la suplencia cuando haya oposición de intereses, parecía lo lógico que fuera en estos casos cuando actuase la Junta; pero ocurre que esta sustitución aparece concretamente regulada en el número dos del propio artículo, que dice: "Cuando exis-

ta oposición de intereses se suplirá la asistencia de los padres conforme a lo dispuesto en el Código civil, y la del tutor por el sustituto, sin necesidad en ambos casos de aprobación judicial o parental.”

El artículo 165 del Código civil nos dice que siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Y el 18 de la Compilación señala como sustituto del tutor al protutor, si lo hubiere, y en su defecto, el vocal que designe el Consejo de familia.

No sólo no se asigna ninguna de estas sustituciones a la Junta de Parientes, sino que el artículo termina eliminando expresamente en ambas sustituciones la aprobación judicial o parental.

La negativa de cualquiera de los llamados, padre, madre o tutor, no parece pueda dar acceso a la intervención de la Junta, pues la actitud de aquéllos estimamos que no puede tener otra significación que la falta de tal asistencia, necesaria para la validez del acto o contrato. Además, la intervención de la Junta en estos casos implicaría una merma de autoridad de los anteriormente llamados, muy de tener en cuenta, sobre todo, tratándose de los padres.

De todos modos no deja de impresionarnos que LORENTE SANZ (pág. 592), con su insuperable autoridad, al considerar de efecto inmediato la aplicación de esta intervención de la Junta de Parientes, habla de carácter potestativo. Nos parece un tanto fuerte que el menor pueda elegir entre los padres y la Junta, y únicamente podría admitirse que la disyuntiva o carácter potestativo, de que nos habla LORENTE, se refiera a tutor y Junta.

No hace falta aclarar que esta asistencia siempre habrá de referirse, concreta y expresamente, a cada acto o contrato. No vemos inconveniente en que pueda suplirse por una terminante aprobación posterior, y tampoco en que pueda delegarse por la oportuna escritura de mandato, pero siendo especial para el acto o contrato, el cual debía describirse con todo detalle.

II

EMANCIPACIÓN

El profesor SANCHO REBULLIDA, que tuvo tan destacada intervención en el Seminario de donde salió el primitivo proyecto objeto de discusión, labor fundamentalísima, realizada tras una estudiosa investigación, realmente extraordinaria, se lamenta con cierta reiteración de que no tuviera éxito la propuesta del Seminario sobre posibilidad de emancipación desde los catorce años (págs. 326, 330 y 341).

Apunta que no pareció bien a la Comisión compiladora que, al incorporar la emancipación al Ordenamiento aragonés, se autorizase a partir de los catorce años.

Por considerarnos en gran parte responsables de que tal posibilidad de emancipación desde los catorce años no apareciese en ninguno de los dos anteproyectos de la Comisión aragonesa, creemos conveniente cierta aclaración sobre el particular.

En una de las sesiones de la Comisión se aprobó esa propuesta del Seminario de adelantamiento de la edad de emancipación con un solo voto en contra: el nuestro. En esta ocasión sí desempeñamos ese papel de opositor que, con acompañamiento de ámbales e inmerecidos elogios, nos atribuye LACRUZ BERDEJO (pág. 313). Estimamos entonces tan importante la cuestión, que nos creímos en el deber de formular la explicación de nuestro voto. No recordamos cuándo ni cómo se volvió sobre el asunto, pero lo cierto es que no aparece nada que tenga relación con aquella propuesta sobre emancipación ni en el primitivo anteproyecto. ¿Convenció la explicación de nuestro voto? He aquí en extracto algunas de sus razones:

Si la emancipación es incluso "institución extraña al derecho aragonés", como afirmaba el informe del Seminario, que la Subcomisión hizo suyo, no hay motivo para que, al admitirla ahora, se haga con adelantamiento de la edad, en relación con la fijada en el Código.

La tendencia a adelantar la mayoría de edad en Aragón, que en algún tiempo fue a los catorce años, no puede servir de base

para anticipar también la de emancipación, pues si bien es cierto que no puede negarse la existencia de tal tendencia, se ha entendido referida siempre, como muy gráficamente dice el informe del Seminario, a una mayoría de edad restringida, una especie de aprendizaje o entrenamiento vigilado, aconsejado e intervenido, características éstas que desaparecen completamente con la emancipación, salvo en los casos de tomar dinero a préstamo y gravar o vender inmuebles.

Efectivamente, en definitiva, como entonces se dijo, la emancipación no era cosa distinta a conceder de una vez el asentimiento que el mayor de catorce años y menor de veintiuno necesita para celebrar toda clase de actos y contratos, pero es que la concesión general y abstracta que la emancipación lleva consigo es algo muy distinto de la situación querida por nuestra legislación foral para el mayor de catorce años, situación que tiene tantos partidarios y que incluso se señala como digna de figurar en un futuro Código de aplicación general; pero hay que recalcar que el menor nunca actúa solo, siendo precisa una asistencia concreta para cada caso, en la que el padre —normalmente— podrá pesar bien las ventajas e inconvenientes de lo que se pretende realizar, concediéndola o no, previa la madura reflexión que cada acto o contrato requiera. No puede compararse esta asistencia concreta del padre en cada momento con la emancipación que habilita al menor para la realización de toda clase de actos y contratos (con la excepción citada de tomar —no dar— dinero a préstamo y gravar y vender bienes inmuebles), sobre todo si tenemos en cuenta el carácter irrevocable de la emancipación (art. 319 del Código civil).

Esta facultad de adelantar la edad de emancipación, por lo inútil que resulta, con esa facultad de celebrar actos y contratos con la debida asistencia y por los peligros que encierra, habría de ejercitarse en contadisimas ocasiones, pero debía cerrarse la puerta a su posible utilización en casos aislados que normalmente, más que por conveniencia o necesidad del menor, se producirían por debilidad o comodidad de los padres, ante la incómoda situación familiar provocada por algún jovencito que ya hubiera alcanzado los catorce años y reclamase prematuramente el manejo, con plena autonomía, con las solas excepciones dichas, de

su quizá cuantiosa fortuna, que podemos imaginar principalmente mobiliaria, si queremos remachar los peligros.

En definitiva, la Compilación no hace otra referencia a la emancipación que la alusión del ya examinado artículo 5.º, al decir: "El menor de edad cumplidos los catorce años, aunque no esté *emancipado*..."

Ello da por supuesto que puede concederse la emancipación en Aragón, la cual, ante la falta de otros preceptos, habrá de regirse íntegramente por el Código civil. Repitamos una vez más que raramente resultará práctico acudir a ella.

III

DISPOSICIÓN DE BIENES DE MENORES

Se ocupan de esto los artículos 13 y 14 de la Compilación. Según el primero de ellos, para la disposición de los bienes del menor de catorce años se estará a lo ordenado por la persona de quien procedan a título lucrativo y, en su defecto, el poder de disposición corresponde al administrador, quien, sin embargo, habrá de obtener autorización de la Junta de Parientes o del Juez de primera instancia cuando se trate de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios y objetos preciosos.

Es administrador de los bienes del menor, según el artículo 12, el padre y, en su defecto, la madre, excepto en cuanto a aquellos bienes que haya ordenado otra cosa quien se los transmitió a título lucrativo. Respecto del sujeto a tutela, no existiendo disposiciones en la Compilación, regirán las del Código civil.

Interesante novedad en lo referente a disposición de bienes del menor de catorce años es ese llamamiento indistinto de la Junta de Parientes o del Juez de primera instancia para prestar la necesaria autorización cuando se trate de ciertos bienes, entre los que figuran, en primer lugar, los raíces.

Esto de la Junta de Parientes, que en el primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa se denominó Consejo de Parientes, ha sido uno de los puntos más discutidos. Desde el primer

momento nos opusimos a las amplisimas facultades que en principio se le conferian, pero propusimos, fundados en antecedentes hasta del propio apéndice, y con objeto de facilitar las transmisiones, que se pudiera, en casos como el que nos ocupa, evitar la autorización judicial, sustituyéndola por la de los parientes, pero siempre que se pudiera elegir libremente entre una y otra, por conocer el desuso del llamamiento de parientes en la mayor parte del territorio y las dificultades que frecuentemente surgen para reunirlos. Con más detalle nos ocupamos de esto en conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, que inserta "Anuario de Derecho civil", tomo XX, fascículo IV, octubre-noviembre de 1967.

En esencia resulta aceptado nuestro punto de vista en la Compilación y, con arreglo al artículo que comentamos, puede simplificarse notablemente la disposición de bienes inmuebles del menor, si dos más próximos parientes idóneos, uno por cada línea o grupo familiar prefiriendo, en igualdad de grado, al varón, y en igualdad de sexo, al de más edad (son los llamados a componer la Junta por el art. 22-2), comparecen en la propia escritura y dan autorización para la enajenación, dando fe el Notario de que son, efectivamente, los parientes a quienes corresponde intervenir.

Claro que si existe dificultad para reunir estos parientes, o no se quiere ni intentarlo, podrá acudirse a la autorización judicial.

IV

RENUNCIA DE ATRIBUCIONES GRATUITAS

También, en relación con menores de catorce años, parece interesante ocuparse de este punto.

El Reglamento hipotecario, en su artículo 178, párrafo segundo, dice: "No será necesaria la autorización judicial requerida en el artículo 164 del Código civil cuando se trate de la renuncia de herencias o donaciones a favor de hijos representados por el padre o la madre, salvo lo dispuesto en el artículo 165 del mismo cuerpo legal."

Este último artículo se refiere al caso de existir interés opuesto.

El transcrito precepto aparece en el título IV, bajo el epígrafe general, que reza: *De la extinción de las inscripciones y anotaciones preventivas*, dentro de la rúbrica especial, "Título y procedimiento cancelatorio", y como párrafo segundo del artículo, cuyo primer apartado se refiere al artículo 82 de la Ley, expresamente dedicado a la cancelación de inscripciones y anotaciones. De ello podría deducirse que la renuncia de que nos habla debía relacionarse con cancelaciones, pero no será corriente que esto ocurra, puesto que para que así sucediera habría de producirse con anterioridad la inscripción a favor del heredero en cuyo nombre se renuncia, lo cual es completamente desusado y hasta podía implicar una aceptación tácita. Lo normal es que esta renuncia se presente como justificación de que se ha producido un derecho de acrecer o dado paso a una declaración de herederos *ab intestato*, y habrá que considerar eficaz esta renuncia sin autorización judicial, aunque no haya de producir cancelación alguna, pero siempre llevará consigo, eso sí, la extinción de un derecho, y a ello debe ser debida su inclusión entre los preceptos referentes a cancelaciones.

El precepto reglamentario a que nos venimos refiriendo recoge, sin duda, la doctrina sentada, principalmente por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de agosto de 1925, 25 de noviembre de 1942 y 25 de septiembre de 1943, que declaran que los padres no necesitan autorización judicial para renunciar herencias a las que han sido llamados los hijos sometidos a su patria potestad.

El efecto general de tal renuncia sin autorización judicial parece darlo por descontado el malogrado LA RICA, al ocuparse de ello en sus magníficos *Comentarios al nuevo Reglamento hipotecario* (parte 1.ª, pág. 170), quien con su buen sentido jurídico y con esa claridad y pulcritud de lenguaje a que nos tenía acostumbrados, dice: "Al renunciar herencias o donaciones, padres poco escrupulosos pueden perjudicar a sus hijos representados no menos que al enajenar sus bienes o al cancelar o extinguir derechos reales de los mismos. No existe razón lógica en que para lo primero no se exija autorización judicial y sí para lo segundo. Al fin y al cabo el padre que consiente la cancelación, cuando en

uso de su derecho ha cobrado el crédito propio de su hijo, cumple una obligación que puede exigirle el deudor que ha dejado de serlo, pero al renunciar una herencia o una donación realiza un acto totalmente libre y voluntario, al que nadie puede constreñirle y del que pueden derivarse considerables perjuicios al interés de los hijos, aparte de que es susceptible de prestarse a maquinaciones fraudulentas si la renuncia pura y simple encubre una transacción onerosa.”

Conformes en absoluto con tan autorizada opinión, no podemos menos de aplaudir el apartado dos del artículo 14 de la Compilación, que dice: “El representante legal del menor necesita autorización judicial para rechazar cualquier atribución gratuita en favor de éste.”

No creemos ofrezca duda alguna que desde la vigencia de este precepto no podrá aplicarse en Aragón el del Reglamento hipotecario a que nos hemos venido refiriendo y, por consiguiente, la repudiación de donaciones y herencias hechas por el representante legal del menor de catorce años, en nombre de éste, requerirá siempre la aprobación judicial. La Compilación ni siquiera ha querido llamar en estos casos a los parientes, como posible sustitución de la autoridad judicial, pensando, sin duda, que la intervención de los parientes era más susceptible de combinaciones que precisaba evitar.

Es cierto que, como hemos visto, la Compilación, al exigir para la renuncia autorización judicial, no habla concretamente de donaciones y herencias, pero en el concepto más general de “atribución gratuita” deben considerarse comprendidas aquéllas. También es de tener en cuenta que en Aragón, según el artículo 138 de la Compilación, conforme con el derecho tradicional, la herencia siempre se considera aceptada a beneficio de inventario y, por tanto, se elimina uno de los principales fundamentos de la doctrina recogida por el Reglamento hipotecario.

En todo caso siempre significará una garantía que el Juez resuelva en definitiva, a la vista de los datos que sobre activo y pasivo de la herencia se le faciliten.

Una prueba más de que la Compilación ha querido rodear de las mayores garantías la repudiación de la herencia es su artículo 136, según el cual “la mujer casada, así como los menores de

edad mayores de catorce años, pueden aceptar por sí una herencia, pero no repudiarla”.

V

ADQUISICIÓN DE BIENES A TÍTULO ONEROSO, ATRIBUYENDO AL PRECIO O CONTRAPRESTACIÓN EL CARÁCTER DE PRIVATIVO. INSCRIPCIÓN Y DISPOSICIÓN

Nos ocupamos de este problema hace ya unos años (págs. 609 a 612, núms. 412-413, año 1962, de esta REVISTA), destacando la importancia del tema por la frecuencia con que se da este caso con la plétora de compra de pisos, con el prurito, muchas veces, de que figuren a nombre de las mujeres.

Estudiábamos entonces principalmente el problema que se planteaba cuando queda viudo el cónyuge a cuyo nombre figura el inmueble y pretende disponer de él.

En el ámbito del Código civil sigue siendo de aplicación, en nuestro concepto, la doctrina de la resolución de 11 de marzo de 1957, que exige el consentimiento de los herederos del cónyuge premuerto para que la enajenación pueda realizarse, resolución que no consideramos opuesta a la doctrina de la sentencia del Supremo de 2 de febrero de 1951 que se refiere no a un litigio seguido con terceras personas, sino entre los propios cónyuges, estimando, por el contrario, conforme tal resolución con reiterada doctrina del propio Supremo, declaratoria de no ser suficiente la afirmación que pueda hacerse en la escritura de venta con respecto a la procedencia del dinero con que se adquieren si ésta no resulta justificada.

Estimamos, en cambio, que en Aragón ha cambiado radicalmente la cuestión después de la vigencia de la Compilación, y no sólo no consideramos necesario el consentimiento de los herederos del cónyuge fallecido, aun siendo descendientes, en los actos de disposición, sino que también ha variado lo referente a la forma de inscripción de los bienes.

Fundábamos antes la necesidad del consentimiento de los herederos descendientes en la aplicación del espíritu de aquella

resolución y la exigencia del artículo 52 del apéndice de dejar a salvo en las donaciones, entre cónyuges, los derechos legitimarios de los descendientes, puesto que el reconocimiento del carácter privativo del precio podía implicar una donación encubierta.

La categórica declaración del artículo 24 de la Compilación, de que los cónyuges pueden hacerse donaciones, que no se someten ya a ningún condicionamiento ni limitación, y celebrar entre sí toda clase de contratos, no solamente ha de influir radicalmente en la disposición de los bienes por el cónyuge favorecido por la declaración de privativo, una vez viudo, sino también, relacionando este artículo con otros, estimar la procedencia de variar la forma en que solían practicarse las inscripciones de adquisición de inmuebles con la aseveración de que el precio o la contraprestación era de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges.

Después de la vigencia de la Compilación, hemos visto utilizada esta fórmula: "De acuerdo con la facultad que les confiere el artículo 29 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, a la que están sometidos, los cónyuges doña y don pactan y declaran que el precio con el que se efectuará la compra tiene la consideración de bien sitio propio de aquélla y, por consiguiente, el piso o vivienda comprado mediante esta escritura será privativo de doña, a cuyo favor se solicita sea inscrito en el Registro de la Propiedad."

El artículo 29 que se cita, efectivamente, declara válidos los pactos y declaraciones consignados en escritura pública, aun fuera de capítulos, por los cuales, a efectos de extender o restringir la comunidad, ambos cónyuges atribuyen a bienes muebles la consideración de sitios, o a éstos la de muebles.

Parece que se ha discurrido en el pacto transcrito pensando que, declarado sitio y *propio* de la mujer el precio, como, según el párrafo cuarto del artículo 38, son privativos "los bienes que vienen a reemplazar otros propios...", el piso adquirido, que reemplaza al precio, también será privativo de la mujer.

No creemos que sea necesario este rodeo, ya que, en realidad, lo que juega al efecto de determinar si los bienes son privativos o comunes es el título de adquisición de los mismos, resultando

privativos todos los adquiridos a título gratuito, pues aunque no se decidió estampar en la Compilación esta sencilla regla, como propusimos con tenaz reiteración, el efecto resulta igual por la larga enumeración que el artículo 39 hace de los bienes que se consideran sitios, a los efectos de estimarse privativos y que termina con el número sexto, que dice: "El dinero aportado o adquirido cuya existencia conste por documento público, bancario o de institución de crédito o ahorro."

Como no creemos pueda encontrarse ningún bien que quede fuera de esa larga enumeración del artículo 39, todo lo que resulte adquirido a título gratuito tendrá el carácter de privativo. Con más detalle nos ocupamos también de esta cuestión en la conferencia inserta en el número de "Anuario de Derecho civil", a que ya nos hemos referido.

Según el número primero del artículo 38, que nos da la norma comúnmente aplicable para determinar qué bienes son privativos, condición indispensable para que los sitios tengan tal carácter, es que se aporten al matrimonio o que durante él se adquieran a título gratuito. No basta, por tanto, declarar el dinero del precio *sitio*, sino que es además necesario declararlo propio o privativo, como hemos visto hacia el pacto transcrito, lo cual presupone esa aportación o adquisición gratuita, aunque no se pruebe. Hagamos la misma declaración de privativo directamente del dinero y ello llevará implícita no sólo la aportación o adquisición gratuita, sino también la adquisición fehaciente que nos exige el número sexto del artículo 39 para que se considere sitio, aunque, como en el caso anterior, nada de esto resulte acreditado.

Y es que creemos que lo esencial en este punto es el artículo 24, tan breve y tan concluyente: "Los cónyuges pueden hacerse donaciones y celebrar entre sí toda clase de contratos."

Se podrá discutir si este artículo ha ido o no demasiado lejos, pero ahí están sus términos categóricos.

Cualesquiera pacto entre los cónyuges, incluso aunque lleve envueltas posibles donaciones, incondicionalmente autorizadas por ese precepto, ha de surtir, mientras en forma no sea impugnado, inmediatos y plenos efectos.

Como consecuencia lógica de esto estimamos que, bien con

pacto semejante al copiado, con otro que diga que es privativo el dinero a invertir en el precio, y hasta con la simple estipulación de que se considere privativo de uno de los cónyuges el inmueble adquirido, éste debe inscribirse expresamente como privativo, sin que proceda aplicar el párrafo segundo del artículo 95 del Reglamento hipotecario, que dispone que no figurando acreditado que el precio es de la exclusiva propiedad del adquirente, se practicará la inscripción a su nombre, sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de lo adquirido.

La Compilación, como de superior rango y posterior, además, ha de prevalecer sobre ese precepto reglamentario, suponiendo que entre ellos exista cierta oposición, y dando pleno efecto al pacto entre los cónyuges, el acta de inscripción debe proclamar el carácter privativo de la adquisición.

Convendría, de todos modos, remachar la petición de inscripción en el pacto o estipulación correspondiente, no diciendo solamente, como el pacto que vimos, que se inscriba a favor del adquirente, sino precisando que se inscriba a su favor *con el carácter de privativo*.

Claro que todo esto se refiere, como ya hemos indicado, a los efectos inmediatos, sin que ello quiera decir que sean inatacables ni la escritura ni la inscripción correspondiente, pues ahí está el artículo 636 del Código civil, según el cual "ninguno podrá dar ni recibir por donación más de lo que pueda dar o recibir por testamento". A falta de preceptos en la Compilación, que concreta y directamente se refieran a este particular de limitación de las donaciones, podría considerarse aplicable en Aragón ese precepto, aunque al mismo resultado parece llevar el 124 de la Compilación, disponiendo que, no alcanzando los beneficios percibidos por el conjunto de los legitimarios a la cuantía de legítima colectiva, podrá pedirse la reducción de liberalidades hechas a favor de no descendientes.

Esto puede dar lugar a reclamación de legitimarios que se crean perjudicados, en cuanto la declaración de privativo pueda encubrir una donación excesiva, reclamación que surtirá efectos registrales desde el momento en que se practique la correspondiente anotación de demanda, pero no antes.

VI

PASIVO DE LA COMUNIDAD CONYUGAL Y REPERCUSIÓN EN ANOTACIONES
DE EMBARGO

Dedica la Compilación a esta materia los artículos 41 a 47, cuyo examen hicimos en la charla del Colegio de Abogados de Zaragoza, a que nos hemos referido en las primeras líneas de este trabajo.

Conviene, desde luego, leer detenidamente esos artículos.

El artículo 41, en cinco apartados, trata de las cargas y deudas comunes, entre las que pueden distinguirse dos clases: las del número primero, que podríamos calificar como de sostenimiento y atención familiar, y las de los cuatro apartados restantes.

El artículo 42 se refiere a las deudas de gestión, es decir, a las derivadas de facultades legales de administración y del ejercicio de industria, comercio o profesión, esto último tanto del marido como de la mujer, y las de administración del que la desempeña, pues también puede darse el caso de que corresponda a la mujer.

De todas estas deudas responden, en primer lugar, los bienes comunes, y no habrá de surgir dificultad alguna en el embargo de tales bienes ni para la práctica de la consiguiente anotación preventiva.

En defecto, de bienes comunes hay que distinguir las del apartado primero del artículo 41, que antes calificamos de sostenimiento y atención familiar, y las restantes de dicho artículo y las del 42.

De las del apartado primero del artículo 41, los cónyuges *responden solidariamente*, si bien en la relación interna contribuirá cada uno por mitad.

Ello quiere decir que, a falta o deficiencia de bienes comunes, podrá producirse el embargo de bienes privativos de cualquiera de los cónyuges indistintamente, sin que se vislumbre dificultad alguna para su correspondiente anotación, aunque en la relación interna de los cónyuges, sin afectar, por tanto, al Registro, responda cada uno por la mitad.

No creemos que ni en éste ni en los demás casos en que exista un orden entre los bienes para responder de las deudas pueda extenderse la calificación del Registrador a la exigencia de que se haya cumplido, en primer lugar, porque el no existir más bienes, comunes en este caso, o la falta total de ellos, son circunstancias negativas que no hay que probar, y además debe ser el Juez quien aprecie este particular, sin que a él pueda extenderse la calificación registral. Sería correcto que en el mandamiento se consignase la inexistencia o deficiencia de los bienes preferentes, pero, en todo caso, el cónyuge que se considere perjudicado podrá oponerse en el recurso o procedimiento adecuado poniendo de manifiesto la existencia de bienes que han debido embargarse con antelación.

En cuanto a las demás deudas del artículo 41 y las del 42, siempre a falta de bienes comunes o no alcanzando éstos a cubrir las, responde cada cónyuge de las que contrajo, pero podrá repetir del otro la mitad de lo pagado, si demuestra que la deuda redundó, efectivamente, en utilidad común (art. 43-2).

Se deduce de esto que el embargo que se produzca en reclamación de tales deudas habrá de recaer sobre los bienes comunes, y no siendo éstos bastante, sobre los privativos del cónyuge que las contrajo.

Según el artículo 44, "las deudas y cargas de las sucesiones y donaciones se hacen comunes hasta donde alcance el valor de los bienes heredados o donados que *recaigan en la comunidad*". Por el 45, "las deudas de cada cónyuge anteriores al matrimonio sólo gravan los bienes comunes hasta donde alcance el valor de los apartados por él a la comunidad".

Resultaría un tanto complicado hacer estos cálculos, pero nos parece que esos artículos han de resultar, por regla general, inoperantes. Hubieran tenido razón de ser si, como ocurría antes de la Compilación, todos los bienes muebles tuvieran la consideración de comunes, y hasta si hubiera prosperado el primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa, pero del segundo, y después de la Compilación, resulta, como hemos dicho antes, que por la larga enumeración que el artículo 39 hace de los bienes que han de considerarse como sitios, virtualmente será privativo todo lo aportado al matrimonio o adquirido a título gratuito. Esto

hace dificilísimo que se den los supuestos de los artículos 44 y 45, puesto que si resulta justificada la aportación, o la sucesión, o donación, todos los bienes serán privativos sin que recaiga nada en la comunidad, y si no media esta justificación entrarán en la masa general de bienes comunes, sin distinción alguna con los demás y sometidos a las mismas responsabilidades. Únicamente podrían aplicarse excepcionalmente esos preceptos cuando por pacto expreso los cónyuges desvirtuasen la presunción de sitios del artículo 39, pero como por naturaleza siempre serían muebles, nunca podrían tener acceso al Registro.

Normalmente, por tanto, estas deudas tendrán la consideración de privativas, y los bienes de este carácter, del cónyuge a quien afecten, han de responder de ellas preferentemente; pero si ellos no fueran bastante, como no puede mermarse la acción que a todo acreedor asiste para dirigirse contra cuantos derechos correspondan al deudor, podrá ejercitarla contra los bienes comunes, pero siempre sin perjuicio de los derechos del otro cónyuge. Correrán, por consiguiente, estas deudas suerte parecida a las del último grupo de ellas, que vamos a examinar, y cuya regulación ha de significar la mayor novedad en relación con el Registro de la Propiedad.

Nos referimos a las deudas posteriores privativas, a las que dedica la Compilación el artículo 46. Según su apartado uno, "las deudas posteriores privativas gravan los bienes del cónyuge deudor, y siendo éstos insuficientes, el patrimonio común, a salvo siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes".

Como en toda la regulación de esta materia, siguiendo el principio de equiparación de los cónyuges, este precepto se refiere a las deudas de los dos.

No lo hacía así el Apéndice, que en el último párrafo del artículo 50, después de declarar que se "presumirán contraídas en beneficio común las deudas del marido, salvo prueba en contrario", decía: "Los bienes raíces o inmuebles peculiares de la mujer y la mitad que pertenezca a ésta en los comunes de la misma clase, no responderán en caso alguno de deudas contraídas por el marido en su propio provecho, con ocasión de vicios, afianzando a favor de otros o con propósito conocido de perjudicar a aquélla."

Con la Compilación no habrá que discurrir sobre esos imprecisos términos de “propio provecho”, “ocasión de vicios” y “propósito conocido de perjudicar”, ni sobre lo que ocurriría si, en lugar del marido, fuera la mujer quien contrajera esas deudas. Únicamente hemos de ocuparnos de la distinta repercusión que, en relación con el anterior, ha de tener en el Registro el precepto vigente.

Del Apéndice, que nos hablaba de la *mitad* que pertenecía a la mujer en los bienes comunes, parecía deducirse una concepción de la comunidad conyugal de división en cuotas, como la romana, y las consecuencias para el Registro resultaban claras, reduciéndose, cuando el embargo se refería a la totalidad del inmueble común, a denegar la anotación sobre la mitad indivisa correspondiente a la mujer, en cumplimiento del categórico precepto legal.

De la Compilación resulta una estimación distinta de la comunidad conyugal, como propiedad en mano común no por cuotas, sino como la germánica, y, como consecuencia de ello, en el artículo 46 se deja a salvo el valor que en el patrimonio común corresponde al otro cónyuge.

Esto será más técnico, más conforme con el concepto que tradicionalmente se ha atribuido a la comunidad conyugal aragonesa, pero no puede ofrecer a la mujer —suponemos que el marido sea el deudor— la garantía que significaba la denegación respecto de la mitad indivisa de la finca.

Con la Compilación a la vista no hay manera de denegar ni salvar nada en el Registro, ni aun en el caso de que esta salvedad constase en el mandamiento, debiendo tomarse la anotación sobre la totalidad del inmueble embargado.

Lo más contrario a la seguridad, a la precisión, a la claridad, que debe ser característica de los asientos registrales, sería llevar a ellos esa tan nebulosa salvedad, de la que no puede determinarse su cuantía por la imposibilidad de practicar la operación contable por la que se concrete ese valor salvado, y tampoco hay manera de puntualizar el inmueble o inmuebles a que haya de afectar esa salvedad.

Además, el comentado artículo 46 termina con estas palabras: “Lo pagado a costa de los bienes comunes se imputará en la par-

tipación del cónyuge deudor hasta que lo reembolse, y se tendrá en cuenta para ulteriores reclamaciones de acreedores privados." Y añade el artículo 47: "Los patrimonios de los cónyuges y el común deben reintegrarse entre sí aquellos valores que cada uno hubiese lucrado sin causa a costa de los otros."

Se trata, por tanto, de cuentas a liquidar, en su día, entre los cónyuges y, más probablemente, entre uno de ellos y los herederos del otro, y también, en su caso, con los acreedores, sin que ello pueda afectar al ejecutante. Son obligaciones de tipo netamente personal las que derivan de la salvedad, sin que, por consiguiente, tenga ésta nada que ver con el Registro, y parece que tampoco debe hacerse alusión a ella en el oportuno mandamiento.

VII

EL EXPECTANTE DERECHO DE VIUEDAD EN RELACIÓN CON EJECUCIÓN POR DEUDAS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

La disposición referente a la suerte del derecho de viudedad, en ejecución por las deudas que hemos examinado, no ha sido, en su gestación, muy afortunada.

El artículo 148 del primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa, en su párrafo segundo, decía que cuando los bienes afectos al expectante derecho de viudedad deban responder de las deudas de la comunidad conyugal, sólo subsistirá tal derecho en los supuestos del artículo 114. Este artículo se refería a las deudas posteriores privativas, en términos parecidos a los del artículo 46 de la Compilación que acabamos de comentar.

Resultaba de esto que el expectante derecho de viudedad se extinguía, aun sin consentimiento ni renuncia, en todos los casos de ejecución por deudas de la comunidad conyugal, menos si éstas eran posteriores privativas de uno de los cónyuges.

En el segundo anteproyecto de dicha Comisión quedó reducido el número de artículos, y al acoplarse la numeración de ellos se sufrió, indudablemente, un error que ya resaltábamos en el "Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza" número 12, al poner de manifiesto las innovaciones que tenía, en relación con

el anterior. El error consistió en que el artículo 144 (igual al 148 del anterior), en vez de referirse al 111, que era idéntico al 114 anterior, lo hizo al 108, que no trata de deudas privativas, sino de las llamadas de gestión. El error era tan manifiesto, que no podía dar lugar a dudas.

La Compilación ha dado otro giro a este problema del expectante derecho de viudedad, y, prescindiendo de referencias de unos artículos a otros, el número dos del artículo 76 que declara no extinguirse el expectante derecho de viudedad en caso de enajenación, si no se renuncia expresamente, termina con estas palabras: "queda a salvo lo establecido sobre deudas de gestión frente a terceros de buena fe".

No creemos que pueda darse a estas palabras más interpretación que la de señalar a la regla general, que es la no extinción del derecho, una excepción que, naturalmente, consiste en que *se extinga sin necesidad de renuncia*, en los casos de ejecución por deudas de gestión, ya que por algo se deja a salvo lo establecido sobre ellas.

No vemos contradicción entre esto y lo dispuesto en el primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa. Si existiría sobre la letra del segundo, puesto que, por la cita que hacía del artículo 108, referente a las deudas de gestión, resultaba que sólo en relación con éstas se daba la *subsistencia* del derecho expectante, pero, ya hemos dicho, que sólo por clarísimo error pudo citarse ese artículo en vez del 111, referente a las deudas privativas.

Es cierto que la Compilación no ha sido suficientemente clara haciendo esa salvedad, y mejor hubiera sido declarar explícitamente que se extinguía el derecho expectante; pero, repetimos, esta interpretación hay que darle, porque, en otro caso, no tenía razón de ser tal salvedad.

También puede dar la impresión de que subsiste el tan repetido derecho cuando se trata de ejecución por las deudas comunes del artículo 41, pero no creemos que haya fundamento serio para sostenerlo. Las deudas del párrafo primero de ese artículo bien podían calificarse de privilegiadísimas, pues, sin duda, por ser consecuencia de las obligaciones más elementales de toda sociedad conyugal, según el apartado uno del artículo 43, en defecto de bienes comunes, responden de ellas los cónyuges nada

menos que solidariamente. Sería absurdo que, dándose esta extraordinaria responsabilidad de ambos cónyuges, quedase subsistente el derecho expectante de uno de ellos, al producirse la enajenación, cuando a él pudo reclamarse la deuda, y ejecutar, en defecto de bienes comunes, hasta los suyos privativos, aunque sin perjuicio de la relación interna entre los cónyuges.

Aunque esa responsabilidad solidaria ya no exista respecto de las restantes deudas y cargas del artículo 41, también parece claro su carácter de cierta preferencia, tanto por su naturaleza como por la inclusión en ese artículo, destinado a señalar las cargas y deudas que, inexorablemente, son comunes. Además, en cuanto a responsabilidad de bienes comunes o de cada cónyuge, tanto esas deudas como las que en el artículo 42 aparecen bajo la rúbrica de "deudas de gestión", están reguladas por un mismo precepto el número dos del artículo 43, y sería muy extraño que siendo idéntica la responsabilidad por las llamadas de gestión del artículo 42 y las comunes de los cuatro últimos párrafos del 41, produjera la ejecución por ellas distinto efecto en relación con el expectante derecho de viudedad. Además, la palabra gestión tiene un sentido un tanto elástico, y aunque sólo las derivadas de administración, profesión o negocio aparecen bajo la rúbrica de deudas de gestión, no puede negarse el carácter de tales deudas de gestión de la sociedad conyugal, respecto de las enumeradas en el artículo 41.

Nos parece, por tanto, claro que se extinguirá ese derecho expectante cuando se trate de ejecución por deudas de los artículos 41 y 42, es decir, que quien como consecuencia de la ejecución sea adjudicatario, adquirirá los bienes libres del derecho expectante de viudedad.

Al contrario, ese derecho expectante ha de subsistir, cuando se trate de deudas privativas posteriores al matrimonio. Así lo establecían los anteproyectos de la Comisión aragonesa —el segundo con el error de que hemos hablado—, y la Compilación sigue el mismo criterio, puesto que estas deudas no pueden, de ningún modo, considerarse incluidas en la salvedad del artículo 76.

No vemos tan clara la suerte de este derecho expectante cuando se trata de las deudas y cargas de las sucesiones y donaciones y las de cada cónyuge anteriores al matrimonio. Ya hemos visto

que difícilmente pueden afectar estas deudas preferentemente a bienes comunes y, por consiguiente, en cuanto a responsabilidad por ellas han de aplicarse las mismas normas que a las posteriores privativas, pero creemos que respecto a la extinción y subsistencia del derecho expectante hay que hacer alguna distinción.

Si se practica el embargo, respecto de las de sucesiones y donaciones, sobre los bienes heredados o donados, resultaría injusto que estos bienes no respondieran en su integridad de las deudas y cargas que la transmisión lleva consigo, y estimamos que, embargados estos bienes, deberán quedar, al ser adjudicados, libres del derecho expectante. En cambio, si se trata de otros bienes privativos y, mucho más, comunes, parece que han de transmitirse sujetos al derecho expectante. Respecto de sucesiones, puede jugar la aceptación a beneficio de inventario, que en Aragón siempre se presume.

Algo semejante ha de ocurrir con las deudas anteriores al matrimonio. Ya dijimos que su celebración no puede perjudicar a quien antes de ella se constituyó en acreedor. Siendo así, al embargarse como consecuencia de esa deuda anterior, bienes que el deudor poseía antes del matrimonio y aportó a él, parece obligado que esos bienes se transmitan libres de un derecho expectante que nació después, y, al contrario, si se trata de otros bienes privativos o comunes, subsista tal derecho.

SANCHO REBULLIDA, en un interesante trabajo publicado en el repetido número de "Anuario de Derecho civil", termina el estudio de este particular (pág. 787) diciendo: "que donde el precepto dice "queda a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe", debe entenderse que dice "cuando estos bienes deban responder conforme a lo dispuesto en esta Compilación, sólo subsistirá el derecho expectante en los casos de responsabilidad por deudas privativas posteriores al matrimonio".

Aunque discrepemos de alguna de sus apreciaciones, no dudamos que sería más acertado precepto semejante a éste, pero también habría, según nuestro criterio, que considerar subsistente el derecho expectante, en los casos que hemos señalado, referentes a cargas y deudas de sucesiones o donaciones y en las anteriores al matrimonio.

En estos casos en que ha de subsistir el derecho expectante, salvo renuncia expresa, cuando ésta no exista, como ocurrirá normalmente, ¿será aplicable la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que exige, en resoluciones que citaremos al tratar de disposición de bienes, para que el asiento se practique, la reserva expresa de ese derecho en el título?

Podrá decirse que por la anotación de embargo no se produce la transmisión, debiendo hacerse la reserva en la escritura de venta o autos de adjudicación; pero creemos que lo más correcto será consignarlo en el mandamiento ordenando la anotación de embargo, sobre todo, teniendo en cuenta que una de las resoluciones que sentó esa doctrina se refería a escritura de constitución de hipoteca.

VIII

DISPOSICIÓN DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUCAL

En cuanto a los bienes privativos, la disposición durante el matrimonio corresponde al respectivo titular y no ofrece más particularidad que la necesidad de que expresamente renuncie el otro cónyuge al expectante derecho de viudedad, conforme al artículo 76, y si no lo hace, dejar a salvo tal derecho. Como esto último es difícil que lo acepte un adquirente a título oneroso, virtualmente han de intervenir en la escritura los dos cónyuges.

Disuelto el matrimonio, será aplicable respecto de las disposiciones del cónyuge sobreviviente sobre bienes privativos el artículo 93 del Reglamento hipotecario, pudiendo inscribirse sin necesidad de previa liquidación de la sociedad conyugal.

Igual criterio habrá de seguirse, según antes expusimos, en la disposición de bienes adquiridos durante el matrimonio, a los que expresamente se dio carácter de privativos del cónyuge que ha sobrevivido.

Respecto a la enajenación de inmuebles comunes, la expresada necesidad de comparecer la mujer —partimos del caso normal de ser el marido el administrador— a los efectos del usufructo hace, como acabamos de decir, que sea realmente excepcional la enajenación que se lleva a efecto sin la concurrencia

de ambos cónyuges. Como con ello la mujer puede controlar los actos de disposición, la Comisión aragonesa, tras detenido estudio, se decidió a conservar en esencia el régimen del Apéndice, formulado en el definitivo anteproyecto en un artículo que decía: "Es válida la enajenación de bienes comunes por el cónyuge administrador, salvo si el tercer adquirente conoció o debió conocer que tal enajenación se realiza con intención de perjudicar a la comunidad o con grave descuido de los intereses de ésta."

No prosperó esto y la Compilación, a semejanza del artículo 1.413, reformado del Código civil, dice en el 51: "El cónyuge administrador, por sí solo, puede enajenar los bienes comunes; mas para actos de disposición voluntaria sobre inmuebles y establecimientos mercantiles necesitará el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, aprobación de la Junta de Parientes y, en otro caso, autorización judicial."

Con más detalle nos referimos a las vicisitudes de este precepto en la conferencia inserta en el citado número de "Anuario de Derecho civil".

El empeño de que se aceptase la propuesta de la Comisión aragonesa, semejante a los artículos 55 y 59 de la Compilación catalana (posterior a la reforma del Código), sobre la *Asociación a compras y mejoras* del campo de Tarragona y *agermanamiento o pacto de mitad por mitad* de la comarca de Tortosa, no tuvo éxito, pero al menos se logró que ese consentimiento del otro cónyuge se limitase a los actos de *disposición voluntaria*, con lo cual se evitaban las consecuencias de la aplicación del artículo 144 del Reglamento hipotecario, que terminantemente exige que la *demanda haya sido dirigida contra ambos cónyuges* para que pueda practicarse la anotación de embargo sobre bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio.

Esta cuestión parece suavizada por la doctrina del Tribunal Supremo y, especialmente, por las resoluciones de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966 que consideran bastante la notificación de la demanda a la mujer; pero, por efecto de esa palabra *voluntaria* de la Compilación, no hará falta en Aragón ni esa notificación, y siempre se estará a salvo de una interpretación que pudiera surgir, más pegada a la letra del citado artículo 144 del Reglamento hipotecario.

Ya nos hemos referido a nuestra propuesta de que para evitar, en ciertos casos, los inconvenientes de la autorización judicial se pudiera acudir a la Junta de Parientes, pero siempre en forma alternativa. Esto se logró. El proyecto de Ley hablaba en el párrafo cuarto del artículo 21 del transcurso de un mes desde que se hubiera instado la constitución de la Junta de Parientes para acudir a la decisión judicial, "en los casos en que por prescripción expresa de la Compilación algún asunto haya de someterse a la Junta de Parientes y *subsidiariamente* a la autorización judicial". En el texto definitivo se habla de que el asunto haya de someterse *indistintamente* a la Junta de Parientes o a la autoridad judicial. Debe considerarse decisiva la sustitución de la palabra "subsidiariamente" por la de "indistintamente" y estimar que, en todo caso y libremente, podrá optarse por una u otra autorización cuando a las dos se haga referencia.

Aunque en algunos artículos se han sustituido las frases "y, en su defecto", "y, en otro caso", por la conjunción "o", no ocurre así en el artículo 51, donde subsiste la frase "y, en otro caso"; pero creemos que esto debe considerarse como un olvido, y que también aquí debe aplicarse lo de "indistintamente", que, en definitiva, tampoco parece opuesto a "y, en otro caso".

En relación con esta materia, también se han originado dudas al relacionar el artículo 51 con el 76, apartado dos, que habla de la no extinción del expectante derecho de viudedad sobre los inmuebles que se enajenen, a menos que se renuncie expresamente. Ya expusimos nuestra opinión (págs. 456 a 59) en el sentido de estimar necesario en la enajenación de inmuebles comunes no sólo el consentimiento del cónyuge no administrador del artículo 51, sino también la expresa renuncia del derecho expectante de viudedad (art. 76), o que tal derecho se deje a salvo en el correspondiente documento, ya que, según doctrina sentada en resoluciones de 25 de septiembre de 1925 y 11 de julio de 1929, entre otras, precisa que tal salvedad conste en la escritura, procediendo suspender la inscripción si así no ocurre.

Ahora no hemos de añadir otra cosa que expresar la gran satisfacción que nos produce que coincida con nuestra opinión el profesor LACRUZ BERDEJO en el citado número de "Anuario de Derecho civil" (págs. 745-46).

Aunque no con tanta precisión, también otro profesor, SANCHO REBULLIDA, en el propio número (págs. 783-84), considera práctico que concurren consentimiento para la enajenación y renuncia al derecho expectante.

IX

DISPOSICIÓN DEL VIUDO A EXPENSAS DE LOS BIENES COMUNES Y DE LOS PRIVATIVOS DEL PREMUERTO

La Compilación, por su artículo 52, al referirse al 1.417 del Código civil, considera, salvo raras excepciones, disuelta la comunidad conyugal por defunción de uno de los cónyuges. En cambio el Apéndice, según resultaba de sus artículos 53 y 54, daba por supuesta, en tal caso de defunción, la que llamaba sociedad continuada, y, partiendo de ella, el párrafo final del artículo 54 decía: "Podrá además —se refiere al cónyuge sobreviviente—, arregladamente a lo que dispone el artículo 72, norma 6.ª, asignar legítimas, donaciones o dotes, con los bienes comunes a los descendientes habidos con el finado consorte, que sean sucesores forzosos de éste, *para ayudarles a negociar por cuenta propia o vivir con independencia* o con ocasión de contraer matrimonio o de *ingresar en religión.*"

La citada regla 6.ª del artículo 72 extendía la posible donación a bienes privativos de ambos cónyuges, mientras continuase la indivisión, pero sólo con ocasión de matrimonio y análoga a la que marido y mujer hubieran hecho a otro hijo y, a falta de este precedente, no podía comprender la donación bienes privativos del cónyuge fallecido.

Las facultades conferidas al viudo, respecto de bienes comunes, se han utilizado con mucha frecuencia y cierta amplitud, ya que las palabras que hemos subrayado del artículo 54 permitían hacerlo sin contemplación de matrimonio y sin antecedente alguno de otra donación.

Conviene poner atención en que la Compilación ha limitado notablemente esta facultad del cónyuge viudo por su artículo 53, pudiendo hacer donación a expensas de los bienes comunes y aun

de los que fueren privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos, pero limitada a la ocasión de casarse un hijo o hija, teniendo que ser análoga a la que marido y mujer hicieran a favor de hijo o hija casados en vida de los dos.

No podrá, por tanto, hacerse la donación si no existe este precedente de otra hecha antes por ambos cónyuges, y ha de ser siempre con ocasión de matrimonio, quedando descartados aquellos motivos, tan pocos precisos del Apéndice, de ayudar a negociar por cuenta propia o vivir con independencia y también el de ingreso en religión.

Como luego veremos, estas donaciones puede hacerlas también el viudo (art. 67-2) en el caso de comunidad continuada.

X

COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA

Fuimos opuestos a ella por entender que son más sus inconvenientes que las ventajas, pero se decidió conservarla, si bien puede decirse que esa continuidad no se produce automáticamente más que cuando entre los sucesores descendientes haya alguno menor de edad (art. 61-2), siendo en todo caso necesario (artículo 60-1) que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles.

En relación con el Registro tiene interés lo referente a la disposición de bienes de la comunidad continuada que regula el artículo 67 diciendo: "Uno. Los actos de disposición a título oneroso de los bienes comunes requieren el acuerdo de la totalidad de los partícipes. El consentimiento de los sucesores partícipes podrá suplirse por la autoridad judicial."

Suponemos que a esta suplencia habrá de acudir siempre que los herederos del cónyuge premuerto sean menores de edad, puesto que se presumirá oposición de intereses y no creemos sea procedente el nombramiento de defensor judicial cuando se ha atribuido la suplencia a la propia autoridad judicial.

En el número dos de este mismo artículo se confirma la facul-

tad del viudo para hacer, sin necesidad de acuerdo ni autorización judicial, las donaciones del artículo 53, a que nos hemos referido al tratar de disposiciones del viudo.

Antes de la Compilación constituía un problema la disposición por el viudo de bienes adquiridos a su nombre, después de la disolución de la sociedad conyugal, ya que podía sospecharse que habían pasado a integrar el patrimonio de la comunidad continuada. Lo mismo podía ocurrir con los adquiridos por los otros partícipes, aunque más frecuente fuera el caso anterior.

Planteamos oportunamente esta cuestión, y ha quedado claramente resuelta por el artículo 63, apartado tres, que dice: "Frente a terceros, los bienes adquiridos por uno de los partícipes a su nombre y sin referencia alguna a la comunidad se considerarán privativos del adquirente."

XI

VIUEDAD

Especialmente dedicado a las novedades que la Compilación supone, en relación con la viudedad y las cuestiones que puedan originar sus preceptos, insertó esta REVISTA (págs. 438 y sigs.) un trabajo nuestro y nos limitamos ahora a referirnos a él.

XII

TESTAMENTO MANCOMUNADO

En conferencia inserta en el "Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza", ya repetido (págs. 127 y sigs.), PALÁ MEDIANO, conocedor insuperable del Derecho aragonés, se ocupa de las sucesiones testamentarias, paccionada y fiducia sucesoria, y a esas páginas remitimos al lector, limitándonos aquí a unas líneas sobre testamento mancomunado y algunos comentarios sobre la sucesión paccionada.

No creemos que el testamento mancomunado haya de producir grandes cavilaciones en los Registros.

Los problemas sobre revocación que suscitaba el Apéndice aparecen resueltos en la Compilación en forma que, técnicamente, consideramos acertada. Todo gira alrededor de las disposiciones corresponsivas o recíprocamente condicionadas, que quedan ineficaces por la revocación o modificación unilateral y, al contrario, inalterables por fallecimiento de uno de los cónyuges.

El problema, realmente difícil, de concretar cuáles son las disposiciones corresponsivas no ha de plantearse al Registrador, puesto que, con acierto, lo resuelve el artículo 97 de la Compilación, según el cual han de ser los propios testadores quienes "por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o documento público" habrán de detallar cuáles son las disposiciones de ese carácter.

El conflicto, como ya hemos dicho en otras ocasiones, es para el Notario, a quien hay que compadecer si tiene que hacer comprender a ciertos, a muchos testadores, esto de las disposiciones corresponsivas o recíprocamente condicionadas y cuándo han de quedar ineficaces o inalterables.

Si la complicación de las disposiciones del Apéndice sobre revocación de estos testamentos mancomunados hizo disminuir notablemente su número y cundió la costumbre de hacerlos idénticos, pero por separado, no nos sorprenderá que esto se acentúe con la nueva regulación. No obstante, seguirán sin dificultades los más corrientes, aquellos en que sencillamente se facultan los cónyuges para que el sobreviviente disponga, entre los descendientes, de los bienes del premuerto.

XIII

SUCESIÓN PACCIONADA

Al trabajo de PALÁ MEDIANO hay que añadir otro, muy documentado, de PELAYO HORE, concretamente sobre pactos sucesorios, que publica el también citado número de "Anuario de Derecho civil" (págs. 819 y sigs.).

Por habernos propuesto, como al principio decimos, hacer sencillamente un examen de los artículos que puedan tener relación

con la calificación registral, no vamos a discurrir doctrinalmente sobre si esta sucesión paccionada ha debido o no limitarse a las capitulaciones matrimoniales, cuestión en la que discrepan los dos citados autores. Solamente reflejaremos nuestra experiencia.

Cierto que, como asegura PELAYO HORE, la mayoría de los pactos sucesorios se ven en capitulaciones matrimoniales, mejor diríamos, con ocasión de las capitulaciones, pues, aun comprendidos en la misma escritura, suelen preceder a las disposiciones que constituyen la verdadera capitulación. Ciertamente también que éstas han disminuido mucho. Si PELAYO nos hablaba de 93 contratos por razón de matrimonio en 1966, a 74 han quedado reducidos en 1967. Nos referimos a la provincia de Huesca, porque sólo en ella se dan las capitulaciones clásicas y, aun ahí, serán varios los contratos que no tengan ese carácter. Se otorgan también bastantes de estos contratos en Zaragoza ciudad, pero constituirá verdadera excepción que alguno de ellos responda al carácter de aquellas capitulaciones. Desde luego no vimos ni un solo pacto sucesorio en más de ocho años que desempeñamos el Registro de Zaragoza.

Pero en nuestro paso por todos, menos uno, de los Registros de la provincia de Huesca, en que eran frecuentes tales pactos, sí hemos visto algunos en documentos que ninguna relación hacían a matrimonio. El tiempo transcurrido no nos permite concretar, pero hasta tenemos idea de alguno a favor de quien iba a contraer matrimonio, pero sin que a éste se hiciera ninguna referencia y, desde luego, los hemos visto a favor de solteros, sin perspectiva de matrimonio.

La Compilación, por tanto, no ha inventado nada, porque no con la frecuencia que en capitulos, pero si existían estos nombramientos de herederos fuera de ellos antes y después del Apéndice.

Ocurre que el nombramiento de heredero se otorga en el momento que las circunstancias familiares lo hacen oportuno. Ciertamente que se suele estimar como tal la celebración de matrimonio por uno de los hijos, pero imaginemos unos padres de avanzada edad con hijos solteros y sin que se vislumbre el matrimonio de ninguno de ellos. Es natural que los padres deseen dejar solucionado el problema de su sucesión, mucho más si, como ocurrirá con frecuencia, alguno o todos los hijos han manifestado el de-

seo de abandonar la residencia. Si a esto se añade que los bienes de los padres constituyen un modesto patrimonio que apuradamente puede llegar a satisfacer las necesidades de una familia, es natural que no resulte de lo más apetecible encargarse de él, sujetándose al pueblo, y a quien se decida a hacerlo, es necesario que se le garantice que va a quedar dueño del patrimonio, sin estar sometido a posibles veleidades de sus padres. Unica solución, el pacto sucesorio.

Este puede ser, en muchos casos, con la tendencia que hay a trasladarse a las capitales, el único atractivo para que alguien se encargue del cuidado de los viejos y de los bienes, sin necesidad de esperar a la incierta celebración de un matrimonio.

Estimamos, por todo esto, que la Compilación ha hecho bien en admitir el pacto sucesorio fuera de capitulación.

Parece, además, que se confunden un tanto los términos cuando como argumento para sostener su admisión solamente en capítulos, se dice que únicamente se trata de sucesión contractual al hablar de la sociedad conyugal, citándose como ejemplo el artículo 58 del Apéndice. Precisamente éste dice que “el régimen de la sociedad conyugal, y también la *sucesión de los cónyuges y su descendencia*, pueden ser ordenados por *pactos* o capitulaciones”. Podría sostenerse, siguiendo a la letra el precepto, que estos ordenamientos pueden hacerse indistintamente por pactos o por capitulaciones; pero lo que está clarísimo es que el artículo se refiere exclusivamente a las sucesiones de cónyuges y descendencia, y no a las de los padres de uno o de los dos contrayentes.

Siendo consecuentes debíamos sostener que, al no hablar el artículo de pactos entre ascendientes y contrayentes a favor de éstos, no debían admitirse; pero como esto nadie se atreve a sostenerlo, tampoco puede alegarse el artículo como prueba de la inexistencia de los pactos sucesorios fuera de capitulación.

Y vayamos al examen de los artículos que pueden suscitar dudas, empezando por el 99.

Nos parece bien que la Compilación haya limitado los pactos sucesorios, fuera de capítulos, a los parientes consanguíneos o afines. Tampoco nos hubiera parecido desacertado que se pusiera un límite al grado de parentesco.

En cambio, no nos parece muy bien el principio del artículo

que nos habla de "los pactos que sobre *su propia sucesión* se convengan, con carácter personalísimo, en capitulaciones matrimoniales". La propia sucesión, ¿de quién?, ¿de los contrayentes para cuyo matrimonio se otorga la capitulación? En este caso, se daría el absurdo de no quedar autorizados, como podía deducirse, según hemos visto, del artículo 58 del Apéndice, los nombramientos de heredero hechos por los padres a favor de alguno de los contrayentes. No puede llegarse a esta conclusión, menos leyendo el artículo siguiente, aunque éste no hable de capitulaciones; pero consideramos más correcta la redacción que daba el anteproyecto aragonés diciendo: "Los pactos sobre la sucesión futura, otorgados por la *persona de cuya sucesión se trata*, son válidos y vinculan a los otorgantes con tal que consten en escritura pública." Admitidos, en definitiva, estos pactos fuera de capitulaciones, podía haberse conservado este precepto, agregándole: "Y se celebren entre ascendientes y descendientes, entre cónyuges, y siendo mayores de veintiún años, también entre parientes consanguíneos o afines e igualmente los que se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias."

El artículo 61 del anteproyecto de la Comisión aragonesa decía: "Salvo pacto en contrario el instituyente no podrá disponer de sus bienes por actos *inter vivos*, a título oneroso, sin el consentimiento del instituido."

PELAYO HORE se desata contra esta propuesta de artículo y, con su característico gracejo, nos dice que se convertiría el instituyente en un incapaz, que ya no podría encargarse un vestido, tomar una localidad en un cinematógrafo o consumir en un bar una modesta cerveza.

Se podría decir, siguiendo la broma, que esto habría de ocurrirle al instituido, puesto que siempre en estos nombramientos el instituyente se reserva el usufructo y administración, anteponiendo muchas veces lo del "señorio mayor" para que no quede duda de que quien *manda*, mientras viva, es el instituyente. Sería, por tanto, el instituido quien, llevando las cosas con rigor, no tendría, mientras viva el instituyente, lo necesario para atender a aquellas pequeñeces, por corresponder a ese *pobrecito* instituyente absolutamente todos los ingresos de los bienes. Se dirá que puede darse el caso de nombramiento sin esa reserva. No

creemos que esto ocurra, pero ya sabría el instituyente a qué atenerse, y es seguro que no le faltaría la debida ilustración del Notario autorizante sobre las consecuencias de tal disposición.

Podemos añadir que hemos visto muchísimas capitulaciones, y creemos que sin excepción, cuando se trataba de institución para después de los días del instituyente —frecuentes en Jaca—, se consignaba el pacto de que éste no podría disponer sin consentimiento del instituido y, al revés, en las instituciones que pudiéramos llamar de presente, que se interpretaban en el sentido de que producían transmisión de la nuda propiedad al instituido, se pactaba que éste no podría disponer sin consentimiento del instituyente. Nos decía don MANUEL SOLANO, que fue jacetano de ley y Notario de Jaca durante varios años: “No existe en el Alto Aragón una institución hereditaria en la que, por lo menos, no aparezca la limitación de no poderse vender ni gravar los bienes que la integran sin el expreso consentimiento de ambos” (“Anuario de Derecho aragonés”, 1944, pág. 338). Si no se exceptuaban los muebles era, sin duda, por considerarlo innecesario, al ser difícil controlar la disposición de ellos, a quien, por ser usufructuario y administrador de los de toda clase, tiene tan amplias facultades.

El anteproyecto recogió, por tanto, en esa propuesta de artículo, lo que se venía practicando, quizá sin excepción; pero ningún inconveniente había en reducir expresamente esa limitación de disponer a los inmuebles, que es lo que en la práctica ocurría, con lo cual la cosa hubiera quedado perfecta.

No podemos decir lo mismo del artículo 102 de la Compilación que ha sustituido al del anteproyecto.

“En el nombramiento de heredero pactado en *consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa*, cuando el instituyente se reserve el “señorío mayor” u otras *facultades análogas*, se entenderá, salvo disposición en contrario, que para disponer de los bienes inmuebles y de los comprendidos en el número primero del artículo treinta y nueve, es exigible el consentimiento del instituido que *viniere cumpliendo las obligaciones y cargas impuestas en favor de la casa.*”

Creemos, con todos los respetos, que el párrafo transcrito, primero de dicho artículo, podría señalarse como modelo de reunión

de ambigüedades o conceptos imprecisos. Aunque sería suficiente el subrayado que hemos hecho, vamos a ocuparnos brevemente de lo más importante.

¿Qué es el "señorio mayor"? En una *Semana de Jaca* ("Anuario de Derecho aragonés", 1944, pág. 360), después de razonar que de ningún modo podía significar el dominio, terminábamos diciendo que, sin duda, se habían buscado las palabras que mejor pudieran expresar la autoridad del instituyente, "pareciéndonos que con las de "señorio mayor" se ha querido, en forma un tanto ampulosa, señalar la suprema jerarquía de esa sociedad que bajo su jefatura se constituye con la reunión de dos familias, pero refiriéndose más a este orden puramente familiar que al patrimonial o económico".

Tuvimos el honor de que no sólo don MANUEL SOLANO, en su trabajo, sino todos los concurrentes, coincidieran con nuestro punto de vista.

No deja de ser extraño que precisamente la reserva del "señorio mayor", de alcance impreciso y, desde luego, sin contenido económico, se haya utilizado como causa de limitación de la facultad de disposición por el instituyente.

Cierto que no se trata sólo de esa reserva, sino que, siguiendo la ambigüedad, se nos habla de otras facultades análogas. No es fácil encontrar facultad análoga a esa sin contenido económico, pero habrá que admitir que la limitación de disponer se dará si se reserva el usufructo, que es lo que no falta en los nombramientos de heredero.

Sometido a diversas apreciaciones quedará, si el instituido cumple o no las obligaciones y cargas impuestas en favor de la casa. Parece que si por parte del obligado no existe un reconocimiento expreso, habrán de ser los Tribunales quienes resuelvan la cuestión.

Y el problema importante se presenta cuando el instituyente no se reserve facultad alguna. En las instituciones para después de los días, lo natural es no hacerlas, pareciéndonos correctas las escrituras en las que sencillamente el instituyente se obliga a invertir el producto de los bienes en el sustento y demás atenciones de la nueva familia. Parece que en estos casos, si nos atenemos a los términos literales del artículo 102, puesto que no hay ninguna

reserva, podrá disponer el instituyente con absoluta libertad de los bienes, con lo cual el nombramiento de heredero podría quedar enteramente ineficaz.

Pero no hay que alarmarse demasiado; seguirán consignándose en los nombramientos de heredero esos pactos limitativos de la facultad de disponer, que motivaron el precepto del anteproyecto aragonés tan censurado.

El artículo 103 dice en el apartado uno: "Las estipulaciones contractuales sólo pueden modificarse o revocarse por pacto sucesorio celebrado con las mismas personas o sus herederos, o, siendo entre cónyuges, por testamento mancomunado."

El siguiente es así: "La nulidad, revocación unilateral o resolución de una disposición hereditaria paccionada lleva aparejada la de aquellas que en el mismo documento se hallen recíprocamente condicionadas."

Hemos de confesar que no vemos la manera de compaginar estos dos preceptos. Si, según el primero, sólo pueden modificarse o revocarse las estipulaciones contractuales por los mismos que las han otorgado, ¿cómo el siguiente nos habla de revocación unilateral? Parece que sólo cabría si se hubiera estipulado así expresamente, y ello desvirtuaría por entero la naturaleza del pacto sucesorio.

Si tal revocación unilateral fuera posible, produciría también la de las disposiciones del propio documento recíprocamente condicionadas. No se dice como hemos visto, ocurría al regular el testamento mancomunado, que haya de consignarse expresamente cuáles tienen ese carácter, y esta omisión originaría seguramente dudas difíciles de solventar.

Respecto a la nulidad o resolución de que nos habla también el artículo 104, aunque parece referirse a la totalidad de la disposición hereditaria, hay que pensar que pueda afectar solamente a alguna o algunas de las estipulaciones del contrato sucesorio, porque siendo total, era inútil hablar de las recíprocamente condicionadas, pues arrastraría a todas.

Todo muy difícil, pero más lo será que este precepto tenga aplicación.

También el apartado uno del artículo 105, que nos habla de transmisión a los descendientes por premoriencia del favorecido

por un ascendiente, parece chocar con el artículo 141, pero a continuación examinaremos éste y trataremos de la cuestión.

XIV

REPRESENTACIÓN Y SUSTITUCIÓN

Precisa distinguir, como en todo lo referente a herencia intestada, entre bienes troncales y no troncales, y conociendo ya una cuestión suscitada respecto de los últimos, de ellos vamos a ocuparnos principalmente y en primer lugar.

A estos bienes se refiere el artículo 135 de la Compilación diciendo: "La sucesión de los bienes que no tengan la consideración de troncales, o en estos mismos cuando no hubiere heredero troncal, se deferirá con arreglo al Código civil, salvo lo que dispone el artículo siguiente." Este regula la sucesión a favor del hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza, en cuanto a enfermos que fallezcan en él sin dejar cónyuge ni parientes en la línea recta o colateral hasta el cuarto grado.

En el título VII del libro II de la Compilación, bajo el epígrafe general *Normas comunes a las diversas clases de sucesión*, con el epígrafe especial de "*sustitución legal*", aparece el artículo 141, un tanto singular, que dice: "Salvo disposición del causante, ascendiente o hermano, al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia le sustituirán en la proporción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes."

La cuestión planteada respecto a bienes no troncales es la siguiente: fallecimiento sin descendencia de viuda con vecindad civil aragonesa, como su marido, dejando un hermano vivo, habiendo premuerto otros tres, uno de ellos con un solo hijo, y éste, sobrino del causante, le premurió también, dejando hijos.

¿Será aplicable a estos últimos (que pudiéramos llamar sobrinos-nietos del causante) esa *sustitución legal* del artículo 141, o quedarán eliminados de la herencia por el artículo 925 del Código civil, según el cual, en la línea colateral sólo tendrá lugar el derecho de representación en favor de los hijos de hermano?

Sería atinado discurrir aquí sobre si la sustitución es propia exclusivamente de la sucesión testamentaria o también puede darse en la intestada. ALBALADEJO estudia el problema en su obra *Sustituciones hereditarias* (págs. 27 a 31) diciendo que la opinión más extendida, por lo menos en nuestra patria, es la primera, es decir, que el sustituto ha de serlo *necesariamente* de un instituido en testamento, citando como partidarios de ella a Roca, SCAEVOLA, DE BUEN, VITALI y CUTURI.

Sin embargo, él se manifiesta partidario de la segunda solución diciendo, entre otras cosas, que “defender que la sustitución no es concebible sin una previa institución, porque es algo *relativo*, es no ver que si n lo que no es concebible es sin un previo heredero (llamado) preferido, pero que nada obliga a que tal heredero [llamado] sea testamentario”.

No obstante nos había dicho, al iniciar el estudio de este problema, que “no cabe duda de que la sustitución tiene su ámbito, al menos normal, en la sucesión testamentaria, en el sentido de que el sustituto se nombra para que herede en defecto de otro heredero *ex* testamento. Su origen histórico es precisamente el de proporcionar *otro* llamamiento testamentario también”.

Lo indudable es que, aunque siguiendo a ALBALADEJO, no creemos que pudiera negarse eficacia a una muy expresa sustitución de herederos *ab intestato*; en la práctica sólo se conoce del llamado en testamento y, desde luego, en nuestra larga vida profesional no hemos conocido ni un solo caso en sucesión intestada.

También es argumento valioso que el Código civil no haga ninguna alusión a la sustitución en los capítulos III y IV del título III del libro tercero, destinados a la sucesión intestada, ni en el capítulo V, sobre disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él, y, en cambio, la regule al tratar de la sucesión testamentaria, en la sección tercera del capítulo II, inmediatamente detrás de la dedicada a la institución de heredero, empezando por decir (art. 774): “Puede *el testador* sustituir...”, lo cual, no contradicho en ningún lugar, evidencia no concebirla en la sucesión intestada.

Pero no puede negarse que ahí está, en la Compilación, ese artículo 141, bajo la rúbrica de *sustitución legal*, dentro del título VII del libro II, y los términos del epigrafe general de ese

titulo, "normas comunes a las diversas clases de sucesión", no pueden menos de producir la duda de si esa sustitución del artículo 141 afectará a la sucesión intestada.

Parece entender que s. BELLED, cuando refiriéndose a la sucesión entre hermanos, dentro de la intestada (pág. 497), extraña "la referencia al derecho de representación, que si necesaria en el Apéndice, es inútil en este apartado (1.º del art. 132), al estar establecida con carácter general la sustitución legal en el artículo 141, contrariamente a lo que ocurría en el Apéndice, que la limitaba a los hijos de hermano". Es de advertir que el Apéndice no hablaba de sustitución, sino de verdadera representación al decir "que los hermanos del causante que hayan fallecido o sean incapaces estarán representados por sus propios e inmediatos hijos".

De la misma opinión parece LACRUZ BERDEJO cuando dice ("Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza", ya citado, pág. 183) que "la referencia al derecho de representación en ese apartado es inútil, y no la contenía el proyecto aragonés, consciente de una norma al respecto de alcance más general, el artículo 141, común a la sucesión testamentaria y a la intestada".

Nos permitimos, no sin cierto temor, discrepar de opiniones tan autorizadas. Creemos que ha sido un acierto establecer expresamente el derecho de representación en la sucesión intestada de hermanos respecto de bienes troncales. Parece que con ello se ha pretendido que representación y sustitución queden enclavados en su respectiva esfera; representación en la sucesión intestada, sustitución, aunque se la llama legal, en la testada. La pena es que esto no se haya precisado debidamente, concordando en forma el nuevo precepto con el ya existente en el proyecto aragonés, cuya colocación quizá pasó inadvertida.

Sin duda se tuvo en cuenta la opinión, casi puede decirse que unánime, de que la representación no se da en la sucesión testamentaria, siendo numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que confirman esta doctrina, entre otras las de 7 de junio de 1950, 6 de diciembre de 1952 y 18 de diciembre de 1962, y también la Resolución de 14 de agosto de 1959.

Perfectamente congruente con dicha doctrina resulta que la Compilación, en el capítulo VI del libro II, dedicado a la sucesión

intestada, establezca en la de hermanos el derecho de representación.

Es de advertir que si este derecho de representación, tanto en el Apéndice (art. 39) como en el Código, tiene lugar no sólo en el caso de fallecimiento anterior del hermano, sino también en el de incapacidad y en el Código hasta en el de desheredación (art. 929), en cambio, el artículo 132 de la Compilación, párrafo 1.º, habla sólo de representación de los fallecidos, omisión que estimamos involuntaria y parece ha de suplirse con aplicación del Código.

Esto nos lleva a señalar la distinta extensión de este derecho de representación y de la sustitución del artículo 141, que nos habla del "heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o *renunciante* a la herencia...", dando, por tanto, a la sustitución mayor amplitud que a la representación, aunque consideremos respecto de ésta aplicable el Código.

Insistimos en creer que lo que se ha querido hacer es distinguir el ámbito de representación y sustitución, de sucesión testamentaria ésta e intestada aquélla, aunque sea cierto que todo esto no haya resultado enteramente correcto, produciendo un verdadero despiste que ese artículo 141 sobre sustitución siga figurando en título que tiene por epigrafe *Normas comunes a las diversas clases de sucesión*. Lo procedente hubiera sido que este precepto se trasladase al título que trata de la sucesión testamentaria.

El enfoque de estos problemas en el vigente Código italiano es distinto. Separándose del Código anterior, no sólo extiende la representación al caso de no querer aceptar la herencia o legado por su artículo 467, sino que admite el derecho de representación en la sucesión testada cuando el testador no ha proveído para el caso de que el instituido no quiera o no pueda aceptar.

Ya hemos hablado de la doctrina que niega en nuestra patria la representación en la sucesión testamentaria, y buscado una solución a la existencia en la Compilación de los repetidos artículos 32 (párrafo 1.º) y 141, no encontramos otra, aunque parezca incompatible con una interpretación literal del epigrafe, también repetido, que considerar la sustitución del artículo 141 con efectos semejantes a ese precepto del Código italiano que

admite la representación en la sucesión testamentaria y, por consiguiente, aplicable sólo a esta sucesión.

Cierto, ciertísimo, que esto debía resultar claramente de la Ley por decirlo expresamente el artículo 141 y, mejor, por cambio de lugar del precepto. Consideramos esta interpretación como la más racional tratándose de dos preceptos, uno más amplio que otro, pues no parece que el contenido en reglas generales pueda ampliar los efectos del que precisa y específicamente está destinado a la representación.

También, amparándose en los propios términos del artículo 141, puede llegarse a esta conclusión. Empieza diciendo: "Salvo disposición del causante...", y ello parece dar a entender que se parte de una disposición por la que se regule la herencia, por resultar poco menos que inconcebible que nadie otorgue un testamento para decir solamente que no habrá sustitución en su sucesión intestada.

Si esta solución puede sostenerse respecto del derecho de representación en general, con mucha más razón debe aplicarse cuando se trata de bienes no troncales.

El artículo 135 de modo categórico aplica a la sucesión intestada en estos bienes el Código civil, con la exclusiva salvedad de lo referente al hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza. Los términos de este precepto llevan a estimar que la Compilación nada tiene que ver con la sucesión en estos bienes no troncales, a la que ha de aplicarse exclusivamente el Código, quien, en el ya citado artículo 925, dispone que el derecho de representación en la línea colateral sólo tendrá lugar en favor de los hijos de hermanos.

Según esto, en el caso planteado, fallecido con anterioridad al causante uno de los hermanos y también el hijo de éste, dejando a su vez hijos (sobrinos-nietos del causante), éstos no tienen ningún derecho a la herencia.

A esta solución nos podía haber llevado también el considerar que en Aragón no existía el derecho de representación en la línea colateral, pues, según la observancia sexta *De testamentis*, cuando de tres hermanos muere uno, quedando otro y un hijo de otro que ya murió, le sucede el que quedó, o pariente más próximo, y no el hijo del muerto.

Para que este estado cambiase fue preciso que el Supremo sentase con reiteración la doctrina de que regía el Código en Aragón, respecto de la sucesión intestada, y planteada concretamente la cuestión del derecho de representación, resolvió la aplicación del mismo en Aragón, la sentencia de 27 de octubre de 1920, fundamento de una partición hereditaria que despachamos en los comienzos de nuestra carrera registral.

El Apéndice dio fin a la aplicación de esta doctrina del Tribunal Supremo sobre sucesión intestada, con excepción, precisamente, de lo referente a derecho de representación, que fue recogido, como ya hemos visto, en el artículo 39, pero con la misma limitación del Código, expresada más categóricamente, si cabe, al decir que los hermanos fallecidos estarán representados por sus propios e inmediatos hijos, "sin que este derecho de representación se extienda a otros grados de parentesco colateral con el causante".

Estos antecedentes que inclinarían a descartar el derecho de representación más allá de los hijos de hermanos, ya no pueden invocarse porque en este particular la Compilación, al llenar la laguna que podía achacarse al proyecto aragonés, no los ha tenido en cuenta, y el citado artículo 132, al regular la sucesión troncal, en caso de no haber descendientes ni lugar a recobros, dice que se deferirá: "Primeramente. A los hermanos por la línea de donde procedan los bienes, representando a los fallecidos sus *descendientes*. Habiendo sólo hijos o *nietos* de hermanos, la herencia se deferirá por cabezas."

Los términos son categóricos y las palabras *descendientes* y *nietos* no dan lugar a dudas, quedando establecido un derecho de representación en favor de los descendientes de hermano que no tendrá otro límite que el cuarto grado que señala el párrafo tercero del propio artículo 132, salvo que se trate de bienes de abolorio (los que hubieran permanecido en la casa o familia durante dos o más generaciones, adquiridos por el causante a título gratuito), respecto de los cuales no hay limitación de grado.

Al examinar el artículo 141, en relación con otros de la Compilación que hemos citado, tuvimos la primera impresión de que el tan repetido artículo podía tener aplicación no sólo a la sucesión testada, sino también, puesto que de Aragón se trata, a la

contractual, paccionada en expresión de la Compilación; pero hay otro artículo que al relacionarlo con el 141 también parece dar lugar a una antinomia. Se trata del ya citado 105, incluido en el título dedicado a la sucesión paccionada, que dice en su apartado uno: "Salvo lo establecido en el pacto sucesorio, el favorecido *por un ascendiente que premuera* a éste, dejando descendientes legítimos, transmite a ellos su derecho."

Las palabras que hemos subrayado reflejan que este llamamiento, que también pudiéramos llamar sustitución, tiene una esfera mucho más limitada que la del 141, por referirse esta última no sólo a la línea recta, sino también a la colateral, cuando el heredero nombrado sea hermano del causante, y también a los casos de incapacidad y renuncia del heredero nombrado, mientras el artículo 105 sólo nos habla de que el causante sea ascendiente y de premoriencia del favorecido.

Esto nos mueve a consideraciones parecidas a las que hemos hecho sobre el derecho de representación, y no encontrando manera de compaginar las disposiciones de estos dos preceptos, también nos inclinamos a creer que debe prevalecer el específico dedicado a la sucesión paccionada.

Por las razones apuntadas, y como ya hemos dicho, consideramos acertado que, expresamente y dentro de la sucesión intestada, se estableciera el derecho de representación omitido en el proyecto aragonés, pero, repetimos una vez más, que debió coordinarse en forma esta innovación con el artículo 141 sobre sustitución, llevándolo a la sucesión testamentaria, con lo cual también se hubiera subsanado la discrepancia con el artículo 105, que acabamos de examinar.

También creemos que el párrafo primero del artículo 132, que antes transcribimos, adolece de dos fallos, por defecto uno y por exceso el otro. Por defecto, al hablar sólo de representar a los fallecidos, lo cual, por lo menos, suscita la duda de si se aplicará a los casos de incapacidad y desheredación de que nos habla el Código. Y por exceso, puesto que no se ha limitado a llamar a los hijos de hermano, sino que, no teniendo en cuenta que tal derecho de representación, en la línea colateral, no existía en Aragón antes de que lo impusiera la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y que si lo recogió el Apéndice fue con el mismo límite de

hijos de hermano, ha ido más lejos que el propio Código, extendiéndolo a todos los descendientes.

Esta extensión hace que tenga menos trascendencia en la sucesión troncal la cuestión de si es o no aplicable la sustitución del artículo 141, aunque por las razones reiteradas entendemos que, también en este caso, la representación se rige por su precepto específico (párrafo 1.º del art. 132), teniendo en cuenta que entre las dos disposiciones siempre existirá diferencia en las causas que motivan su aplicación: fallecimiento sólo (más incapacidad y desheredación si se aplica el Código) para la representación y renuncia, además, para la sustitución.

XV

DERECHO DE ACRECER

No son las expuestas las únicas complicaciones, siempre susceptibles de litigio, que pueden derivarse del tan repetido artículo 141, y sentimos no habernos dado cuenta de ellas en el momento oportuno.

La Compilación no hace ni siquiera mención del derecho de acrecer que, por tanto, habrá de regirse por el Código civil, pero los preceptos de éste han de verse influenciados por ese artículo 141.

Según el artículo 981 del Código civil, "en la sucesión legítima la parte del que repudie la herencia acrece siempre a los coherederos".

Y por el párrafo segundo del artículo 982, "para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer se requiere que uno de los llamados muera antes que el testador o que *renuncie* a la herencia o sea incapaz". Claro que esto último, siempre que en los llamamientos se den las condiciones que fija el párrafo primero del propio artículo.

Se aprecia en seguida que, en gran medida, ha de quedar cercenado el efecto de estos preceptos por el tan mentado artículo 141 de la Compilación, mucho más si, contra la opinión que sustentamos, que no consideramos indiscutible, se estimase aplicable a la sucesión intestada.

Al establecer dicho artículo la que llama sustitución legal del heredero que sea descendiente o hermano del causante, en favor de los hijos de aquél o ulteriores descendientes, no la limita a los casos de incapacidad o premoriencia del instituido, sino también al de *renuncia* de la herencia.

Por lo tanto, si ese artículo 141 de la Compilación se considerase aplicable a la sucesión legítima, lo que no creemos, habiendo descendientes del llamado en primer lugar, siempre que éste fuera descendiente o hermano del causante, en caso de renuncia, no se daría ese derecho de acrecer que categóricamente establece para ese supuesto el artículo 981 del Código civil, pero, repetimos, que no considerando aplicable el artículo 141 a esta sucesión legítima, siempre que se produzca la renuncia de alguno de los herederos, se dará el derecho de acrecer.

En cambio, es evidente que si en la sucesión testamentaria de ascendiente o hermano, alguno de los llamados en primer lugar, renuncia a la herencia y tiene hijos o ulteriores descendientes, como éstos son llamados a sustitución incluso para el caso de renuncia, no habrá lugar al derecho de acrecer.

Las consecuencias de esto pueden ser de bastante importancia, mucho más, repetimos, si el artículo 141 se considerase aplicable a la sucesión legítima, pues sabida es la frecuencia del caso de herederos llamados por iguales o desiguales partes, en que se produce la renuncia de alguno de ellos para no dar lugar a que se desmembrén patrimonios modestos, y también para no dificultar la marcha de ciertos negocios. En lo sucesivo, si quieren conseguirse estas finalidades, y los que se proponen renunciar tienen descendencia, no se podrá acudir al consabido recurso de la renuncia pura, simple y gratuita de que nos habla el artículo 38 de la Ley de los impuestos generales sobre las sucesiones y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, a menos que a esta renuncia se unan todos los descendientes, lo cual, siempre complicado, será mucho más si hay menores y precisa recurrir, como vimos, a la autorización judicial, que será difícil de conseguir, no siendo gravosa la herencia, por considerarse siempre aceptada a beneficio de inventario.

Cierto que muchas de estas renunciadas calificadas de gratuitas no lo son en realidad y ocultan ventas o cesiones onerosas de los

derechos hereditarios, pero ahora quizá haya que trastocar los términos, y para evitar la intervención de descendientes del heredero llamado en primer lugar, fingir la venta de los derechos hereditarios, aunque en realidad se trate de una renuncia gratuita.

No creemos que el propósito de los inspiradores de este artículo fuera incrementar por este medio los ingresos del Tesoro ni obstaculizar la evasión fiscal que suponen esas renunciaciones puras, simples y gratuitas, que en realidad no lo son.

XVI

CONSORCIO FORAL

Y para terminar unas líneas sobre una importante novedad de la Compilación, en relación con el Apéndice, y respecto de la cual tenemos noticia de haber producido alguna confusión no exenta de alarma.

Nos referimos al consorcio foral regulado en el artículo 142.

Ni en la propuesta del Seminario que redactó el primer texto sometido a examen de la Comisión aragonesa, ni en el primitivo anteproyecto que ésta aprobó, y que fue sometido a información pública, se hacía alusión a tal consorcio, y fue, si no recordamos mal, el Notario de Madrid NAVARRO AZPÉTTIA quien, participando en dicha información, propuso su restablecimiento, defendiéndolo en la Comisión con calor MARTÍN BALLESTERO.

Como de esto se trató cuando ya la Comisión terminaba sus deliberaciones, quizá, con las prisas de última hora, no se prestó al asunto la debida atención, y hay que reconocer que el precepto que, casi literalmente, pasó a la Compilación, adolece de alguna imprecisión, y ni siquiera resulta claro si debió o no resucitarse este consorcio, siendo no pocas las opiniones opuestas a él.

Influyó en nuestra aquiescencia el haber intervenido en un caso de defunción anterior a 1926, cuando subsistía ese consorcio, que el Apéndice no recogió, y merced al cual se obtuvo un notable beneficio fiscal, puesto que, al haber acrecido a otros hermanos la participación de dos, fallecidos solteros, se aplicó a las liquidaciones el tipo de descendientes.

Sobre este particular nos dice ISÁBAL en *Exposición y comentarios del Cuerpo legal denominado fueros y observancias del reino de Aragón* (pág. 379), "que el Tribunal gubernativo de Hacienda declaró en 22 de octubre de 1917 que a los bienes del consorcio hay que aplicar el tipo de impuesto que por el parentesco existente entre el causante común y los consortes sobrevivientes resulte reglamentario".

Este criterio parece que habrá de aplicarse cuando el consorcio se origine por defunción posterior a la vigencia de la Compilación.

Según el artículo 142, el consorcio se produce cuando varios hermanos o hijos de hermano adquieren de un ascendiente, pro indiviso y a título gratuito, bienes inmuebles.

De los términos del precepto resulta claro que el consorcio no sólo se da en los casos de adquisición indivisa por título sucesorio, sino también en los de adquisición pro indiviso a título gratuito, aunque sea por acto intervivos y se refiera a un solo inmueble.

Esto es contrario a la opinión sustentada generalmente antes de la vigencia del Apéndice, siendo de destacar la de don JERÓNIMO PORTOLÉS en su tratado de *Consortes en una misma cosa y del fideicomiso legal*, en el que sostiene, según una traducción de 1791, pág. 51, "que no existe consorcio entre los hermanos de otra manera que obteniendo los bienes por *sucesión* de los padres por *última voluntad y pro indiviso*; y no basta que los posean por *sucesión inter vivos*, cuya resolución puede, en verdad, deducirse de dicho Fuero 1.º, título *De communi dividundo*".

Entre las restricciones que el consorcio lleva consigo, la que más alarma ha producido es la prohibición de enajenar, gravar y obligar la parte que corresponde a los consortes en los bienes indivisos. La prohibición es concluyente y sus términos literales no parecen admitir excepciones, pero creemos había de prosperar la venta a los otros consortes en la misma proporción en que participan en el consorcio, pues no sólo no se desvirtúa su finalidad principal de conservación del patrimonio, sino que se favorece, más todavía, se anticipa, el acrecimiento de una de las partes a los demás consortes, de que nos habla el número 3.º del

artículo para el caso de muerte sin descendencia de alguno de ellos.

En cambio, no creemos pueda sostenerse hoy, como hacia el citado PORTOLÉS (pág. 172), fundado en el Fuero 3.º, *De communi dividundo*, y Observancia 3.ª, *De consortibus*, que un consorte pueda enajenar su parte cuando los bienes comunes no pueden dividirse cómodamente, puesto que ninguna alusión a esta situación se hace en la Compilación, y siempre habrá el recurso de venta para extinguir la comunidad de esta clase de bienes, según el artículo 404 del Código civil.

Lo que si nos parece indudable que, como ya nos decía PORTOLÉS en la obra citada (pág. 188), “todos los consortes pueden enajenar simultáneamente antes de la división”.

Otro problema de difícil solución plantea esta prohibición de enajenar, relacionándola con el derecho hereditario. ¿Podrá cederse éste? Salvo que sea a favor de los otros consortes, a primera vista parece clara la contestación negativa si se piensa que en el anterior derecho fue precisamente en los casos de herencia pendiente de la correspondiente liquidación y adjudicación cuando más normalmente funcionaba el consorcio, aunque ya algunos autores nos hablasen de que sólo se extendía a los bienes raíces. Es cierto que esta limitación no era trascendental cuando la importancia de los muebles era muy reducida.

Fijémonos en que el artículo 142 de la Compilación de forma categórica reduce el consorcio a los bienes inmuebles. Imaginemos el caso de una herencia cuantiosa en que los valores mobiliarios supongan la parte más importante y principal del haber hereditario, en el que también figura, en mucha menor cuantía, algún inmueble, por ejemplo un piso. No hace falta mucha fantasía para imaginar en la actualidad un caso parecido a éste.

¿Qué solución queda al heredero a quien urja negociar su derecho hereditario? ¿Es posible que la existencia de inmuebles, sin importancia en relación con los muebles, impida enajenar el derecho hereditario, cuando la prohibición de hacerlo sólo afecta a su participación en los inmuebles, puesto que sólo respecto de ellos existe el consorcio?

Se dirá quizá que podrá enajenar su participación en los muebles, pero esto es prácticamente imposible ante la incertidumbre

sobre los que puedan corresponderle. Suponiendo que esto fuera factible, ¿tendría el adquirente personalidad para intervenir en la liquidación y partición de herencia? Como no podría eliminarse al cedente, que seguiría con participación en los inmuebles, parece necesaria la intervención de los dos, y dificultoso resultaría solventar la muy posible discrepancia entre ambos.

Esto demuestra lo difícil, por no decir imposible, que es adaptar a la actualidad lo que funcionó bien cuando las circunstancias, sobre todo económicas, eran completamente distintas.

Puestos a emitir una opinión, nos inclinaremos, sin seguridad de acierto, a admitir, sobre todo en estos casos de gran preponderancia de lo mueble, la cesión del derecho hereditario. Nos parece que el consorcio desentona enteramente en estas situaciones.

Los efectos perniciosos que se atribuyen al consorcio quedan muy atenuados por el párrafo final del artículo que comentamos, según el cual "el consorcio se disuelve por la división del inmueble o inmuebles, que puede pedir cualquiera de los consortes". Esto, virtualmente, lo convierte en voluntario.

PORTOLÉS, en la obra citada, página 185, sostenía que "antes de la división pueda enajenar el consorte su parte cuando queriendo enajenar interpeló muchas veces a los otros para que dividiesen, y los interpelados no quisieron proceder a ello".

Estimamos que no puede tener hoy aplicación criterio semejante, y no quedaría capacitado para disponer de su parte quien requiriera a los demás para dividir. La Compilación nos dice que el consorcio se disuelve por la división y, por consiguiente, precisará llegar a ella para que el consorcio se extinga, y hasta que esto suceda, pleno vigor tendrá la prohibición de enajenar de que antes hablamos. De todos modos será extraño que ninguno de los partícipes se oponga a la división instada, ya que seguramente no podría el opositor librarse de condena en costas si la cuestión tuviera que plantearse judicialmente.

Suscita dudas si tratándose de consorcio originado por sucesión hereditaria, que será lo frecuente, la formalización de la herencia, haciendo expresa adjudicación de inmuebles a los herederos, en proindivisión y en la misma proporción en que han sido instituidos, dará lugar a la extinción del consorcio.

Nos aventuramos a opinar que sí.

ISÁBAL, en la obra citada (pág. 378), comenta con elogio la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 1916, diciendo que, "según ella, los Fueros de *De communi dividundo* vienen a a establecer una especie de comunidad, más que una copropiedad en sentido estricto...".

Si el consorcio no implica una *copropiedad en sentido estricto*, cuando ésta se produzca por adjudicación expresa pro indiviso, por cuotas, ello debe estimarse como algo distinto al consorcio, que lógicamente debe considerarse extinguido.

Además, la Compilación nos dice que queda establecido el consorcio cuando se *adquieren de un ascendiente* pro indiviso y a título lucrativo bienes inmuebles. Resulta claro, por tanto, que el consorcio queda constituido por ley, al producirse esa adquisición del ascendiente, sin intervención ninguna de los adquirentes, sobre todo si se trata de sucesión hereditaria. Cuando ya intervienen los herederos y hacen adjudicaciones expresas de bienes, aunque sea en forma indivisa, ya no se trata de aquella transmisión directa de ascendiente a descendientes que automáticamente produce el consorcio, sino de un acto libérrimo de los últimos, distinto, aunque consecuencia de aquél, que debe llevar consigo la extinción del consorcio.

Repitamos que éste ha de producirse, casi sin excepción, en sucesiones hereditarias cuando no se trate de heredero único.

En estos casos es preceptivo (art. 14, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria) que para inscribir bienes y adjudicaciones concretas se determinen en escritura pública o por sentencia firme los bienes o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero.

Esta exigencia legal confirma que debe considerarse la necesaria adjudicación, en caso de ser varios los herederos, como algo distinto a aquella adquisición directa del ascendiente que automáticamente produce el consorcio. Siendo así, éste quedaría resuelto sin complicación alguna, por ser la escritura absolutamente precisa para inscribir en el Registro de la Propiedad.

A mayor abundamiento, se comparta o no la opinión que acaba de exponerse, puesto que de la escritura no puede prescindirse más que en el caso de heredero único, debe aprovecharse su otorgamiento para expresamente declarar disuelto el consorcio foral,

lo cual nos parece claro que puede hacerse. Lo contrario implicaría la más absoluta negación de la tradición jurídica del país sobre autonomía de la voluntad y libertad civil (palabras de la Exposición de Motivos), que tan solemne consagración han tenido en el artículo 3.º de la Compilación, bajo la rúbrica "Standum est chartae". En este caso no hay nada contrario al derecho natural ni a norma imperativa aplicable en Aragón. Si el consorcio queda a merced de cualquiera de los consortes que puede pedir la división, sería el mayor de los absurdos no admitir su disolución por acuerdo expreso de todos los interesados.

Puesto que acabamos de referirnos al apotegma "Standum est chartae", terminaremos recomendado que no se olvide el artículo 3.º de la Compilación, que lo recoge, cuando surjan dudas en asuntos contractuales.

MANUEL BATALLA GONZÁLEZ,
Registrador de la Propiedad

Algunas consideraciones sobre los contratos aleatorios del Código Civil

Aunque las direcciones más modernas de Derecho positivo manifiestan una clara tendencia a negar tipicidad a los contratos denominados aleatorios (1), la necesidad de reafirmar tal tipicidad es incuestionable. Ya se trate de una tipicidad jurídico-positiva mediante su regulación directa por la Ley, ya sea mediante el reconocimiento jurídico de su tipicidad social (BETTI), su recepción no ha de hacerse esperar.

En efecto, si las situaciones de álea se nos ofrecen en la vida con frecuencia inusitada e importancia cada vez mayor (2), ha de reconocerse la necesidad de que el Derecho proceda a recibir en su seno esa realidad de la vida. Y no es que queramos hacer descansar el fundamento del Derecho en la sociedad, no es que pensemos que “del hecho nace el Derecho”, tal como se ha interpretado vulgarmente este aforismo (3); pero sí consideramos que, cuando la conciencia social crea tipos de relaciones, éstas deben ser protegidas por el manto jurídico, principalmente si esa con-

(1) Así ocurre con el B. G. B., el Código suizo y el italiano de 1942, que carecen de disposiciones generales sobre los contratos aleatorios.

(2) Refiriéndose al contrato de juego, el más temido de entre los aleatorios, reconoce HUIZINGA (en su conocida monografía *Homo ludens, Versuch einer Bestimmung des Spielelementes der Kultur*, Amsterdam, 1940) su carácter de fenómeno cultural y social, acentuado modernamente por y entre ciertas clases sociales ante la proliferación del “Casino” (turismo, riqueza y ocio, son elementos integrantes del fenómeno).

(3) Nunca el hecho crea el Derecho, en tanto en cuanto aquél no se haya contemplado previamente en el supuesto de hecho normativo.

ciencia social se muestra dotada de escasos poderes para realizar tal tutela. Recordemos que las relaciones sociales deben convertirse en relaciones jurídicas —y se convierten en tales— cuando están necesitadas de protección y son dignas de la misma (DE DIEGO).

Es verdad que entre las razones determinantes de la regulación o no de ciertos contratos aleatorios pueden intervenir consideraciones de diversa índole, por las cuales se estime que no dan lugar las situaciones de álea a la dignidad necesaria para lograr la protección del Derecho. Por razones de política o de moral, algunos contratos de tal especie (como el de juego) quedan prohibidos por la ley en numerosas naciones. Pero que política o moralmente se aduzca la conveniencia de restringir determinados contratos, de tal forma que su celebración no quede al alcance de todas las personas, no debe significar la prohibición absoluta y, con menor razón, la renuncia del Derecho a tipificarlos.

Incluso para el caso de contratos como el de juego, resulta más conveniente a la sociedad su admisión reglamentada que su prohibición absoluta. No olvidemos la clara advertencia de la construcción iusnaturalista de PUFENDORF (4), conforme a la cual los juicios de valor deben otorgarse con independencia —pero en relación— del hecho que motiva tales juicios. Como tal hecho, éste es axiológicamente indiferente, y el juego no ofrece distinción alguna sin un juicio moral añadido, ya se trate de juegos de casino, ya del juego celebrado por dos niños que usan inconsistentemente una baraja de naipes. Sólo la conciencia humana, mediante la proyección de su entidad moral, nos ofrece base para rechazar o aceptar, como indigno o como digno, un determinado acontecer.

Por ello no es sólo conveniente admitir la importancia que tienen los contratos aleatorios de cualquier clase (5), sino que hay

(4) "Los elementos físicos de una acción, junto con sus elementos psíquicos, son—abstracción hecha de los *entia moralia*—completamente indiferentes axiológicamente, es decir, ni buenos ni malos. Así es posible que los elementos físicos de varias acciones, extremadamente distintas desde el punto de vista ético, sean iguales en sí... Diferencia axiológica reciben sólo por los *entia moralia*, justamente porque éstos son los modos de ser morales, es decir, dotados de sentido de una acción" (H. WELZEL, *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*, citando a PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, I, cap. III, 6; *Eris scandica*, páginas 34, 76 y ss. 218 y ss.).

(5) Sobre los contratos de juego y apuesta, ver el artículo de Díez PICAZO, *El juego y la apuesta en el Derecho civil*, "R. C. D. I.", 1967, en que recoge un breve resumen de la monografía de Huizinga, para resaltar los aspectos social-culturales del juego en la sociedad actual.

que considerar imprescindible el reconocimiento de su debido lugar en los Códigos.

Y es aquí, por vía de regreso, en donde las legislaciones de más raigambre (o las más viejas, para no llamar a engaño) vuelven a actualizarse, pues son ellas las que conservan, siguiendo el patrón marcado por el Código Napoleón, una serie de normas sobre contratos aleatorios en algunas de sus diversas modalidades. Así ocurre en el Derecho de Puerto Rico, cuyo Código civil dedica el título XII a la regulación de los contratos aleatorios (artículos 1.690 a 1.708, ambos incluidos).

Pues bien, en los órdenes jurídicos en que se provee a los contratos aleatorios de una regulación más o menos acertada, pero también en aquellos ordenamientos positivos en que tal regulación queda ausente, los contratos aleatorios ofrecen en común el mismo problema: el de la determinación de su propia utilidad, de su auténtica naturaleza jurídica.

No tenemos noticia de que en la doctrina puertorriqueña se haya manifestado preocupación alguna por este problema, tan interesante. Pero en el resto de la doctrina de habla española es frecuente entre los autores dejar sus esfuerzos infecundos ya en los primeros planteamientos acerca de la naturaleza jurídica de los contratos a que nos referimos. La causa de esta infructuosidad hay que buscarla en la costumbre doctrinal de poner el acento en criticar o ensalzar la definición legal. ("Por el contrato aleatorio una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado", art. 1.690 C. c.)

Pero no atribuyamos a la doctrina más culpa de la que realmente tiene, pues es el mismo texto legal el causante remoto de la desorientación. Esta se fomenta desde el momento en que, en el precepto indicado, parece quererse distinguir el álea de la condición, para lo cual se da lugar a una definición inadecuada.

Esta pauta del legislador es la auténtica razón de que la doctrina se obsesione en distinguir —sin conseguirlo, claro es— la condición del álea como un presupuesto necesario para determinar la naturaleza jurídica de los contratos que aquí nos ocupan. Mejor procedimiento sería el de dirigir directamente los esfuerzos

al examen de la esencia misma de los contratos aleatorios, procediendo desde luego a la comparación con los negocios condicionales.

Mientras no se trabaje con este método creemos que de poco servirá la dirección seguida por autores como SÁNCHEZ ROMÁN, CASTÁN, CARRIÓN CHACOT, LECLERCQ o CHIRONI, ya que, sin negar valor a sus construcciones, éstas son, en último extremo, poco útiles.

En la clasificación general de los negocios jurídicos, los contratos aleatorios se incluyen en el grupo de los negocios de atribución patrimonial (llamados también negocios de enriquecimiento); es decir, entre aquellos negocios que tienen por finalidad exclusiva, en terminología de BETTI, modificar la distribución de bienes existentes, ya para garantizar las formas de cooperación entre los miembros sociales en orden a la tutela del interés recíproco, ya para garantizar formas de cooperación entre los miembros sociales en orden a la tutela del interés de una de las partes.

Dentro de este grupo general de negocios de atribución patrimonial, los contratos aleatorios deben adscribirse al subgrupo de los negocios de obligación (contrapuestos a los negocios de disposición por GORLA, BETTI, PUGLIATTI), ya que la reglamentación de intereses de los contratos aleatorios proveen no es, al menos de forma inmediata, expresiva de un cambio en la posición que adoptan los sujetos respecto de los bienes, sino que limitan su regulación a determinar una forma de cooperación entre los miembros sociales, coordinada hacia un interés recíproco o unilateral.

Calificados así los contratos aleatorios como negocios de obligación, su calificación típica concreta viene claramente determinada por la naturaleza peculiar de su contenido. En efecto, tomando como punto de partida la utilidad que la prestación ha de adoptar o que ha de aportar para el acreedor —es decir, atendiendo al aspecto objetivo de la prestación—, es sabido que toda cooperación debida puede consistir en el desarrollo de una actividad ajena (servicios), en el resultado útil del obrar ajeno (obras) o en la garantía contra un riesgo.

En este último caso se incluyen los contratos aleatorios, en los cuales la prestación consiste, para el deudor, en la asunción de la garantía contra un riesgo; lo que el deudor debe y lo que el acreedor espera se concreta en la seguridad (para la hipótesis

de que el riesgo se convierta en siniestro). La cooperación reside y consiste en la existencia de un comportamiento virtual del deudor, que ha de ser valorado según el criterio de la buena fe (6). Para la parte contraria la utilidad reside, según palabras de HEYMANN (7), en el "ser aliviado de la angustia que produce la incertidumbre del propio porvenir, en el ser liberado de tales preocupaciones". La utilidad se manifiesta en la asunción, por el deudor, del riesgo temido. Y la circunstancia de que, en determinados contratos aleatorios, ambas partes puedan hallarse en las dos situaciones no excluye ni desnaturaliza nuestra afirmación.

Es verdad que con una visión estática —que es la que, precisamente, suele acompañar al análisis— resulta difícil explicar cómo de una cooperación virtual (existente antes de que el riesgo se produzca) se pasa, después de haberse realizado el daño o siniestro, a una cooperación real (el pago de una suma de dinero). Pero es que no resulta menos cierto que el jurista debe tener una visión dinámica del fenómeno jurídico (8), entre otras razones porque el Derecho es movimiento continuo. Por más abundamiento, que en todo contrato cuya utilidad estribe en determinarse una garantía frente a un riesgo (un "praestare", en el sentido original y técnico de salir garante por otro) es necesario distinguir, como hace BERTI, una fase potencial y una fase actual, conforme al esquema funcional de la responsabilidad obligacional (9).

(6) De aquí que la buena fe sea elemento esencial en este tipo de contratos, hasta el punto de que su infracción es suficiente para poder calificar la acción del infractor como constitutiva de delito (asegurado que incendia con objeto de cobrar el seguro; jugador que usa cartas marcadas); y, desde luego, provoca el rechazo social, cuando la conciencia social es recta. De aquí que, en Derecho romano, en las relaciones establecidas entre ciudadanos, sometidas al *Ius civile*, se concediera una acción infamante; y en las relaciones establecidas entre romanos y peregrinos, regidas por el Derecho pretorio, al carecer de acción infamante, la buena fe sufría una interpretación extensiva, llegándose a una responsabilidad por conducta inmoral frente a la buena fe propia de un buen comerciante.

(7) HEYMANN, *Prestación y contraprestación en los contratos de seguro*, citado por GARCÍA-TREVIJANO FORTE, *Apuntes de Derecho civil*, ajustados a las oposiciones de Notarías, Madrid, inéditos.

(8) Dinamismo que no guarda relación con el afirmado por la Comisión Internacional de Juristas, al referirse al Derecho como "concepto dinámico que ha de aplicarse no sólo para salvaguardar y promover los derechos civiles y políticos del individuo en el seno de una sociedad libre, sino para crear las condiciones sociales, económicas y culturales en que las legítimas aspiraciones y la dignidad del hombre encuentran su plena expresión" (C. I. J., Boletín, número 24, diciembre 1965, pág. 1).

(9) La distinción resultaría innecesaria en derecho alemán. "Haftung" lo

Podría parecer extraño que el contrato de seguro y el contrato de juego fuesen susceptibles de someterse a un mismo régimen, debido a que frecuentemente parece que el juego es un riesgo para ambas partes, riesgo que no se da en el seguro. Pero esta consideración no sería exacta, ya que la ausencia de riesgos que se atribuye al seguro viene determinada con independencia del contrato en sí mismo considerado, hallando su razón de ser en reglas matemáticas extrañas a las calificaciones jurídicas. Por más que también en el juego puede lograrse una reducción del riesgo en términos similares; y buena prueba de ello es que los casinos de juego, que se someten a criterios de cobertura similares a los utilizados por los aseguradores, reducen los riesgos de pérdidas, hasta que éstas dejan prácticamente de existir. Y asimismo nada obliga a ver en el contrato de seguro la anulación del riesgo por el sistema de contraer un número cuantitativamente notorio de contratos; examinando cada contrato aisladamente, el riesgo que se afronta es tan intenso como puede serlo en el contrato de juego.

Con estas ideas, derivadas de la contemplación de la función económico-social que realizan los contratos aleatorios, es ya fácil distinguir los contratos sometidos al álea de los negocios condicionales.

Una de las razones de distinción viene determinada por la naturaleza misma de la condición. Mientras que ésta es un evento extraño al negocio mismo, que se añade por las partes, el álea es elemento fundamental del contrato. La condición se inserta como elemento esencial de la eficacia del negocio; el álea es elemento esencial constitutivo, y no añadido, de la validez del contrato. Es por ello que los contratos aleatorios pueden ser, además, condicionales (el contrato de seguro para caso de muerte queda siempre sujeto a una condición, cual es que el hecho de la muerte del asegurado no tenga su origen en la voluntad de éste —suicidio—, circunstancia que es futura e incierta, así como ignorancia en su posible acontecer). Mientras que un negocio condicional

traducimos ordinariamente por "responsabilidad", como contrapuesto al "débito" ("Schuld"). Pero el verdadero significado de aquel vocablo es el correlativo español "garantía" ("Haftung", del intransitivo "Haften" = estar pegado, unido, inseparable), término que incluye la fase potencial y la actual. Así, responsabilidad es similar a garantía actualizada sobre el objeto de responsabilidad.

puede ser desprovisto de la condición, subsistiendo su clasificación típica (una compraventa condicional, suprimida la condición, será siempre una compraventa), en el contrato aleatorio, desaparecida el álea, desaparece el contrato (un contrato de seguro no sometido a riesgo deja de ser contrato de seguro).

De otro lado la identificación entre negocio aleatorio y negocio condicional es desafortunada. Mientras que en el negocio condicional es fundamental que el evento sea futuro e incierto (artículo 1.066, C. c.), siendo característica típica la ignorancia de las partes acerca del evento mismo, en el contrato aleatorio el elemento determinante del siniestro puede ser totalmente cierto y perfectamente conocido por las partes, aunque se pueda ignorar su realización exacta (seguro para caso de muerte, seguro para caso de vida en la hipótesis de cubrirse el retiro o jubilación).

Mientras que en los negocios condicionales el tiempo forma parte del supuesto de hecho normativo, pues la condición, desde que es establecida, se añade esencial e íntegramente al negocio, en los contratos aleatorios el tiempo es presupuesto de la hipótesis normativa.

De poco sirve, pues, afirmar que la diferencia entre el negocio condicional y los contratos aleatorios reside o no en la existencia de pérdidas o de ganancias (como hace TROPLONG, aceptando las consideraciones de LECLERCQ), o recurrir a oscuras distinciones acerca de si la incertidumbre del contrato aleatorio afecta o no a la subsistencia misma del contrato, sino a la cuantía o existencia de la prestación misma, ya que las afirmaciones que se realizan en estos desorientados sentidos quieren hallar diferencias en aspectos puramente descriptivos de una y otra figuras.

Por todo lo dicho podríamos definir los contratos aleatorios como aquellos "contratos patrimoniales de carácter obligacional por cuya virtud las partes contratantes convienen en la asunción de garantizar un riesgo mediante una contraprestación normalmente dineraria". Definición que ofrece la ventaja de hacer referencia a la tipicidad contractual de álea, describiendo fundamentalmente su función económico social, así como el contenido de la prestación, y que deja puertas abiertas para concretar los diversos subtipos de contratos aleatorios existentes.

Con estas bases podemos entrar a apuntar, de la manera rápi-

da y somera que caracteriza a las notas de comentario, los elementos esenciales y los presupuestos de validez del contrato aleatorio en general.

A) Elementos esenciales del contrato:

1. Forma. No se exige ninguna de carácter especial para la celebración de estos contratos. El artículo 1.693 reconoce expresamente que “el contrato de seguro deberá consignarse en documento público o privado, suscrito por los contratantes”. De donde hemos de deducir que rige plenamente la teoría general. No obstante, los contratos de seguro de naturaleza mercantil, que son los más interesantes, suelen estar sometidos a normas de homologación administrativa. Como únicas especialidades concretas, el artículo 1.694 del Código civil exige que el contrato de seguro deberá expresar: 1.º, la designación y situación de los objetos asegurados y su valor; 2.º, la clase de riesgo cuya indemnización se estipula; 3.º, el día y la hora en que comienzan y terminan los efectos del contrato.

2. Contenido. Variará según el tipo de contrato aleatorio de que se trate. En general vendrá determinado por el conjunto de obligaciones indicadas en el contrato (aportación de cantidades dinerarias, información acerca de la producción del siniestro, sometimiento a las reglas del juego, etc., etc.) y derechos consecuentes a tales obligaciones.

3. Causa. Se manifiesta en el concurso de los demás elementos esenciales, residiendo en la función económica social que el contrato realiza: reciprocidad de prestaciones por razón del aseguramiento de un riesgo.

B) Presupuestos de validez:

1. Capacidad. No se establece ninguna de carácter especial, de tal forma que rige también aquí la teoría general (no obstante, en algunas legislaciones, fuera del Código civil, se fijan edades mínimas o máximas para realizar ciertos tipos de contratos aleatorios).

2. Pueden ser objeto de los contratos aleatorios todas aquellas entidades que puedan quedar sometidas a riesgos de siniestro en su existencia y, en general, cualquier actividad que no esté expresamente prohibida por la ley (como es el caso de los juegos de suerte, envite o azar, a los que se refiere el art. 1.698, C. c.; aunque resultaría interesante determinar cómo se compaginan las reglas de determinados juegos con la existencia o no, de suerte, envite o azar).

3. Legitimación. Aunque en el plano retrospectivo rige el principio general de la coincidencia entre el titular que dispone y el sujeto que goza del poder de disposición, han de reconocerse validez a las excepciones normales:

a) En los casos en que el titular del derecho carece de poder de disposición (menores, quebrados, etc.).

b) En los casos en que el poder de disposición se ejercite por quien no es titular del derecho, bien en atención a los intereses de la persona que lo ejercita (seguro efectuado por el marido en favor de la esposa, constituido con dinero de la dote), bien en atención al interés del titular del derecho (renta vitalicia constituida por un menor con bienes de su peculio, interviniendo el padre), bien en atención a los intereses del tráfico (seguro contratado por un empleado de una entidad aseguradora, quien al momento de efectuarse el contrato había dejado de pertenecer a la empresa, sin que ésta hubiese informado debidamente al público).

En el aspecto prospectivo de la legitimación, el Código civil incluye una norma concreta, negando legitimación pasiva cuando la cantidad que se cruzó en el juego no prohibido sea excesiva, pudiendo la autoridad judicial no estimar la reclamación o reducir su cuantía (art. 1.º, 701, párrafo segundo, C. c.).

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE,

Profesor en la Facultad de Derecho
de la Universidad Católica de Ponce.
Puerto Rico, 1967.

DICTAMENES
Y
CUESTIONES ACTUALES

Interpretación de testamento y validez de contratos

ANTECEDENTES

I

Doña E. I. y P. otorgó testamento, siendo a la sazón de estado civil viuda y contando sesenta años de edad, el día 14 de julio de 1910 ante el Notario de Valencia don Vicente Sancho Tello y Burguete.

En el referido testamento la mencionada señora estableció con el número noveno una cláusula que, literalmente transcrita, en la parte que a los efectos de este Dictamen interesa, decía así:

“Instituye universales herederas de todos sus bienes a sus dos hijas, doña M. de los A. y doña M. de la E. G. e I., o a sus respectivos descendientes en su representación, en la forma y términos siguientes:

I. La finca denominada “Villa de los Angeles”, que la testadora poseía en Altea, con todo lo existente en ella, excepto los carruajes, será para ambas herederas por mitades indivisas, con prohibición de enajenar o de arrendar más que entre sí, y acreciendo a la sobreviviente la parte de la que premuera. La administración de esta finca la tendrá a su cargo doña M. de la E. mientras permanezca soltera, por considerarla con más libertad y menos ocupaciones para atenderla; pero si tomase estado matrimonial o religioso, tomará doña A. dicha administración, según corresponde, por ser

la mayor de ambas hermanas y llevar su nombre la repetida finca...”

El Letrado que suscribe no ha tenido a la vista el referido testamento de doña E. I. y P., pero su contenido aparece transcrito en la escritura de división de los bienes de la herencia de dicha señora, que fue otorgada por sus hijas, doña M. de los A. y doña M. de la E. G. I, en la ciudad de Valencia, con fecha 24 de mayo de 1920, ante el Notario de esta capital, don Vicente Sancho Tello y Burguete, con el número 220 de su Protocolo.

II

Doña E. I. P. falleció en Valencia el día 26 de noviembre de 1919, dejando dos hijas, que son las ya mencionadas doña M. de los A. y doña M. de la E. G. I.

El testamento por el cual se rigió la sucesión de dicha señora fue el mismo que queda referido en el apartado anterior.

Como queda también dicho en el apartado anterior, las dos herederas otorgaron ante el Notario de esta capital, don Vicente Sancho Tello y Burguete, con fecha 24 de mayo de 1920, una escritura de división de la herencia. En dicha escritura de división se incluyó en la hijuela de doña M. de los A. G. I, con el número 5, lo siguiente:

“La mitad intelectual con su hermana doña E. G. y con las condiciones que quedan subsistentes de las establecidas en la cláusula 9.^a del testamento, de la heredad denominada ‘Villa de los Angeles’, en término de Altea, partido de la Olla”.

En la misma escritura antes referida, dentro de la hijuela de doña M. de la E. G. I., y con el número 6, se incluyó lo siguiente:

“La mitad intelectual con su hermana doña A. G. y con las condiciones que quedan subsistentes de las establecidas en la cláusula 9.^a del testamento, de la heredad denominada ‘Villa de los Angeles’, en el término de Altea, partido de la Olla”.

Las adjudicaciones mencionadas fueron inscritas en el Registro de la Propiedad de Callosa de Ensarria. Lo acreditan así los cajetines que obran en la escritura de división de herencia. Según ellos, la inscripción se hizo en el tomo 553 del Ayuntamiento de Altea, libro 84, folio 75 vuelto, número 7.730, inscripción segunda.

III

La finca a que se ha hecho referencia en los apartados anteriores según los datos que le han sido proporcionados al Letrado que suscribe, es la siguiente:

“Una heredad denominada 'Villa de los Angeles', en término de Altea, partida de la Olla; compuesta de casa y capilla, rodeada de terraza y de quince hectáreas, treinta áreas y trece centiáreas de tierra plantada de Olivos, almendros y algarrobos y parte inculta, con cinco casas pequeñas enclavada en su perímetro, lagar, balsas, almazara y cisterna, manantial de agua que por los canales va a las balsas, y una noria; está cruzada de Norte a Sur por la carretera de Alicante y tiene derecho a una hora de agua del lago llamado de Altea Vieja. Linda, Norte, F. C., J. A., herederos de R. R.; Sur, barranco de la Brella; Este, la playa del mar, y Oeste, barranco y F. G.”.

Con la cabida de trece hectáreas setenta y una áreas, tres centiáreas, la tierra y los mismos lindes expuestos le fue adjudicada a doña E. I. P. en la división de los bienes de la herencia de su esposo, el excelentísimo señor don V. G. O., autorizada en 9 de octubre de 1905. Fue inscrita sólo en cuanto a doce hectáreas, doce áreas y sesenta y siete centiáreas, al folio 72 del tomo 553, libro 84, finca número 7.730, inscripción primera.

Por otra escritura otorgada ante don Mariano Gallego Romeo, Notario de Altea, con fecha 4 de diciembre de 1917, Compró doña E. I. a don M. A. R. y B. un trozo de tierra secano con arbolado en término de Altea, partida de la Olla, de cincuenta áreas de superficie: lindante por todos los vientos con la compradora, o sea, las tierras

de la dotación de la heredad de que se trata, habiéndose inscrito una primera copia de dicha escritura al folio 89 del tomo 604, libro 93, finca número 8.325, inscripción segunda.

Mediante expediente instruido en el Juzgado municipal de Altea acreditó la causante la posesión de catorce áreas setenta y tres centiáreas de secano, en los mismos términos y partida, lindantes por todos lados con don V. G. O., comprado por éste a don V. R. y Ll., cuyo expediente pendía de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por tanto, la cabida asignada a la tierra que forma parte de la heredad 'Villa de los Angeles' está formada de la consignada en la escritura de división antes referida que como título anterior a 1 de enero de 1909 sirvió para acreditar parte del exceso hasta la superficie de trece hectáreas setenta y una áreas, tres centiáreas, con arreglo al artículo 20 de la Ley Hipotecaria entonces vigente, más las de cincuenta áreas de la compra de R. B. y de catorce áreas setenta y tres centiáreas a R. Ll., que con la desaparición de márgenes al agrupar las distintas porciones provenientes de diversos dueños y rectificación de medidas dan la superficie total al principio dicha conforme ha resultado de reconocimiento pericial.

IV

Según las noticias que le han sido facilitadas al Letrado que suscribe, los libros del Registro de la Propiedad de Callosa de Enzarria fueron destruidos durante la guerra civil. Con fecha 18 de enero de 1942 se practicó la reinscripción de la finca por mitad y en proindiviso a favor de doña M. de los A. y doña M. de la E. G. I. por el título de herencia testada, con sólo la cabida de catorce hectáreas, veintiuna área y tres centiáreas. No se hicieron constar al reinscribir la finca las condiciones bajo las cuales había sido adjudicada, que eran, como se recordará, la prohibición de enajenación o de arrendar más que entre si y la de acrecer la parte de la heredera que premuriera a la sobreviviente.

V

Doña M. de los A. G. I. otorgó su testamento en la ciudad de Valencia, con fecha 27 de febrero de 1950, ante el Notario de esta capital, don Félix Huarte y Echenique, bajo el número 334 del Protocolo.

Entre otras cláusulas que no guardan relación directa con el tema que es objeto de este Dictamen y que por consiguiente pueden quedar omitidas, estableció la testadora, en su referido testamento, las siguientes:

“3.ª Nombra albaceas para que dispongan y ejecuten todo lo concerniente a su testamentaria, que en la cláusula anterior y en las sucesivas deja a su cargo y decisión a su queridísima hermana doña M. de la E. G. I., a su sobrino don F. J. V. B. y a don M. G. G., hijo de su prima doña A. G.:

Para el caso de que alguno de los anteriores no pudiese desempeñar el cargo, o se excusase o lo renunciase con justa causa, nombra en su lugar, hasta completar el número de tres, a don E. B. G., a don M. Ch. M. y a don A. Ch. B., para que les sustituyan, por el orden de su designación.

Finalmente, para que en ningún caso quede su herencia sin la debida representación, en defecto de los anteriores nombra albaceas, a los señores que desempeñen los cargos: 1.º de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia; 2.º de Decano del Colegio de Abogados de la misma ciudad; 3.º de Decano del Colegio Notarial de dicha capital; los tres con facultad de delegar.

Fallecida la heredera, los albaceas que desempeñen el cargo, por el orden sucesivo de su designación, tendrán la representación plena de la herencia, estando facultados expresamente para ostentar su personalidad; para administrar los bienes de la misma, mientras precise; para entregar y pagar a los legatarios sus respectivos legados y hacerse cargo a su vez de éstos, en caso de su reversión a la herencia, y finalmente, para dar al remanente del caudal la inversión, destino y aplicación establecidos en el testamento, o el más análogo o similar, a juicio de dichos albaceas.

El plazo de duración del cargo será el que se precise, para que, extinguidos los usufructos vitalicios y la pensión que la testadora establece en este testamento, puedan los albaceas dejar completamente cumplido su cometido, a tenor de las facultades que les concede aquélla y de las disposiciones todas de esta su última voluntad.

7.ª Instituye heredera a su querida hermana doña M. de la E. G. I., pero tan sólo en usufructo vitalicio, de todos los bienes inmuebles que pertenezcan a la testadora al tiempo de su muerte con relevación de la obligación de prestar fianza alguna.

8.ª Para el caso de que a la muerte de su hermana doña M. de la E. quedasen bienes de los que ésta herede en pleno dominio, de la pertenencia de la testadora, sin haber dispuesto de ellos, revertirán esos bienes a la herencia de la otorgante y se harán cargo de ellos sus albaceas para darles el destino que luego se expresará.

18.ª Si su hermana doña E. G. I. compartiere la voluntad de la testadora, cediendo su parte, la finca que les pertenece a ambas, por mitad proindivisa, situada en la Olla de Altea, de la provincia de Alicante, titulada 'Villa de los Angeles', la destinarán sus albaceas a la fundación de un sanatorio, para niñas enfermas, a las que convenga para su salud la proximidad del mar, bajo la dirección de las religiosas Hermanas Hospitalarias de San Juan de Dios, u otra Orden religiosa apropiada a este objeto, destinando al efecto, además, el importe de las fincas sitas en dicho término y en el de Alfaz del Pi.

Si la hermana de la testadora, doña M. de la E. falleciera sin hacer la cesión de la parte de la finca que se indica, los albaceas de la señora testadora procederán a la venta de las fincas o participaciones de fincas propiedad de la misma, sitas en los términos municipales que se indican y entregarán el importe que se obtenga a las expresadas religiosas o Hermanas hospitalarias de San Juan de Dios para las atenciones de tan benéfica institución.

VI

Doña M. de los A. G. I., marquesa de G. O., falleció en esta ciudad de Valencia el día 4 de marzo de 1950. El último testamento otorgado por dicha señora fue el de 27 de febrero de 'aquel mismo año al que se ha hecho referencia en el epigrafe anterior.

Las operaciones particionales de la herencia de la señora marquesa G. O. fueron realizadas por don Jesús Sancho Tello Latorre como Contador-Partidor nombrado por la causante, quien protocolizó el cuaderno particional, en escritura pública que fue autorizada con fecha 2 de septiembre de 1950 por el Notario de esta capital, don Francisco Alvarez Irigaray con el número 516 de su Protocolo.

En el referido cuaderno particional se inventarió con el número 54 la mitad intelectual, e indivisa con doña M. de la E. G. I., de la heredad denominada 'Villa de los Angeles', en término de Altea, partido de la Olla.

Dicha mitad intelectual de la heredad denominada 'Villa de los Angeles' fue adjudicada en el mencionado cuaderno particional a doña M. de la E. G. I., en usufructo vitalicio.

A las religiosas Hermanas Hospitalarias de San Juan de Dios, institución benéfica establecida para el cuidado de niñas escrofulosas y raquíticas, se les adjudicó el derecho a percibir de los albaaceas, a la defunción de la usufructuaria, el precio que se obtuviera de la enajenación de las fincas pertenecientes a la causante, sitas en los términos municipal de Altea y Alfaz del Pi (Alicante), estableciendo expresamente que este legado quedaría sin efecto si por decisión de la heredera la finca 'Villa de los Angeles' fuese de la institución legataria y hubieren establecido en él un sanatorio para niñas a quienes beneficie la proximidad del mar.

VII

Doña M. de la E. G. I. falleció en esta ciudad, de donde era vecina, el día 25 de septiembre de 1955, en estado de soltera, sin sucesión, y habiendo premuerto sus ascendientes por ambas ramas.

No había otorgado doña M. de la E. G. I. disposición testamentaria alguna, por lo cual, instruido el oportuno expediente de declaración de herederos *ab intestato*, ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de esta ciudad, se dictó auto de fecha 19 de diciembre de 1955, por el cual fue declarada heredera *ab intestato* de la expresada causante a doña M. de los A. G. V., prima hermana de aquélla.

Doña M. de los A. G. V., con fecha 23 de diciembre de 1955, dirigió un escrito al señor Abogado del Estado Liquidador del Impuesto de Derechos Reales, solicitando la oportuna liquidación del correspondiente impuesto devengado por la herencia de la causante. Interesándole después elevar a escritura pública la manifestación de los bienes de la herencia de doña E. G. I., lo hizo así otorgando escritura que autorizó el Notario que fue de esta capital, don José Luis Alvarez Alvarez, con fecha 14 de julio de 1956 y con el número 789 de su Protocolo.

Es de advertir que en esta última escritura pública doña M. de los A. G. V. llevó a cabo una rectificación y aclaración de la descripción de diversas fincas, respecto de las cuales había omitido algunos datos en la manifestación protocolizada.

En dicha escritura pública doña M. de los A. G. V. incluyó entre los bienes adquiridos en la herencia de su causante, doña E. G. I., con el número XXXV del inventario y con el número 20, entre los que rectificó y aclaró, "la mitad intelectual y *pro indiviso* de la finca 'Villa de los Angeles', en término de Altea, partida de la Olla".

VIII

Mediante escritura pública otorgada en la ciudad de Valencia el día 26 de noviembre de 1956 ante el Notario don José Luis Alvarez Alvarez, doña M. de los A. G. V. vendió a don A. de G. V. la dicha mitad intelectual de la heredad denominada 'Villa de los Angeles', en término de Altea, junto con otras tres fincas más.

Entre las declaraciones contenidas en dicha escritura de compraventa figura la siguiente:

"5.ª Manifiesta la vendedora que la otra mitad *pro indiviso* de la finca descrita perteneció a doña M. de los A. G. I.,

marquesa de G. O., quien dispuso en la cláusula 18 de su testamento, otorgado en Valencia el 27 de febrero de 1950, ante su Notario, don Félix Huarte Echenique, que 'si su hermana M. de la E. falleciera sin hacer cesión de la parte de la finca 'Villa de los Angeles', de Altea, a los mismos fines benéficos de la testadora, procedieran los albaceas de ésta a la venta de las fincas o participaciones de fincas propiedad de la misma, sitas en el término municipal que se indica (Olla de Altea y Alfaz del Pi) y entregaran su importe a las expresadas religiosas o Hermanas Hospitalarias de San Juan de Dios para las atenciones de tan benéfica institución...".

El adquirente don A. de G. V. inscribió su título de compra de la dicha mitad indivisa de la finca denominada 'Villa de los Angeles' en el Registro de la Propiedad de Callosa de Ensarria con fecha 15 de enero de 1957. La inscripción obra al folio 123 vuelto del libro 16 de Altea y es la inscripción 4.ª de la finca 638 duplicado.

IX

Con fecha 7 de enero de 1957, y por documento privado, los albaceas de la herencia de doña M. de los A. G. I. vendieron a don A. de G. V. la otra mitad indivisa de la misma heredad denominada 'Villa de los Angeles', del término de Altea. Efectuaron, según declararon, los señores albaceas la referida venta con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo 2.º de la cláusula 18 del testamento de la causante.

En el documento privado de fecha 7 de enero de 1957 sólo comparecieron los albaceas don F. J. V. B. y don E. B. G., quienes aseguraron actuar también en el concepto de mandatarios verbales del otro albacea, don M. G. G. El referido documento fue ratificado, a los pocos días, por el señor G. G.

Según los datos que le han sido facilitados al Letrado que suscribe, el documento privado de compraventa suscrito por los señores albaceas de la herencia de doña M. de los A. G. I. y don A. de G. V. no ha sido hasta la fecha elevado a escritura pública y, por consiguiente, el adquirente no ha podido inscribir en el Registro de la Propiedad su título de adquisición de esta mitad indivisa.

No obstante ello puede establecerse que don A. de G. V. viene poseyendo desde principios del año 1957 la referida finca a título de dueño y de una manera pública, pacífica e ininterrumpidamente.

X

Es de advertir que, según los datos que se le han facilitado al Letrado que suscribe, doña M. de los A. G. V. desconocía, hasta hace unas semanas, las condiciones establecidas por doña E. I. P. en su testamento de 14 de julio de 1910, ordenando, al adjudicar la finca "Villa de los Angeles" a sus dos hijas por mitad y en *pro indiviso*, que la parte de la que premuriere debería de acrecer a la sobreviviente.

En consecuencia, doña M. de los A. G. V. incluyó en el inventario de la herencia de su causante, doña E. G. I., únicamente la mitad indivisa e intelectual de dicha finca fundada en la creencia de que esta cuota era el único derecho que a su causante le correspondía en la referida finca.

En la misma creencia se fundaron las manifestaciones y las declaraciones que dicha señora efectuó en la venta de cuota llevada a cabo de la escritura de 26 de noviembre de 1956 en favor de don A. de G. V.

CONSULTA

Descubierto el error padecido y conocidos los términos del testamento de doña E. I. P., doña M. de los A. G. V. desea conocer la opinión del Letrado que suscribe acerca de los siguientes puntos:

1.º Cual sea el alcance y la significación que se debe atribuir a la disposición testamentaria de doña E. I. P., por virtud de la cual la parte, en *pro indiviso*, en la finca denominada "Villa de los Angeles, de aquella de sus hijos que premuriera debería acrecer a la sobreviviente.

2.º Cual sea la validez y eficacia de la venta de su cuota llevada a cabo por la consultante en favor de don A. de G. V., por escritura pública de 26 de noviembre de 1956.

3.º Cual sea la validez y eficacia de la venta de cuota llevada a cabo por los albaceas de la herencia de doña M. de los A. G. I. en favor de don A. de G. V., por el documento privado de 7 de enero de 1957.

4.º Cuales pueden ser las acciones que asisten a la consultante.

El Letrado que suscribe, después de haber realizado el más detenido estudio de los antecedentes que le han sido facilitados y de las normas jurídicas aplicables al caso, tiene el honor de formular el siguiente

DICTAMEN

1. *La naturaleza jurídica de las disposiciones contenidas en la cláusula 9.ª del testamento de doña E. I. P.*—La cláusula 9.ª del testamento de doña E. I. P. contiene fundamentalmente una institución de herederos que la testadora realiza en favor de sus dos únicas hijas, doña M. de los A. y doña M. de la E. G. I., con una sustitución vulgar que se ordena, en su caso, en favor de los respectivos descendientes de éstas, en representación de cada una de ellas.

La institución de herederos se hizo sin especial designación de partes y asignando a ambas herederas el carácter de herederas universales de todos los bienes, derechos y acciones presentes y futuros de la testadora, que ésta atribuyó a ambas.

En la cláusula 9.ª del testamento de doña E. I. P. no constaba únicamente una institución de herederos, sino que además se contenían en ellas las adjudicaciones de los bienes que deberían hacerse en favor de las herederas.

En la citada cláusula hay tres apartados. En uno de ellos (apartado III) se enumeran los bienes que han de adjudicarse a doña M. de la E.; en otro (apartado II) se enumeran las fincas que deben adjudicarse a doña M. de los A., y en el tercero (apartado I) se inserta una única finca—la heredad denominada “Villa de los Angeles”—que se adjudica conjuntamente a ambas herederas por mitades indivisas.

Reviste así el testamento de doña E. I. P. el carácter de un testamento particional o de una partición hecha por el propio tes-

tador, que nuestro Código civil admite en el párrafo 1.º del artículo 1.056. Según dicho artículo, “cuando el testador hiciera; por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de sus herederos forzosos”.

Con lo anterior quiere decirse que en el testamento de 14 de julio de 1910 se establecía una institución de herederos y se llevaba a cabo una partición testamentaria (división interliberos).

2. *Las condiciones de la adjudicación de la finca denominada “Villa de los Angeles”*.—Según sabemos, en el referido testamento la testadora dispuso que la finca denominada “Villa de los Angeles” sería para ambas herederas por mitades indivisas, con prohibición de enajenar o arrendar más que entre sí y acreciendo a la sobreviviente la parte de la que premuriera. Establecía también la testadora que la administración de dicha finca la tendría a su cargo doña M. de la E., mientras permaneciera soltera y, por consiguiente, con más libertad y menos ocupaciones para atenderla, pero que si tomaba estado matrimonial o religioso tomaría doña M. de los A. dicha administración, según la correspondía, por ser la mayor de dichas hermanas y llevar—así decía—su nombre dicha finca.

En la base 10 de la escritura de división de herencia que ambas herederas, doña M. de los A. y doña M. de la E., otorgaron el 24 de mayo de 1920 ante el Notario de esta ciudad. Don Vicente Sancho Tello y Burguete, después de enumerar las condiciones impuestas por la testadora a la adjudicación de la finca—prohibición de enajenar o arrendar más que entre sí; acrecer la parte de la que premuriera a la que sobreviviera; y llevar la administración doña M. de la E. mientras permaneciese soltera—hicieron constar las herederas que esta última condición debía entenderse suprimida y suprimida quedaba para en lo sucesivo, con lo cual es obvio que ratiificaron las otras dos.

En la citada base 10 declararon las herederas además lo siguiente:

“Como la expectativa del derecho a la nuda propiedad de cada porción es recíproca, las participaciones iguales y la edad de las adjudicatarias, que podía influir en la liquidación del impuesto por los diversos conceptos, es en ambas mayor de

veinticinco años y menor de cincuenta, siendo el mismo tipo impositivo no tiene finalidad alguna distinguir en la clasificación el usufructo y mero dominio, sirviendo esta base para determinar el alcance de los derechos de las respectivas adjudicatarias”.

De las tres condiciones impuestas por la testadora a las adjudicatarias de la heredad denominada “Villa de los Angeles”, la última, es decir, la relativa a la administración, quedó suprimida por acuerdo de las herederas, y la primera, la relativa a la prohibición de enajenar o arrendar, ha sido voluntariamente cumplida por las mismas durante su vida, por lo cual a estas alturas ha perdido toda importancia. Limitaremos por ello nuestro análisis a la condición segunda, con arreglo a la cual acrecería a la sobreviviente la parte de la que premuriera. Esta disposición testamentaria es básica para resolver los problemas que son objeto de este Dictamen, lo que hace necesario dedicarle alguna atención especial.

3. *La cláusula testamentaria que ordena el acrecimiento a la sobreviviente de la cuota de la que premuriera.*—La disposición testamentaria de doña E. I. P. decía, en síntesis, que la finca denominada “Villa de los Angeles” sería para ambas herederas por mitades indivisas, acreciendo a la sobreviviente la parte de la que premuriera. ¿Cuál era la significación y el alcance de esta disposición que ordenaba el acrecimiento a la sobreviviente de la parte de la que premuriera? Naturalmente, se habla en la cláusula de un “acrecimiento”, con lo cual parece *prima facie* aludirse al llamado en sentido técnico “derecho de acrecer”, a que nuestro Código civil se refiere en sus artículos 981 y siguientes. Una somera reflexión nos hace, sin embargo, comprender en seguida que entre el llamado en sentido técnico, “derecho de acrecer” de los artículos 981 y siguientes de nuestro Código civil y el acrecimiento ordenado en la cláusula 9.^a del testamento de doña E. I. P., no existe otra similitud que la meramente fonética. Efectivamente, el presupuesto básico del llamado derecho de acrecer en la sucesión testamentaria consiste en que una de las porciones o cuotas hereditarias quede vacante por no ser adquirida por la persona llamada a la herencia: “que uno de los llamados muera antes que

el testador o renuncie a la herencia o sea incapaz de recibir", dice el párrafo 2.º del artículo 982 del Código civil. El derecho de acrecer es un derecho del coheredero a recibir la porción vacante por premoriencia, renuncia o incapacidad del llamado.

Cabría pensar que cuando en la cláusula 9.ª del testamento de doña E. I. P. se decía "acreciendo a la sobreviviente la parte de la que premuriera", la premoriencia prevista en la cláusula era la premoriencia de la heredera instituida respecto de la testadora, de manera tal que nos halláramos así en presencia de un verdadero derecho de acrecer. Pero no es éste, evidentemente, el sentido que la cláusula tiene. Y no es éste el sentido de la cláusula, porque sería absurdo que la testadora hubiese previsto el fenómeno de la premoriencia de una de sus herederas exclusivamente respecto de uno solo de los bienes de la herencia, como era la finca denominada "Villa de los Angeles" y no de la totalidad de la misma. Todo ello sin tener en cuenta además que el derecho de acrecer en tal hipótesis habría funcionado automáticamente por la propia naturaleza de la institución de herederos, puesto que la testadora instituyó a sus herederas por herederas universales de todos sus derechos presentes y futuros. Por esta razón, a juicio del Letrado que suscribe, resulta evidente que cuando doña E. I. P. dijo que respecto de la cuota en condominio de la finca "Villa de los Angeles" acrecería a la sobreviviente la parte de la que premuriera, lo que estaba diciendo en rigor es que la última de sus hijas en morir adquiriría, a partir de la muerte de su hermana, el pleno dominio de la titularidad de la finca denominada "Villa de los Angeles".

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la figura a la que la referida disposición testamentaria, interpretada con el sentido que debemos atribuirle, da lugar? De la escritura de 24 de mayo de 1920 (base 10 de la división), parece desprenderse que fue criterio de las herederas o en su caso del Notario autorizante de dicha escritura, que cada una de ellas era titular de una recíproca expectativa del derecho a la nuda propiedad de cada porción. Según esta idea, doña E. I. P. habría adjudicado a sus hijas el usufructo vitalicio, en común, de la finca, estableciendo el derecho de propiedad en favor de la sobreviviente. Se trataría de un derecho sometido a condición suspensiva, pues la definitiva titularidad del derecho de propiedad se hacía depender del hecho de sobrevivir una de las her-

manas a la otra. Dicha interpretación tropieza, sin embargo, con los términos literales de la cláusula testamentaria, donde no se hace ninguna distinción entre usufructo y nuda propiedad. El testamento dice que la finca "será para ambas herederas por mitades indivisas", lo cual parece indicar que la testadora adjudicaba a sus herederas cuotas en condominio. Es decir, a la apertura de la sucesión se debía producir entre ellas un supuesto de copropiedad al 50 por 100, respecto de la finca. Siendo esto así, la disposición testamentaria que ordena que acrezca a la sobreviviente la parte de la que premuera, no establece una expectativa recíproca del derecho a la nuda propiedad de cada porción, sino que establece, a nuestro juicio, una recíproca y condicional sustitución fideicomisaria respecto de cada cuota. La testadora llama a la titularidad de cada cuota del condominio a cada una de sus hijas y condicionalmente, a la muerte de cualquiera de ellas, a la otra. Se trata de una sustitución fideicomisaria, porque hay un llamamiento doble y sucesivo respecto de un mismo bien hereditario. La sustitución fideicomisaria es condicional porque la determinación de quien sea el definitivo titular fideicomisario depende del evento futuro e incierto de su propia sobrevivencia.

A juicio del Letrado que suscribe, no obsta a la calificación de sustitución fideicomisaria que se ha dado a la figura surgida de la cláusula 9.^a del testamento de doña E. I. P., el hecho de que esta sustitución no tenga por objeto la totalidad o una parte alicuota del as hereditario, sino un bien concreto y determinado de la herencia, pues el artículo 789 del Código civil permite que las sustituciones fideicomisarias se impongan a los herederos y a los legatarios. En rigor de conceptos en nuestro caso no existió un genuino legado, sino una adjudicación de bienes concretos y determinados hecha por la testadora en un testamento particional. Sin embargo, no se ve dificultad alguna para que exista una sustitución fideicomisaria que tenga por objeto únicamente uno de los bienes de la herencia adjudicado por la testadora a sus herederas en un testamento particional.

El calificativo de sustitución fideicomisaria comporta importantes consecuencias, sobre todo si se tiene en cuenta que la admisibilidad de dicha figura por nuestro Código civil fue sometida a extraordinarias cautelas, reservas y limitaciones, de tal manera

que sólo cumpliendo los rigurosos requisitos y limitaciones impuestos por la Ley la validez de dicha disposición se produce. El artículo 781 enumera entre los requisitos de validez de la sustitución fideicomisaria el que el llamamiento no pase del segundo grado o que se haga en favor de personas que vivan todas al tiempo del fallecimiento del testador. No se necesita ningún razonamiento para comprender que ambos requisitos quedaron cumplidos en el caso que nos ocupa. El artículo 782 dispone que las sustituciones fideicomisarias no podrán nunca gravar la legítima, limitación con la que no parece que choche la que estableció doña E. I. P. en su testamento. Por último, el artículo 783 ordena que para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deben ser expresos, criterio que confirma el artículo 785, en su párrafo primero, al decir que no surtirán efecto las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo de una manera terminante la obligación de transmitir los bienes a un segundo heredero.

A juicio del Letrado que suscribe los requisitos exigidos por los artículos 783 y 785, párrafo primero, de nuestro Código civil aparecen cumplidos en el supuesto que nos ocupa. El llamamiento a la sustitución fideicomisaria es un llamamiento expreso. Aunque la testadora no dio a la disposición que establecía terminantemente, este nombre, es claro que de ella se deduce sin dificultad la obligación de transmitir la cuota intelectual a la segunda llamada, que es, evidentemente, la que sobreviviera de las dos hermanas.

El calificativo de sustitución fideicomisaria condicional, que hemos atribuido a la figura contenida en la cláusula 9.ª del testamento de doña E. I. P. conduce a importantes consecuencias. La primera de ellas es la aplicación del artículo 784 del Código civil. Según este artículo, el fideicomisario adquiere derecho a la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario, pasando el derecho de aquél a sus herederos. Quiere ello decir que en la sustitución fideicomisaria el fideicomisario es un sucesor del testador y no del fiduciario, aunque éste sea quien de manera inmediata le transfiere los bienes. Quiere decir, igualmente, que no se trata de una "pura obligación" de transmitir impuesta al fiduciario, sino que en rigor existe una doble sucesión preordenada por el causante de la herencia. En conclusión, el fideicomisario sucede como se-

gundo heredero al testador y le sucede *ipso iure* en el momento mismo de producirse el evento que determina la sustitución, que normalmente es la muerte del fiduciario.

El hecho de que una sustitución fideicomisaria sea condicional puede llevar a la conclusión de que el derecho del fideicomisario es un derecho eventual o expectante, pero no altera, por lo demás, el esquema anterior. Ello quiere decir que en el supuesto que nos ocupa, doña E. G. I., como fideicomisaria, por ser la sobreviviente, adquirió, sucediendo a su madre, doña E. I. P., y como segunda heredera de ésta, la mitad intelectual del dominio de la finca denominada "Villa de los Angeles". Esta adquisición se produjo en doña E. G. I., como fideicomisaria, en el momento del fallecimiento de la fiduciaria de dicha cuota que era su hermana, doña M. de los A. G. I. Se desprende de ello que a partir de la fecha del fallecimiento de doña M. de los A. G. I., ocurrida el día 4 de marzo de 1950, doña E. G. I. consolidó el pleno dominio de la heredad denominada "Villa de los Angeles", ya que había adquirido una mitad indivisa en la herencia de su madre, sometida a una sustitución fideicomisaria condicional en la cual faltó la condición, y la otra mitad intelectual la había adquirido como beneficiaria de la sustitución fideicomisaria impuesta a su hermana y al fallecimiento de ésta.

La conclusión a la que hemos llegado, es decir, que doña E. G. I. fue a partir del día 4 de marzo de 1950 titular del pleno dominio de la heredad denominada "Villa de los Angeles", determina, a los efectos de este Dictamen, importantes consecuencias. Resulta claro que cualesquiera que hubieran podido ser las disposiciones testamentarias de su hermana doña M. de los A. G. I., esta señora no podía disponer de la dicha mitad intelectual y menos todavía sus albaceas, por no formar ya aquél bien parte de su propia herencia. Nos encontramos, sin embargo, ante los siguientes hechos: 1.º A causa probablemente de un error los albaceas de doña M. de los A. G. I. procedieron a vender, considerándola como formando parte de la herencia de dicha señora, la mitad intelectual de la finca. 2.º Doña M. de los Angeles G. V., prima y heredera de doña M. de la E. G. I., al hacer la manifestación de los bienes de la herencia incluyó entre ellos únicamente una mitad intelectual de la finca y no la totalidad, como hubiere debido hacer. 3.º Por la misma ra-

zón vendió la referida mitad intelectual al comprador don A. de G. V.

4. *La venta efectuada por los albaceas en favor de don A. de G. V.*—De acuerdo con las conclusiones a que hemos llegado en las líneas anteriores parece claro que al vender los albaceas unos bienes que no formaban parte de la herencia de la causante realizaron una venta de cosa ajena y por consiguiente un acto dispositivo para el que carecían del necesario poder de disposición. Cualquiera que pueda ser la validez y la eficacia *inter partes* de dicho negocio, que no es éste tema que deba ahora preocuparnos, parece cierto que dicho negocio jurídico no puede de ninguna manera afectar al titular del derecho transmitido por él. Para el titular de la cuota enajenada, es decir, para doña E. G. I., y después para su heredera M. de los A. G. V., la venta y enajenación de cuota llevada a cabo por los albaceas de la herencia de doña M. de los A. G. I. en favor de don A. de G. V., constituye un negocio jurídico irrelevante. La irrelevancia del negocio permite a la titular ejercitar los derechos y acciones conducentes a que dicho derecho le sea reconocido (acción declarativa), así como a que le sea facilitado su ejercicio, restituyéndole la posesión que ha perdido (acción reivindicatoria).

El ejercicio de estas acciones puede verse, sin embargo, impedido en el caso de que pueda llegar a entenderse que el adquirente, es decir, don A. de G. V., ha consumado una adquisición del derecho por usucapión o prescripción adquisitiva, ya que, según el artículo 1.957 del Código civil, el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes con buena fe y justo título. Desde el día 7 de enero de 1957, fecha en que los albaceas de la herencia de doña M. de los A. G. I. suscribieron el documento privado de venta a don A. de G. V. de la mitad indivisa de la heredad denominada "Villa de los Angeles" han transcurrido más de diez años. ¿Se ha producido entonces una usucapión o prescripción? Para responder a esta pregunta parece necesario examinar con carácter previo dos cuestiones diversas, que son, a saber, primero, averiguar si en la adquisición de don A. de G. V. existe justo título y, segundo, determinar la manera de llevar a cabo el

cómputo de plazo de prescripción, pues el requisito de la buena fe no parece que pueda negársele al señor de G., ya que es lícito suponer que en la misma ignorancia en que se encontraba la consultante, se encontraban también todos los demás intervinientes e interesados en el asunto, sin que pueda olvidarse, por otro lado, que, según el artículo 434 de nuestro Código civil, la buena fe se presume siempre y que es a aquellos que afirman la mala fe de un poseedor, a quienes corresponde la prueba de dicha mala fe.

5. *El justo título en la usucapión.*—El artículo 1.952 de nuestro Código civil determina que se entiende por justo título, a efectos de usucapión: “el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate”. Por su parte, el artículo 1.953 establece que el título de la prescripción ha de ser verdadero y válido.

El concepto del justo título en la usucapión es, no obstante la sencillez del texto legal aludido, uno de los conceptos tradicionalmente más difíciles de la técnica del Derecho civil, BONFANTE, que ha dedicado a esta materia varios estudios, entiende que la usucapión se presenta en el Derecho romano como un modo independiente de adquirir el dominio mediante la posesión. Para que no resultare un premio a la maldad o una excitación al mal, el adquirente por usucapión tenía un límite general en que la toma de posesión no dañara a otro. Se requiere una exención de lesión de otro en el acto de la adquisición de la posesión. En el Derecho clásico, sin embargo, el requisito de la *iusta possessio* requiere algo más. Para establecer la exención de lesión de otro en la toma de la posesión se exige una relación con el antiguo poseedor que justifique la adquisición de la posesión.

La doctrina del Derecho común asimiló justo título de la usucapión a justa causa de la adquisición por *traditio*. POTHIER dice que se llama justo título a un contrato o a otro acto que es de naturaleza tal que es apto para transferir la propiedad por la tradición que se hace en consecuencia, de manera tal que si esta propiedad no queda transferida mediante ello, es por falta de derecho de hacer tradición y no por defecto del título como consecuencia del cual la tradición ha sido hecha.

No cabe duda que con arreglo a esta concepción, que es la que

preside nuestro Código civil, el contrato de compraventa contenido en el documento privado de 7 de enero de 1957 es un justo título de la usucapión en la medida en que un contrato de compraventa es una justa causa de la tradición.

El problema, sin embargo, no estriba sólo en calificar al documento privado de compraventa como justo título, sino también en determinar si éste fue un título válido, pues no debe olvidarse que el artículo 1.953 exige que el título idóneo para producir la prescripción adquisitiva debe ser válido. La interpretación del requisito de validez del justo título de la usucapión ha suscitado serias dificultades en la doctrina. Si el título ha de ser efectivamente válido, se preguntan los autores, por ejemplo CASTÁN, ¿para qué hace falta la usucapión? Una gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia entiende que es inhábil para la usucapión un título nulo y que la nulidad debe medirse tanto de acuerdo con las circunstancias externas del negocio traslativo en que el título consiste como en cuanto a las condiciones internas de este negocio.

En nuestro caso el análisis del requisito de la validez del título de la usucapión nos debe llevar a plantearnos dos cuestiones distintas. La primera consiste en averiguar si un negocio traslativo llevado a cabo por personas que carecen de poder de disposición sobre el derecho transmitido, como eran los albaceas de la herencia de doña M. de los A. G. I., es un justo título para la usucapión. La segunda cuestión radica en determinar si constituye dicho justo título un negocio traslativo operado por un simple documento privado.

Para resolver la primera cuestión es de interés traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1961. El caso decidido por dicha sentencia era el siguiente: Un testador había dispuesto en su testamento que una casa de su propiedad fuera dedicada a la fundación de una institución benéfica dedicada a la formación y educación de maestros católicos, a cuyo efecto dispuso que dicha casa y el remanente que resultare de los demás bienes de su herencia, después de pagar los legados, se destinara a tal fin confiriendo a sus albaceas, para el mejor cumplimiento de lo que disponía, las más amplias facultades. Los albaceas, para atender al pago de los legados y deudas de la herencia procedieron a adjudicar y después a enajenar el edificio en cuestión y diez

años más tarde la Junta Provincial de la Beneficencia, con el fin de defender la realización de la voluntad de la testadora, formuló demanda solicitando que se declarara nula y sin efecto la venta de la casa. En la instancia se desestimó la demanda y se absolvió de ella a los demandados, pero el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso. Según el Tribunal Supremo, en dicha sentencia la venta efectuada por los albaceas no era un justo título que permitiera al comprador consumir en su favor la prescripción adquisitiva del inmueble. El paralelismo existente entre el caso decidido por la sentencia antes citada y el que ahora nos ocupa resulta evidente. Se trataba allí de una venta efectuada por los albaceas respecto de un bien efectivamente perteneciente a la herencia de la testadora. La venta no fue justo título de la usucapión, porque los albaceas carecían de poder de disposición. Con mayor razón —puede argumentarse— debe entenderse que no concurre el justo título capaz de determinar la prescripción adquisitiva del dominio cuando la cosa transmitida no pertenecía a la herencia de que eran ejecutores los albaceas transmitentes.

No obstante, ni la doctrina ni la jurisprudencia sobre el justo título son categóricos y contundentes. En alguna otra sentencia nuestro Tribunal Supremo ha dicho que “aun en el supuesto de que la escritura discutida no hubiera podido permitir al poseedor la propiedad de los bienes reclamados, por no ostentar los vendedores el dominio pleno de los mismos, como dicha escritura, además de reunir los requisitos externos que la Ley requiere, constituye por su naturaleza un título transitorio del dominio, es menester reconocer que se dieron en ella las condiciones obligadas en los artículos 1.952 y 1.953, como así lo tiene declarado esta Sala en casos análogos, porque, según dice la sentencia de 30 de noviembre de 1910, al exigir que el título transmitiera de hecho y de derecho el dominio de la cosa al comprador, no tendría para qué acudir éste a la prescripción para consolidar su derecho; y este modo de adquirir, por lo que respecta a la prescripción ordinaria sería superfluo e inútil” (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1925).

De todo ello se deduce, a juicio del Letrado que suscribe, que para que el título de la usucapión pueda considerarse como válido es necesario que reúna los requisitos establecidos por la Ley para

la validez del negocio jurídico de que en cada caso se trate, así como que éste, por su naturaleza, sea un mecanismo idóneo para transmitir el dominio. El hecho de que el transmitente sea un *non dominus* no empece la posibilidad de la usucapión. Por consiguiente, de acuerdo con esta tesis, la venta llevada a cabo por los albaceas de doña M. de los A. G. I. habría constituido un justo título válido para determinar la usucapión en favor del adquirente don A. de G. V. Contra esta tesis puede, sin embargo, esgrimirse la doctrina mantenida en algunos de los fallos de nuestro Tribunal Supremo y en especial en la sentencia de 3 de febrero de 1961.

El segundo de los problemas que el título para la usucapión plantea era, como se recordará, el relativo a la idoneidad de una compraventa estipulada en un puro documento privado, para producir la usucapión en favor del comprador. En este terreno los argumentos podrían dirigirse por dos caminos. Es el primero el que marca la norma contenida en el párrafo primero del artículo 1.280 de nuestro Código civil, según el cual deben constar en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. El segundo estriba en el precepto del artículo 1.227 de nuestro Código civil, según el cual la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros, sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un Registro público, desde la muerte del que lo firmara o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio.

Por lo que se refiere al primero de los puntos esbozados, es decir, al alcance de la norma contenida en el párrafo primero del artículo 1.280 del Código civil, nuestra jurisprudencia es concorde en el sentido de que la forma solemne de la escritura pública no es exigida por dicho artículo para la validez y eficacia del contrato traslativo del dominio. Así, ha dicho el Tribunal Supremo que la falta de escritura pública no obsta a la eficacia del contrato celebrado en documento privado en los casos en que aquél se precise, siempre que concurren en tal contrato las condiciones exigidas para su validez. El artículo 1.280 no modifica el sentido general del 1.278 y su alcance no es otro, conforme al 1.279, que el de poderse compeler los contratantes a elevar el contrato a escritura pública.

Consecuente con dicha conclusión, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha dicho que es insostenible la tesis de que un documento privado no sea apto para servir de medio negocial suficiente para transmitir el dominio de cuya prescripción se trate, porque el justo título para la usucapión ordinaria no guarda relación con la forma de la adquisición de lo que es su objeto. Por ello—continúa diciendo el Tribunal Supremo—no obsta a la prescripción el hecho de que la transmisión del dominio se haya operado mediante un simple documento privado, siempre que concurren las condiciones esenciales para su validez, pues desde que se consumó el contrato en la forma en que lo fue, pudieron compelerse uno y otro de los contratantes a su elevación a escritura pública y el no hacer uso de esta facultad no enerva las demás acciones que de dicho título derivan. Por todo ello—concluye nuestro más alto Tribunal—“no puede negarse al documento privado por virtud del cual se adquirió la propiedad de la finca discutida la eficacia del justo título a que se refiere el artículo 1.952, para transferir el dominio de cuya prescripción se trata”.

El segundo punto que habíamos planteado se encontraba en la interpretación del artículo 1.227. Según este artículo la fecha de un documento privado es, en sí misma, ineficaz respecto de terceros, a los cuales sólo pueden perjudicar aquéllos desde el día en que el documento hubiese sido incorporado o inscrito en un Registro público, desde la muerte de cualesquiera de los que lo firmaron o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio. ¿Cómo juega la norma del artículo 1.227 del Código civil en el caso que ahora nos ocupa? Porque lo cierto es que en la hipótesis de que el documento privado de venta de la cuota indivisa del condominio de la heredad denominada “Villa de los Angeles”, suscrito por los albaceas de la herencia de doña M. de los A. G. I. con don A. de G. V., tratara de hacerse valer contra los verdaderos titulares de dicha cuota, es decir, los herederos de doña E. G. I., como un justo título que determina la usucapión o prescripción adquisitiva, nos encontraríamos en presencia de un documento privado, cuya fecha *prima facie* se cuenta respecto de tercero en perjuicio de éste. La objeción, a juicio del Letrado que suscribe, es puramente aparente, sobre todo si se tiene en cuenta que lo que aquí se está dilucidando es si se ha podido consumir o no

una prescripción adquisitiva en favor del comprador don A. de G. V. Centrado de esta manera el problema en la usucapión, no puede olvidarse que la usucapión o prescripción adquisitiva habría comenzado, no en la fecha del documento privado, sino en la fecha en que, con base en él, el comprador hubiese comenzado a poseer la cosa. La usucapión se inicia con el comienzo de una posesión hábil y la posesión es un hecho público que crea un signo exterior de reconocibilidad y una apariencia de dominio idónea para ser eficaz frente a terceros.

De esta manera, la conclusión a la que puede llevar todo el razonamiento que hemos intentado desarrollar es la siguiente: Si doña M. de los A. G. V. reivindicara la cuota indebidamente vendida por los albaceas de la herencia de doña M. de los A. G. I. y el demandado en tal evento, don A. de G. V., opusiera la prescripción adquisitiva en su favor, como usucapiente con buena fe y justo título habría de ser el demandado quien probara los hechos constitutivos de su excepción, de tal manera que no le sería suficiente computar el tiempo de la usucapión a partir de la fecha del documento privado. Para que la usucapión pudiera prosperar tendría que demostrar que su *posesión* se remonta a diez años o más desde la fecha.

Con ello podemos volver ahora a uno de los puntos que con anterioridad hemos dejado pendiente: el del momento en que se inicia el cómputo del plazo de usucapión. Hemos dicho ya que este plazo tiene su principio en el momento en que el usucapiente comienza una posesión *ad usucapionem*. Debe advertirse que en esta materia coinciden necesariamente la prescripción adquisitiva del dominio con la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria. El artículo 1.963 determina que las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años, pero que esta disposición se entiende sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio o de los derechos reales por prescripción. Por su parte, el artículo 1.969 determina que el tiempo de prescripción de toda clase de acciones cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse. Este precepto, que se inspira en la antigua doctrina de la llamada *actio nata*, debe entenderse en el sentido de que la posibilidad de ejercicio de la acción, que marca el comienzo de la prescripción de la

misma, es una posibilidad de ejercicio considerada objetivamente y, por consiguiente, con absoluta independencia de los posibles impedimentos de índole subjetiva que puedan afectar al titular de la acción. Con ello se quiere decir que la posible ignorancia del titular de la acción respecto a la existencia de la misma o a su alcance no impide la prescripción. Es cierto que en algunas de sus sentencias nuestro Tribunal Supremo ha establecido el fundamento de la prescripción de acuerdo con un punto de vista predominantemente subjetivo como una presunción de renuncia del derecho. Sin embargo, esta presunción de renuncia del derecho debe entenderse como la presunción que genera en la otra parte la inercia del titular.

6. *El problema de la vinculación a los propios actos.*—Según hemos tratado al poner de manifiesto en los antecedentes de este Dictamen, doña M. de los A. G. V., como heredera de su prima hermana, doña M. de la E. G. I, en la escritura de manifestación de herencia que otorgó ante el Notario que fue de esta capital, don José Luis Alvarez Alvarez, con fecha 14 de julio de 1956, incluyó entre los bienes adquiridos en la herencia de su causante únicamente la mitad intelectual y en *pro indiviso* de la heredad denominada "Villa de los Angeles". Igualmente, la misma señora en la escritura pública de compraventa otorgada con don A. de G. V. ante el mismo Notario antes referido, con fecha 26 de noviembre del propio año 1956, manifestó que la otra mitad en *pro indiviso* de la finca descrita había pertenecido a doña M. de los A. G. I., marquesa de G. O., quien había dispuesto en su testamento que si su hermana doña M. de la E. falleciera sin hacer cesión de su parte en la finca para los mismos fines benéficos que la testadora se proponía conseguir, procedieran los albaceas de ésta a la venta de su cuota, entregando el importe o precio de la misma a las Hermanas Hospitalarias de San Juan de Dios.

Con base en los hechos relatados se suscita la cuestión de determinar si es posible sostener que doña M. de los A. G. V. ha reconocido el derecho que asistía a su prima hermana y más tarde a la herencia de ésta sobre la mitad indivisa de la finca, de tal manera que si en la actualidad pretendiera desvirtuarla desconocería sus propios actos. ¿Puede decirse en rigor que si doña M. de los A. G. V.

impugnara ahora el derecho de la herencia de doña M. de los A. G. I. y, por consiguiente, el que de dicha herencia adquirió don A. de G. V., iría contra sus propios actos?

El Letrado que suscribe ha dedicado al tema de la doctrina de los propios actos y a sus efectos, haciendo un estudio crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia, una extensa monografía (Barcelona 1963), por lo cual no considera oportuno repetir en este lugar, ni aun resumidamente, lo que allí expuso y a ello se remite.

Limitando ahora esta indagación a los presupuestos de aplicación de la regla según la cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, en la jurisprudencia española, parece oportuno recordar que nuestro Tribunal Supremo, desde 1890 hasta nuestros días, en múltiples sentencias, viene señalando que “los actos a que este principio se refiere son aquellos que, como expresión del consentimiento, se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir derechos”. En un sentido muy parecido ha dicho el Tribunal Supremo que es preciso que los actos propios “obedezcan a una determinación espontánea de la voluntad del que los realiza y al designio de crear, modificar o extinguir algún derecho” (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1923); así como que la aplicación de la doctrina de los propios actos requiere la existencia de hechos creadores, modificadores o extintivos de una relación o situación jurídica inalterable.

También ha dicho nuestro Tribunal Supremo que “los actos contra los cuales no es lícito accionar, a quien los ha ejecutado, son aquellos que por su carácter trascendental o por constituir convención causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor” (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1896, entre otras muchas).

En el caso que nos ocupa no existe, a juicio del Letrado que suscribe, contradicción de actos propios entre las afirmaciones realizadas por doña M. de los A. G. V. en la escritura pública de manifestación de bienes de 14 de julio de 1956 y en la escritura pública de compraventa de 26 de noviembre del propio año y una posible o eventual impugnación posterior por la misma de los derechos de doña M. de los A. G. I., de la herencia de esta señora y por compra de don A. de G. V. A juicio del Letrado que suscribe, no puede

perderse de vista que, en el caso que nos ocupa, un reconocimiento de los derechos de otra persona sobre la mitad intelectual de la finca debatida aparece indisolublemente ligado a un desconocimiento de los propios derechos sobre dicha porción intelectual. Se sigue de aquí que sólo una renuncia, realizada con todos los requisitos y solemnidades legales por doña M. de los A. G. V., podría privar a dicha señora de tales derechos. Es obvio, y no merece ser discutido, que en las incidentales afirmaciones antes mencionadas no existe una verdadera y propia renuncia de derechos, que hubiera carecido por completo de causa y de razón de ser. De esta manera, la conclusión es categórica: si doña M. de los A. G. V. no renunció a los derechos que pudieran corresponderle sobre la porción intelectual que había correspondido en vida a doña M. de los A. G. I., nada le impide ahora ejercitar estos derechos y al hacerlo así, no va contra sus propios actos. Pues la contradicción o incoherencia que veda el llamado principio de los propios actos es, según dice nuestro Tribunal Supremo, aquella que se produce con anteriores declaraciones de voluntad que se realizan con el designio de crear, modificar o extinguir derechos, y es muy claro que las declaraciones contenidas en las escrituras públicas anteriormente mencionadas, no fueron "declaraciones de voluntad" o "expresión del consentimiento", como dice nuestro Tribunal Supremo, sino puras exposiciones de unos hechos, según la opinión que de ellos tenía la persona que los exponía.

Sabemos además que al efectuar dichas afirmaciones doña M. de los A. G. V. padeció un error acerca del alcance y extensión de sus propios derechos, debido a su ignorancia de los términos en que estaba concebido el testamento de doña E. I. P., otorgado el 14 de julio de 1910. Es claro que si doña M. de los A. G. V. hubiese conocido con exactitud los términos de aquel testamento y hubiese sabido que por virtud del mismo había correspondido a su causante, doña E. G. I., y después a ella como heredera, la cuota intelectual que en vida perteneció a doña M. de los A. G. I., no hubiera realizado tales afirmaciones. Según nuestro Tribunal Supremo la opinión errónea que una persona tiene de sus propios derechos no permite poner en juego contra ella el principio de los actos propios. Es categórica en este sentido la sentencia de 1 de marzo de 1904. La opinión errónea que una persona pueda tener acerca

de sus derechos a unos bienes—dice allí el Tribunal Supremo—no puede servir de base para otorgar a los actos que de ella deriven carácter trascendental en perjuicio de sus derechos, “pues, para ello, sería preciso que tales actos revelasen una renuncia consciente de aquellos derechos, que, evidentemente, no existe cuando la conducta de la persona a quien se imputan los actos procede de un error o equivocación”.

El criterio jurisprudencial es categórico y no requiere ulteriores comentarios. Para el Tribunal Supremo es menester que los actos revelen una conducta consciente de renuncia del derecho y esta conducta no existe cuando los actos proceden de error o equivocación. Aún podría añadirse, a nuestro juicio, que una simple opinión o afirmación sobre la extensión o alcance de un derecho subjetivo no constituye “acto propio”, porque no es “conducta vinculante”, es decir, actitud decisiva de un sujeto respecto de su comportamiento dentro de una situación jurídica, que puede suscitar en otros una fundada confianza sobre la inexistencia o inejercicio de un derecho, que posteriormente resulta defraudada.

Todo el razonamiento anterior permite concretar, en opinión del Letrado que suscribe, que el ejercicio por doña M. de los A. G. V. de los derechos que le asisten como consecuencia del testamento de doña E. I. P., no puede ser tildado de contrario a los propios actos, denominando tales a las manifestaciones vertidas en las escrituras públicas de 14 de julio y 26 de noviembre de 1956.

7. *La inexactitud del Registro y sus consecuencias jurídicas.*— Al exponer los antecedentes de hecho de la consulta que nos ha sido formulada, pusimos de relieve cómo lãs adjudicaciones hechas a doña M. de los A. y doña M. de la E. G. I., en la escritura de división de la herencia de su madre, doña E. I. P., respecto de las mitades intelectuales de la heredad denominada “Villa de los Angeles”, del término de Altea, que ambas adquirirían “con las condiciones que quedan subsistentes de las establecidas en la cláusula 9.ª del testamento”, fueron en su día inscritas en el Registro de la Propiedad de Callosa de Ensarriá. Ignoramos los términos en que se hizo dicha inscripción, y en particular si se hiciera constar en el Registro la prohibición de enajenar y la disposición en virtud de la cual acrecería a la sobreviviente la parte de la que premu-

riera. Sabemos, en cambio, por las noticias que nos han sido facilitadas, que el Registro de la Propiedad de Callosa de Ensarriá quedó destruido durante la guerra civil y que por esta razón hubo de procederse a la reconstrucción del mismo, así como a practicar las correspondientes reinscripciones. De esta manera, con fecha 18 de enero de 1942, doña M. de los A. y doña M. de la E. G. I. reinscribieron sus derechos, por mitad y en *pro indiviso*, respecto de la finca en cuestión. En esta reinscripción no se hicieron constar aquellas condiciones básicas de la adjudicación hereditaria, que imponían la prohibición de enajenar y el acrecimiento a la sobreviviente de la parte de la que premuriera. Esta situación de inexactitud del Registro y la falta de constancia en el mismo del derecho de la fideicomisaria de la cuota en la sustitución condicional ordenada por el testamento, nos obligan a plantear ahora el problema consistente en dilucidar si el comprador, don A. de G. V., es un tercer adquirente protegido por la fe pública del Registro, de manera tal que no puedan darse contra él las acciones que emanen de títulos no inscritos en el propio Registro. Es innecesario advertir que esta cuestión se plantea respecto de la adquisición realizada por el señor de G. en el negocio jurídico que celebró con los albaceas de la herencia de doña M. de los A. G. I., que es propiamente la adquisición realizada de un *non dominus*, pues, respecto de la adquisición de la cuota que fue de doña E. G., la venta fue hecha por su verdadero propietario o titular.

A nuestro juicio, la cuestión debe centrarse en torno al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que es la norma que establece los requisitos necesarios para que el tercer adquirente resulte protegido por la fe pública registral. En nuestro caso puede admitirse que el señor de G. es un adquirente de buena fe, pues la buena fe se presume siempre (art. 34, párrafo 2.º) y no disponemos de datos suficientes para probar que conocía la inexactitud del Registro. El señor de G. es también un adquirente a título oneroso y un adquirente que recibió la cosa de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitir. No se ha cumplido, sin embargo, el último de los requisitos que el artículo 34 establece para que el adquirente sea protegido por la fe pública registral, es decir, para que sea mantenido en su adquisición, "aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que

no constan en el mismo Registro". El adquirente de buena fe y a título oneroso sólo es protegido por la fe pública registral "una vez que haya inscrito sus derechos". Para que el Registro consagre una adquisición a *non domino* el adquirente debe practicar una inscripción. En nuestro caso sabemos que la adquisición que nos ocupa se realizó mediante un simple documento privado otorgado el 7 de enero de 1957 por los albaceas y el comprador. Sabemos también que ese documento privado de compraventa no ha sido hasta la fecha elevado a escritura pública y que, por consiguiente, el comprador no ha podido inscribir en el Registro de la Propiedad su título de adquisición de la mitad indivisa que fue objeto de aquel negocio jurídico.

8. *La acción subsidiaria de enriquecimiento sin causa.*—En las páginas anteriores, el Letrado que suscribe ha dejado abierta la duda en punto a si el contrato de compraventa celebrado por don A. de G. V. con los albaceas de la herencia de doña M. de los A. G. I. es o no es un justo título para la usucapión. El Letrado que suscribe ha expuesto su personal opinión afirmativa, pero ha dejado en claro también que la doctrina seguida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias permite llegar a la conclusión contraria. Situados, por consiguiente, en este punto, parece necesario examinar las dos hipótesis del dilema. La primera de ellas es más clara. Si el contrato de compraventa no fue un justo título de usucapión, ello quiere decir que doña M. de los A. G. V. puede reivindicar su derecho sobre la mitad intelectual que en vida perteneció a doña M. de los A. G. I. En tal hipótesis podría pensarse, a juicio del Letrado que suscribe, que también le asistió el derecho para impugnar la venta que ella misma realizó en 26 de noviembre de 1956. Esta impugnación podría haberse fundado en el error sufrido sobre su propia titularidad respecto a la cosa vendida, que sería un error sustancial en el sentido que a esta expresión da el artículo 1.266 de nuestro Código civil. Esta acción habría quedado, sin embargo, caducada por imperativo del artículo 1.301 del Código civil, ya que en los casos de error el plazo de duración de la acción de nulidad, que es de cuatro años, se cuenta desde la consumación del contrato.

¿Qué debe ocurrir, en cambio, si la acción reivindicatoria de

doña M. de los A. G. V. queda impedida y paralizada por la usucapión de don A. de G. V.? A nuestro juicio, en tal supuesto se habría producido un enriquecimiento sin causa. La acción general de enriquecimiento sin causa tiene por objeto impedir que una atribución patrimonial se realice sin una causa jurídica en que pueda fundarse. Como consecuencia de la atribución patrimonial producida sin causa se concede al empobrecido una acción personal contra aquel que ha experimentado el enriquecimiento. Esta es una acción personal sometida al plazo general de prescripción de quince años.

A juicio del Letrado que suscribe, resulta claro que a doña M. de los A. G. V., por todas las razones expuestas a lo largo de este Dictamen, corresponde la cuota intelectual que en vida fue de doña M. de los A. G., de la heredad denominada "Villa de los Angeles" del término de Altea. Se ha empobrecido dicha señora al ver desaparecer del patrimonio hereditario de su causante dichos bienes. El enriquecimiento sin causa se ha producido en favor de las Hermanas Hospitalarias de San Juan de Dios, a quienes los albaceas han hecho entrega del precio obtenido por la venta de la cuota. Es un enriquecimiento sin causa, dado que el bien en cuestión no se encontraba en la herencia que los albaceas ejecutaron y gestionaron, toda vez que la disposición hereditaria de doña M. de los A. G. I. debió fundarse también sobre una opinión errónea acerca de sus propios derechos.

Como consecuencia de todo el razonamiento efectuado en las páginas anteriores, pueden establecerse las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.—En el testamento de doña E. I. P., otorgado el día 14 de julio de 1910 ante el Notario don Vicente Sancho Tello Burguete la testadora realizó una partición de sus bienes entre sus herederas. En dicha partición testamentaria adjudicó el dominio de la finca denominada "Villa de los Angeles" a sus dos herederas por mitad y en *pro indiviso*. Al mismo tiempo estableció una recíproca y condicional sustitución fideicomisaria respecto de cada cuota. Por virtud de ella, la testadora llamó a la titularidad de

cada cuota del condominio a cada una de sus hijas y, condicionalmente, a la muerte de cualquiera de ellas, a la otra, que debía consolidar el dominio pleno.

Segunda.—Por virtud de dicha sustitución fideicomisaria, a la muerte de doña M. de los A. G. I., adquirió la cuota que a ésta correspondía, automáticamente, su hermana doña M. de la E. G. I., quien, por consiguiente, consolidó en su patrimonio el pleno dominio de la mencionada finca.

Tercera.—A la muerte de doña E. G. I. adquirió la totalidad del dominio de la finca en cuestión su heredera *ab intestato*, doña M. de los A. G. V.

Cuarta.—La venta de una mitad indivisa del dominio de la finca realizada por doña M. de los A. G. V. en favor de don A. de G. V. en la escritura pública de 26 de noviembre de 1956 es un negocio jurídico válido y eficaz. Aun cuando la vendedora padeció un error acerca de la extensión de sus propios derechos, y este error puede considerarse como error sustancial, en sentido del artículo 1.266 del Código civil, la eventual acción de impugnación del contrato por error debe entenderse caducada, toda vez que han transcurrido más de cuatro años desde la celebración del mismo.

Quinta.—La venta efectuada por los albaceas de la herencia de doña M. de los A. G. I. en favor de don A. de G. V., en el documento privado de 7 de enero de 1957 no pudo tener como efecto la transmisión del dominio, ya que en la herencia de la referida señora no se encontraba el derecho que se transmitía.

Don A. de G. V. no resulta protegido por la fe pública del Registro, toda vez que, no obstante ser tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, no ha inscrito en el Registro de la Propiedad su título de adquisición.

Sexta.—Doña M. de los A. G. V. puede hacer efectivos sus derechos sobre la cuota indivisa que fue de doña M. de los A. G. I. Esta conducta no contraviene el principio de los propios actos y las afirmaciones que doña M. de los A. G. V. pudiera hacer en las

escrituras públicas de 14 de julio y 26 de noviembre del año 1956 no la vinculan, toda vez que no constituyeron declaración de voluntad efectuadas con el designio de constituir, modificar o extinguir derechos y tuvieron su fundamento en una opinión errónea acerca del alcance de sus propios derechos.

Séptima.—Es discutible que la escritura de compraventa otorgada por los albaceas de la herencia de doña M. de los A. G. I. con don A. de G. V. el 7 de enero de 1957, constituya un justo título para la usucapión. La opinión afirmativa parece la más exacta, según la opinión personal del Letrado que suscribe. La opinión contraria puede encontrar, en cambio, un fuerte apoyo en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Octava.—Caso de que la acción reivindicatoria de doña M. de los A. G. V. no pudiera prosperar por haberse producido la prescripción adquisitiva en favor de don A. de G. V., la señora G. V. podría ejercer una acción subsidiaria de enriquecimiento sin causa contra las Hermanas Hospitalarias de San Juan de Dios, que han recibido el precio de venta de un bien que no pertenecía a la herencia de la persona que dispuso el legado en su favor.

Tal es el Dictamen que gustosamente someto a cualquier otro mejor fundado.

LUIS DÍEZ PICAZO..

JURISPRUDENCIA



I.-Jurisprudencia monográfica

El legado de parte alícuota

(Conclusión)

V

RESUMEN GENERAL SOBRE LA ORIENTACION DE LA JURISPRUDENCIA

A) DISTINCIONES PREVIAS.

a) Sentencias que niegan la existencia del legado:

— La negación acerca de la existencia del legado parciario no viene aquí referida con carácter «genérico», porque se puede observar que el Tribunal Supremo implícitamente suele dar por supuesta la existencia de este legado.

— De modo que la negativa se entiende aquí «específica», o sea, en aquellos casos concretos litigiosos que llegaron al conocimiento del Tribunal Supremo. En tal sentido, y como recapitulación de ideas expuestas en notas precedentes, diremos que el Tribunal Supremo NO ADMITE que se trate de un legado parciario en estos casos siguientes:

- 1.º Caso «Abad y Abad Simón c. Simón Abad» (Sentencia de 18 de octubre de 1917).
- 2.º Caso «Brusola Beltran c. Díaz Iglesias» (Sentencia de 2 de enero de 1920).
- 3.º Caso «Berenguer Enriquez c. Garcés Blasco» (Sentencia de 10 de enero de 1920).

b) Sentencias que presuponen la existencia de este legado: Hemos precisado que, en general, todas ellas lo hacen:

a') Sentencias cuyos *obiter dicta* se refieren al tema: Suelen ser la mayoría de ellas, como se ha visto:

- 1.º Caso «Ramírez Aguilar c. Aguilar Navarro» (Sentencia de 14 de junio de 1898).
- 2.º Caso «Corbacho Gonzalez c. Sánchez y Sanchez» (Sentencia de 15 de enero de 1918).
- 3.º Caso «Súbdito ruso A.» (Sentencia de 16 de octubre de 1940).
- 4.º Caso «Torrellas c. Penas y García» (Sentencia de 28 de febrero de 1949).
- 5.º Caso «Viuda de don Servando» (Sentencia de 11 de enero de 1950).
- 6.º Caso «Hernández c. Herederos de González» (Sentencia de 11 de febrero de 1956).
- 7.º Caso «Sánchez Alvarez c. Becerra y otros» (Sentencia de 24 de enero de 1963).

b') Sentencias cuya «ratio decidendi» se centra en el tema:

- 1.º Caso «Juzgado Solana c. Prado y otros» (Sentencia de 11 de febrero de 1903).
- 2.º Caso «Zabalza Moral» (Sentencia de 22 de febrero de 1963).

B) LÍNEA GENERAL SEGUIDA POR EL T. S

Analizado cada uno de los supuestos litigios, comentadas cada una de las sentencias recaídas y distinguidas en los grupos apuntados cada una de las resoluciones, nos queda por ver si ha habido una tendencia constante o uniforme de nuestra Suprema Corte de Justicia en nuestro tema.

a) Primeramente, es conveniente precisar que en aquellos casos en que se niega la existencia del legado parciario, la cuestión era tan clara que no podía menos de fallar como lo hizo: en un caso se trataba de una distribución total de los inmuebles por el testador (Abad y Abad Simón c. Simón Abad); en otro, de un legado de cosa determinada y específica (Brusola contra Díaz), y en otro, de una institución de heredera en el remanente (Berenguer contra Garcés).

b) En segundo lugar, la admisión de este legado no es «específica», repito, sino que en todos los litigios se le presupone. Conviene que recapitemos lo expuesto:

— En el caso «Ramírez Aguilar c. Aguilar Navarro», se formula una regla del cálculo del legado: «el legado ha de formarse después de cumplidas las cargas de la herencia, regla-liquidación que debe suponerse aceptada por el propio testador».

— En el caso «Corbacho c. Sánchez» se dice que «la disposición de todos los bienes en forma de legado revela la notoria voluntad del testador de no instituir heredero».

— En el caso «súbdito ruso don A.», se implanta por vía jurisprudencial generalizadora la caracterización del legado parciario como: institución intermedia entre la institución de heredero y el legado, cuya posición jurídica es análoga a la del heredero a beneficio de inventario, lo que se traduce a efectos de su responsabilidad por las deudas hereditarias.

— En el caso «Torrellas c. Penas y otros», la alusión era puramente incidental: «sin entrar a razonar sobre la semejanza que jurídicamente en no pocos

aspectos podía señalarse entre los derechos de los instituidos herederos y los legatarios de parte alicuota.»

— En el caso «Viuda de don Servando», a pesar de la excesiva amplitud de sus afirmaciones, se observa de un lado, una reiteración de lo expuesto en Sentencia de 1940, haciendo especial hincapié en la noción de figura intermedia o *sui generis* y en los aspectos de coincidencia, por tener idéntico interés, a efectos de responsabilidad por «gastos» comunes; de otro lado, apunta timidamente la distinción entre el legado de usufructo y el genuino sucesor universal (lo que desarrollará en la última sentencia estudiada).

— En el caso «Hernández c. Herederos de González», desarrolla el T. S. un poco más la distinción entre legado parciario y legado de usufructo «limitado en su extensión y duración», y repite afirmaciones anteriores tomadas de la Sentencia de 1940, que, técnicamente, se refería a supuesto distinto.

— En el caso «Sánchez Alvarez c. Becerra y otros», hace un exhaustivo análisis de las diferencias entre el llamado como heredero y el sucesor usufructuario, y reafirma que éste tampoco es un legatario parciario propiamente dicho.

Resumiendo estas afirmaciones del T. S. tendremos:

- 1.º Que admite un legado universal de *todos* los bienes, por ser éste el efecto práctico realmente querido por el testador y para evitar la nulidad del testamento por preterición de un ascendiente (Sentencia de 15 de enero de 1918).
- 2.º Que formula una «regla liquidación» en orden a la previa detracción de las cargas hereditarias (Sentencia de 1898).
- 3.º Que asimila el legatario parciario al heredero que acepta a beneficio de inventario (Sentencias de 1940, 1949, 1950 y 1956)
- 4.º Que, a efectos de responsabilidad por deudas, el legatario parciario ha de participar en ellas proporcionalmente a su cuota hasta el límite de su haber líquido (Sentencias de 1940 y 1950).
- 5.º Que distingue el legado parciario propiamente dicho del legado parciario de usufructo (Sentencias de 1956 y 24 de enero de 1963).

c) Finalmente, en los dos únicos supuestos en que el legado parciario constituye la *ratio* de la decisión, la fundamentación es diversa:

— En el caso «Juzgado c. Prado»: la antítesis heredero-legatario se desprende del propio testamento y, por caducar el legado, se refundía en la masa hereditaria.

— En el caso «Zabalza Moral»: se parte de ideas sentadas en sentencias y resoluciones precedentes, se acoge la tesis «acumulativa» de Roca Sastre, que exige el doble requisito del llamamiento universal y del *nomen heredis* para la existencia de heredero; se compara de nuevo el legado parciario con el heredero a beneficio de inventario, y se obliga a colacionar al legatario parciario.

Resumiendo: 1.º) Se prescinde de un análisis profundo en orden al derecho de acrecer y a la colación, aplicados al legado de parte alicuota; 2.º) se da forma moderna a la conceptualización de este legatario, en base al sistema subjetivista en su variante «acumulativa».

d) *Conclusión final*.—La única dirección firme y constante del Tribunal Supremo es la trazada en orden al problema de la responsabilidad por las deudas

hereditarias, como consecuencia de la asimilación del legado parciario al heredero a beneficio de inventario. Lo que comenzó en *obiter dictum* terminó siendo la *ratio decidendi*.

VI

ANÁLISIS DEL TEMA PROPUESTO

A) POSICIONES:

a) *Jurisprudencial*:

1. Tras las delimitaciones (*de-finitio*) conceptuales de la introducción, concreción del tema, exposición cronológica de las sentencias, notas críticas y resumen general sobre la línea jurisprudencial, se impone mi conclusión personal acerca del análisis operado por el Tribunal Supremo respecto a nuestro tema. Sin embargo, es pura apariencia esta mi pretendida argumentación, pues, como han puesto de relieve prestigiosos autores (356), en Derecho es la conclusión el factor determinante de las premisas en lugar de suceder lo contrario. Mis conclusiones acerca del análisis jurisprudencial vienen, pues, predeterminadas por la posición que inicialmente he adoptado en torno a lo que sea jurisprudencia.

De intento no he profundizado en el *quid nominis*, de lo que se entiende por jurisprudencia (357), en forma genérica. Ya al principio expuse que lo que aquí me importaba era el «para qué» de cada sentencia para así llegar al «por qué» de cada una de ellas. Dicho de otro modo, más que el *quid nominis* importa aquí el *quid rei*, y de ahí la «reviviscencia» de las sentencias y nuestro intento de aproximación a la realidad de lo que sea en verdad *línea jurisprudencial* acerca del legado parciario.

En esta nuestra itinerante aproximación al *quid rei* no basta con el análisis previo y la recapitulación final de todas las decisiones y su encuadre en unos grupos prefijados. Además, es preciso conocer el *modus operandi* del Tribunal Supremo en cada uno de los litigios y deducir los factores condicionantes de la decisión de cada litigio. Solamente entonces, con estos nuevos datos, estaremos en condiciones de poder concluir algo sobre qué sea la *realidad* acerca del legado de parte alicuota interpretado por nuestra jurisprudencia.

2. El «porqué» de cada una de las decisiones del Tribunal Supremo sobre nuestro tema viene, a su vez, predeterminado por el especialísimo *modus operandi* del Alto Tribunal. Genéricamente los Tribunales operan, suele afirmarse, utilizando uno de estos métodos tomados de la lógica: el argumento *a contrario*, la *reductio ad absurdum* y el método de la analogía (358).

(356) Véase PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, páginas 29 y sigs.; LOEVINGER, *Una introducción a la lógica jurídica*, págs. 39 y sigs.; Díez-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, pág. 113.

(357) Véase COVIAN, voz «Jurisprudencia», en «Enciclopedia Jurídica Española», tomo XX, pág. 703; CASTRO, *Derecho civil de España*, 1955, tomo I, págs. 550 y sigs.; CASTÁN, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, 1947, y *La formulación judicial del Derecho*, 1954; PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, s f.; Díez-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, 1963, págs. 11 y sigs., y *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, págs. 21 y sigs.

(358) Véase sobre la analogía: CASTRO, *Derecho civil de España*, I, págs. 533 y sigs.; LOEVINGER, op. cit., págs. 43 y sigs., y 115. PUIG BRUTAU, op. ult. cit., página 186.

Demos por buena esta afirmación genérica previa, que vendrá a ser como el punto de partida del razonamiento del Tribunal: este punto de partida habrá sido elegido a la vista de los hechos de cada litigio—la «historificación» de que nos habla Díez-Picazo—. Entonces el Tribunal procederá a la adaptación del caso concreto a la norma, o sea, técnicamente, a lo que suele llamarse «aplicación de la Ley», originando bien una jurisprudencia «interpretativa» de la norma, bien una jurisprudencia «descubridora» de los principios generales del Derecho (359). Finalmente, la elección por el Juzgador de los *standards* de decisión vendrá determinada en función de la idea personal del Juez sobre la justicia del caso, y así, por ejemplo, acudirá: a una norma del Código, a una decisión anterior similar, a los precedentes históricos, a la tradición o a la equidad. De manera que, *en principio*, el razonamiento del juzgador parece deductivo.

3. Resumida brevemente la usual mecánica del juzgador, habría aquí que añadir que las palabras jurídicas deben ser usadas con propiedad en las operaciones jurídicas (360).

Aplicado ello a nuestro objeto, podemos decir: que la significación jurídica de un término o palabra debe ser la técnica-jurídica; que una palabra no tiene el mismo sentido en diferentes contextos; que una palabra no tiene el mismo sentido en tiempos diferentes; y que el recurso de casación, por su técnica restrictiva, impone una limitación a temas determinados y taxativos en el conocimiento del litigio por el Tribunal Supremo

4. Previas las consideraciones expuestas, paso a precisar el método *aparente* seguido por el Tribunal Supremo en cada litigio y cuál fue el *standard* en que fundamentó su decisión:

a') Negación del legado parciario:

1. Caso «Abad c. Simón Abad» (1917): el método del Tribunal Supremo es aquí meramente interpretativo de las normas contenidas en los artículos 659, 660, 682, 700 y 687, en su aplicación al caso. La *ratio* de la decisión es la imidoneidad de uno de los testigos del testamento: aunque la verdadera y oculta *ratio* era la ineficacia total del testamento.
2. Caso «Brusola c. Díaz» (1920): también aquí hay simple interpretación de los artículos 1038 LEC, y 882 C. c. La *ratio* de la decisión radica precisamente en que el recurrente era un legatario de cosa específica y determinada
3. Caso «Berenguer c. Garcés» (1920): Aquí la interpretación hecha por el Tribunal Supremo es más bien «descubridora» de un principio general o categoría jurídica: el principio subjetivista que induce del artículo 668 C. c. La desestimación del recurso radica básicamente en la consideración de que la recurrente fue instituida heredera en el remanente (siendo también legataria del tercio libre) y existiendo otros legatarios parciarios (en el tercio de mejora).

(359) Así, en Díez-Picazo, *Estudios*, cit., pág. 31

(360) Para un conocimiento de lo que es la «semántica», véase la citada obra de LOEVINGER, págs 56 y 120, en especial los autores citados en nota 27.

b') Afirmación del legado parciario *obiter dicta*:

1. Caso «Ramírez c. Aguilar» (1898): el método empleado, más que interpretación, es pura *integración* de la norma testamentaria. Este método analógico conduce, es sabido, a un principio regulador de otra institución, obtenido por inducción: este principio es la regla de liquidación de que «el cálculo del legado del tercio se hace después de cumplidas las cargas de la herencia». La *ratio decidendi* radica en la institución de herederos «singulares» en una universalidad.
2. Caso «Corbacho c. Sánchez» (1918): también aquí hay método analógico o de integración de la norma testamentaria, y de él se induce el principio regulador contenido en el artículo 891 C. c. de la necesidad de la institución de heredero. La *ratio* de la decisión es la idea de equidad.
3. Caso del súbdito ruso don A. (1940): el método analógico y los principios generales obtenidos son aquí evidentes. Lo discutible es uno de los términos de la semejanza (posición del heredero a beneficio de inventario). La *ratio decidendi* es la obligación de rendir cuentas.
4. Caso «Torrellas c. Penas» (1949): método de interpretación de la norma (*lex privata*) contenida en el contrato de 1935 y su encaje en los artículos 1.091, 1.254 y 1.278, y 155-1º, 164 y 165 C. c. La *ratio decidendi* es la actuación de unos firmantes en nombre propio y no en representación legal de sus hijos menores.
5. Caso «Viuda de don Servando» (1950): se insiste en el método analógico y en la generalización de los principios obtenidos por esta vía en 1940. La *ratio* aquí radica en una norma específica: el artículo 1.064 C. c.
6. Caso «Hernández c. González» (1956): por una parte, se apoya en el principio *simile non est idem*, y por otra, se interpreta el artículo 1.252 C. c. y su posible encaje en el litigio precedente y el presente. La *ratio* aquí, obviamente, era la cosa juzgada.
7. Caso «Sánchez c. Becerra» (1963): el método es puramente interpretativo de las normas adaptables al caso; con el desarrollo *in extenso* final del argumento analógico de integración de las normas legales relativas al sucesor usufructuario. La *ratio* de la decisión es la idea de que el partícipe en una comunidad hereditaria actúa en provecho de los demás condueños.

c') Afirmación del legado parciario, *ratio decidendi*.

1. Caso «Juzgado Solana c. Prado» (1903): el método es de pura interpretación de los artículos 660 y 668 C. c. y su adecuación a las particularidades de la disposición testamentaria.
2. Caso «Zabalza Moral» (1963): el método analógico, de integración de la voluntad testamentaria, conduce a la condensación de los principios generales reguladores de la posición jurídica de heredero y de la posición de los legatarios parciarios. La obligación de rendir cuentas es fundamental. En otro caso, los legatarios de parte alícuota no podrían llegar a conocer la cuantía y composición de su legado.

5. En este momento es cuando estamos en condiciones de poder precisar la *posición* de la jurisprudencia al analizar el tema del legado de parte alicuota. A modo de recapitulación diremos que:

- 1.º Hay afirmaciones contradictorias en orden a una cláusula de «distribución de todos los bienes en forma de legado»: así, sentencias de 1917 y 1918.
- 2.º Hay una notable anticipación a las modernas teorías sobre interpretación testamentaria y el principio voluntarista: sentencia de 10 de enero de 1920.
- 3.º Hay una constante asimilación del legatario de parte alicuota al heredero que acepta a beneficio de inventario, y los efectos consiguientes en orden a responsabilidad por deudas.
- 4.º Hay una diferenciación detallada entre el legado parciario de usufructo y el parciario propiamente dicho.
- 5.º El método utilizado suele ser: o el de interpretación de la norma o el de integración analógica, indistintamente.
- 6.º Los principios generales obtenidos por generalización inductiva han evolucionado desde el mero *obiter dictum* a la *ratio decidendi*.
- 7.º El valor de la decisión de 1903 es, obviamente, muy superior a cualquier afirmación de otras sentencias posteriores.
- 8.º Técnicamente, la consideración jurídica acerca del legado de parte alicuota no ha sido la misma en 1900 que en 1920 o en 1940 o en 1963.
- 9.º La técnica deformante del recurso de casación ha supuesto la omisión del análisis de puntos del legado parciario interesantes: derecho de acrecer, colación, reglas de cálculo, etc.
10. El verdadero «precedente» judicial supone, en rigor, un caso ya decidido. Para que, en consecuencia, la doctrina jurisprudencial contenida en la decisión del caso «Zabalza Moral» (1963)—que hoy crea ya una presunción en pro del principio subjetivista «acumulativo», acerca de la posición de heredero—se convierta en doctrina legal citable en casación, se requiere: repetidas, constantes, reiteradas e idénticas sentencias en que el motivo o *standard* decisorio sea precisamente idéntico al contenido en el caso «Zabalza Moral» (361).

b) *Doctrinales.*

1. Cuando al principio hice la doble consideración sobre el contorno y dintorno del tema a estudiar, quedaban ya perfilados estos matices finales. Estudiado y analizado el «dintorno» en los apartados precedentes, y precisado allí lo que por «contorno» entendía, parece, pues, superfluo que aquí se reitera que no voy a entrar en la crítica de las aportaciones doctrinales sobre nuestro tema (362).

2. También a lo largo de este trabajo se han recogido y matizado las opiniones de los autores acerca de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el legado parciario. En tal sentido, los comentarios a la sentencia de 1940 han

(361) En tal sentido: DE CASTRO, *Derecho civil*, I, págs. 563 y 566

(362) Véase los estudios citados en las notas 6 a 13, precedentes.

sido tan brillantes como profundos; así, los nombres de OSORIO MORALES, BONET RAMÓN, ROCA SASTRE y VALLET, deben aquí citarse.

3. Sin embargo, propiamente hablando, los únicos autores que exponen un tratamiento completo y unitario de todas las sentencias del Tribunal Supremo acerca del legado de parte alicuota, han sido: PUIG BRUTAU, LACRUZ BERDEJO y CASTÁN. Claro está que el tratamiento, análisis y valoración de la doctrina jurisprudencial lo hace cada uno de ellos en función de la obra en que tales comentarios se recogen y en el contexto preciso que el plan general de su obra requiere.

a') LACRUZ (363) hace su exposición, sucinta, en un epígrafe del capítulo destinado al «legado de parte alicuota», a continuación de los precedentes históricos y del régimen del C. c., *pero antes* de exponer su posición. Dice el notable tratadista que «la jurisprudencia, sin haber profundizado en la materia, admite la posibilidad del legado de cuota. Algunas vacilaciones que en ella se observan son debidas a una apreciación desenfocada de ciertas similitudes que se observan entre el sucesor en cuota y el heredero». Sus juicios son tan breves como exactos.

b') CASTÁN (364), con sus geniales dotes compilatorias, nos brinda un espléndido resumen de todos los puntos importantes del Derecho sucesorio actualmente en crisis.

Quizá, genéricamente, se le pueda objetar una cierta inclinación al matiz objetivista en la determinación del concepto de heredero, posición personal digna de respeto. Especialmente, recoge todas las aportaciones de los autores y jurisprudencia en torno al legado de parte alicuota, las sintetiza y expone luego su crítica personal. La posición ecléctica del insigne maestro se dibuja antes, en y después de la exposición de la doctrina jurisprudencial. Nos dice, por ejemplo: «Trabajan y fallan los Tribunales no con vistas a la pureza de una dogmática . . . sino con la misión de aplicar los textos legales a los casos de la realidad, siempre tan compleja. Más que de la naturaleza de las instituciones, han de ocuparse de los efectos prácticos de las mismas».

Tras este punto de partida tan claro, dice a continuación: «sin embargo, un buen método jurídico exige manejar, en una cierta medida, los conceptos y las construcciones. Y, sobre todo, el Tribunal Supremo, en su función de sentar doctrina, aunque no ha de abusar de las declaraciones teóricas, se ve forzado a velar por la técnica y sistemática del Derecho» Estas últimas afirmaciones creo que no pueden tener un valor indiscutible, pese a la gran autoridad moral del maestro de juristas. Parece que la *misión* del Tribunal Supremo es: formar jurisprudencia; ser guía y ejemplo que sirva de contraste a la interpretación jurídica; modelo en la función de aplicar las Leyes, al servicio de la mejor interpretación de Leyes, costumbres y principios generales (365).

A la luz de lo que la moderna doctrina entiende por jurisprudencia es como han sido desarrolladas mis consideraciones precedentes, quizá en desacuerdo con las ideas del admirado maestro, que se refiere a que «... quizá por ello (dificultades del método jurídico, en relación con tendencias históricas diversas) no han sido perfectas las realizaciones de nuestra jurisprudencia». Perso-

(363) Véase *Derecho de sucesión*, I, pág. 90, nota 5.

(364) Véase *La dogmática . . .*, cit., págs. 113 y sigs.

(365) Así, DE CASTRO, op. últ., pág. 566.—También PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente de Derecho*, págs. 221 y sigs.

nalmente, entiendo que lo que el Tribunal Supremo ha hecho en cada caso contemplado es resolver un litigio predeterminado por un conflicto vital de intereses contrapuestos: resoluciones absolutamente justas en casi todos los casos (a salvo lo dicho respecto de la sentencia de 1949).

Por todo ello, no puedo compartir las ideas que, a modo de resumen, elabora el maestro: 1.º porque, en ningún caso de los examinados, cabe hablar de que el Tribunal Supremo «se ha esforzado por combinar y conciliar los elementos subjetivo y objetivo, ni de un «enfoque del problema de la determinación del título de la sucesión» (366); 2.º, tampoco creo defendible la afirmación de que «fuera de este injerto de naturaleza subjetiva (la admisión del legado parciario), no puede decirse que, en general, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo haya patrocinado abiertamente la pura teoría subjetivista...», afirmación inconsistente si se releen los casos objeto de este estudio; 3.º, menos todavía defendible su resumen final en pro del criterio objetivo y su atenuación por vía jurisprudencial del legado de parte alicuota, «figura excepcional y anómala», consideraciones que he criticado en mi comentario a la sentencia de 1940.

c) PUIG BRUTAU (367) centra verdaderamente la cuestión al decir que «el verdadero problema que el legado de parte alicuota plantea ha de ser comprendido con el examen de los casos en que su existencia ha sido afirmada o combatida. Tiene mucha importancia, como siempre, individualizar la cuestión efectivamente discutida y subrayar el valor de la doctrina que verdaderamente sea fundamento de la solución». Hace un resumen de las principales diferencias en torno a las que se ha litigado. Expone con detalle parte de las sentencias sobre el tema (368), y finaliza con el régimen normativo del legado parciario, tomado de VALLET.

Es particularmente importante su afirmación de que «no será fácil superar la confusión (entre heredero y legatario de parte alicuota) en tanto se discuta en torno a la dualidad de criterios subjetivo y objetivo. Conviene reconocer que no son incompatibles ni opuestos, sino que deben integrarse...». Es evidente para PUIG BRUTAU que tanto uno como otro criterio tienen pros y contras: el *subjetivo* tiene a su favor que es cierto que el testador ha de haber querido nombrar a uno heredero y a otro legatario; y en contra, que es muy dudoso que de verdad lo haya querido si no conoce o tiene una idea clara de la diferencia entre una u otra cosa, o sea, si en su mente no se ha reflejado claramente la diferencia que objetivamente existe entre ser heredero o legatario, como consecuencia de la calificación adoptada. El criterio *objetivo* tiene a su favor esto último dicho; y en contra, que desconoce la clara diferencia entre heredero y legatario de parte alicuota (si se utiliza sólo para negar este legado): los herederos se subrogan en todas las titularidades transmisibles del causante, y ello *antes* de la efectiva liquidación de la herencia; los legatarios adquieren los bienes legados *sólo después* de tal liquidación.

La figura del legado de parte alicuota, nos dice, debe ser mantenida, a través de la intención del testador, sobre la base objetiva que puede darle realidad: tiene derecho a adquirir una fracción del activo resultante después de pagadas las deudas del causante (no le afectan las deudas, sino el resultado de la liquidación).

(366) Me refiero aquí a las sentencias anteriores a 1963; nótese que la obra de CASTÁN Heva fecha de 1960.

(367) Véase *Fundamentos...*, cit., tomo V, volumen 1.º, págs. 72, 74 y 86 sigs.

(368) Nótese que la fecha de la obra es de 1961.

Finalmente, recojo su afirmación de que nuestro tema de estudio—y otras cuestiones de nuestro Derecho de sucesiones—«aguardan solución más convincente a base de un reexamen profundo de la tradicional idea romana de sucesión».

4. Prácticamente, el tratamiento doctrinal del tema puede incardinarse en las precisiones de LACRUZ y PUIG BRUTAU como substrato o fondo, con la vestidura del régimen jurídico tomado de VALLET. La perspectiva acerca de nuestro tema queda así perfilada y completada.

B) RESUMEN.

Tras la serie de análisis, viene ahora la síntesis, que se va a concretar en orden a los siguientes puntos: noción del legado parciario, supuestos dudosos testamentarios, modalidades de este legado y normativa del mismo.

a) *Noción*.—La sentencia de 1963 («Zabalza Moral») recoge en forma clara el principio espiritualista, de modo que si falta el *nomen heredis* y hay llamamiento universal se estará en presencia de un legado de parte alicuota.

Ello no obstante, no siempre será esto exacto, sino que se tratará de un problema de interpretación, y en su caso, integración de la voluntad expresada en el testamento.

En tal sentido, la opinión de PUIG BRUTAU, citada, de armonizar los principios subjetivo y objetivo y examinar si con la intención del causante encajan las consecuencias resultantes de la calificación adoptada, me parece la preferible.

b) *Supuestos dudosos testamentarios*.—Se ha podido observar que en los doce litigios había cláusulas testamentarias conteniendo este legado o fórmulas similares. De ellos surge este encuadre: siete (quizá nueve) testamentos notariales, un ológrafo y dos ante testigos.

Para la correcta interpretación de los distintos tipos de cláusulas, me remito a la exposición de VALLET y a mis comentarios a las sentencias de 1903 y de 1940 (369). Conforme a la posición de LACRUZ, la atribución de cuota tiene el valor *presuntivo* de institución de heredero (en defecto de ésta).

c) *Modalidades de este legado*.—También me remito a mi comentario a la sentencia de 1940. Habrá que precisar, siguiendo a LACRUZ, si se trata: de legado de todo o parte del activo (bruto o líquido), de valor puro o del remanente.

d) *Normativa de este legado*.—Debe acudir, fundamentalmente, a VALLET (370).

Esta normativa presupone una serie de cuestiones que la doctrina ha ido procurando resolver; pero no todas ellas han sido objeto de estudio por la jurisprudencia, quizá en parte por la técnica especial de nuestro recurso de casación. Vamos, por tanto, a aludir a algunas de estas cuestiones:

(369) Véase Comentario final, punto 4.º, apartado a'), b'), c'), d'), e') y f').

(370) Véase *Apuntes...* cit., págs. 271 y sigs. También ROCA, *Estudios de Derecho privado*, II, pág. 195; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, volumen 1.º, págs. 99 sigs.

1.^a Posición jurídica del legatario parciario.

— Conforme a la sentencia de 1940, y posteriores, ocupa un lugar intermedio entre el legatario ordinario y el heredero, muy similar a la del heredero a beneficio de inventario. Esta tesis, poco correcta, fue ya criticada más arriba.

Conforme a la doctrina (VALLET, ROCA PUIG BRUTAU), este legado sólo atribuye al llamado una fracción del activo que resulte después de pagadas las deudas del causante y de cumplidas las obligaciones hereditarias. Por ello, su efectividad depende de que reste activo líquido después de la liquidación de la herencia: este legatario sólo es adquirente de una parte del activo neto, si lo hay.

— El legatario parciario no se subroga en las relaciones jurídicas activas y pasivas del causante. es legatario, no heredero, y frente a los acreedores de la herencia su condición es de «tercero». La sentencia de 1940, y posteriores, afirman que la responsabilidad por deudas de este legatario es similar a la del heredero a beneficio de inventario, tesis poco correcta, según dijimos.

Cabe que el testador ordene un legado parciario e imponga al legatario la obligación de pagar algunas deudas: pero entonces el legatario queda obligado, no como «sucesor» del testador, sino como sujeto pasivo o responsable de una «carga» impuesta a su legado.

Estas ideas claras, contrastadas con los supuestos litigiosos, ofrecen curiosas perspectivas. Así, la sentencia de 1963 («Zabalza Moral») contenía una cláusula de ordenación de legado parciario imponiendo el pago de las deudas del negocio «La Exclusiva»; pero tal imposición al legatario no podía evitar ni alterar la responsabilidad general del heredero (art. 1.084 C. c.), sin perjuicio de que los legatarios respondieren *pro viribus* (art. 858-2º) de tal carga.

Para el tema de responsabilidad por deudas, me remito a mis comentarios precedentes a las sentencias, en especial al efectuado respecto de la sentencia de 1940.

— Otra consecuencia de la posición jurídica del legatario parciario, supeditado a la liquidación de la herencia, es la relativa al orden de preferencia de titularidades. Se anteponen a este legado: primero, los créditos contra el causante; segundo, las legítimas y su respectivo suplemento, en su caso, y tercero, los legados de otra clase (arg. art. 887 C. c.) Sin embargo, si el legado parciario es *en pago de legítima*, tiene carácter preferente a cualquier otro.

Esta regla era especialmente aplicable al caso «Zabalza Moral», en que un demandado era colegatario parciario y, además, legatario de un piso. También puede tener aplicación en otros de los litigios examinados.

2.^a Cálculo de este legado.

— La noción expuesta del mismo, como atribución de una parte del activo neto que reste tras la liquidación de la herencia, habrá de ajustarse a cada una de las modalidades que en la práctica pueden presentarse.

En principio, parece obvio que el *cálculo* de las deudas del causante, como partida del pasivo, es una operación *previa* a la determinación del saldo líquido de la herencia. Operación indispensable para averiguar la cuantía de las legítimas. Y lo mismo cabe decir respecto del legatario parciario, en principio: puede exigir la liquidación «contable» de la herencia.

Sin embargo, la sentencia de 1898 antepuso al heredero a los legatarios parciarios en este punto de la previa detracción de las cargas hereditarias; la de 1950 tampoco fue muy precisa en este punto, aunque la norma del artículo 1.064 era clara y aplicable; y la de 1963 («Zabalza Moral»), recogiendo el espíritu de la Resolución de 1935, hizo una correcta aplicación de estas ideas de liquidación y cálculo del legado.

3.ª Integración en la comunidad hereditaria.

— La problemática, aquí, radica en que la comunidad hereditaria solamente está integrada por los herederos. De mantener al legado de parte alicuota como tal legado, parece difícil su encaje en dicha comunidad. Todo ello en pura jurisprudencia de conceptos.

Si atendemos a la realidad de las necesidades vitales e intereses en conflicto, la perspectiva cambia: Todo dependerá de la configuración dada al legado y de la modalidad prevista por el testador. Parece, en principio, defendible la tesis de que se le considere como un comunero más, a salvo el caso de que el legado sea de valor puro (LACRUZ).

La particularidad de esta cotitularidad con los herederos la explica VALLET (371): si sólo forman parte de ella los herederos, el número quebrado representativo de la participación de cada uno prefija la proporción de su parte correspondiente, tanto en el activo como en el neto; en cambio, el quebrado asignado a los legatarios de parte alicuota sólo puede referirse al residuo líquido

No ha tenido reflejo este punto en los litigios debatidos ante el Tribunal Supremo, aunque de las ideas anteriores cabe deducir aprovechables consecuencias en cada supuesto.

— De entre las numerosas *consecuencias* que de su condición de comunero se desprenden voy a aludir tan sólo a algunas:

1) Derecho a intervenir en la partición.

— Parece incuestionable, a la vista del artículo 1.083 C. c., que otorga este derecho a los simples acreedores de la herencia. Aunque el verdadero problema radica en precisar si la partición devendría ineficaz sin la intervención del legatario parciario, o de otro modo, si tal intervención consiste en una verdadera participación activa en todas y cada una de las operaciones de la partición o si es una mera fiscalización. A su vez, este problema hace tránsito a otro: el de la división de la comunidad, poniendo fin a la cotitularidad, con su anejo de la posesión o coposesión de los bienes hereditarios.

Este problema era particularmente interesante en la sentencia de 1949, pero ni siquiera fue aludido por los litigantes (ni por el Tribunal Supremo), y es de posible y previsible juego en casos similares.

— Es cuestionable si puede hacer la partición como comisario (372).

(371) Véase *Apuntes* ..., cit. págs. 274 y sigs.

(372) Véase Resolución de 30 de junio de 1956, que lo decide en sentido afirmativo.

2) *Retracto* (art 1067).

- Problema ya tratado por ROAN y VALLET, creo que en forma definitiva. Habrá que estar a lo especialmente dispuesto por el testador y a la modalidad del legado, por lo antes dicho.

3) *Derecho de acrecer*.

- Este punto era fundamental en la sentencia de 1903, pero ni siquiera fue aludido. No puede ello criticarse, por lo expuesto ya al comentar la sentencia. Pero cabe añadir alguna consideración (373), válida para otros casos.

Conviene recordar que las normas del Derecho romano, en orden al acrecimiento en los legados, eran distintas a las existentes respecto de la herencia. Los autores afirman que el fenómeno del acrecimiento en el legado *solamente* cabía cuando los colegatarios eran llamados en la totalidad del objeto: era el requisito de la identidad de la cosa el único a considerar, y no el de si la llamada fuera en la misma (*coniunctim*) o en diversa (*disiunctim*) disposición. Se trataba, por tanto, de un acrecimiento especial, voluntario y excepcional.

Sin embargo, en el Derecho moderno hay una asimilación absoluta entre el acrecimiento entre legatarios y el acrecimiento entre herederos: el artículo 987 dispone que «tendrá lugar entre los legatarios en los mismos términos establecidos para los herederos», lo que implica la aplicación de los artículos 982 y siguientes (salvo el 986, sustituido por el artículo 888). De todo ello se deduce que para que exista el acrecimiento *se precisará* que dos o más legatarios sean llamados conjuntamente a un mismo objeto sin especial designación de partes. Es discutido si deben ser llamados en una misma cláusula de un mismo testamento, y es también discutido si el acrecimiento queda excluido en legados consistentes en derechos de crédito.

En la aplicación de estas ideas al legado de parte alicuota habrá que estar a la voluntad del testador, según la modalidad dispuesta por el mismo (374): en suma, se tratará de un problema de interpretación de la voluntad testamentaria. Creo que habrá que distinguir:

1. Si son varios los llamados como legatarios de una misma parte alicuota: presumiblemente juega el acrecimiento entre ellos.
2. Si hay varios legados de parte alicuota, con llamamiento plural en cada legado: habrá de interpretarse la voluntad testamentaria y concordarla con los artículos 982 y 983; en principio, parece que el acrecimiento sólo procederá en cuanto a los llamados a un mismo objeto o cuota, y no en cuanto a los demás legados.
3. Si uno o varios legados parciarios coexisten con una institución de heredero: habrá que subdistinguir:

(373) En tema de Derecho de Acrecer, pueden verse: PABLO BELTRÁN DE HEREDIA y ONÍS, *El Derecho de Acrecer*, 1956, págs 18 y 148 y sigs.; GONZÁLEZ PALOMINO, *El acrecimiento en la mejora*, en «Estudios de Arte Menor», 1964, tomo II, págs. 207 y sigs.; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, II. 1948, págs. 217 y sigs.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., tomo V, volumen II, 1963, págs. 335 y sigs.; VALLET, *Dictamen*, en ADC. XII-4, 1959, pág 1.304, y LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, I, págs. 210 y sigs.

(374) Véase mi comentario final a Sentencia de 1940; remisión de la nota 369.

- Si el heredero es llamado en una cuota: la vacante del legado (o legados) parciarios pasará a los herederos legítimos: así, VALLET (arg arts. 764-2.º, 986, y 912-2.º).
- Si el heredero es universal: la caducidad del legado parciario beneficia al instituido, que queda liberado de la carga o gravamen que el legado le suponía.

4.ª Colación por el legatario parciario.

Fundamentalmente, será un problema de interpretación de la voluntad del testador. Ya vimos cómo la reciente sentencia de 1963 («Zabalza Moral») imponía la obligación de colacionar al legatario de parte alicuota, y cómo tal obligación, técnicamente, no es correcta.

Tanto los precedentes históricos como el fundamento y estructura jurídica de la colación, así como la peculiar razón de ser del legado, imponen necesariamente la no sujeción del legatario de parte alicuota al instituto de la colación. La opinión de los autores, según vimos, es unánime en tal sentido.

El problema es particularmente interesante si el legado de parte alicuota está ordenado *en pago* de la legítima del legatario VALLET, con su habitual maestría (375), ha estudiado la posición jurídica del legitimario donatario no heredero, a efectos de colación, examinando los distintos supuestos posibles. De todos los supuestos, interesa aquí aquél consistente en el legado parciario dispuesto a favor de un legitimario al que *inter vivos* se hizo una donación *sin* carácter de mejora: el problema es de *imputación*, por supuesto. Pero, ¿qué debe imputarse primero a la legítima? VALLET cree que debe imputarse primero lo donado y después lo legado.

En suma, el legatario parciario no debe colacionar.

5ª El legatario parciario y la partición de la herencia.

Ya antes hablamos de su situación dentro de la comunidad hereditaria y de su derecho a intervenir en la partición. Nos interesa aquí concretar algunas cuestiones:

1) Firma de la partición

Parece incuestionable que: si el legatario es titular de una cuota del activo líquido, si debe intervenir como «parte» interesada en algunas de las operaciones particionales, si debe conocer la cuantía y composición del caudal relicto y de su lote, lo lógico es hacerle intervenir en el otorgamiento y suscripción del cuaderno particional.

2) «Periculum rei» y problemas de frutos y mejoras.

Todo dependerá de la modalidad del legado y de la parte alicuota asignada (arg. art. 882).

? *Posesión de los bienes y entrega del legado (376)*

En principio, la posesión civilísima (art. 440) solamente favorece a los instituidos herederos Serán, pues, los herederos quienes deben poner en posesión a los legatarios de su lote (arg. arts. 885 y 1.462).

Cabe distinguir, con DE LOS MOZOS, los supuestos siguientes:

1. Si de la interpretación del testamento se deduce que no se trata propiamente de un legado parciario (377), sino de una institución de heredero los así llamados reciben la posesión civilísima en unión de los demás herederos.
 2. Si el legado es de valor puro (el legatario tiene un derecho de crédito): la adquisición de la posesión es contingente del pago del legado, por lo que la situación es la normal de todo legado.
 3. Si el legado es de cuota del activo o del remanente, con derecho a *pars bonorum*, y siendo cotitular en la comunidad hereditaria recibe la copropiedad de tales bienes, pero *no* la posesión civilísima. Es supuesto equivalente al del legado de cosa específica, que confiere al legatario la propiedad, pero éste debe pedir al heredero la posesión.
 4. Si el legado parciario es *pro legitima* parece que no por establecerse a favor de un legitimario deben resultar modificadas las normas generales. El legitimario no adquiere la posesión directamente de su causante, ni puede ocupar por sí mismo las cosas legadas (VALLET en contra).
 5. Si el legatario parciario ha sido autorizado expresamente por el testador para que por sí mismo tome posesión de lo legado parece que, pese a ello, debe pedir al heredero la entrega del legado, conforme a los precedentes históricos y la regla del artículo 885 (VALLET en contra).
 6. Si el legado es del usufructo de una cuota de la herencia: la tendencia doctrinal lo configura como legado, reafirmado por la sentencia de 1963 (caso «Sanchez c. Becerra»). Rigen las normas generales.
 7. Si el legatario ha tomado posesión de lo legado por autorización tácita del heredero: la dificultad es la constancia o prueba de tal autorización, y el inconveniente de la nueva redacción del artículo 83 R. H. No habiendo persona obligada a la entrega, creemos factible acudir al acta de notoriedad.
- 4) *Aseguramiento hipotecario de los derechos del legatario parciario.*
- Si el legado es de valor puro tendrá derecho a utilizar la anotación preventiva del artículo 48 L. H.
 - Si el legado es de cuota del activo tendrá derecho a la anotación preventiva del artículo 42-6.ª y 46 L. H. y 146 y 152 R. H.

(376) Véase DE LOS MOZOS, *La adquisición de la posesión en los legados*, ADC, XV-IV, 1962, págs. 865 y sigs., en especial los apartados II-2), b) y e)

(377) Por ejemplo, casos de legado de toda la herencia o de todos los bienes del causante o varios legados de cuota que agoten el caudal, SIN EXISTIR heredero designado (epígrafes a') y c'), véase sentencia de 1940, Comentario final).

5) *Pago en metálico del legado «pro legitima».*

— El problema de si el legado de parte alicuota debía ser pagado en dinero o en bienes hereditarios se refirió siempre a las facultades del *heredero* al respecto. Jamás se puso en tela de juicio que el *testador* podía imponer una u otra forma de pago

En tal sentido, DE LA CÁMARA ALVAREZ (378).

1. La polémica proviene del Derecho romano y devino clásica, decidiéndose los autores por la solución de que el heredero podía elegir entre pagar en dinero o en especie: solución aplicable al legado de «cuota de los bienes», pero *no* al legado de «cuota de la herencia». La Ley 20 de Toro modificó esta solución tradicional, imponiendo que las *mejoras* de cuota se pagaren con bienes de la herencia. Pero *su ámbito* de aplicación era más extenso, pues, además de las mejoras, trataba del legado del quinto a un hijo o a un extraño. Por lo cual se entendió comúnmente que la opción del heredero quedaba *suprimida* para toda clase de legados de parte alicuota.

De esta manera, la *preferencia* del pago en especie originaba la participación del legatario de parte alicuota en la comunidad hereditaria sobre los bienes, aun cuando no recibía su posesión como los herederos. Por ello, nos dice LACRUZ, aluden al legado de parte alicuota los artículos 1.038, 1.049, 1.055, 1.056 y 1.065 LEC.

2. En el fondo, lo que con tal polémica se pretendía—nos dice DE LA CÁMARA—era hallar la forma de pago más conforme con la verdadera voluntad del testador.

A juicio de este autor, no ofrece ninguna dificultad ordenar el testador un legado de parte alicuota con facultad del heredero para pagar en dinero o en bienes de la herencia: se tratará, en suma, de una variante de legado alternativo o facultativo, expresamente permitido por el artículo 874 C. c.

3. En cuanto a las distintas vicisitudes que los distintos tipos de partición puedan originar con relación al legitimario-legatario, me remito a la brillantísima y exhaustiva exposición de DE LA CÁMARA (379).

4. El legado *pro legitima* foral tiene diverso alcance. Conviene recordar las soluciones permisivas de las Compilaciones Catalana y Balear (Ibiza y Formentera), en orden a este problema

6.^a *Relaciones obligatorias de que el causante era titular.*1) *Créditos.*

Si, con posterioridad a la partición, los herederos cobran algún crédito no adjudicado, deberán satisfacer a los legatarios parciales la parte que les corresponda. El problema es el de si los legatarios podrán dirigirse a tal efecto contra los herederos: VALLET entiende

(378) Véase su extraordinario trabajo *Estudio sobre el pago con metálico de la legitima en el Código Civil*, Centenario de Ley del Notariado, 1964, págs 709 y siguientes, en especial págs 933-934 y nota 307.

(379) Véase op cit. págs. 823 y sigs

que sólo podrán usar de la acción subrogatoria, si se dieren los requisitos de ésta.

Más dudoso es el problema relativo a la cancelación de las garantías reales que protejan a los créditos hipotecarios: conviene distinguir entre el cobro y la cancelación, cada uno de los cuales tiene distintos regímenes de capacidad y legitimación. Véase artículo 178 del Reglamento Hipotecario

2) *Deudas posteriores a la partición.*

En principio, responde solidariamente el heredero o herederos (art. 1.084). Sin embargo, cabe que el heredero accione contra el legatario parciario al objeto de obtener un reajuste de la cuota legada, ya que en definitiva la cuota queda supeditada al resultado de la liquidación de la herencia. Esta es la posición de VALLET, quien afirma se trata de una simple aplicación de la doctrina general del error «en cantidad» (art. 1.266-3.º) y, por analogía, de los artículos 1.533 y 1.534.

7.ª *La impugnación del testamento y el legado parciario.*

- 1) Supuestos en que el testamento contenga uno o varios legados parciarios *sin* designar herederos (380): este testamento, ¿puede ser impugnado por *preterición*?

Este era el punto básico litigioso en el caso «Corbacho c. Sánchez» (Sentencia de 1918), resuelto como vimos por el Tribunal Supremo en sentido negativo. En la misma línea, VALLET, quien dice que tales legatarios *no* son herederos, y que se aplicará el artículo 817 y no el 813.

Creemos, sin embargo, que el problema habrá de resolverse en base a la interpretación de la voluntad testamentaria.

- 2) Si el legatario parciario fuere testigo del testamento, ¿deviene éste ineficaz?

— Recordemos en este lugar el caso «Abad c. Simón» (Sentencia de 1917), antes comentado.

— La incapacidad parece que afecta exclusivamente a los testigos instrumentales. *no* a los de conocimiento. Así, LACRUZ.

No obstante, el problema básico es la coordinación de los artículos 754 y 682 C. c., lo que comportaría distinta solución a la cuestión más genérica de si la ineficacia del testamento es total o parcial (381).

VII. CONCLUSIONES.

1ª *La regla del «precedente».*

1. Siendo el proceso a modo de un debate preordenado para la justa composición de intereses, y dada la especial configuración de nuestro recurso de

(380) Véase nota 372 precedente.

(381) Véase para todo ello: LACRUZ. *Derecho de sucesiones*, I, pág. 260.

casación, se ha repetido en forma constante que el Tribunal Supremo, nuestra jurisprudencia, con su decisión lo que hace y pretende es resolver un conflicto de intereses.

También se ha delimitado el *modus operandi* de nuestro Tribunal Supremo en orden a los litigios examinados, y el método y *ratio* utilizado en cada caso. El Tribunal Supremo, bien con pura técnica interpretativa, bien descubriendo nuevos principios generales del Derecho, ha utilizado unos métodos *aparentemente* deductivos: y la solución al litigio ha obedecido casi siempre a consideraciones acerca de lo que era realmente justo en cada caso. Dicho de otro modo, la solución venía impuesta por el relieve del *problema* respectivo: por ejemplo, si es justo que el legatario parciario responda de las deudas de la herencia.

En consecuencia, si el Tribunal Supremo articula sus decisiones en función del problema ineludible, si elige las premisas objetivamente adecuadas en base a una serie de conceptos y proposiciones arbitrariamente seleccionados, si acude a repertorios de puntos de vista conocidos, si su punto de partida es el sentido común y no un *primum verum*, hemos de concluir necesariamente en que el método utilizado es tópico (382) y no sistemático.

Sin embargo, pese a que originariamente lo que pone en marcha el mecanismo jurisprudencial es una *problemática* (y de ahí las proposiciones centrales del razonamiento del Tribunal), el fenómeno lógico de la conclusión se desprende por el juego de la deducción. De ahí las dificultades que implica el determinar en cada caso dónde está el tránsito efectivo de la mentalidad tópica a la sistemática o deductiva. Pero siempre se acude a conceptos y proposiciones previamente elaborados por la tópica, que asegura el posterior método deductivo, en base a una sistematización o catálogo de tópicos jurídicos.

La tópica o «arte de la invención» es el arte de tener presentes en cada situación vital las razones que recomiendan y las que desaconsejan dar un determinado paso. Tal juego de suscitaciones viene provocado por el problema objetivo y concreto. Es, por tanto, la tópica una técnica del pensamiento problemático.

2. Hemos visto cómo la jurisprudencia opera con una técnica problemática y cómo acude a la tópica. Volvamos ahora de nuevo a la consideración de Díez-PICAZO de que la jurisprudencia puede ser interpretativa de la norma o descubridora de los principios generales del Derecho: tanto en una forma como en otra de «aplicación de la Ley» el procedimiento utilizado preferentemente es la tópica.

— En efecto, nos dice VIEHWEG (383) que, en primer lugar, la tópica se infiltra en el sistema jurídico a través de la interpretación, con la cual se abren nuevas posibilidades de entendimiento del problema sin lesionar las antiguas; se mantienen las fijaciones precedentss, sometiénolas a nuevos puntos de vista. En segundo lugar, la tópica irrumpe con la «aplicación del derecho». En tercer lugar, con el uso del lenguaje espontáneo; y en cuarto lugar, de la simple situación de los hechos, necesitados de tratamiento jurídico.

El centro de gravedad de todo el razonamiento es la *interpretación* en sentido lato, y por ello, radica en la invención. La lógica, la usualmente llamada «subsunción jurídica», le está subordinada.

(382) Véase la extraordinaria obra de VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, páginas 27, 38, 50 y 60 y sigs.

(383) Op. cit., págs. 118 y sigs.

— Concluye VIEHWEG (384) en que la jurisprudencia, como técnica al servicio de una aporía o problema fundamental (qué sea lo justo aquí y ahora), debe corresponder con los puntos esenciales de la tópica. Para ello establece estos presupuestos: 1) que la estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar *desde* el problema; 2) que los conceptos y proposiciones de la jurisprudencia tienen que quedar *ligados* de modo específico con el problema y sólo pueden ser *comprendidos* desde él; y 3) que los conceptos y proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación tal que conserve su vinculación con el problema, y cualquier otra es preciso evitarla.

— Que todas estas consideraciones de VIEHWEG son importantes y especialmente aplicables a nuestro estudio, nos lo demuestra una visión completa y con amplia perspectiva de conjunto de todos los litigios que nuestro Tribunal Supremo resolvió: lo único efectivamente *permanente* fue la aporía fundamental, el problema acuciante de qué era lo justo *hic et nunc* en relación con el legatario parciario; las proposiciones jurídicas y conceptos singulares utilizados (por ejemplo, la semejanza con el heredero a beneficio de inventario, el principio subjetivista, la responsabilidad *ultra vires*, la detracción de cargas), sólo cobran su verdadero sentido *desde* la cuestión de la justicia; las transformaciones de los conceptos y los conceptos mismos están, pues, ligados de modo especial con el problema, no es la deducción la operación fundamental, sino la especial elección de premisas, que se produce como consecuencia de un determinado modo de entender el derecho, a la vista de la aporía fundamental. Los principios jurídicos (responsabilidad por deudas, por ejemplo), a veces muy amplios y otras demasiado estrechos, sólo proporcionan unos resultados *aceptables* cuando se les liga con la idea de justicia y, en este sentido, se les disecciona primero y se les recompone después; tomados de modo absoluto, los principios son inaplicables, y deben ser diferenciados continuamente; todo principio (verbi-gracia, principio *voluntas spectanda*) tiene la pretensión de aspirar al monopolio o señorío sobre los demás y convertirse en axioma; y el jurista sabe que los principios tienen que ser quebrados, limitados y modificados.

En resumen: la primacía del problema acerca de lo justo influye sobre la técnica a adoptar; la postura aporética o problemática, que abarque una amplia plétora de situaciones, con variados puntos de vista, es insoslayable para la jurisprudencia.

3. La técnica problemática y su conexión con la tópica, utilizada por nuestra jurisprudencia, hace que sus distintas decisiones cobren un valor y significación diferentes, que están en función del respectivo litigio. Antes quedaron examinados todos ellos y el valor de la decisión respectiva.

Pero interesa aquí saber si tales decisiones tienen un valor experimental, a modo de ejemplo o parábola, o si pueden ser imputadas a un sistema de reglas generales, a modo de proverbio (385). Esta distinción de E. S. ROBINSON, citada por PUIG BRUTAU, suele usarse como gráfica de los sistemas del *Common Law* y del Derecho europeo continental. Sin embargo, en la práctica la diferencia entre ambos sistemas es mínima: sólo reside en que los principios generales del *Common Law* no están adscritos a una expresión verbal determinada.

Lo que ocurre en la realidad jurídica es que el Derecho de los sistemas con-

(384) Op. cit., págs. 128 y sigs.

(385) Véase PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia*, cit. págs. 207 y sigs., en especial 212.

tinenciales europeos manifiesta una diversidad entre *lo que se hace y lo que se afirma que se hace*; ello proviene de su doble condicionamiento: de la necesidad de dictar una sentencia justa, y, al mismo tiempo, de la de imputar la solución, cualquiera que sea, a la «previsión» del legislador.

Esta doble consideración impone, claro está, un distinto *grado de persuasión* de las sentencias de los Tribunales europeos, según estén *basadas* en el sentido común o fondo del asunto (qué sea lo justo) o en razones de tipo formal o exclusivamente legalistas. Las *razones formales* contribuyen a la formación de una regla general; *las directas o sustanciales* vienen implicadas en la interpretación que el Juez hace de los hechos.

En definitiva, la raíz oculta de toda decisión judicial consistiera en consideraciones de oportunidad o conveniencia pública, en virtud de la facultad de elección que el Juez tiene. Con lo que las circunstancias personales del Juez son siempre relevantes (386).

Termina PUIG BRUTAU (387) diciendo que cuando sea necesario prever la futura decisión de un tribunal de instancia, será preciso tener en cuenta el criterio del Tribunal Supremo, con independencia de que se trate de doctrina reiterada: ha de presumirse que el criterio afirmando en una sola ocasión es el punto de partida de una doctrina reiterada, y *no* una declaración que ha de quedar desvirtuada cuando de nuevo se resuelva el mismo problema.

La distinción efectuada entre *obiter dicta* y *ratio decidendi* explica que las sentencias de nuestro Tribunal Supremo no sólo aleccionen por su auténtico valor experimental (la anécdota), sino por el sentido que puedan tener imputadas a un sistema (C. c.) de reglas generales. A nuestro objeto, nos basta con retener la idea de PUIG BRUTAU de que «el valor de una sentencia sea persuasivo, y su criterio confiera solución eficaz a un problema social», para que sea necesario tenerla en cuenta en el futuro.

Estas afirmaciones anteriores, ¿implican que una sola sentencia del Tribunal Supremo deba tener eficacia vinculante para los tribunales inferiores? O de otro modo, ¿rige en nuestro Derecho la llamada regla del «precedente» judicial?

4. Es conocidísimo el tópico jurídico de que la diferencia entre el llamado «Derecho del caso» o *Common Law* y el Derecho «códificado» o continental romanizado radica precisamente en que el razonamiento judicial se apoya en la doctrina resultante de los casos ya decididos (*stare decisis*). Es la técnica del «precedente judicial».

Pero este tópico con aspiraciones de axioma no tiene carácter absoluto, ni siquiera entre los juristas del *Common Law*. Además, tiene distinto valor en Inglaterra que en Norteamérica. Después de los trabajos de STONE, FRANK, LOEVINGER ..., es indudable que, de hecho, el precedente judicial sólo muy débilmente vincula al Juez anglosajón.

Resulta, por tanto, que la teórica diferencia entre la técnica de la decisión judicial en el Derecho anglosajón y en nuestro Derecho (y, en general, en el continental), es mínima en la realidad. Por otra parte, nuestro Tribunal Supremo hace uso de su facultad de elección, como resorte eficaz para la individualización de las sentencias anteriores: bien para apartarse de una doctrina jurisprudencial que parecía consolidada, bien para señalar la procedencia de

(386) Rec. nota 22 anterior

(387) Op. últ. cit., pág. 236

atenerse a lo resuelto en un solo caso por su similitud con el que está pendiente de decisión.

Parece que hemos de llegar a un resultado claro, conocido ya: todo precedente judicial supone, en rigor, un caso ya decidido. Habría que repetir aquí las consideraciones de DE CASTRO acerca de la doctrina legal y la doctrina jurisprudencial: la *doctrina legal* es la de valor normativo (la derivada de la *ratio decidendi*); la *doctrina jurisprudencial* implica una presunción *iuris tantum* a favor de determinada interpretación o principio general descubierto. Pues bien, *tan sólo* cuando existe más de una sentencia con doctrina coincidente sobre un mismo extremo, cabe hablar de doctrina jurisprudencial.

En suma: ¿qué queda del tópico del «precedente»? ¿Cuándo cabe hablar del «precedente» judicial en orden al legado de parte alicuota? También aquí hay que remitirse a lo ya expuesto anteriormente (388): tan sólo la doctrina contenida en la *ratio* decisoria del caso «Zabalza Moral» (Sentencia de 22 de enero de 1963), podrá servir en el futuro de precedente judicial.

Resumen: Estructura tónica de nuestra jurisprudencia, vinculada al problema de lo justo. Un único precedente válido. Una línea jurisprudencial que no es ni inmovilista ni conservadora: es evolutiva, progresista o dinámica.

2.^a Proposición «de lege ferenda».

1. Hemos tratado de llegar al *quid rei* de lo que es nuestra jurisprudencia relativa al legado de parte alicuota. Hemos utilizado lo que suele llamarse una tónica «de segundo grado», al acudir a los repertorios de punto de vista ya elaborados por prestigiosos autores. Parece que hacer una proposición de lo que debe hacerse, ciertamente usual entre nosotros, podría perfectamente acogerse aún con las naturales limitaciones del proponente.

En esta situación, la elección es entre una doble vía: la norma general (un nuevo artículo o un nuevo C. c.) o la doctrina del autor. Proponer una u otra es tarea ciertamente excesiva. Cabe, sin embargo, pensar que es tarea sencilla, y así:

a) Elaborar una *nueva norma* del Código respecto del legado de parte alicuota: bien en sentido afirmativo, bien en sentido negativo. Un ejemplo de esta segunda postura nos lo ofrecen los Códigos de Alemania, Suiza, Italia y Portugal (Decreto-Ley de 25 de noviembre de 1966: art. 2.030).

Solución está factible, aunque con todos los riesgos e inconvenientes que implica el Derecho codificado.

b) Elaborar una *nueva calificación jurídica* de los conceptos jurídicos vigentes. De este modo, la doctrina de los autores, acorde con las variaciones del orden social, se sitúa en un plano intermedio entre la norma general plasmada en un Código y la doctrina jurisprudencial que aplica las Leyes: y en tal sentido, su eficacia e influjo en la jurisprudencia es evidente y constante. CASTAN (389), *de iure condendo*, no se define abiertamente acerca de lo que sería conveniente, en una futura revisión del C. c.; y viene a concluir en que el actual criterio del Código no deja de tener ventajas prácticas—en tema del

(388) Véase epígrafe VI-A)-a)-5-10°

(389) Véase *La dogmática*, cit. págs. 133 y sigs. y 169 y sigs.

legado parciario—, «mientras subsista el sistema de la responsabilidad *ultra vires*. Y se pregunta si convendrá o no mantener ese principio de responsabilidad ilimitada por las deudas y cargas de la herencia. Más adelante, al tratar de ese principio y de su crisis, expone que «la distinción entre el heredero y el legatario y la teoría del legado parciario o de parte alicuota se hacen embrolladas y difíciles a causa, sobre todo, de la responsabilidad *ultra vires* que pesa sobre los herederos... La finalidad práctica de éste anómalo legado—*sic*— es que el testador puede exonerar de esa responsabilidad al llamado a una cuota, dándole el tratamiento—un poco ficticio—de legatario. Si aquel principio de responsabilidad... desapareciere, quedarían muy simplificados los problemas de referencia»

Por otro lado, PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS ha estudiado profunda y exhaustivamente el tema de la responsabilidad del heredero por las deudas de la herencia (390). Viene a concluir «que del fenómeno sucesorio sólo se deriva naturalmente la responsabilidad *intra vires*. La responsabilidad *ultra vires* es un plus, una incidencia en la liquidación. El heredero realmente puro es el heredero a beneficio de inventario..»

— Estas—y otras, posibles en el futuro—aportaciones doctrinales tienen el inconveniente de que tardan mucho tiempo, a veces, en ser recogidas por la jurisprudencia o la norma legal.

¿Qué hacer entonces? ¿Cuál es el remedio o proposición más aceptable?

2. A lo largo de este estudio hemos recurrido al valioso tópico de que «en cualquier caso se tratará de un problema de interpretación de la voluntad del testador» Pero ya he puesto de relieve, siguiendo a VIEHWEG, cómo hay que entender la pretendida validez absoluta de los tópicos jurídicos, que habrá que adecuar al problema de qué sea lo justo en el caso concreto.

En tema de interpretación, conviene aquí recordar cómo hasta el año 1931 no se difunde en España la extraordinaria obra de DANZ (391). Entre otras cosas, nos dice: «que las palabras han de interpretarse en el sentido que suelen usarse entre los profanos; que en los casos en que se acude a un Notario para que redacte el negocio, se aplican también las reglas generales y el 'uso del lenguaje' de estas personas (Notario) será el que se tome en cuenta para la interpretación; que la jurisprudencia debe ser esencialmente popular, siendo mejor juez el que sepa ponerse él mismo en el lugar de ambas partes seriamente, como si se tratase de su propio bolsillo...»

En tema de interpretación del testamento, me remito a las obras de JORDANO BAREA y PUIG BRUTAU, citadas. Particularmente significativas son las palabras de este último autor, de que «no hay duda de que, cuando el causante otorga testamento ante Notario, es éste quien realiza la primera interpretación de la última voluntad de aquél. Los Notarios son los intérpretes de una voluntad que el testador manifiesta con la decisión propia de los actos que han de perdurar después de la muerte, pero en muchos casos *sin que conozca la manera de hacerlo* (392) para alcanzar lo que se propone. A veces, la voluntad del testador no sólo ha de ser indagada, sino incluso complementada...»

Punto éste digno de meditación en nuestro estudio, en el que, de 12 litigios, hubo nueve (quizá) testamentos notariales.

(390) Véase *La herencia y las deudas del causante*, cit. en especial páginas 139 y 157 y sigs.

(391) *La interpretación de los negocios jurídicos*, en especial págs. 336 y sigs.

(392) El subrayado es mío.

Que el testador usualmente no tiene ni idea de la diferencia entre heredero y legatario parciario lo vemos a diario: por tanto, cuestiones como la de responsabilidad por deudas, colación, detracción de cargas, etc., dependerán de que la voluntad del causante se haya «traducido» debidamente. Esta es la misión que incumbe a la jurisprudencia cautelar de los Notarios.

— Con esto último volvemos a nuestro punto de partida, a modo de reflexión inicial (393).

3. Parece, pues, que la intervención notarial en la redacción del testamento es lo suficientemente importante como para dedicarle unas líneas. Ya mi ilustre compañero GONZÁLEZ PALOMINO (394) escribía no hace mucho que «no creo descubrir ningún secreto de Estado si digo que al testador corriente jamás se le pasa por la cabeza nombrar comisario partidor, *ni sabe lo que es eso*. Es el Notario quien, en la mayor parte de los casos, lanza la idea y la fundamenta...». Y en otro lugar expresa su convicción de que «los Notarios somos, en la vida jurídica española actual, los herederos de los jurisperitos romanos y hasta los que más creemos en la eficacia creadora de la técnica jurídica. Cuando una técnica jurídica tiene fe en sí misma, no necesita normas legales expresas para dar camino a soluciones que la realidad exige, sino que las impone, abriendo su propio cauce...»

El Notario conoce su misión y va abriendo camino a las soluciones que exige la realidad mediante las llamadas cláusulas «de estilo». Además, los constantes trabajos de otros compañeros, la intercomunicación de nuevas fórmulas y la ejemplaridad siempre renovada que para la práctica nuestra el *Boletín* de la Academia Granadina del Notariado (entre otras notables publicaciones similares)..., todo ello hace posible que la palpitación de las nuevas necesidades sea percibida y comprendida por la especial sensibilidad del Notariado.

Concretamente, y en relación con la redacción del testamento, es interesante traer a este lugar un par de textos del citado *Boletín* del Colegio Notarial de Granada. En el primero de ellos (395) se escribe que «... el Notariado, en poco tiempo muchas veces, tiene que indagar los deseos del testador, conocer su situación personal, familiar y patrimonial, y organizar, para el futuro, una Ley que imponga su voluntad más allá de la muerte... La falta de crítica del caso y el exceso de trabajo son enemigos del documento, que siempre debe estar pensado y estudiado. Es cierto que la mayor parte de los testamentos son fáciles, que la voluntad del testador es simple, pero ello no es obstáculo para pensar y discutir cuál es la fórmula adecuada al caso presentado». En el segundo texto (396), escribe DÁVILA que «el Notario, como asesor del testador, debe tener presente la conveniencia de evitar toda duda, a fin de que el documento redactado sea comprendido por todos con una simple lectura, sin necesidad de recurrir a interpretaciones más o menos técnicas, que siempre producen confusiones y desembocan muchas veces en litigios. El Notario no debe quedar reducido a ser un mero cronista de lo que se ve u oye, sino que debe, por su propia función, conformar la voluntad del testador a las Leyes. Este deber resulta bien claro de los artículos 1º y 17 de la Ley y concordantes del Reglamento».

(393) Véase al principio: II-b)-4.

(394) Véase *Estudios de arte menor*, 1964, tomo II, págs 287 y 292

(395) Véase *Guía para el estudio y redacción del testamento* (Notas), en *Boletín* del año 1965, núm. 159, pág. 202.

(396) Véase *Testamento notarial abierto* (Fórmulas y comentarios, por J. DÁVILA), en *Boletín* de 1965, núm. 159, pág. 206, epígrafe VI, apartado c)

Parece que, debido precisamente a las dificultades que un testamento puede presentar u originar, es opinión generalizada que es documento que el Notario mira con poca simpatía. Sin embargo, este nuevo tópico conviene que sea reducido a su justa proporción: de una parte, no es válida la generalización, ya que, junto al Notario de la gran urbe, existen numerosísimos (la mayoría) Notarios rurales. Y de otra parte, tampoco cabe generalizar lo dicho como aplicable solamente al Notario de las ciudades, ya que la realidad nos muestra cómo en un enorme tanto por ciento el testador acude al Notario con minuta preparada por Letrado o Perito en Derecho.

4. En orden a la posible proposición *de lege ferenda*—y a la vista de aquella doble vía, del tema básico de la interpretación del testamento y de la decisiva intervención del Notario en la redacción del testamento abierto—, parece ciertamente difícil ofrecer un cauce *más viable* para ello y a modo de tercera elección.

Partía este estudio de la base de que el autor aspira a ser un buen jurista y un buen Notario, más que un teorizante más del Derecho. Consecuente con mi posición, creo que cabe decir con LAÍN ENTRALGO (397) que «... al deporte tan español de decir 'lo que debe hacerse', prefiramos la empresa personal de hacer algo adecuado al contenido de nuestra admonición».

Dada la finalidad cautelar de la intervención notarial, al objeto de prevenir posibles litigios que puedan derivar de problemas relativos al legado de parte alicuota (responsabilidad por deudas, partición, etc.). Dada mi posición inicial. Dado que, más que proposición de lo que debe hacerse, creo preferible indicar lo que suele ser mi quehacer. Y dado que mi sugerencia va íntimamente ligada a una fórmula notarial, como la gota de agua en la nube viajera... Necesariamente he de concluir que mi sugerencia, como tal fórmula, es probablemente incompleta y perfectible, y ha de encuadrarse en la realidad del aquí y ahora.

5. La fórmula que sugiero viene a ser la siguiente (puede verse también la fórmula y comentarios del Boletín de Granada, 1961, junio, núm. 119, págs. 297 y sigs.):

«DISPOSICIONES»

- I. Instituye heredero universal a N., con sustitución vulgar a favor de.
- II. Lega la tercera parte de su herencia, en pleno dominio, a P. Es voluntad expresa del testador que este legado se rija por las normas siguientes:
 - a) El legado será absolutamente preferente a cualquier otra disposición testamentaria, incluso los restantes legados, no obstante lo dispuesto en el art. 887 C. c.
 - b) El legado será libre de cargas y deudas de la herencia.
 - c) El legado, por serlo de parte alicuota, dará derecho al legatario para intervenir en la formación del inventario de los bienes relictos, así como en su evaluación y partición.

- d) Aparte de cualquiera otros bienes que fueren necesarios para completar el haber de la cuota legada, en vía particional se adjudicarán al legatario los bienes siguientes: ...

III. Para el solo caso de que, por premoriencia del instituido heredero, existan menores, incapacitados o ausentes interesados en la herencia, nombra contador partidor a B., y en su defecto, a C., con las más amplias atribuciones...».

— *Breve comentario:* 1) la misma *cláusula de institución* vale si se pretende instituir «en la nuda propiedad», 2) si se pretende instituir «en el usufructo», conviene indagar si lo que realmente quiere es disponer una sustitución fideicomisaria; 3) si quiere instituir «en el remanente», conviene también indagar si quiere realmente que el instituido sea heredero (vale también la cláusula), o si tan sólo pretende dejarle el resultado de la liquidación (con encaje en la norma del art. 891 C. c.) sin pensar en la idea de heredero; 4) el legado parciario puede ser dispuesto *con cargo* al tercio libre (si es a favor de un extraño, será lo normal), ó al de mejora, o al de legítima (legado «pro legítima»); 5) cabe legar una cuota en usufructo, con lo que habrá que estar a las peculiaridades de este tipo especial de legado parciario; 6) en este caso anterior, puede ser conveniente también el precisar las fincas sobre que recae el usufructo, de no haber conmutación; y 7) el régimen jurídico descrito es puramente *indicativo* y no exhaustivo, y en él cabe toda clase de problemas previsibles (colación, etc.).

— *Palabras finales:*

1. Al principio se dijo (398) cómo nuestro intento se refería a un decir «suficiente», intermedio entre el deficiente y el exuberante. Quizá, a la vista de mi exposición, el intento no haya pasado de ser tal.

Lo que si es obvio es que sería una ficción por mi parte pretender, como P. VALERY, que «no pretendo convencer a nadie, ya que todos tenemos un destino en la vida comunal. No es posible, nos dice LAÍN (399), escribir con intención monológica, ya que quien escribe supone siempre un *tú* y un *nosotros*, aunque él no lo sepa o no lo quiera. En la misma dirección, nos decía ORTEGA Y GASSER (400) que «todo auténtico 'decir' no sólo dice algo, sino que lo dice alguien a alguien; en todo decir hay un emisor y un receptor, los cuales no son indiferentes al significado de las palabras; éste varía cuando aquéllos varían...».

Además, este estudio va movido por la aspiración a que mi actividad comunicativa no necesite, a su vez, interpretación (401).

2. También al principio he dicho (402) que espero que mi aportación sea considerada como un punto de partida y no como una meta alcanzada y basada.

Si se me permite un símil mecánico, diría, con A. J. TOYNBEE (403), que «el perfecto rodar de una rueda no es una mera repetición, si con cada una de sus revoluciones lleva el vehículo mucho más cerca de su destino..».

(398) Véase antes: II-b) 1 y nota 5.

(399) Op. cit., pág. 16.

(400) Véase *La rebelión de las masas*, pág. 10.

(401) Aludo aquí a la tendencia muy española de «contraleer», más que leer: tomado de ORTEGA, *Velázquez*, pág. 68.

(402) Véase antes: II-a) 2

Es evidente que, con todas las imperfecciones, o repetición de conceptos sabidos, de este estudio, el intento parece humanamente más enriquecido, al recoger la enorme variedad de situaciones, opiniones y proposiciones jurídicas.

Como tal intento o punto de partida, creo necesario añadir que está encuadrado en un eje de coordenadas que marcan el espacio y el tiempo: el aquí y ahora, referidos a nuestro país y a nuestra época. Conviene, asimismo, recordar que la jurisprudencia examinada comprende tan sólo un período inferior a setenta años (1898-1963), y que el Tribunal Supremo fue creado con las Cortes de Cádiz: todo ello es importante, a los efectos de una interpretación sociológica.

3. Este intento viene, por otra parte, enmarcado dentro de la línea *realista* del Derecho y sometido a un plan general y ambicioso sugerido por Díez-PICAZO (404) de analizar monográficamente, por instituciones, las sentencias del Tribunal Supremo.

Como tal punto de partida, quedará ya convertido en nuevo tópico jurídico, si bien creo que de «tercera categoría».

Con sus posibles aciertos y sus seguras manquedades, ahí queda (405), en espera del aguijón del censor hostil y del buen consejo del lector amigo...

JOSÉ CERDÀ GIMENO,
Notario.

(403) Véase *Civilization on trial*, pág. 324

(404) Véase *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, pág. 38

(405) Tomado de Lafn, op. cit., pág. 15.

II. Resoluciones y sentencias

1. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA.

3. REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: ES NECESARIO QUE APAREZCA INSCRITA A NOMBRE DEL DEMANDADO LA FINCA A QUE SE REFIERE EL MANDAMIENTO JUDICIAL QUE ORDENA LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PARA QUE ÉSTA PUEDA EXTENDERSE, Y NO PUEDE REALIZARSE CUANDO DICHA FINCA ESTÁ INSCRITA A FAVOR DE PERSONA DISTINTA, POR CONSTITUIR UN OBSTÁCULO INSALVABLE EL PRINCIPIO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1.º DE LA LEY HIPOTECARIA, CRITERIO QUE CONFIRMA EL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 298 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

Resolución de 29 de octubre de 1968 ("B. O." de 12 de noviembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—El 23 de enero de 1967, don Salvador Lacuesta y López de Alda inscribió a su nombre en el Registro de Aoiz, y al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, una finca rústica sita en Burlada Valle de Egües, paraje de Morea. Esta finca pertenecía a los hermanos Alvarez León, quienes la habían adquirido por herencia de su madre, y la donaron después al señor Lacuesta. A su vez, éste vendió la misma finca, después de inmatriculada, a los cónyuges don Victor Güembe Urdanoz y doña Andresa Urtiaga González, quienes la inscribieron a su favor el 6 de marzo del mismo año 1967.

Por otra parte, resulta que aquella misma finca había sido adquirida por la Compañía Mercantil «Centros de Formación Social, S. A.», de don Toribio Indurain Unciti, mediante escritura otorgada el 20 de

mayo de 1968 ante el Notario de Pamplona don Juan García Granero Fernández, cuya inscripción fue denegada en el Registro por aparecer ya inscrita la finca a favor de persona distinta del transmitente.

En vista de ello, la Compañía Mercantil «Centros de Formación Social, S. A.», interpuso demanda de juicio ordinario de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de Aoiz contra don Salvador Lacuesta y López de Alda, en la que se pedía la condena del demandado y se suplicaba al Juzgado librase mandamiento al Registrador del Partido para que se tomara anotación preventiva de la demanda. Y también demandó la Sociedad compradora a los nuevos titulares registrales de la finca.

Presentados en el Registro mandamientos ordenando la anotación de las demandas interpuestas, se extendió la correspondiente a los últimos titulares registrales, produciendo el que se refería a don Salvador Lacuesta y López de Alda la siguiente nota calificadora: «Denegada la anotación preventiva de la demanda ordenada en el precedente mandamiento por figurar inscrita la finca objeto de ella a favor de don Víctor Güembe Urdanoz por título de compra para su sociedad conyugal con doña Andresa Urtiaga González, personas distintas del demandado, en el tomo 1.773, libro 100 de Egües, folio 128, finca 8.285, inscripción 2.ª Y siendo este defecto insubsanable, impide por ello tomarse anotación de suspensión de la demanda.»

La Sociedad demandante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación. El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador entre otras razones por estimar que el artículo 20 de la Ley Hipotecaria debe ser armonizado con lo dispuesto en el 205, sin absorber una norma por otra, con objeto de conseguir una solución justa, de forma tal que la fuerza ordinaria del tracto sucesivo canalice el mandamiento judicial para darle acceso al Registro mediante la anotación acordada, y que la suspensión de efectos de la inscripción de inmatriculación regulada por el artículo 205 de la Ley Hipotecaria afecta al primer titular y a todos sus causahabientes, en virtud del principio de tracto sucesivo debidamente interpretado.

Y el Registrador recurrió en alzada a la Dirección General, la cual ha resuelto revocar el auto apelado y confirmar la nota del Registrador, en virtud de la doctrina que a continuación se transcribe.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Que en juicio de mayor cuantía seguido contra don Salvador Lacuesta, inmatriculante de una finca ingresada en el Registro, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y contra don Víctor Güembe y doña Andresa Urtiaga como actuales titulares registrales, se obtuvo la anotación de demanda sólo en cuanto a los segundos, por lo que la cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si puede tener, además, lugar respecto de un asiento que ya no está vigente al haberse transmitido el inmueble por el inmatriculante.

Que para que un mandamiento que ordene la práctica en el Registro de una anotación de demanda pueda cumplimentarse, es necesario que la finca sobre que versa aparezca inscrita a nombre del demandado, sin que pueda realizarse cuando lo está a favor de persona distinta de éste, por constituir un obstáculo insalvable derivado del principio establecido en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, de estar los asientos registrales bajo la salvaguardia de los Tribunales y producir todos sus efectos mientras no haya sido declarada su inexactitud, criterio que confirma además el párrafo último del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, al presuponer la vigencia del asiento para que pueda tomarse la correspondiente anotación preventiva.

Que, por otra parte, la anotación preventiva carecería de toda finalidad, ya que con la realizada sobre el inmueble de los actuales titulares se enervan los efectos de los posibles actos dispositivos que pudieran realizar, como consecuencia del juego de los principios hipotecarios y principalmente de la no aplicación del artículo 34 de la Ley, al constar en el Registro una causa que pueda dar lugar a la anulación del derecho del otorgante y consiguiente cancelación de su asiento.

C) *Comentario.*—*Si los asientos registrales son los instrumentos técnicos a través de los cuales se logra la publicidad del Registro, las anotaciones preventivas constituyen uno de los medios de exteriorización de esa publicidad. La Ley Hipotecaria reconduce al asiento de anotación preventiva la registración de muy distintas situaciones y actos jurídicos (1). Este diverso y heterogéneo contenido que se alberga dentro del asiento de anotación, ha sido claramente visto por los autores como una dificultad para la construcción teórica unitaria de esta figura (2). En la doctrina más reciente, Díez-PICAZO define a las anotaciones preventivas como asientos registrales de vigencia temporalmente limitada, que enervan la eficacia de la fe pública registral en favor de los titulares de situaciones jurídicas que son inscribibles (3). Y LACRUZ y SANCHO piensan con razón que lo característico de la anotación preventiva no es la provisionalidad del Derecho, sino precisamente la transitoriedad del propio asiento, al mismo tiempo que nos recuerdan el carácter de «*numerus clausus*» que tiene la enumeración legal de las anotaciones posibles (4).*

Dentro del amplio campo de las anotaciones preventivas se sitúa la anotación de demanda, recogida en el número 1 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria (5). Aunque esta norma concede la facultad de pedir la anotación al demandante que ejercita acciones reales, sin embargo la doctrina dominante y la Jurisprudencia entienden—con indudable acierto, a mi juicio—que puede anotarse la de-

(1) Vid., como punto de partida, el artículo 42 de la Ley Hipotecaria y la enumeración que en él se contiene.

Para un repertorio más completo de las anotaciones preventivas permitidas en nuestro Derecho, cfr. JUAN CHACÓN: *Anotaciones previstas en la Ley y el Reglamento Hipotecario*, en esta REVISTA, 1949, págs. 491 y siguientes. CHICO y BONILLA: *Apuntes...*, tomo II, Madrid, 1968, págs. 157 a 160.

(2) FECED: *La anotación preventiva de demanda*. Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Curso de Conferencias, 1947. págs. 8 a 9 y 15.

ROCA SASTRE, DH, III, págs. 422-3.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, DIR, págs. 261 y 265.

(3) *Las anotaciones preventivas*, «R. D. N.», mayo-junio 1964, núm. 44, página 22.

El giro de la moderna doctrina española, que ha pasado de estudiar a las anotaciones preventivas desde su objeto plural hasta considerarlas en función de su finalidad común, sea cualquiera el contenido que en cada caso encierren, me parece especialmente plausible y acertado. Porque lo que más importa en las anotaciones para su caracterización válida, es su función, entender para qué sirve esta clase de asientos, qué eficacia desempeñan frente a la eficacia típica de las inscripciones. Es decir, descubrir su costado instrumental de publicidad. Las anotaciones son, primariamente, medios peculiares de publicidad registral. Pasar del punto de vista de la estructura al de la función es, en este caso—como en tantas otras instituciones—, especialmente relevante. Y permite, además, un método más adecuado para unificar conceptualmente tan prolijo y circunstancial contenido.

(4) Loc. cit., págs. 261 y 265.

(5) Únicamente a ese tipo concreto de anotación se refieren estas notas, con exclusión de la otra anotación de demanda contenida en el núm. 5.º del artículo 42.

manda, aunque el derecho que se ejercita procesalmente sea personal, siempre que tienda a producir una modificación jurídico-real en la situación inscrita (6). Objeto de la anotación es directamente la demanda, el acto de petición al Juez que inicia un proceso y contiene normalmente una pretensión procesal

La contemplación del específico objeto de este asiento, en verdad diverso al que encierran normalmente los asientos de inscripción, puede servirnos de contraste para puntualizar la teoría del objeto de la publicidad registral, en vista de esta mayor amplitud. Objeto de registración son los actos constitutivos y traslativos de situaciones jurídico-reales—si se acepta la tesis mantenida por la doctrina dominante española—, o bien esas mismas situaciones o relaciones jurídicas inmobiliarias en unión de su respectivo título o negocio jurídico originador—si se defiende esta última perspectiva mental, que en mi opinión resulta más fecunda y más satisfactoria—. Pero no vamos a entrar ahora en tan ardua discusión. Lo que vale la pena retener aquí es que la teoría del objeto de la publicidad, ya de por sí tan problemática y tan necesitada de acertada revisión, puede ser abordada con mayor elasticidad si la ponemos en relación con estas realidades jurídicas que no encajan plenamente en el esquema dogmático tradicional. Lo cual parece ineludible. Tanto porque estas realidades (con las demandas anotables podemos pensar en las prohibiciones de disponer, resoluciones judiciales que afectan a la capacidad de las personas, etc) están ahí funcionando y no se las puede desconocer, como porque el Registro de la Propiedad sólo puede ser rectamente entendido mediante una visión global y unitaria de la publicidad registral.

Pues bien, en las anotaciones que estamos considerando, lo que llega al Registro y lo que se publica es la demanda. Pero no tanto en sí misma como acto de iniciación de un proceso, ni siquiera como creadora de una situación jurídica provisional (situación de demandante, impugnante, o acreedor reclamante), sino sobre todo como antecedente y causa posible de la sentencia condenatoria posterior. Lo que interesa al Registro, en definitiva, es la modificación jurídico-real que se produce al ejecutar la sentencia que recaiga en perjuicio del demandado. La sentencia de condena en estos casos es un acto perfectamente inscribible como título declarativo o constitutivo de una situación jurídica inmobiliaria. Pero tal situación definitiva aún no se ha producido. La demanda encierra una posible anticipación de la misma. Situación transitoria y de incierto resultado, que puede dar lugar a la condena o a la absolución del demandado. Por eso no se inscribe, sino que se anota. Como precedente de la sentencia, y en atención a que ésta pueda ejecutarse sobre las fincas inscritas, de la misma manera que lo hubiera sido en el momento de entablarse la demanda.

La finalidad que con este tipo de anotaciones se pretende es bien fácil de apreciar. Se trata de evitar que las fincas inscritas a nombre de una persona que resulte ser demandada en un juicio declarativo puedan después ser enajenadas o gravadas a favor de un tercer adquirente de buena fe, en cuyo caso no podría cumplirse sobre los mismos bienes inmuebles reclamados la sentencia que recaiga a favor del demandante. Y de garantizar que el fallo judicial, caso de ser favorable

(6) FECED, loc. cit., págs. 23-39.

ROCA SASTRE, DH, III, págs. 444-447.

LACRUZ y SANCHO, DIR. págs. 268-9.

CHICO y BONILLA, ADIR, II, págs. 168-173.

Ver también las Sentencias y Resoluciones recogidas en estas obras

a la pretensión contenida en la demanda, pueda ejercitarse sobre las fincas del demandado en las mismas condiciones en que lo hubiera sido en el momento de solicitarse la anotación de demanda. La posible colisión de intereses se plantea entre el demandante que persigue judicialmente las fincas, pero se encuentra paralizado en su pretensión hasta que obtenga sentencia favorable, y el tercer adquirente de buena fe de algún derecho sobre las mismas fincas que desconoce la instancia procesal iniciada. La publicidad de la demanda se logra a través de un asiento provisional (la anotación preventiva), técnicamente idóneo por su naturaleza para lograr la protección que se pretende, que recoge una situación procesal futura (sentencia) y posible pero no necesaria (de condena). Mediante la publicidad de la anotación, los terceros deben conocer y no pueden alegar ignorancia (cognoscibilidad legal) de la instancia judicial previa y de sus posibles consecuencias futuras, en orden a destruir la titularidad actual del dueño registral. Esta amenaza de resolución les afecta directamente, en virtud de la eficacia típica de la publicidad. El tercero que contrate sobre la finca objeto de anotación sabe el riesgo que corre, y el anctante queda garantizado frente a los actos de enajenación del demandado.

Tan necesaria y razonable finalidad fue claramente recogida en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 (7) Y ha sido después unánimemente admitida por todos los autores. Ya FEED señalaba que si no se concediera este medio cautelar quedaría a voluntad del demandado burlar los efectos de la sentencia dictada, condeñándole la injusta posibilidad de anularlos. Porque la anotación de la demanda impide que surja un tercer adquirente de buena fe que pueda invocar a su favor la irrevocabilidad de adquisición que le conceden los efectos propios del sistema registral (8). ROCA SASTRE advierte que la anotación preventiva de demanda tiene por objeto conservar intactas para el tiempo de la ejecución de la sentencia favorable que recaiga, las mismas condiciones de cumplimiento existentes al tiempo

(7) «Mas a poco que se considere los distintos casos en que puede haber lugar a la hipoteca judicial, se observa que, si bien en algunos, como sucede en el de la tutela y curaduría, tiene un carácter, en cierto modo permanente, siendo la aplicación de una Ley civil, casi siempre se constituye para que sea respetada la administración de justicia, para evitar que se eludan las sentencias, haciendo el demandado, por actos propios imposibles, la ejecución del fallo. Entonces su objeto sólo dura mientras dura el juicio y se ejecuta la sentencia; puede así decirse que, más que a las Leyes que deben comprenderse en el Código Civil, se refiere a las de procedimientos; que las Leyes que la establecen: o autorizan no crean un derecho verdadero, sino que garantizan un derecho constituido al parecer, aunque controvertido, y que su carácter es tan transitorio como el peligro que se trata de evitar. Por esto la Comisión, dando a la nomenclatura una importancia que no debe parecer excesiva cuando se trata de materias tan técnicas, ha creído que a la denominación antigua de *hipoteca judicial* debía sustituir la de *anotación preventiva*, para indicar aquellas prohibiciones de enajenar, cuyo objeto es que en su día la sentencia tenga ejecución cumplida»

«... porque es menester, para evitar que las sentencias sean eludidas, adoptar medidas de precaución, conocidas actualmente con el nombre de hipotecas judiciales, que impidan la desaparición de la cosa litigiosa y su enajenación.»

(Ley Hipotecaria, Reglamento General para su ejecución e Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro Edición oficial Madrid Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1861, páginas 14 y 22.)

(8) Loc. cit., págs. 13-14. En apoyo gráfico de esta tesis, el propio autor decía: «Conocemos casos en que la negativa del Juzgado a conceder la anotación de demanda solicitada ha llevado consigo el desistimiento de ésta, porque el fallo, aún siendo favorable, resultaría completamente ineficaz» (pág. 22).

de pedirse registralmente la anotación (9). Según Díez-PICAZO, la anotación preventiva en general se explica por el conflicto de intereses que surge entre el tercero de buena fe protegido por la fe pública registral y los titulares de situaciones jurídicas que no son inscribibles (10). Para LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, la anotación de demanda tiene por objeto advertir la posibilidad de que la inscripción que declara el derecho real a favor del demandado sea inexacta o esté en camino de serlo, correspondiendo la titularidad al demandante que anota su eventual derecho. Con la anotación, cualquier adquirente queda enterado de que hay un pleito pendiente y sometido a las resultas del mismo, sin poder alegar su buena fe una vez presentado el título anotable (11).

En el mismo sentido se pronuncia reiteradamente la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo (12) como de la Dirección de los Registros (13).

Las anotaciones preventivas de demanda, de acuerdo con su propia naturaleza y finalidad, resultan ser así anotaciones de mera publicidad (CAPO BONNAFOUS), de ataques a la titularidad (NART), de derechos en litigio o en formación (LACRUZ-SANCHO). Díez-PICAZO entiende que las anotaciones preventivas se dan en favor de titulares de situaciones jurídicas que no son inscribibles, y que esta falta de inscribibilidad procede o bien de la propia naturaleza de la situación, que no es siquiera un derecho subjetivo, sino una facultad o pretensión con proyección jurídico real, o bien del carácter defectuoso del título. De donde concluye que las genuinas anotaciones preventivas son las de demanda y las de defecto subsanable. Las primeras se corresponden con las «protestationen Widersprüchen» o asientos de contradicción; las segundas con las «Wcmerkungen» o preinscripciones del Derecho alemán (14). Opinión exacta, que puede aceptarse en su juicio de valor y en su diseño funcional. Obsérvese sin embargo, de acuerdo con todo lo dicho, que desde el punto de vista de su eficacia, las anotaciones de demanda no son sólo asientos de contradicción, aunque esto lo sean en forma patente; sino que desarrollan igualmente la función de la preinscripción, en cuanto que de alguna manera anticipan los efectos de la sentencia favorable que recaiga (reserva de rango).

Dentro del marco de las anotaciones de demanda, el problema registral planteado en el presente recurso es bien concreto y directo: si puede extenderse la anotación preventiva solicitada en el mandamiento judicial cuando las fincas, cuya situación jurídica registral se impugna, aparecen inscritas a nombre de persona distinta del demandado. Dicho problema no es nuevo y había sido ya resuelto en forma negativa por los autores (15) y por la jurisprudencia (16). En la presente ocasión,

(9) Y añade acertadamente: En rigor, este efecto produce el juego propio de una reserva de puesto que la anotación de demanda implica, más bien que el mecanismo de una retroacción (DH, III, pág. 462).

(10) Loc. cit., pág. 20.

(11) DIR, pag 268.

(12) Cfr., entre otras, las Sentencias de 12 de junio de 1951, 22 de abril de 1952 y 11 de junio de 1953.

(13) Vid. Resoluciones de 8 de febrero de 1899, 23 de noviembre de 1915, 4 de julio de 1919, 30 de mayo de 1934, 29 de octubre de 1946, 12 de junio de 1951 y 29 de marzo de 1954.

(14) Loc. cit., págs. 22-23.

(15) ROCA SASTRE, DH, III, pág. 449.

(16) Vid. las Resoluciones de 22 de abril de 1892, 1 de diciembre de 1897, 9 de agosto de 1943, 23 de junio de 1960 y 30 de junio de 1967. Según esta última, que sirve de antecedente inmediato y expresamente recogido en la Resolución que comentamos, la anotación de demanda no podrá extenderse a finca que figure en el Registro a nombre de persona distinta del demandado.

la Dirección General reitera la recta doctrina y niega la posibilidad de la anotación de demanda en tales condiciones. Veamos, en resumen, los argumentos de su decisión.

En primer lugar, la presunción de exactitud del contenido del Registro y el mantenimiento de la eficacia de los asientos mientras no sea declarada judicialmente su inexactitud, según se consagra en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria. Parece claro. Según el Registro, los dueños de la finca, cuya titularidad se discute judicialmente, eran don Víctor Güembe Urdanoz y doña Andresa Urriaga González para su sociedad conyugal ganancial, y no don Salvador Lacuesta y López de Alda, vendedor de la misma a aquéllos, y causante o antecedente de su titularidad. En la medida en que la demanda se había dirigido contra los actuales propietarios registrales, era anotable si contenía los demás requisitos formales. Pero en la medida en que se dirigía contra el señor Lacuesta, que ya no era dueño registral, no podía extenderse la anotación. Porque la cualidad de propietario que a este señor atribuía el demandante para reclamar frente a él el dominio de la finca, resultaba negada por la publicidad del Registro; y, por tanto, no podía ser considerado dueño ni, como tal, demandado a efectos registrales. La legitimación pasiva descansa sobre el mismo presupuesto: procesalmente apuntará al presunto dueño civil cuya titularidad contradice la que invoca el demandante a su favor (ejercicio de acción judicial); registralmente, al titular publicado por la inscripción de dominio que hay que destruir para que el Registro manifieste el derecho del verdadero propietario (extensión de la anotación de demanda para garantizar la sentencia favorable que pueda recaer). Si el demandado es propietario según el Registro, podrá ser afectado por los pronunciamientos registrales que anuncien la impugnación judicial de su propiedad. Si no lo es, no podrán dirigirse contra él tales pronunciamientos.

Tan palmaria observación, que arranca de la estructura formal en que se desenvuelve el mundo del Registro, tiene su apoyo inmediato en otra norma más concretamente aplicable: el artículo 20, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria y el principio de tracto sucesivo que el consagra. Principio general de nuestro Ordenamiento, necesario en nuestro sistema, que refleja adecuadamente la historia sucesiva de las fincas en el folio correspondiente y que traduce aquel esquema formal de la vida tabular. Para que pueda anotarse cualquier causa (título) que modifique (o pueda modificar) el dominio sobre inmuebles, es preciso que previamente figure inscrito ese derecho a favor de la persona que intervenga en el acto causante de aquella modificación. Para que una persona pueda ser afectada por un nuevo asiento que se practique (17), es necesario que tal persona preste su consentimiento para ello o resulte destinataria, con el mismo carácter que tenía, de la medida que el Juez ordene. El encadenamiento de los asientos y la necesaria eficacia de los mismos en el tráfico así lo imponen.

En realidad, los criterios de legitimación registral y de tracto sucesivo, distintos en su respectivo ámbito y significado, confluyen aquí para establecer la misma solución. Los asientos registrales producen todos sus efectos mientras no se declare judicialmente su inexactitud. Los derechos que publican son inicialmente válidos y existentes. El titular registral debe ser reputado como tal titular en el tráfico jurídico, y sólo podrá ser afectado (registralmente al menos) en la medida en que sea objeto de esa afección, transmisión o limitación la misma ti-

(17) Y esta afección hace aquí referencia a la titularidad del afectado y a la de sus causahabientes.

tularidad que el Registro publique. Y a la vez, ello se traduce formalmente en que no podrá extenderse el nuevo asiento, si no resulta inscrito a favor de la misma persona el mismo derecho que se pretende afectar, transmitir o limitar por el acto causante de aquel asiento.

Esto resulta así con carácter general, e indirectamente se desprende del párrafo último del artículo 298 R. H., relativo a las inmatriculaciones del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y a la limitación de efectos que comportan las primeras inscripciones practicadas de esta manera. Aun entonces, los que se crean con mejor derecho a la finca inmatriculada, podrán accionar judicialmente contra el inmatriculante y obtener a su favor la correspondiente anotación de la demanda. Lo cual supone la aplicación a este caso concreto (impugnación del asiento de primera inscripción por falta de derecho preferente en el inmatriculante) de la norma general ya vista que permite la anotación preventiva de las demandas en que se discuten o se impugnan situaciones jurídico-reales, para que el demandante no vea perjudicado su derecho por actos posteriores del demandado y hasta que se dicta sentencia favorable. En virtud del juego de la publicidad negativa que la anotación despliega frente a los terceros. Y al mismo tiempo descubre—como no podía por menos—la validez y eficacia de la primera inscripción así practicada, mientras no se anule por el Juez. De donde resulta la vigencia de la titularidad dominical publicada por esa primera inscripción a todos los efectos legales. Y, particularmente, a efectos de legitimación pasiva de su titular. Como expresamente se recoge en la presente Resolución.

En fin, la impropiedad de la anotación pretendida se descubre con prontitud si se atiende a la realidad histórica de los hechos concurrentes y a la perfecta inutilidad de tal anotación, caso de que pudiera practicarse, como acertadamente refleja el Considerando tercero de esta Resolución. Porque la eficacia típica, intrínseca e institucional de este asiento radica en evitar que los terceros adquirentes de la finca litigiosa desconocieran la existencia del proceso incoado, de la contradicción a la verdad registral que la pretensión contenida en la demanda pudiera albergar; y amparados en su buena fe, en la apariencia negativa del Registro y en la protección que les dispensan los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, no fueran afectados por el futuro pronunciamiento de una sentencia favorable en su caso, la cual entonces sería de imposible ejecución específica, con el consiguiente perjuicio para el demandante. Mas ello no era posible aquí. Porque don Salvador Lacuesta y López de Alda ya había enajenado la finca antes de que se solicitara la anotación de la demanda. La práctica de ésta no impedía la previa existencia de terceros adquirentes, don Víctor Güembe y su esposa, quienes no quedarían afectados por ella—repito, caso de que fuera posible—por ser la inscripción de su compra anterior a aquella. El señor Güembe sería afectado por la demanda como tal demandado, parte en el proceso, no como tercero advertido por el Registro de la impugnación. En cambio, lo que sí importaba ahora al demandante era evitar la aparición de terceros posteriores adquirentes de la misma finca que pudieran ignorar su demanda.

Tan sencillo planteamiento, enfocado a través de los intereses en pugna y de las razones de utilidad social que justifican esta figura jurídica, nos pone de manifiesto la perfecta concordancia que en este caso se da entre dos aspectos complementarios del mismo problema: la necesidad, socialmente sentida y digna de protección jurídica, de garantizar la ejecución de la sentencia futura, y los requisitos legales necesarios para articular tal protección. Creo que ello puede comprenderse perfectamente si partimos de las observaciones que antes hemos formu-

lado acerca de la finalidad que se pretende con esta clase de anotaciones.

En el presente Recurso se roza también el tema de la limitación de efectos por dos años de las inscripciones primeras practicadas conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Extenso tema éste a cuyo estudio detallado no podemos descender ahora. La Sociedad recurrente en su escrito y el Presidente de la Audiencia en su Resolución aluden a él para justificar la posible impugnación de la titularidad del inmatriculante, respecto del cual se pedía la impracticable anotación preventiva de demanda. El tema resulta así un poco desenfocado. En mi opinión, la limitación de efectos por dos años de las inscripciones de inmatriculación que el artículo 207 de la Ley Hipotecaria establece, se refiere a los efectos de fe pública registral (arts. 34 y concordantes) y de inoponibilidad de lo no inscrito frente al mero titular inscrito (art. 32), pero no a la eficacia de la legitimación registral. La primera inscripción practicada conforme al artículo 205 despliega desde el primer momento todos sus efectos legitimadores: presunciones de exactitud registral, de existencia del derecho, de posesión, legitimación registral para disponer, ejercicio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, etc. El asiento es válido y produce todos sus efectos mientras no sea impugnado, como cualquier otra inscripción definitiva y legalmente practicada. La apariencia de titularidad así creada sólo puede ser destruida por un Juez. Pero como la justificación del dominio del inmatriculante es aquí más débil, por no aparecer previamente inscrito el transmitente ni acreditarse con plenitud la cadena de títulos antecedentes, y para evitar un despojo del verdadero dueño civil no inscrito por parte del titular registral inmatriculante, que pudo no ser el dueño real y que se encuentra enérgicamente protegido frente a lo no inscrito por diversos artículos de la Ley Hipotecaria y del Código civil, la Ley impide que entren en juego esas medidas de protección excluyente del Registro para no perjudicar al «verus dominus» extrarregistral. Y permite a éste que impugne judicialmente el derecho del titular inscrito durante los dos años siguientes a la inscripción de inmatriculación. Porque tal impugnación no sería posible, fuera de ese plazo reservado y excepcional, por estrellarse contra los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 1473 del Código civil. Durante esos dos años, la acción de contradicción del dominio inscrito será posible. Como es lógico, no sólo frente al primer titular, sino también contra sus causahabientes, por tratarse de una limitación legal de la eficacia del asiento.

Pero todo ello es ajeno al tema que aquí se discutía. El problema del artículo 207 es completamente distinto al de los requisitos formales de la anotación de demanda. Aquel juega respecto a la preferencia civil de titulares contradictorios. Este respecto a la garantía meramente registral de la eficacia de la sentencia que recaiga (reserva de rango en perjuicio de adquirentes posteriores). Que la Sociedad recurrente podía —y debía— demandar la propiedad de la finca doblemente vendida frente a don Salvador Lacuesta, titular inmatriculante de la misma, dentro de los dos años siguientes a la primera inscripción, es algo claro. Mas esto no justifica que pudiera anular a su favor la demanda dirigida contra dicho señor, si éste ya no era dueño registral de la finca.

Por debajo del tema cuyo planteamiento formal ha provocado este Recurso, aflora otro grave problema de fondo, que no debe ser eludido aquí: el de la doble venta de un mismo inmueble hecha por distintos vendedores en favor de distintos compradores, cuya situación resulta naturalmente contradictoria e incompatible. Problema de vieja tradición en nuestra historia jurídica, para cuya resolución se dictaron alguna de las normas fundamentales del Código civil y de la Ley Hipote-

caria, y cuyo enfoque sigue provocando amplias discusiones entre los autores. Olvidando por un momento la limitación de efectos por dos años del artículo 207, que en este caso concreto es fundamental y condiciona decisivamente la solución judicial que en definitiva recaiga, y limitando su planteamiento teórico al aspecto registral, inseparable del aspecto civil, cuando la inscripción practicada es firme por haber transcurrido más de dos años desde la fecha de la inmatriculación, recordemos el principio que consagra la inoponibilidad de lo no inscrito frente al titular inscrito (art. 32 L. H. y 1.473 C. c.). Pero, a mi juicio, estos preceptos sólo pueden ser rectamente interpretados exigiendo buena fe al titular registral protegido por ellos. ¿Hubo realmente buena fe en este caso en la adquisición por los dos compradores, o por alguno de ellos? La Sociedad recurrente alegó en su demanda mala fe por parte de don Salvador Lacuesta. ¿Conocía éste, al adquirir la finca por donación, que el verdadero dueño de la misma era persona distinta de los señores Alvarez León? ¿Pudo conocerlo, al menos? Habría que descubrir el resultado de la prueba practicada en el pleito para conocer este importante extremo. Por otra parte, la necesaria oponibilidad de lo inscrito desataría su repercusión frente a la Sociedad demandante, y su posible exclusión como titular contradictorio clandestino y no preferente, en el caso de que así fuera. En fin, todo ello se complica si pensamos en el problema de la protección registral del inmatriculante, adquirente de la finca a título gratuito, frente a otro titular extrarregistral, aspirante a inscribir y adquirente a título oneroso. Toda vez que el primero no debería gozar en principio de más protección que la de sus causantes o donantes, los cuales a su vez habían adquirido también por título gratuito (herencia). Y si observamos el retraso culpable en la inscripción por parte de la Sociedad demandante, que adquirió la finca en mayo de 1965, y aún no la había presentado a inscribir en enero de 1967. Sanción del que, pudiendo inscribir, no ha inscrito, que nos recuerda alguna de las razones legales que motivaron el originario artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, hoy artículo 32.

Para conocer todos estos extremos y la conclusión del pleito planteado, nos hubiera gustado poder examinar la sentencia firme que en el mismo recaiga. Aunque en éste el planteamiento de los hechos será distinto, y también su posible resolución, por entrar en juego el artículo 207 enervando la protección de los titulares registrales. Pero ello excede con mucho del limitado campo del recurso gubernativo que se suscitó ante la negativa de una de las anotaciones de demanda acordadas en dicho proceso, recurso cuya noticia ha sido la causa de estas notas.

M. A. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENITEZ, EUGENIO
FERNÁNDEZ CABALEIRO, RAFAEL IZQUIERDO
ASENSIO, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO
CASTRO LUCINI.

I PARTE GENERAL

DAÑOS Y PERJUICIOS, NO SE ESTIMAN DAÑOS Y PERJUICIOS LOS GASTOS NATURALES DE COMPRA E IMPORTACION DE MERCADERIAS, COMO SON LA AGENCIA DE ADUANAS, ENCERRADOS, GUARDERIA, LICENCIA DE IMPORTACION Y PORTES (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1969).

En sentencia firme se condenó al demandado «N. del Odiel, S. A.», al pago de la indemnización por los daños y perjuicios causados en la madera transportada desde el puerto de Gefle en Suecia hasta el español de Sevilla, que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación de parte de la indicada naviera y que habrán de ser fijados en periodo de ejecución de sentencia, sin hacer declaración en cuanto a las costas de las instancias.

En ejecución de sentencia, y en recurso de apelación contra el auto de primera instancia, se fijó el importe de los daños y perjuicios en 125.032,43 pesetas.

Interpuesto recurso de casación se declaró haber lugar a él, basándose el Tribunal Supremo en el siguiente Considerando:

Considerando: Que al estimar el auto recurrido que la indemnización de daños y perjuicios ha de limitarse al pago de aquellos que fueran causados a los 1.481 tablonos que fueron sacados de la bodega y cargados en cubierta, que ascienden a la cantidad de 125.032,43 pesetas, prevé contra lo ejecutoriado, puesto que la sentencia firme, que dictó esta Sala en 1 de junio de 1966, condena al pago de los daños y perjuicios causados en la madera desde el puerto de Gefle en Suecia hasta el español de Sevilla, que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación en parte de la

indicada naviera», y el fallo, no sólo porque donde la declaración de voluntad jurisdiccional no distingue, no cabe distinguir, sino porque del contenido del 4.º Considerando de la sentencia de casación, cuyos fundamentos de hecho y de derecho son base de la segunda sentencia dictada, se desprende que las infracciones contractuales declaradas son tanto el traslado de madera de bodega a cubierta como el cargamento que se puso encima de la madera debidamente entibada, como la descarga en indebidas condiciones en el puerto de Sevilla debiendo, por tanto, comprender los daños y perjuicios todos los derivados de tales incumplimientos, procediendo, en consecuencia, la estimación del recurso interpuesto, casando el auto recurrido, con devolución al recurrente del depósito constituido, según dispone el artículo 1645 de la Ley de Enjuiciamiento.

Los Considerandos de la segunda sentencia dicen:

Considerando: Que los daños y perjuicios sufridos por la madera son los que resultan del demérito de la misma, pericialmente calculado es el 15 por 100 de su valor, que asciende a 257.329,84 pesetas, del mayor peso transportado, debido a la humedad, tasado en 4.938,70 pesetas, de los gastos de emparillado para secarla, ascendentes a 76.369,25 pesetas, y de la inmovilización del capital durante seis meses, que al 5 por 100 de interés de la cifra de 42.338,41 pesetas.

Considerando: Que en forma alguna pueden estimarse jurídicamente como daños y perjuicios los gastos naturales de compra e importación de mercaderías, como son la Agencia de Aduanas, encerrados, guardería, licencia de importación y portes, por lo que tales conceptos deben ser desestimados.

B M B.

II . DERECHOS REALES

APROVECHAMIENTOS DE AGUAS. Las disposiciones de carácter meramente administrativo son inhábiles para servir de fundamento exclusivo a un recurso de casación por infracción de Ley (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1968).

Se dedujo demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, dirigida contra el Ayuntamiento, basada en que el actor, adquirente en pública subasta de una parcela de tierra, propiedad del Ayuntamiento demandado, construyó un pozo dentro de dichas tierras que, por su carácter doméstico, no se inscribió en la Jefatura de Minas, y que, con posterioridad, el Ayuntamiento demandado procedió a la apertura de otro pozo a una distancia de 46,10 metros lineales del ya existente, privando al actor del agua necesaria para los usos domésticos.

La sentencia de instancia, estimando parcialmente la demanda, declaró que el demandado debe realizar las obras necesarias para evitar daños futuros en el aprovechamiento de aguas del pozo existente en la finca del actor. La Audiencia Territorial, revocando la del Juzgado, condenó al Ayuntamiento a que verifique el cegamiento del pozo.

Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley por el Ayuntamiento demandado, por interpretación errónea del artículo 2.º del Decreto de 23 de agosto de 1934, en relación con el artículo 24 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, y por violación del artículo 7.º del mencionado Decreto, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso en base del siguiente Considerando:

«Es doctrina constante de esta Sala que las disposiciones de carácter meramente administrativo son inhábiles para servir de fundamento exclusivo a un recurso de casación por infracción de Ley, pero aunque pudieran serlo, siempre serían ineficaces en el orden civil los preceptos del Decreto de 23 de agosto de 1934, dado su inferior rango, para sustituir el sistema de «prioridad real», que informa el artículo 24 de la Ley de Aguas de 1879, por el de «prioridad tabular», dimanante de la inscripción en un Registro administrativo.

TERCERIA DE DOMINIO SOBRE BIENES INMUEBLES. La Sala de instancia es en principio soberana para la apreciación de las pruebas (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1968).

Los adquirentes por escritura pública de determinadas fincas dirigen demanda contra el Estado por haberse trabado sobre aquéllas anotación preventiva de embargo, como consecuencia de un expediente de defraudación seguido contra el vendedor.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la tercera de dominio formulada, declarando inexistentes los contratos celebrados y nulas las inscripciones a favor de los compradores, manteniendo la ejecución de los bienes anotados. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Territorial, e interpuesto recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal, el Tribunal Supremo lo desestima en base de los siguientes razonamientos:

«Según el artículo 62 de la Ley de Contrabando y Defraudación, son nulos y de ningún valor ni efecto los actos que se celebren en contravención a dicho precepto, siendo obvio que, conforme al mismo, la inhabilitación legal para enajenar tiene un carácter absoluto, salvo lo excepcionalmente previsto en el apartado 2, y que esa nulidad sin ningún valor ni efecto, es una nulidad radical y absoluta por ilicitud del acto, conforme a la letra del precepto prohibitivo.

Sólo puede estimarse la existencia del consentimiento desde que la oferta y la aceptación concurren en el acto del otorgamiento, debiendo apreciarse como fechas de perfeccionamiento de las compraventas del presente proceso las que figuran en las escrituras públicas, ya que el documento o recibo del Notario, acreditativo de haber percibido determinada cantidad, no puede ser estimado como auténtico a efectos de casación, pues si bien el Notario está investido de fe pública en los documentos de igual índole que como tal autoriza, no sucede así en aquellos documentos o escritos privados que suscribe por cantidades que particularmente haya recibido.»

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA Y CANCELACION DE INSCRIPCIONES REGISTRALES. «El pacto de garantía del pago de una deuda, insito en un contrato de compraventa complementado por un documento privado en el que se establece un retracto a favor del vendedor-deudor durante cierto tiempo y con la condición de abonar previamente lo debido, resulta autorizado por el criterio de libertad de contratación mantenido por el artículo 1.255 del Código civil» (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1968).

En la demanda, los actores manifiestan que si bien otorgaron escritura pública de venta al demandado de varios bienes inmuebles y por un precio

de 74.000 pesetas declarado recibido, en el fondo, dicha compraventa fue totalmente simulada y nula, ya que únicamente obedeció a la necesidad de evitar embargos y a garantizar al demandado las deudas que con él tenían pendientes. Que el precio fijado es irrisorio, y basan sus afirmaciones en un documento privado de la misma fecha que la escritura en el que expresamente se hace constar que aquélla obedeció a la necesidad de garantizar al demandado una deuda de 300.000 pesetas. En su contestación, el demandado señaló que los demandantes tenían recibida de él la suma de 300.000 pesetas y convinieron venderle por este precio bienes de su propiedad lo que realizaron por la escritura otorgada. Que firmada ésta, se puso de manifiesto por los vendedores su deseo de recuperar la propiedad de los bienes vendidos, a lo que accedió el comprador concediéndoles derecho de retracto por el plazo de dos años, como así se formalizó en el documento privado. El Juzgado de instancia dictó sentencia en la que se declaró que los bienes vendidos en la escritura pública son de propiedad de los actores. La Audiencia Territorial revocando la sentencia apelada declaró la improcedencia de la nulidad de los contratos pactados con finalidad unitaria en la escritura pública y documento privado complementario, y atribuyó los bienes al demandado en función exclusiva de garantía del débito, señalando, en consecuencia, que los actores sólo podrán recuperar su titularidad mediante el pago de la deuda garantizada. Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo en méritos de la siguiente doctrina:

«Como reiteradamente tiene establecido este Tribunal, el pacto de garantía del pago de una deuda insito en un contrato de compraventa complementado por un documento privado en el que se establece un retracto a favor del vendedor-deudor durante cierto tiempo y con la condición de abonar previamente lo debido, resulta autorizado por el criterio de libertad de contratación mantenido por el artículo 1.255 de nuestro Código civil, y ello ya se estime que los dos contratos que reflejan unitariamente la voluntad de los contratantes constituyen un verdadero pacto de *fiducia cum creditore* o simplemente un contrato complejo de garantía.

Tampoco concurre la ilicitud de la causa que se alega, ya que la sentencia recurrida declara lícita la función de garantía causa del contrato complejo.

El Tribunal Supremo en el presente caso parte de la existencia de un único negocio complejo compuesto de dos declaraciones negociales: las contenidas en la escritura pública y en el documento privado. La primera de proyección externa, y el segundo, comprensivo de la declaración interna que las partes admiten para que surta sus efectos entre ellas. La conjunción de ambas declaraciones, interna y externa, configura el negocio complejo que es el fiel reflejo de la realidad y de lo verdaderamente perseguido por los contratantes.

DECLARACION DE PROPIEDAD. Frente a la presunción legal del artículo 448 del Código civil a favor del poseedor en concepto de dueño, de serlo con justo título, el juzgador afirma los hechos que declara como resultado del examen de las pruebas practicadas, a los que es preciso atenerse al no ser impugnados. Ha de ser el actor el que pruebe las obligaciones que sustenta, acreditando los hechos constitutivos de su derecho, y a falta de ésta, ha de desestimarse la demanda sin posibilidad de alterar el orden obligado a fin

de cargar sobre el demandado la prueba de los hechos (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1968).

Antecedentes.—Se basó la demanda entablada por el Ayuntamiento en que la Sociedad demandada inscribió en el Registro de la Propiedad, con arreglo al 205 de la Ley y como de su exclusivo dominio, una serie de fincas rústicas cuya propiedad pertenece a los vecinos del Ayuntamiento demandante, dado el carácter comunal de los montes de que aquéllas forman parte, ya que desde tiempo inmemorial vienen aprovechándolos para pastoreo de ganados, canteras, cortas de leñas, siembra y recogida de frutos, sin pagar merced alguna. Que alguno de estos montes pertenecen al Ayuntamiento y están catalogados como de su libre disposición por habérselos cedido el Estado, y es en ellos donde radican las parcelas que la sociedad demandada tiene inscritas a su nombre. Que, además, el Ayuntamiento aprobó las bases de un consorcio con el Patrimonio Forestal del Estado, efectuando la aportación de aquéllos al consorcio, y que a su vez, el Distrito Forestal inició expediente de catalogación, quedando el monte de litis incluido en el Catálogo.

La oposición adujo las faltas de legitimación activa y pasiva y especialmente la falta de precisión en los pedimentos de la demanda, que fue desestimada por la sentencia de primera instancia. Interpuesto recurso de apelación la Sala confirmó la sentencia apelada.

Formalizado recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal por violación de los artículos 348 y 448 del Código civil, y 207 de la Ley Hipotecaria, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo en base a la siguiente doctrina.

«Planteado el debate, el juzgador de instancia al examinar la concurrencia de los requisitos esenciales para la eficacia de la acción entablada—justo título de dominio e identificación del objeto de ésta, que ha de comprender el doble aspecto de su completa descripción, con expresión de su situación, cabida y linderos—, plantea la calificación de los títulos esgrimidos por los litigantes con el fin de valorar su virtualidad, no ya para la identificación de la finca inscrita por el demandado, no discutida, sino esencialmente de la que pretende la actora, y si basándose en la prueba practicada—títulos, reconocimiento judicial y testigos—declara como hechos que la finca realmente amparada por el título de la actora no comprende las de la parte demandada, y que si bien e monte en general ha venido siendo en el curso de los años objeto de aprovechamiento, no existe atisbo de que éste se realizase al amparo de algún derecho patrimonial, dichos hechos al no ser objeto de impugnación conducen al decaimiento de los motivos del recurso».

En esta sentencia existe una cuestión que se roza y soslaya, y que reviste, a nuestro juicio, un gran interés; la derivada de la disociación tan frecuente en Galicia entre la «realidad de hecho», cuyo origen se encuentra en la prescripción o en la legislación desamortizadora, que confiere al conjunto de vecinos el dominio y aprovechamiento de montes, dando lugar a comunidades de tipo germánico, y la «realidad jurídica» que atribuye dicho dominio a los Ayuntamientos, bien por la inclusión de los montes en el inventario municipal, bien a consecuencia de su catalogación o consorcio con los órganos de la Administración forestal.

Las graves cuestiones provocadas por esta disociación han originado una serie de tentativas para solucionarlas, que se han plasmado en la Ley sobre

Montes Vecinales en Mano Común de 29 de julio de 1968 (en esta REVISTA, número 469, pág. 1.557).

RETRACTO DE COMUNEROS. Ejercitada la acción aún antes de tener pleno conocimiento del precio y condiciones de la venta, no puede el actor sostener que el plazo de caducidad debe computarse desde que adquirió posteriormente aquel conocimiento pleno (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1968).

Antecedentes.—La actora formuló demanda de juicio de retracto en su calidad de copropietaria proindiviso de una finca, basándose en el hecho de haber tenido conocimiento de la venta y que ante la ignorancia del precio y condiciones de aquélla, consignaba determinada suma formulando protesta de depositar el importe del resto del precio tan pronto le fuese conocido.

La sentencia de primera instancia declaró la procedencia del retracto de comuneros y condenó al demandado a otorgar la escritura de venta por el precio realmente pagado, el cual será fijado en periodo de ejecución de sentencia. Interpuesto recurso de apelación la Sala revoca la anterior sentencia y desestima la demanda absolviendo al demandado.

Formalizado recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal, por violación del artículo 1.281 del Código civil, aplicación indebida del artículo 1.253 del Código civil, e interpretación errónea del artículo 1.524 del Código civil, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso aplicando la siguiente doctrina:

«Los motivos del recurso versan sobre si en la fecha en que se celebró el acto de conciliación, o en otra ulterior, aquella en que la demandante intentó obtener en las respectivas Notarias copia auténtica de la escritura de compraventa, llegó a poseer conocimiento suficiente de los pactos y condiciones estipulados, y, por tanto, si al interponer la demanda ante el Juzgado había o no transcurrido el plazo del artículo 1.524 del Código civil; motivos todos que son absolutamente inoperantes, porque si el hoy recurrente, acogiéndose a la constante doctrina de esta Sala, ejercitó el derecho de retracto de comuneros por medio de la demanda de acto de conciliación, si en este momento ni aún en los nueve días siguientes cumplió los requisitos prevenidos en el artículo 1.618 de la Ley Procesal Civil, y si en la misma demanda manifestó explícita y categóricamente que prefería ejercitar la acción aún antes de tener pleno conocimiento del precio y condiciones de la venta, no podía ni puede, sin ir abiertamente en contra de sus propios actos y sin quebrantar flagrantemente el principio de la buena fe, sostener con eficacia que el plazo de caducidad debe computarse desde que, según ella, adquirió posteriormente aquel conocimiento pleno, tesis que en realidad no viene a ser sino un hábil subterfugio para tratar de abrir paso a una subsanación extemporánea de las omisiones antes apuntadas, en que incurrió al ejercitar su derecho en el acto conciliatorio».

III CONTRATOS

PRECONTRATO: PROMESA DE VENTA. DOCUMENTO PRIVADO. Garcia Gimeno c. Mata Secretarl (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1968).

La cuestión fundamental debatida en el pleito consistía en determinar si el documento privado suscrito por las partes contenía una promesa de venta (tesis del actor que en su demanda solicitaba sentencia condenando a los demandados a otorgar la escritura contra el percibo del resto del precio) o un contrato perfecto de compraventa que el actor había incumplido en cuanto al pago de la parte del precio que quedó aplazada (tesis de los demandados). La demanda fue estimada en ambas instancias, por lo que los demandados recurren en casación alegando en el motivo primero la aplicación indebida del artículo 1.451 del Código civil en relación con los artículos 1.281 y siguientes del mismo Cuerpo legal, y en el motivo segundo, violación del artículo 1.256 del Código civil. El Tribunal Supremo desestima el recurso, realizando en el Considerando primero un examen del documento en cuestión al decir:

Considerando: Que... la consiguiente aplicación perfectamente debida del precepto legal que el recurso afirma fue indebidamente aplicado: a) en ninguno de los apartados de dicho documento de 4 de septiembre de 1961, se habla de contrato, limitándose a decir que es un «documento recibo» cuyo carácter provisional o preparatorio—típico por otra parte de los llamados pre-contratos o promesas de contrato—se señala con precisión cuando se añade que «será canjeado por el *definitivo*, que servirá de base para hacer la escritura *definitiva*»; b) en su párrafo penúltimo se habla de que «los señores vendedores se comprometen a vender dicha finca libre de cargas...», muestra inequívoca de que no venden de presente, sino de que se contrae el compromiso de hacerlo en el futuro; c) la cantidad que de momento se entrega y se afirma recibida efectivamente, de 150.000 pesetas, no figura como parte del precio de un contrato firme de compraventa ni se dice tampoco que lo sea de un pacto de este género, ya perfeccionado, sino precisamente «a cuenta de la compraventa», índice bien elocuente de que se refiere a una operación futura de esta índole

En el Considerando segundo se dice:

Considerando: Que la catalogación jurídica de que se acaba de hacer mención es por completo independiente del tipo o clase de documento en que conste el acto cuya configuración jurídica se impugna en este trámite procesal, debido al principio espiritualista que en nuestro sistema legislativo instaura el Ordenamiento de Alcalá y mantiene inalterado el vigente Código civil, especialmente en sus artículos 1.270, 1.258 y 1.450—por lo que respecto de este último se refiere al contrato de compraventa—, que en modo alguno puede decirse alterado por la enumeración contenida en el artículo 1.280 del mismo texto legal, puesto que siempre habrá de ponerse en relación con la dición del artículo 1.279 y con los casos concretos y precisos en que específicamente exige el legislador una forma determinada de carácter público, argumentos todos ellos que de acuerdo con lo que se dice en el escrito de formalización del recurso alegando alguna jurisprudencia de esta Sala, en especial la sentencia de 9 de abril de 1935, no pueden en ningún caso servir para negar la validez jurídica del acto contenido en un documento privado, pues esta

forma de constancia documental en manera alguna puede servir para que una de las partes y mucho menos un tercero la utilice para negar la existencia y realidad de un pacto contractual, pero tampoco puede sostenerse que esta forma de constancia formal pueda influir para desvirtuar el acto jurídico celebrado, cuya naturaleza en Derecho es y tiene que ser independiente—utilizando precisamente los mismos argumentos que emplean los recurrentes—de la clase de documento material en que se haya hecho constar, todo lo cual conduce a la desestimación íntegra y completa de este primer motivo del recurso.

TRANSACCION: CONSENTIMIENTO DE LA ESPOSA. González Aquiso contra Vicasa (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1968).

La Sociedad demandante y el demandado celebraron un contrato de transacción para resolver las diferencias surgidas respecto de otro de ejecución de obras que previamente habían otorgado. Cumpliendo lo convenido en el contrato de transacción, dos arquitectos valoraron la obra realizada por la ahora demandante, valoración con la que no se manifestó conforme el ahora demandado. En el pleito la actora reclama la cantidad que, según la valoración y liquidación realizadas por los arquitectos, le adeuda el demandado. Estimada la demanda en ambas instancias, el demandado recurre en casación alegando en el primer motivo la aplicación indebida del artículo 1.809 del Código civil, en relación con el 1.413 del mismo Cuerpo legal, y en el segundo, error de hecho en la apreciación de la prueba. El Tribunal Supremo desestima el recurso manteniendo respecto del segundo motivo la reiterada doctrina de que no pueden estimarse como documentos auténticos a efectos del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aquellos «sobre cuya interpretación giró la disputa jurídica y en torno de los cuales los juzgadores de instancia motivaron su valoración y emitieron su juicio», y en cuanto al primero, después de recordar el principio *transigere est alienare*, no habiendo concurrido a esta transacción la esposa del demandado, lo desestima igualmente no sólo por razones procesales (no expresar el concepto de la alegada infracción del artículo 1.413 del Código civil y constituir una cuestión nueva), sino también:

«b) Porque aun prescindiendo de la postura anterior del hoy recurrente contraria a la tesis de la transacción que ahora parece postular y se considerase que la denuncia es concorde con sus alegatos primitivos e incluso se diese por válida la interpretación del referido aforismo; según el que *transigere est alienare*, no es comprensible la relación que se hace con el referido artículo 1.413 del Código civil, donde lo que se prohíbe al marido después de la reforma de 1.958, es llevar a cabo sin el consentimiento de la mujer la enajenación de bienes inmuebles y de establecimientos mercantiles, que no son los supuestos de hecho tenidos en cuenta en el presente caso».

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: REQUISITOS. Ruiz Talavera y Expósito Molina c. Compañía Sevillana de Electricidad, S. A. (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1968).

Dos hijos, menores de edad, de los ahora demandantes, subieron al tejado de una caseta de transformación de la demandada, sufriendo una descarga

eléctrica que motivó la muerte instantánea de uno y graves lesiones al otro que después de dos años y medio de curación le han dejado totalmente impedido para el trabajo. Entendiendo que la demandada había incurrido en negligencia en la custodia de la referida caseta que carecía de las condiciones técnicas necesarias, se solicitaba sentencia condenándola a pagar por vía de indemnización de daños y perjuicios las cantidades que a cada uno de los demandantes estimase justas el Juzgado. La demandada negó su negligencia y atribuyó el hecho a la propia imprevisión de los menores. El Juzgado estimó la demanda condenando a sendas indemnizaciones de 100.000 pesetas en el caso de muerte y 125.000 en el de incapacidad. La Audiencia revocó la sentencia y desestimó la demanda. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo y revoca la sentencia de apelación, confirmando íntegramente la de primera instancia.

Dice el Tribunal Supremo:

Considerando: Que... para aplicar a un caso concreto la regla del artículo 1.902 del Código civil, relativa a la acción aquiliana y de acuerdo con la constante doctrina de esta Sala, tan abundante y unánime, que es innecesaria su cita particularizada, se requieren la concurrencia de tres requisitos, que son la realidad de un daño, la relación de causalidad entre éste y el hecho que lo produce y la imputabilidad a un sujeto por haber incurrido, según dice el legislador, en culpa o negligencia.

El mayor interés de la sentencia que se anota radica, a nuestro juicio, en que a lo largo de sus Considerandos 2.º y 3.º contrapone la abundante prueba practicada por el Juzgado (informes y certificados, declaraciones testificales e informes periciales e incluso la propia inspección ocular del Juez, completada con croquis y fotografías del sitio donde se produjo el suceso) con el criterio simplista de la sentencia de apelación que en un único Considerando «donde para nada se alude al resultado de la prueba» se limita a atribuir el daño a «la propia negligente conducta de los menores». En el motivo 4.º del recurso formulado al amparo del núm. 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denunciaba el error de hecho en la apreciación de la prueba designando como documentos auténticos que lo acreditaban la inspección ocular del Juez y su ampliación, las fotografías y una carta oficio de la Compañía demandada y el Tribunal Supremo con criterio ajustado a la naturaleza de los hechos, en que tanto valor hay que reconocer a la «mediación» del juzgador de primera instancia, estima el motivo. Se completa la excelencia de esta sentencia al decir en el Considerando 2.º que la negligencia de la demandada no queda «suprimida, ni siquiera reducida por una hipotética compensación de culpas, habida cuenta la edad de los damnificados, el medio rural en que se desenvolvían y la resultante inconsciencia de los posibles males que les pudieran sobrevenir».

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: INDEMNIZACIÓN SOLIDARIA. Ayala Rodríguez c. Gómez Gómez y Santos Caballero (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1968).

La sentencia recurrida en casación condenó a los dos demandados a abonar conjunta y solidariamente a la demandante en determinada cantidad como indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en un accidente que costó la vida al esposo de esta última. Uno de los así condenados impugna en el

recurso, entre otros extremos, la aplicación de la responsabilidad solidaria hecha por el Tribunal *a quo* por entender que el otro demandado fue dañador en grado principal y se debe repartir la responsabilidad en forma proporcional a la participación que cada infractor haya tenido en la producción del mal. El Tribunal Supremo desestima el recurso y en cuanto a este concreto problema dice:

Considerando: Que. el impugnado y combatido concepto de conegligencia es la única explicación teórica y pragmática del supuesto como del que aquí se trata en que, según resultó probado, aquella negligencia es imputable a más de un solo sujeto, sin que existan elementos que permitan hacer diferencias respecto de la participación de cada uno, del mismo modo que la solidaridad con que se rodea la responsabilidad de los que resulten condenados, no debe interpretarse de acuerdo con la constante y moderna doctrina de esta Sala, que sigue la progresiva corriente doctrinal en la materia, sino como el procedimiento más adecuado para garantizar la efectividad de la exigencia de la mencionada responsabilidad, perfectamente compatible por otro lado, con la posibilidad de división interna de la parte de las respectivas obligaciones, a la manera como establece nuestro Código civil, especialmente en los artículos 1.145, 1.146, 1.147 y 1.148».

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. PERSONAS JURÍDICAS. Tienen una capacidad correlativa a las individuales y pueden tener una responsabilidad contractual y otra extracontractual o aquiliana propia. García Gómez c. Villa Dolera y Renfe (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1968)

En determinado paso a nivel fue arrollado por el tren y completamente destruido un tractor propiedad del actor, el cual demandó al maquinista y la RENFE, solicitando se les condenara de modo solidario a indemnizarle en la cantidad que señalaba. Aunque en una cantidad menor fue estimada la demanda en ambas instancias, por lo que la RENFE interpuso recurso de casación alegando en el primer motivo la aplicación indebida del artículo 1.902 del Código civil y en el segundo la infracción de los artículos 1.902, 1.903 y siguientes del mismo Cuerpo legal en relación con diversas disposiciones reguladoras de los pasos a nivel y el Código de la Circulación. El Tribunal Supremo desestima el segundo motivo por no expresar, como ordena el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuál de los tres conceptos de infracción de los que señala el número 1º del artículo 1.692 de la misma Ley es el denunciado y citar en bloque los preceptos cuya infracción se denuncia y en cuanto al motivo primero lo desestima igualmente manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: ... las personas jurídicas tienen una capacidad correlativa a las individuales, y si toda persona jurídica, por el contenido del artículo 38-1.º del Código, que atribuye a estos entes la posibilidad de querer y obrar por medio de personas físicas, considerando como voluntad del ente la de estos últimos, tiene que ser reconocida esta atribución de efectos, no sólo en el campo de lo lícito, sino también en el de lo ilícito y pueden tener una responsabilidad contractual y otra extracontractual o aquiliana propia, por todo lo cual el que no se haya aplicado el artículo 1.903 no puede ser omisión determinante de infracción alguna, porque la imputabilidad de la RENFE en este caso no es subsidiaria o refleja, sino propia y directa, comprendida en el artículo 1.902.

ARRENDAMIENTOS.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ACCION DECLARATIVA. *Ejercitándose una acción puramente declarativa para la determinación de la existencia de un contrato de arrendamiento, su discusión y resolución ha de ventilarse conforme a las Leyes procesales comunes* (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1968).

El demandante formulaba como petición fundamental la de que dictara sentencia por la que «se declarase la existencia de un contrato de arrendamiento de local de negocio que vincula a las dos partes litigantes». El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda «en atención a haberla promovido por cauce procesal inadecuado», siendo su sentencia confirmada en apelación. El demandante interpuso recurso de injusticia notoria por los siguientes motivos:

1.º Al amparo de la causa 3ª del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos por violación del artículo 1.º de la misma Ley. Se alegó en síntesis que en este precepto no sólo se define lo que ha de entenderse por local de negocio, sino que también se determina que a dicha Ley corresponde la regulación de los arrendamientos de dichos locales de negocio, debiendo entenderse que el ámbito material de la Ley especial alcanza a estos contratos desde el momento mismo de su iniciación o nacimiento sin necesidad de acudir previamente a la legislación común.

2.º Al amparo de la misma causa por aplicación indebida, y como consecuencia de ello, infracción del artículo 151 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El Tribunal Supremo desestima el recurso manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que la cuestión planteada en el presente recurso se limita a resolver si la acción ejercitada por el demandante lleva en sí un derecho reconocido en la Ley de Arrendamientos Urbanos, o si, por el contrario, aquella pretensión de la parte actora, está dentro del área general de la teoría del negocio jurídico locativo, pero sin apoyo en un precepto concreto de la Ley especial arrendaticia urbana, cuestión ella resuelta en las resoluciones de instancia, conforme a este último criterio expuesto, lo que ha dado origen a la formalización del recurso, denunciándose en primer término la violación del artículo 1.º de aquella Ley especial, sin tener en cuenta que la literalidad del precepto hace referencia al concepto de locales de negocio siempre referido a los contratos de arriendo que recaigan sobre ellos, y en el caso actual la cuestión a debatir no radica en determinar si el local que ocupa el demandante es habitable o inhabitable, si su destino primordial es o no el de vivienda, si se ejerce en él o no una actividad de industria, comercio o enseñanza con fin lucrativo, que es precisamente lo que aquel artículo precisa para la calificación de local de negocio, sino que lo que se pretende por el actor, y así se expresa en escrito inicial del pleito y se solicita en el suplico del mismo, al objeto de evitar ser incluido en una situación de precario, es que ante el desconocimiento de un convenio arrendaticio por parte de la propiedad se reconozca la existencia y realidad de un contrato de arrendamiento con efectos vinculantes entre las partes, sobre el local que ocupa el recurrente, y claro está que constituyendo ello una acción puramente declarativa que afecta única y exclusivamente a la determinación de la existencia del contrato de arren-

damiento y de lo que fue objeto del mismo, su discusión y resolución ha de ventilarse conforme a lo dispuesto en las Leyes procesales comunes, por lo que no ejercitándose un derecho amparado en el artículo 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos ni en los demás de este Cuerpo legal, se hace inviable este primer motivo del recurso, y de consecuencia, el segundo, que es tan claro, que su sola lectura acredita la correcta aplicación en la sentencia recurrida, desestimándose en su virtud el mencionado recurso, en el que se aprecia temeridad en el recurrente.

R. I. A.

IV. FAMILIA

RECLAMACION DE ALIMENTOS PROVISIONALES INTERCONYUGALES. EFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO: su declaración y su nacimiento.—INADECUACION DE PROCEDIMIENTO Y COSA JUZGADA: efectos de la cosa juzgada, en sentido formal.—ABUSO O EXCESO DE JURISDICCION. Lopez c. Arijón (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1968).

Doctrina de la sentencia—No cabe confundir la inadecuación de procedimiento con la cosa juzgada; el efecto de la cosa juzgada formal es la preclusión definitiva en el juicio, que excluye la posibilidad de que la resolución dictada sea impugnada en el propio juicio por las partes, pero en absoluto impide la apertura de un nuevo procedimiento sobre los mismos hechos. El hecho de la inadecuación de procedimiento en nada afecta a la jurisdicción con que se actúa. Los efectos civiles del matrimonio surgen de la existencia o no del vínculo y deben ser declarados por los Tribunales civiles; la existencia de la obligación de prestar alimentos ha sido declarada por el Tribunal civil y no subsiste la causa excluyente de tal obligación (por incumplir un cónyuge sus obligaciones).

Antecedentes.—Eran hechos reconocidos por las partes, probados: 1) En 1910 ambas partes contrajeron matrimonio canónico. 2) En 1944, a instancia de la esposa, se siguió proceso canónico de separación, dando lugar a la reconvencción, declarando a la actora culpable a causa de su vida licenciosa y de la presunción de adulterio por ella cometido, y decretando la separación por tiempo indeterminado. 3) En 1950, la esposa promovió juicio de alimentos, al que puso fin la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1953, desestimando la demanda. 4) En 1965 el tribunal eclesiástico decretó que quedaba cesante y sin ningún valor en el futuro la sentencia de 1944, y devolvía a los esposos todos los derechos canónicos y civiles, declarando que «exhortaba» a los esposos a cumplir todas las obligaciones canónicas y civiles derivadas del contrato matrimonial. 5) En el mismo año, mediante acta notarial, la esposa requirió al marido—y se le notificó al siguiente día al interesado—«para reanudar la vida en común, pasando la esposa al domicilio conyugal y, caso de no contestar al requerimiento, se interpretase el silencio como conformidad; y de mostrarse disconformes, se tuviese por avisado de que se ejercitaría contra él la acción penal derivada de su actitud»; contestando el requerido que «la sentencia no le condenaba a instar la vida en común, sino que la «exhortaba» a ello, que no tenía obligación de admitir a la requirente en su domicilio y que la misma tenía expeditos los cauces procesales».

Como puntos litigiosos entre las partes, cabe señalar los de: a) *Eficacia* de la sentencia canónica del Tribunal de la Rota: para la esposa, equivalía a la estimación de su reclamación de la vida conyugal; para el marido, no podía obligarle a ello por ir en contra del canon 1.130 del Código de Derecho canónico, y además sólo podía tener eficacia respecto de las cuestiones juzgadas y decididas por la anterior sentencia canónica de 1944, pero *no* respecto de los alimentos por ser cosa juzgada por sentencia del Tribunal Supremo de 1953. b) *Cosa juzgada* que afecta a la pretensión de alimentos: siendo firme la sentencia de 1953, tal pretensión no puede ventilarse por el mismo procedimiento de aquel juicio, sino por el declarativo correspondiente. c) *Causa de la separación*: para la esposa, la causa había cesado al dejar el tribunal canónico sin efecto su sentencia anterior, lo que equivalía a suponer la plena vigencia del matrimonio canónico: para el esposo, la causa persiste perpetuamente mientras el cónyuge inocente no perdona al culpable. d) *Presupuestos para la obligación alimenticia*: El marido había estado pasando a su mujer una cantidad de 500 pesetas mensuales, graciosamente, y dejó de hacerlo desde que el tribunal canónico resolvió en 1965. La mujer vivía de la caridad pública y sin medio alguno de subsistencia. El marido gozaba notoriamente de una posición económica privilegiada, y en una carta decía estar dispuesto a dar a su mujer una pensión de 5.000 pesetas mensuales. Esta situación, para la esposa ya insostenible, la hacía acreedora—a su juicio—de la pretensión de alimentos; para el marido, no tenía obligación de alimentar a la mujer—además de lo ya expuesto en orden a la cosa juzgada—por ser él el ofendido y en base al artículo 73-5.º del Código civil.

La demanda terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se declare que el demandado viene obligado a abonar a su esposa la cantidad de 10.000 pesetas, o la procedente si el Juzgado estimare que debe ser mayor la pensión alimenticia, condenando al demandado a hacer efectiva a la actora tal pensión por mensualidades anticipadas.

El demandado suplicaba la absolución, ya por la inadecuación de procedimiento o por la excepción de cosa juzgada alegada, o por las razones de fondo expuestas.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando la demanda, condenó al esposo a abonar a la actora la cantidad de 6.000 pesetas mensuales, por mensualidades anticipadas, y con efectos a partir del día 3 de diciembre de 1965 (queda, en la exposición de los antecedentes del pleito, sin precisar a qué obedece esta fecha).

La Audiencia confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, con base en los siguientes motivos: infracción de la doctrina legal sobre la cosa juzgada, al afirmar la Sala que «ha variado la causa o razón de pedir, en relación con el juicio de la misma naturaleza resuelto hace años», cuando la razón de pedir alimentos es la misma (el matrimonio y la obligación recíproca de los cónyuges), por lo que era inevitable la aplicación de los efectos de la cosa juzgada formal y la reapertura de un nuevo proceso no podía ser con una simple reproducción del mismo juicio, sino en otro de mayor rango y garantía; haber mediado abuso o exceso al conocer por el procedimiento propio del juicio de alimentos provisionales lo que está reservado al juicio plenario de la cuantía correspondiente; interpretación errónea de los artículos 81 y 82 del Código civil, al interpretar la sentencia recurrida con error la eficacia que una sentencia canónica ha de tener en el orden civil,

ya que el principio básico que inspira el Concordato—y por tanto los artículos 81 y 82 del Código civil—es el de que la Iglesia tiene jurisdicción y competencia para disciplinar y entender de los conflictos entre bautizados en materia matrimonial, *pero* los efectos meramente civiles del matrimonio corresponden en exclusiva a la potestad civil y sus tribunales, por lo cual la sentencia eclesiástica *produce* efectos civiles, *pero no declara ni concede* derechos civiles, con lo que no puede producir la inexistencia de la sentencia dictada en 1953 por el Tribunal Supremo, e infracción, por interpretación errónea, de los artículos 143, 152-4.º, 855, 105 y 73 del Código civil y de la doctrina legal a ellos atinente, ya que para que la esposa pueda reclamar alimentos debe cumplir las obligaciones que le impone la Ley, y al incurrir en causa de desheredación perdió el derecho a pedirlos.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, en base a la siguiente argumentación:

Visto siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros

Considerando: Que el recurrente, al formular el *primer motivo* del recurso al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, estimando el fallo contrario a la cosa juzgada, incide en el defecto de confundir la inadecuación de procedimiento con aquélla, inaplicable al fallo recurrido, en que incidentalmente se reclaman alimentos provisionales, por expresa disposición del artículo 1.617 de la Ley procesal, sin que a tal conclusión sea obstáculo la distinción entre cosa juzgada formal y material que, al argumentar sobre el motivo, se hace, puesto que *la primera no tiene otro efecto que la preclusión definitiva en el juicio, que excluye la posibilidad de que la resolución dictada sea impugnada en el propio juicio por las partes, pero en absoluto impide la apertura de un nuevo procedimiento sobre los mismos hechos*, procediendo por ello la desestimación del motivo.

Considerando: Que el *segundo motivo* en que, por estimar que los alimentos debieron ser instados en el juicio ordinario correspondiente y no en el especial regulado por los artículos 1.609 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, se alega abuso o exceso en la jurisdicción al conocer por el citado procedimiento, amparándolo en el número 6.º del artículo 1.692 de la citada Ley, debe forzosa-mente perecer, puesto que *es doctrina constante* de esta Sala que «el hecho de que se sustancie el proceso por los trámites del juicio verbal y no por los de la mayor cuantía en nada afecta a la jurisdicción con que se actúa» (sentencias de 19 de noviembre y 15 de febrero de 1949, 3 de mayo de 1955 y 9 de marzo de 1961).

Considerando: Que los *motivos tercero y cuarto*, en que por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la tantas veces citada Ley procesal se denuncia, en el primero, la interpretación errónea de los artículos 81 y 82 del Código civil, y en el segundo la de los 73, 105, 143, 152-4.º y 855 del mismo Cuerpo legal, y doctrina que cita, han de ser desestimados: puesto que, si bien es cierto que los efectos civiles del matrimonio deben ser *declarados* por los Tribunales civiles, también lo es que aquéllos *surgen* de la existencia o no del vínculo, que ha de ser necesariamente tomada como base para su determinación, y la *existencia de la obligación de prestar alimentos* ha sido *declarada* por Tribunal civil; y en cuanto a la *subsistencia de causa excluyente* del deber de alimentos por incumplimiento del cónyuge de sus obligaciones, al haber sido dictada por la jurisdicción eclesiástica, dentro de sus atribuciones, sentencia declarando nula aquella por la que se acordó la separación temporal, desapareció la causa impeditiva, y por ello la sentencia recurrida ha inter-

pretado acertadamente las disposiciones citadas, sin que existan las infracciones denunciadas.

Considerando: Que, al rechazarse todos los motivos articulados, procede la desestimación del recurso y la condena del recurrente al pago de las costas causadas y pérdida del depósito constituido, según dispone el artículo 1748 de la Ley de Enjuiciamiento.

RECLAMACION DE LITIS EXPENSAS INTERCONYUGALES. CONCEPTO DE ALIMENTOS: inclusión o no de las «litis expensas» entre ellos; utilidad de éstas.—**ABUSO DE JURISDICCION:** uso de un procedimiento distinto al señalado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Avila c. De la Lastra (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1967).

Doctrina de la sentencia.—El concepto de «alimentos» lo establece con gran claridad el artículo 142 del Código civil, y son señalados según la posición social de la familia. La doctrina legal que excluye a las *litis expensas* del concepto de alimentos ha sido confirmada por la nueva redacción dada al artículo 68 del Código civil. Al fijar el tribunal *a quo* las *litis expensas* y declarar que tales cantidades son las justas, estimó la utilidad de éstas. El hecho de que en la tramitación de un pleito no se siga el procedimiento marcado por las Leyes procesales en nada afecta a la jurisdicción con que se actúa.

Antecedentes: 1) La actora había promovido proceso de separación conyugal ante el Tribunal eclesiástico, por sevicias de su marido, quien reconvinó en la misma causa. En ésta recayó sentencia firme y ejecutoria declarando la separación matrimonial por culpa de ambos consortes. Se devengaron unas costas de 98.386 pesetas, a cargo de la esposa demandante. 2) Al mismo tiempo que el litigio canónico, la esposa promovió querrela contra su marido por falsedad documental. Se tramitó el sumario, cuyas actuaciones devengaron 12.108 pesetas. 3) El esposo promovió ante el Juzgado correspondiente la ejecución de la sentencia canónica de separación conyugal, a los efectos del artículo 73 del Código civil, autos pendientes de apelación ante la Audiencia. Además, promovió otras cuestiones, que originaron recursos de apelación en un solo efecto, dentro del proceso de ejecución de la sentencia de separación. Los gastos en tan complejo procedimiento—sin perjuicio de ulterior liquidación—se cifraban por la esposa en 150.000 pesetas. 4) El esposo era propietario de una fortuna aceptable (incierto, según él) y la esposa solamente tenía como medio de vida la pensión alimenticia definitiva que percibía de su marido, de 15.000 pesetas mensuales.

La esposa demanda al esposo, con súplica de que se dictare sentencia condenando al demandado a pagar las *litis expensas* devengadas por su mujer en el procedimiento canónico de separación conyugal (110.489 pesetas), y además las que se devenguen en el proceso civil de ejecución de la sentencia canónica y en las cuestiones incidentales y recursos derivados de dichos autos de ejecución, así como las devengadas en el presente litigio: entregando a la actora, como provisión de fondos y a su cuenta, la cantidad de 150.000 pesetas, sin perjuicio de su ulterior liquidación.

El demandado contestó y se opuso a la demanda, alegando la excepción de inadecuación del procedimiento, exponía, respecto de la pensión alimenticia que pasaba a su mujer, «que en su mayor parte, como era lógico, no

precisaba como medio de subsistencia» (*sic*), y que el acto de conciliación revelaba que la actora estaba convencida de que su demanda únicamente podría ventilarse en el juicio declarativo correspondiente. Terminaba con la súplica de que se dicte sentencia, estimando la excepción opuesta de inadecuación del procedimiento y declarando no haber lugar a entrar a conocer del fondo del asunto, y en su defecto, para el caso de no estimar dicha excepción, declarar no haber lugar a la demanda, absolviendo en todo caso de ella al demandado.

El Juzgado, estimando en parte la demanda, condenó al demandado a pagar a su esposa, en concepto de *litis expensas*, la cantidad de 110.000 pesetas por los procesos canónicos de separación y penal; más 50.000 pesetas por los que se devenguen en el proceso civil de ejecución de sentencia canónica y los del presente litigio, como provisión de fondos, sin perjuicio de su posterior liquidación activa o pasiva a la terminación de la contienda.

La Audiencia, confirmando sustancialmente la sentencia del Juzgado y estimando en parte la demanda, condenó al demandado a pagar a su esposa, en concepto de *litis expensas*, la suma de 12.108 pesetas: más las costas y gastos en el proceso canónico, en cuantía que se determine en ejecución de sentencia, sin que pueda exceder de 98.381 pesetas; más 50.000 pesetas para las que ocasione el proceso civil de ejecución de sentencia canónica y las del presente pleito, como provisión de fondos, sin perjuicio de su posterior liquidación a la terminación de dichos procesos.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, basado en la infracción: de los artículos 481 y siguientes, en relación con los 741 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al conocer sobre el fondo de la cuestión en el inadecuado procedimiento incidental promovido, y de la doctrina legal relativa a las *litis expensas*.

El recurso es rechazado en virtud de la siguiente fundamentación:

Visto siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros.

Considerando: Que el recurrente, en el *primer motivo* que articula, acusa, al amparo del número 6.º del artículo 1.692, exceso en el ejercicio de la jurisdicción por inadecuación de procedimiento, toda vez que—según él—la *reclamación de litis expensas debió ser tramitada* en el juicio ordinario correspondiente a su cuantía, según establecen los artículos 481, 483 y 488 de la Ley de Enjuiciamiento, pero una *reiteradísima jurisprudencia de esta Sala* tiene establecido (Sentencias de 19 de noviembre de 1949, 3 de mayo de 1955 y 9 de marzo de 1961, entre otras) que *el hecho* de que en la tramitación de un juicio no se siga el procedimiento, marcado por las Leyes procesales, *en nada afecta* a la jurisdicción con que se actúa, *ni*, por tanto, puede servir de *fundamento* al recurso de casación, amparado en el motivo alegado, que se refiere únicamente a la carencia de jurisdicción.

Considerando: Que teniendo en cuenta que el artículo 142 del Código civil *establece* con perfecta claridad el *concepto de «alimentos»*, comprendiendo en él «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia», y en el mismo *no quedan comprendidos* los gastos de los pleitos que sostenga la mujer con su marido (Sentencias de 15 de abril de 1896, 27 de mayo de 1955 y 24 de enero de 1959, entre otras), el *segundo motivo*, que se formula por violación de la doctrina legal que se cita, ha de ser desestimado, porque las 15.000 pesetas mensuales que, como «alimentos» están señaladas a la esposa, *lo tuvieron por ser*, estimando la posición de la familia, *para* cubrir las atenciones antes citadas; y la doctrina legal a que anteriormente se ha hecho referencia ha sido confirmada

por la nueva redacción dada a los artículos 68 del Código civil y 1.890 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley de 24 de abril de 1958.

Considerando: Que el *tercer motivo* del recurso, que por error de hecho en la apreciación de la prueba y en base al número 7.º del artículo 1.692 de la Ley adjetiva se aduce, debe ser *rechazado* por dos razones, con entidad bastante cada una para producir la desestimación: siendo la *primera* que no se cita documento auténtico alguno, puesto que, según tiene esta Sala declarado, no lo son los testimonios de particulares, ni las propias diligencias judiciales, ni las declaraciones de testigos, ni la confesión judicial, y la *segunda*, que al declarar el Tribunal *a quo* que las cantidades a cuyo pago condena en concepto de *litis expensas*, atribuyéndolas en partes precisas a cada uno de los procedimientos tramitados, *son las justas*, estimó la utilidad de éstos.

Considerando: Que el *cuarto motivo*, articulado por violación de doctrina legal, alternativamente para el caso de no prosperar el tercero, ha de correr la misma suerte que éste, por el propio razonamiento que en último lugar se hace en el Considerando anterior, ya que el Tribunal de instancia no sólo no violó la doctrina legal citada, sino que la aplicó certeramente.

Considerando: Que al ser desestimados todos los artículos articulados, lo ha de ser igualmente el recurso, con los pronunciamientos consiguientes.

MATRIMONIO DE UN NACIONALIZADO ESPAÑOL POR CONCESION REAL.

EFFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO: cuestión de si el marido había o no adquirido la vecindad foral al contraerlo.—EFFECTOS PATRIMONIALES: Ley relativa al Estatuto matrimonial y régimen económico del matrimonio.—ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR EXTRANJERO AVECINDADO EN CATALUÑA: cuestión sobre si al adquirir la nacionalidad española por concesión real devino o no aforado catalán.—NACIONALIDAD ADQUIRIDA POR CARTA DE NATURALEZA: sus requisitos y problema de si se sujeta o no a los trámites del Real Decreto de 6 de noviembre de 1916. La residencia habitual y el «animus morandi».—TESTAMENTO DE CONFIANZA: Ley de la sucesión.—EXISTENCIA O NO DE LAGUNA LEGAL: procedencia de las fuentes supletorias. Luque y Ramirez c. Chastaing (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1967).

Doctrina de la sentencia.—El marido, que había adquirido la nacionalidad española por concesión real, no devino aforado catalán al adquirirla: porque el artículo 15, norma 3.ª del Código civil, parte del presupuesto de una situación jurídica, la de español, que, con el concurso de sucesivas circunstancias, produce un efecto legal, la vecindad común o foral; pero no existiendo aquélla, las últimas por sí solas no pueden llevar a tal resultado; porque al adquirir un extranjero la ciudadanía española, queda sujeto al Derecho Civil, llamado «común», sin perjuicio de que posteriormente—conforme al artículo 15—pueda obtener la condición de aforado, y porque, aunque anteriormente hubiera gozado de la condición de español, no acreditada su vecindad foral, ni manifestada su declaración de voluntad ante el Juzgado Municipal, no pudo gozar de la condición de aforado, y sin que la inscripción en el Libro de Ciudadanía pueda equivaler a la necesaria declaración de voluntad. No adquirida la vecindad foral con la adquisición de la nacionalidad española, siendo el marido español común, su matrimonio sin capitulaciones queda sujeto al régimen legal de gananciales. La nacionalidad adquirida por concesión real no está sujeta a los trámites fijados

por el Real Decreto de 6 de noviembre de 1916. Una cosa es la residencia habitual—*questio facti*—y otra el *animus conmorandi—questio iuris*—: éste, ostensiblemente exteriorizado, evidenciaba una actitud contraria a la adquisición de la vecindad foral. La Ley de la sucesión es la personal del causante. No existe una laguna legal.

Antecedentes—Como hechos reconocidos por ambas partes, que quedaron probados, resultan los siguientes: 1) Don E., de nacionalidad alemana, tras diversos cambios de residencia, fijó en Barcelona su domicilio a partir de 1914; en 1922, en base a su voluntad expresada en instancia, pidió y obtuvo la nacionalidad por carta de naturaleza, que le fue concedida por el rey; procedió a su inscripción como ciudadano *español* en el Registro Civil de Barcelona; residiendo desde entonces en dicha ciudad hasta su muerte. 2) El citado don E. contrajo matrimonio en 1928 con doña H. (la demandada). Posteriormente, en 1938, contrajo nuevo matrimonio (*sic*) con la misma, en la Alcaldía de ..., en Francia. En ninguno de los dos casos se otorgaron capitulaciones matrimoniales. Del citado matrimonio no hubo descendencia; sin embargo, en 1944, los conyuges adoptaron una niña (adopción en escritura pública, sin que tengamos otros datos). 3) En el mismo año 1944, aparece una mujer en la vida del citado don E., a la que podemos llamar «Brigitte»: la instala en un piso, sito frente al que habitaba el matrimonio; tiene de ella un hijo—inscrito en el Registro Civil como de padre desconocido—, al que luego presenta en sociedad como hijo legítimo suyo. Prácticamente, la situación de don E. y su esposa era la de separación de hecho. 4) En 1945, en vista de tal situación anómala, ambos conyuges otorgaron una curiosa escritura ante Notario, llamada «de aclaración de situación económica de la sociedad conyugal», en la que *declaran* (hacen constar): a) que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.315 del Código civil, *entienden* que su matrimonio se hallaba contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y b) que cuantos bienes poseen les conviene la calificación de gananciales. 5) En 1958, mediante documento privado otorgado por ambos conyuges y posteriormente autenticado por Notario, los esposos cifraron los bienes de su sociedad de gananciales por un valor nominal—en acciones—de 6.276.000 pesetas, y el marido regaló a su esposa acciones por un valor de 3.600.000 pesetas, con transmisión posterior a través de Agente de Cambio y Bolsa. La causa de tal transmisión gratuita parece ser a modo de compensación o arrepentimiento del marido, que había adquirido e inscrito para «Brigitte» una finca urbana. 6) En 1961, el marido otorgó escritura de revocación de las donaciones hechas a su mujer: escritura *posterior en dos días* a la fecha de su último testamento. 7) Fallecido don E., se observa que había otorgado varios testamentos: en los años 1930, 1939, 1941, 1943 y 1961. En los primeros instituía a su esposa como heredera universal suya, y reafirmaba su condición de «español»; pero en el último, en base a su manifestación de ser residente en Barcelona (al parecer, no está claro en la exposición de los hechos), instituía herederos de confianza, conforme a la Compilación—lo eran los dos demandantes en el pleito—. 8) Promovido el juicio universal de testamentaria (no aparece claro, aunque es de suponer que por los demandantes), se practicó un inventario de los bienes del causante, sin intervenir en él la viuda; ésta retiró un paquete de acciones por valor de algo más de 2.000.000 de pesetas, en concepto de su mitad de gananciales y del usufructo viudal de dos tercios (al no haber hijos del matrimonio); también a

requerimiento de la viuda, se solicitó de un Banco la consignación judicial del saldo de la cuenta corriente, que se ingresó en la Caja General de Depósitos por ordenarlo así el correspondiente Juzgado y confirmarlo la Audiencia. 9) Al fallecimiento del causante, eran interesados en su sucesión: su viuda, la hija adoptiva, el presumible hijo adulterino y los instituidos herederos de confianza.

El *petitum* de la demanda contenía la siguiente súplica: que se dicte sentencia por la que se declare: 1.º, que don E. adquirió la condición civil de aforado catalán en el mismo instante de adquirir la nacionalidad española; 2.º, que su sucesión, a toda clase de efectos legales, se rige por el Derecho foral de Cataluña; 3.º, que doña H (la demandada) no tiene derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia de su marido, por no serle de aplicación el artículo 838 del Código civil; 4.º, que el régimen económico conyugal de los cónyuges señores... fue el romano de separación de bienes, conforme al Derecho catalán; 5.º, que la escritura de 1945 es nula de pleno derecho, por atentatoria a la invariabilidad del régimen económico conyugal, y por constituir transacción prohibida sobre cuestiones matrimoniales—añadido este inciso último en el escrito de réplica—; 6.º, que el documento de 1958 es nulo de pleno derecho, por atentatorio de la invariabilidad del régimen conyugal, por simulativo de donaciones prohibidas entre marido y mujer y por constituir transacción prohibida sobre cuestiones matrimoniales; 7.º, que las transferencias de valores verificadas por don E. a favor de su esposa, mediante intervención de Agentes de Cambio y Bolsa, son nulas de pleno derecho, por hechas sin causa onerosa y no entrañar acto de comercio ni verdadera «negociación» en Bolsa, y por constituir ejecución de transacción prohibida sobre cuestiones matrimoniales—añadido también en la réplica—; 8.º, la nulidad de pleno derecho de las donaciones hechas por don E. a su mujer como persona inhábil para recibir las; 9.º, que, no obstante la premoriencia del marido donante, las donaciones no se convalidaron al mediar el arrepentimiento expreso y la solemne revocación por el donante; 10.º, que los herederos del donante puedan legalmente reivindicar todos los bienes que su causante donó en vida a su mujer; 11.º, que condene a la demandada a entregar a los herederos universales de confianza de su finado marido todas y cada una de las acciones de compañías mercantiles del llamado grupo H.; 12.º, que condene a la demandada a entregar a los herederos de confianza de don E. el importe de los dividendos, frutos y demás emolumentos producidos por las acciones reivindicadas, así como los intereses, daños y perjuicios, a reserva, en su caso, de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia; 13.º, condene en costas a la demandada por su temeridad y mala fe.

La viuda demandada se opuso a la demanda, suplicando se dictase sentencia, desestimando la demanda. Y formuló reconvencción, suplicando se declare nula la institución de herederos de confianza a favor de los demandantes, porque—contraído el matrimonio bajo el Derecho común y reiterado en la escritura de 1945, que los cónyuges quieren que su sucesión se rija por el Derecho común—es evidente que el causante no era catalán y tal institución es nula.

Los *puntos controvertidos* en el litigio eran los siguientes: a) la vecindad del marido en el momento de contraer matrimonio; b) el régimen económico-conyugal; c) la validez y eficacia de la escritura de 1945 de «aclaración de situación económica de la sociedad conyugal»; d) la validez de las donaciones

de acciones hechas a la esposa por su marido; e) el testamento último de 1961, instituyendo herederos de confianza a los demandantes; f) la Ley aplicable a la sucesión de don E.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando prácticamente en todas sus partes la demanda, declaro: 1.º, que don E., simultáneamente a la concesión de la nacionalidad española, adquirió la condición civil de aforado catalán con efectividad de un mes después (fecha de la inscripción en el Registro Civil); 2.º, que la sucesión de don E., a toda clase de efectos legales, se rige por el Derecho foral de Cataluña; 3.º, que el matrimonio contraído en 1928 se rige, en cuanto a los bienes, por el sistema legal de separación de bienes; 4.º, que la escritura de 1945 es nula de pleno derecho; 5.º, que el documento de 1958 es nulo asimismo de pleno derecho; 6.º, que la donación de los valores a que tal documento se refiere, y las posteriores transmisiones mediando Agente Colegiado, no producen efectos transmisórios de tales valores, que continúan siendo propiedad de don E., al constituir donaciones que no fueron convalidadas por el causante; 7.º, que los citados valores deben ser entregados por la demandada a los herederos de confianza, actores en este procedimiento, con los frutos producidos a partir de la defunción de don E.; 8.º, que, desestimando la reconvencción de la demandada, declara válido el testamento otorgado por dicho don E., y, por ende, la declaración de herederos de confianza hecha en dicho testamento, 9.º, que no se hace especial declaración de costas, por no observarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

La Audiencia dicta sentencia, por la que: a) confirmando en parte la sentencia de primera instancia, declara que el causante adquirió la condición civil de aforado catalán con simultaneidad a la concesión de la nacionalidad española, que su sucesión se rige por el Derecho foral de Cataluña, y que el testamento último del causante es válido y, por ende, la institución de herederos de confianza, sin hacer condena en costas, y b) revocando en parte la sentencia apelada, absuelve a la demandada de los restantes pronunciamientos de dicha sentencia.

Ambas partes interpusieron sendos recursos de casación, en los que se aprecia la labor de excelentes juristas y el rigor lógico con que se desarrollan sus respectivas tesis. Aquí no podemos hacer una exposición detallada de ambos y haremos un extracto de lo más relevante de ambos escritos.

El recurso interpuesto por los demandantes se articulaba, en base a la infracción de Ley y fundado en los números 1.º, 2.º y 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en 15 motivos, que se resumen como sigue:

Primero: por violación en su aspecto negativo—falta de aplicación—del artículo 1.281-1.º del Código civil y doctrina legal que lo desarrolla, respecto a la escritura de «aclaración» de 1945, cuyo tenor contextual está formado por términos claros y sencillos, reveladores de que los cónyuges formularon solemnemente una declaración de su criterio acerca de la vecindad civil inicial del español llegado de la extranjería que, residiendo en territorio foral, se casó sin capitulaciones previas.

Segundo: por infracción, por aplicación indebida, de los artículos 1.254 y 1.261-1.º del Código civil, respecto de la citada escritura de 1945, cuyo tenor contextual evidencia que los cónyuges otorgantes *entendieron* que entre 1928 (fecha del matrimonio) y 1945 se hallaban sometidos al régimen de gananciales y que en 1928 el marido era español-castellano (pese a residir en Barcelona) por haber transcurrido sólo cinco años desde su nacionalización: su consen-

timiento tenía por objeto dejar constancia *de lo que decían que habían entendido* acerca de hallarse sometidos al artículo 1.315-2.º del Código civil—no unas capitulaciones informales—, por lo que el contenido de dicha escritura sólo era la dación de fe de un *criterio jurídico*, no un verdadero consentimiento respecto a un convenio. Sin embargo, la sentencia recurrida afirma que la Sociedad *paccionada* de gananciales fue el régimen económico matrimonial, y también afirma que el marido desde que fue español—y, por ende, en el momento de matrimoniar—era de regionalidad catalana: y como afirma la sentencia que el régimen inicial conyugal fue sin capitulaciones, hay en ello una grave contradicción, ya que el régimen legal supletorio catalán es el de separación de bienes.

Tercero: por infracción, por falta de aplicación, de los artículos 1.275 y 1.276 del Código civil, respecto de la misma escritura de 1945, ya que la *creencia* de los otorgantes, acerca de la vecindad civil y del régimen legal supletorio, importa un grave «error *iuris*» sustancial sobre la cosa—regional civil del marido—sobre la que versó su declaración de voluntad.

Cuarto: por infracción, por aplicación indebida, de los artículos 7 y 52 de la Compilación de Cataluña, respecto de la citada escritura, que evidencia que los cónyuges quisieron formular una *declaración* «para que no haya dudas ni equívocos»... *de lo que habían entendido y entendían*, pero no quisieron ni pactaron el régimen de gananciales, por lo que es impropio que a tales hechos se apliquen las normas jurídico formales de la Compilación citadas.

Quinto: por infracción, por violación, de los artículos 7 y 1-2.º de la Compilación catalana, pues el artículo 7 recoge el sentir jurídico tradicional del pueblo catalán, en el sentido de la necesidad de la escritura pública para las capitulaciones, y es doctrina legal que «el concepto infractivo de violación atañe específicamente a la existencia, subsistencia y determinación del alcance de una norma jurídica», lo que lleva consigo averiguar si está o no vigente y precisar su ámbito en el tiempo y en el espacio, decidiendo el Juez su eficacia para regir una situación de hecho.

Sexto: por infringir el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el principio *iura novit curia*, al no ser la sentencia congruente con las peticiones de ambas partes (el *petitum* de la demanda es que se declare que el régimen conyugal era el de separación de bienes, previa declaración de que era catalán al contraer matrimonio), cuyas peticiones precisaron claramente el hecho objetivo de la litis, que excluía el hecho capitulativo; pero la Sala aduce una *exceptio pacti conventi* no alegada por la demandada y plantea de oficio una cuestión nueva.

Séptimo: por idénticas infracciones que el anterior y del principio de rogación procesal, pues las peticiones de ambas partes sobre la nulidad o validez de la escritura de 1945 dependían del hecho de la vecindad civil del novio al casarse, con lo que la Sala debió declarar, o el régimen de separación o el de gananciales, pero nunca que el marido era catalán y que el régimen era de gananciales: la congruencia imponía una sentencia idéntica a la del Juzgado.

Octavo: por error de hecho en la apreciación de la prueba e infracción de los artículos relativos a los medios de prueba—1.218, 1.225 y 1.232 del Código civil—, en cuanto a que los hechos alegados por la viuda demandada (sobre la conducta conyugal del marido desde 1944) fueron valorados como irrelevantes por el Juzgado, aunque «algunos de ellos fuesen constitutivos de

la causa psicológica a la que, en última instancia, se daba su proceder». hechos de cuya jurídicamente errónea apreciación de pruebas se precaven los recurrentes en este motivo.

Noveno. por el citado error y el correspondiente proceso mental de deducción por la Sala (negando lo que el documento dice), formulado *ad cautelam*, por si se estimare que algunos hechos de los alegados por la demandada no son verdaderos y reales

Décimo: por infracción de los artículos 1.261-3.º, 1.274 y 1.275 del Código civil (en cuanto a la causa impulsiva y determinante), en relación con el artículo 56 del Código civil—todos ellos infringidos por falta de aplicación—, porque el incumplimiento de la obligación de «vivir juntos» del artículo 56 del Código civil no puede ser objeto de contrato, y ese contrato es nulo por ilicitud de la causa (contraria a la esencia del matrimonio); que «el perdón del adulterio por precio ha sido siempre una de las cosas más odiosas e indignas» (*sic*), y que es doctrina legal sobre la causa individual impulsiva y determinante, elevatoria del móvil a la categoría jurídica de «verdadera causa en sentido jurídico», el que ésta imprime a la voluntad una dirección finalista e ilícita del negocio.

Decimoprimer: formulado alternativamente, por violación del artículo 1.276 del Código civil, ya que si se parte—lo cual lo niegan los recurrentes—de que la escritura de 1945 es *un contrato*, hay que admitir que se funda en un motivo falso (la supuesta regionalidad común del marido), y ese motivo adquiere la categoría de causa y lleva a su nulidad por ineludible aplicación del citado artículo 1.276

Decimosegundo: para el caso—que estiman cierto los recurrentes—de no ser un contrato dicha escritura de 1945, denuncian error de hecho en la apreciación de la prueba e infracción de los artículos 1.232 y 1.239 en relación con el 1.218 del Código civil, pues en tal escritura los otorgantes hacen *una confesión extrajudicial* acerca de una situación jurídica que estiman existente, lo cual abarca dos puntos: a) la confesión—más bien *cogitatio*—en orden a lo que creen es su régimen conyugal desde su matrimonio, y b) la confesión respecto de la inexistencia de capitulaciones, por lo que la Sala no puede deducir el otorgamiento de capitulaciones del hecho de unas declaraciones manifiestativas de no existir tales capitulos

Decimotercero: por error de hecho en la apreciación de la prueba, derivado de documentos auténticos (la susodicha escritura de 1945): pues la escritura dice lo contrario de lo que la Sala afirma.

Decimocuarto: se infringe, por aplicación indebida, el artículo 1.315 del Código civil, al aplicarlo como norma supletoria a un contrayente *al que se declara catalán* por la misma sentencia recurrida.

Decimoquinto: se infringen, por violación, los artículos 20, 22 y 23 de la Compilación catalana, sobre el juego de la presunción «muciana», ya que la citada escritura y el documento de 1958 envuelven unas donaciones a la mujer constante matrimonio: aquí consta el arrepentimiento del marido, que muere en 1961 sin convalidarlas. Sin embargo, la sentencia parece como si dijera que hay una especie de gananciales catalanes, que determinan la inoperancia de los artículos de la Compilación invocados. Ello es insostenible: de un lado, porque la prohibición de donaciones entre cónyuges es muy compatible con los gananciales (arg. art. 1.334, C. c.), y por otro, consta del documento de 1958 una efectiva entrega a la esposa de bienes por un valor del 57 por 100 de los gananciales. Procedía que la Sala declarase nulas tales do-

naciones, en base a la nulidad de dicho documento: no importa que los bienes fueran o no gananciales, sino que hay unas donaciones en vida del marido (en forma de negociación bursátil), que muere sin convalidarlas, lo que infringe los preceptos forales catalanes invocados.

El recurso de casación interpuesto por la demandada, dirigida por don Antonio Hernández Gil, se articula en *cuatro motivos*, que a continuación resumo:

Primero—Por infracción de los artículos 15, 17 (anterior), 19 (actual) y 1.315 del Código civil y del artículo 1.º del Real Decreto de 6 de noviembre de 1916, al declarar la sentencia recurrida que don E., simultáneamente a la concesión de la nacionalidad española por Real Decreto, adquirió la condición civil de aforado catalán. Se desarrolla la argumentación en cuatro puntos básicos:

a) Es evidente que don E. era originariamente extranjero, con lo que no puede estimarse que simultáneamente con la adquisición de la nacionalidad se produjo la adquisición de la condición de aforado. Porque es requisito preciso para determinar la Ley personal interna—conforme al art. 15 C. c.—que en el interesado concurra la condición *genérica* de nacional o español; la aplicación de la norma común o foral requiere una discriminación de orden interno o interregional (de base territorial) y de efectos determinativos de la Ley personal. Lo demuestra la naturaleza del precepto y sus disposiciones particulares: todo el precepto se dirige a resolver un conflicto entre Leyes españolas *de ámbito territorial diferente*.

b) Si cabe sostener que un extranjero, con la adquisición de la nacionalidad española, adquiere la vecindad foral, ello sólo sería posible si la nacionalidad y la regionalidad tuvieran en común un elemento o soporte cual el tiempo de residencia; pero esto no ocurre en el caso de autos, en que el causante adquirió la nacionalidad directa o graciosamente (por carta de naturaleza, según Real Decreto de 1923) y *no* por naturalización indirecta o por residencia. Aunque en la instancia el solicitante aludiera al tiempo de residencia en España, no altera lo expuesto. Y aun admitiendo que el tiempo de residencia anterior pudiera apreciarse en orden a la vecindad, son *hechos probados* que al cursar su petición residía en Barcelona *desde ocho años antes*, no habiendo transcurrido diez años desde que se domicilió en España. Con lo que se infringe el artículo 15, párrafo 2.º, del Código civil.

c) Que la necesidad de adquirir la nacionalidad española es acto distinto de la vecindad requerida para ostentar la condición legal de catalán (artículo 15 C. c.): para adquirir la *nacionalidad*—conforme al artículo 17-4.º del Código civil en su redacción anterior—basta ganar vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía, mientras que para adquirir *regionalidad* es indispensable la residencia en territorio de Derecho foral—conforme al art. 15 C. c.—. No se adquieren al mismo tiempo la *nacionalidad* y la *regionalidad*: porque los plazos del artículo 15 están previstos para personas que ostenten ya la nacionalidad española, y porque la vecindad ganada en cualquier pueblo (y, por tanto, en localidades sujetas al Derecho foral) determina la adquisición de la *nacionalidad*—conforme al artículo 17-4.º anterior del C. c.—. Es evidente que la nacionalidad y la vecindad son instituciones distintas y que la nacionalidad es condición jurídica que necesariamente precede a la vecindad foral: a ésta se llega, después de adquirida la nacionalidad, mediante el transcurso de nuevos plazos y cumpliendo los requisitos exigidos en el art. 15 C. c.— Por todo lo expuesto, el causante, don E., español, nacionalizado en el momento del matrimonio, *no era aforado*, por residir menos de diez años en Barcelona y *no haber manifestado*

su *voluntad* de ganar la vecindad catalana ante el Juez municipal correspondiente.

d) La sentencia recurrida invoca reiteradamente el Real Decreto de 6 de noviembre de 1916, que resulta aplicado indebidamente, como lo patentiza el artículo 1.º de tal Decreto relativo a la «justificación y declaración de haber ganado los extranjeros vecindad en España, que constituye uno de los medios de adquirir la nacionalidad española»... Por tanto, dicho Real Decreto queda circunscrito a la adquisición de nacionalidad *por vecindad* (al amparo del artículo 17-4. C. c. anterior). Y en el caso de autos, el causante adquirió la nacionalidad *por carta de naturaleza* (regulada entonces por el art. 17-3.º C. c.), por concesión graciosa, por Real Decreto. Con lo que la sentencia infringe el artículo citado, al transferir disposiciones relativas a la adquisición de nacionalidad *por vecindad* a la adquisición de nacionalidad *por carta de naturaleza*: en *aquella* se trata de un procedimiento administrativo ante un Juez municipal y la concesión se hace por el Ministerio de Justicia, y en *ésta* se trata de una concesión real en base a la *voluntad* del peticionario extranjero (no basada en la vecindad o residencia), y con resolución del Ministerio de la Gobernación.

e) Que la infracción, por violación del artículo 1.315 del Código civil, se produce de una manera refleja, ya que don E. no tuvo la condición de aforado catalán al adquirir la nacionalidad española, ni tampoco podría ostentarla por no haber transcurrido los diez años que exige el artículo 15 del Código civil cuando contrajo matrimonio: por lo cual el matrimonio—regido por la Ley personal del marido—quedó sujeto al régimen de gananciales desde el momento de su celebración

Segundo.—Por infracción, por violación del artículo 15, párrafo 2.º, del Código civil, relativo a la *vecindad* y de la doctrina legal que lo interpreta, así como de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil. Lo desarrolla así:

a) Que la sentencia recurrida entiende que la condición de aforado catalán fue adquirida simultáneamente con la nacionalidad, pero no está la Sala muy convencida de ello, cuando al razonar la validez del testamento último del causante estima que la condición de aforado catalán la tenía definitivamente adquirida porque en la fecha del testamento habían transcurrido con exceso los diez años de residencia. Pero el artículo 15, párrafo 2.º, del Código civil no hace funcionar el plazo de los diez años de residencia con el simple automatismo del tiempo, sino que lo combina con la voluntad del interesado: de modo que la voluntad es verdaderamente decisiva, y una manifestación de voluntad en contrario priva de efectividad al transcurso del tiempo.

b) Este último criterio interpretativo es abonado por una numerosa y reiterada doctrina legal, asimismo infringida. Y es de notar que el causante, don E., desde que adquirió la nacionalidad española, hizo constantes manifestaciones de ser ciudadano español sujeto al Derecho común: en cuatro testamentos y en una escritura (la de 1945).

c) Finalmente, la sentencia no llega a fijar el *dies a quo*, requisito indispensable para computar un plazo, ni tampoco constata la existencia de una residencia ininterrumpida, todo lo cual viola la doctrina legal de las sentencias de 27 de octubre de 1900, 23 de diciembre de 1904 y 21 de enero de 1958. Así las cosas, cobra señalado relieve en el presente caso la reiterada intención de *some-timiento al Derecho común*.

Tercero.—Por infracción, por violación, de los artículos 10 y 14 del Código civil y 3 de la Compilación catalana, porque—siendo la Ley de la sucesión la

personal del causante—al no ser dicha Ley la especial o foral catalana, carece de validez el último testamento de 1961.

Cuarto.—Por infracción, por violación, del artículo 6.º-2.º, del Código civil y de la doctrina legal interpretativa del mismo. Este motivo persigue sobre todo la *finalidad* de velar por la certeza de las normas y la jerarquía de las fuentes. En la fundamentación del fallo del Juzgado—aceptada por la Audiencia—se parte de que el problema de la Ley civil española aplicable al extranjero que adquiere la nacionalidad española no puede resolverse mediante la directa aplicación de los preceptos del Código civil, por lo que debe acudirse a la costumbre, los principios generales del Derecho y a la opinión de los tratadistas. A toda esta argumentación hay que oponer: 1) que los principios generales del Derecho son fuente subsidiaria, que sólo puede utilizarse cuando exista una *laguna* en la Ley: lo que no ocurre en el caso, como se demuestra en los motivos precedentes; 2) que la opinión de los tratadistas *no constituye* fuente de Derecho admitida por el artículo 6.º-2.º del Código civil (de aplicación general a todo el territorio español), ni tampoco puede equipararse a la doctrina legal que admite la Ley de Enjuiciamiento Civil (también de aplicación general): con lo que se viola de nuevo el mismo precepto y la doctrina legal sobre ello.

El Tribunal Supremo acoge íntegramente este recurso de la demandada y rechaza totalmente el de los actores, sentando la siguiente doctrina:

Visto: Siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros,

Considerando: Que a efectos de resolución del doble recurso interpuesto, dado el contenido de los motivos de casación alegados por cada parte como fundamento de su impugnación y el hecho de que la estimación de alguno de los propuestos por la representación de doña E. Ch C lleva como inexcusable consecuencia la desestimación de todos los articulados por la otra parte, en aras del principio de economía procesal, *han de ser primeramente estudiados los que hacen referencia al estatuto personal aplicable a don E. H. P. y validez o nulidad de los actos jurídicos realizados por el mismo*, que desarrolla la impugnación efectuada por la representación procesal de su esposa.

Considerando: Que es origen de todas las declaraciones que contiene el fallo recurrido aquélla que estima que el señor H., con simultaneidad a la obtención de la ciudadanía española, que le fue otorgada por concesión real en Decreto de 22 de mayo de 1923 y adquirió efectividad en 10 de julio del mismo año, devino aforado catalán; más el *juicio lógico-jurídico* que tan doctrinadamente explana la Sala, tanto en sus Considerandos como en los que acepta de la sentencia de primera instancia, *tiene en su desarrollo algunos errores* que le llevan a la *equivocada conclusión* que sienta y que son:

Primero.—Al aplicar al señor H. la norma tercera del artículo 15 del Código civil, *no tiene en cuenta* que el citado precepto en los supuestos contemplados por todas las que establece, *parte del presupuesto de una situación jurídica, la de español, que, con el concurso de sucesivas circunstancias, produce un efecto legal, la vecindad común o foral*; pero, no existiendo aquélla, las últimas, por sí solas, no pueden llevar a tal resultado.

Segundo.—*Al adquirir un extranjero la ciudadanía española*, y con ello el estatuto personal de los nacionales, ha de entenderse que *queda sujeto al Derecho civil*, que, por ser de aplicación a la mayoría de los españoles íntegramente y a todos en parte (título preliminar, título IV. Leyes especiales, Ley Hipotecaria, etc.) es denominado *Derecho común, sin perjuicio* de que, obtenida

la nacionalidad, pueda ampararse en lo dispuesto en el artículo 15 para obtener la condición de aforado.

Y *tercero*.—Aunque anteriormente hubiera gozado de la condición de español, *no acreditada su vecindad* durante diez años en territorio de distinta legislación civil, *ni manifestada*, después de la residencia de dos años, ante el Juez municipal, *su voluntad* de adquirir la vecindad foral, tampoco pudo gozar de tal condición; *sin que la inscripción en el libro de ciudadanía*, requisito necesario para la adquisición de la nacionalidad, por ser forzoso, *pueda suponer la declaración de voluntad* que en un Considerando de la resolución impugnada se le atribuye.

Considerando: Que documentalmente *acreditado que la ciudadanía la obtuvo* el señor H. *por concesión Real*, sin sujeción a los trámites establecidos por el Real Decreto de 6 de noviembre de 1916, no puede ser éste aplicable, y *al resultar*, según se establece en el Considerando anterior, que, no obtenida la condición de aforado con la nacionalidad, *no habían transcurrido diez años de residencia continua en Barcelona a partir de la fecha de su nacionalización, ni durante el tiempo que media entre la fecha de ésta*, 10 de julio de 1923, *y aquella en que contrajo matrimonio*, 15 de julio de 1928, *manifestó* ante el Juez municipal *su voluntad* de acogerse a la vecindad foral catalana, únicas dos formas de adquirir la misma según, el artículo 15 del Código civil, *su matrimonio*, al no haber otorgado capitulaciones matrimoniales, estaba *obligatoriamente sujeto* al régimen legal de gananciales, según establece el artículo 1.315 del Código civil.

Considerando: Que, *por todo lo expuesto, es procedente*, al haberse cometido las infracciones que, en el *primer motivo del recurso* y al amparo del número 1.º del artículo 1.692, por violación de los artículos 15, 17 (en su redacción anterior a la reforma de la Ley de 15 de julio de 1954), 19 y 1.315, todos del Código civil, y aplicación indebida del Real Decreto de 6 de noviembre de 1916, se denuncian, *la estimación total del mismo*.

Considerando: Que, si bien la *sentencia recurrida*, en su penúltimo Considerando y en el 14 de la de primera instancia que acepta, *establece como probado* que el señor H. *llevaba más de diez años de residencia ininterrumpida en Barcelona y por ello*, aunque no hubiera adquirido tal condición con su naturalización, *era «avecindado foral»*, y la *jurisprudencia de esta Sala* tiene reiteradamente *declarado* que si *la residencia habitual es cuestión de hecho*, cuya apreciación compete al Tribunal de instancia, *la existencia o no del «animus conmorandi»*, que como requisito necesario establece el párrafo segundo del número 3.º del artículo 15 del Código civil, y consagra reiteradísima jurisprudencia de este Tribunal en sentencias entre otras de 29 de marzo de 1892, 20 de abril de 1917, 13 de marzo de 1929 y 21 de enero de 1958, *es apreciación jurídica*, susceptible, por tanto, de ser atacada, como lo ha sido en el *segundo motivo* de este recurso, por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, y más en el caso presente en que es declarada por la Sala sentenciadora la validez de la escritura otorgada por ambos cónyuges en 23 de noviembre de 1945, *en la que se manifiesta* por el señor H. que «al tiempo de celebrar su matrimonio y durante los años transcurridos, han entendido los comparecientes hallarse sometidos al régimen legal de gananciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.315 del Código civil», y añade más adelante: «Que habiendo residido constantemente en Barcelona y careciendo de descendencia *quieren formular la presente declaración para que ni ahora ni en lo futuro pueda abrigarse duda alguna del régimen aplicable a*

los bienes adquiridos durante el matrimonio, que es de manera exclusiva el de la sociedad legal de gananciales», declaraciones que, dados sus claros términos literales, son constitutivas de una explícita voluntad de seguir acogido a la legislación civil común, *voluntad que vuelve a exteriorizarse* en el documento privado que otorgaron en 1958 ambos consortes, y fue notarialmente autenticado, y por ello, al no haberse estimado por la Sala de Instancia la existencia del *animus* contrario a la adquisición de la vecindad foral, ha sido violado el párrafo citado del artículo 15 y la doctrina legal, infracciones denunciadas en el segundo motivo que al amparo del número 1.º del artículo 1692 se articula y *debe ser estimado*.

Considerando: Que declarado en los anteriores que don E. H. no gozó en momento alguno de la condición de aforado catalán, son evidentes las violaciones legales que por la vía del número 1.º del artículo 1692, tantas veces citado, se acusan en *el tercer motivo*, ya que, de acuerdo con los artículos 10 y 14 del Código civil y 3.º de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, es nulo el testamento otorgado por dicho señor instituyendo herederos de confianza, y, al no haberlo declarado así la Sala, debe ser *estimado* el motivo.

Considerando: Que *no existiendo laguna legal* que haga necesario acudir a fuentes supletorias para fundamentar la declaración jurisdiccional, según se ha acreditado en los Considerandos anteriores, *es improcedente la aplicación de los principios generales del derecho*; y como *la opinión de los tratadistas no es fuente de Derecho*, según dispone el número 10 del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento y la reiterada jurisprudencia de esta Sala, al haberlo estimado así la Sala, aceptando los Considerandos 4.º y 8.º de la sentencia de primera instancia, ha cometido las infracciones que al amparo del número 1.º del artículo 1692 y por violación del número 2.º del artículo 6.º del Código civil y doctrina legal que cita se denuncian, debiendo en consecuencia ser *estimado* dicho motivo.

Considerando: Que *ninguno de los quince motivos* en que se fundamenta el recurso de casación por infracción de Ley, que la representación procesal de don J. E. L. D. y don P. R. de R. articula, *tiene viabilidad*, porque: *en primer lugar*, todos ellos *parten de supuestos* que devienen inexistentes al casarse la sentencia recurrida por estimación del recurso interpuesto por la otra parte, y *segundo*, porque *al establecerse la nulidad del testamento* que les otorga la condición de herederos de confianza *desaparece la base jurídica* en virtud de la que accionaban y los derechos derivados de tal condición.

Considerando: Que, en base a todo lo anteriormente relacionado, procede, con estimación total del recurso interpuesto por doña E. C. C., casar la sentencia recurrida, y desestimando el formalizado por don J. E. L. D. y don P. R. de R., declarar no haber lugar al mismo, condenándoles al pago de las costas causadas.

— *Segunda sentencia:*

Considerando: Que, por los propios fundamentos de la casación que precede, *debe declararse no haber lugar a ninguno de los pedimentos contenidos en la demanda*, por no haber adquirido en momento alguno don E. H. P. la condición de aforado catalán, y *la nulidad del testamento otorgado por dicho señor* en 21 de marzo de 1961, por el que instituía herederos de confianza a don E. L. D. y don P. R. de R., pues al carecer de tal condición está incurso en la prohibición contenida en el número 4.º del artículo 785 del Código civil.

Considerando: Que no existen fundamentos especiales para pronunciamientos de condena en costas a ninguna de las partes sobre las causadas en las instancias.

Fallamos: Que con revocación total de la sentencia dictada por el Juez de primera instancia número 3 de Barcelona, en 12 de septiembre de 1963, debemos declarar y declaramos: *no haber lugar a ninguno de los pedimentos contenidos en la demanda*, que desestimamos, absolviendo de ellos a la parte demandada; y dando lugar a la *reconvención*, debemos declarar y declaramos: *nulo el testamento otorgado* por don E. H. P. en 21 de marzo de 1961, por el que *instituía herederos de confianza* a don J. E. D. y don P. R. de R.; todo ello sin condena en costas a ninguna de las partes en los dos grados de instancia, e insertese esta sentencia en la certificación mandada librar.

EFFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO. *Compra efectuada por la mujer con aseveración por el marido de que el precio procede de dinero parafernial: cuestión de si juega o no la presunción muctiana, siendo ambos cónyuges catalanes. Problema de revocación de las donaciones disimuladas bajo compras.* Pascual c. Martí (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—La afirmación del juzgador de instancia de que «pertenece al propio peculio de la mujer el importe o precio que se pagó por la finca adquirida y se hizo con el asentimiento del marido» es cuestión de hecho. con ella se cubren las exigencias del artículo 23 de la Compilación.

Antecedentes. 1) El demandante, arquitecto, aforado catalán, contrajo matrimonio con la demandada en 1940 bajo el régimen de separación de bienes y sin aportar la esposa al matrimonio bienes de ninguna clase. 2) El actor, por su profesión, «no sólo se dedicaba al ejercicio profesional por cuenta de su clientela, sino que, además, realizaba pingües beneficios con la compraventa de solares»... (así en la demanda) (*sic*), preparaba las operaciones, las consumaba y pagaba, adoptando su esposa una actitud pasiva al intervenir en algunas de ellas como compradora. 3) En 1959, mediante escritura pública, ambos esposos aparecían como compradores por mitades indivisas de un solar, por el precio confesado de 850.000 pesetas; en la cláusula 5.ª de la escritura se expresaba que «los cónyuges citados aceptan la precedente venta a su favor otorgada y sus efectos jurídicos, y la señora M manifiesta que el dinero por ella satisfecho procede de sus bienes parafernales no entregados en administración a su marido, quien corrobora dicha aseveración». 4) Posteriormente, la esposa pidió la separación de su marido, concedida provisionalmente (carecemos de datos), y se marchó de la vivienda familiar. 5) En consecuencia, el esposo compareció ante Notario y mediante escritura procedió a revocar todas las donaciones que anteriormente hiciera a su esposa.

En su demanda, el actor suplicaba que se dictase sentencia, por la que se declarase: que la escritura de compra de un solar en 1959 encubría una donación entre cónyuges de una mitad indivisa de la finca que aparecía como comprada por la demandada, y que—al haber sido revocada esta donación por el marido donante—se anule la inscripción de dicha mitad indivisa practicada en el Registro de la Propiedad a favor de la demandada, por ser la finca del pleno y exclusivo dominio del actor, y que se ordene la práctica de una nueva

inscripción a favor del marido; y que se condene a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a silencio y callamiento perpetuo (*sic*).

Emplazada por edictos la demandada, formuló demanda de pobreza, y verificado, su representación—designada de oficio—no formalizó la contestación en el término concedido, por lo que se dejó sin efecto la designación de oficio y se la requirió para que contestase la demanda, lo que no hizo, siendo declarada en rebeldía y por contestada la demanda.

La práctica de la prueba se evacuó por el actor, dándose por decaído el trámite para la demandada en rebeldía, pero se le concedió en estrados.

El Juzgado estimó totalmente la demanda.

La Audiencia, estimando el recurso de apelación interpuesto por la demandada, revocó la sentencia apelada y absolvió a la apelante de la demanda.

El demandante interpuso recurso de casación por infracción de Ley, apoyado en dos motivos, que seguidamente se exponen en extracto:

Primero.—Infracción, por interpretación errónea, del artículo 23 de la Compilación catalana; invocaba los precedentes anteriores al artículo de la Compilación infringido, por la vigencia continuada en Cataluña de la llamada «presunción Muciana»; denunciaba la infracción de las sentencias de 19 de mayo de 1903, 6 de julio de 1940 y 19 de noviembre de 1964, y de las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 5 de julio de 1894, 17 de septiembre de 1895, 20 de mayo de 1896, 31 de marzo de 1900, 16 de enero de 1901, 4 de noviembre de 1906 y 23 de marzo de 1929, cuya doctrina desvirtuaba lo alegado respecto a la procedencia del dinero que la esposa dijo haber satisfecho para la compra reseñada, y afirmaba que la mujer debía justificar necesariamente *la procedencia del dinero* con que verificó la adquisición y no la pertenencia de este precio para la correcta aplicación del citado artículo 23 de la Compilación.

Segundo.—Por error de hecho en la apreciación de las pruebas, que resulta de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador: porque conforme a la presunción Muciana y al artículo 1.250 del Código civil, el actor estaba dispensado de toda prueba respecto de los hechos básicos y constitutivos de su derecho: era la demandada la que debía justificar plenamente de dónde procedían los bienes por ella adquiridos durante el matrimonio y, en su caso, la procedencia del precio de adquisición. Pero la Audiencia, en la apreciación de las pruebas, tan sólo se limitó a estimar «si era de su propiedad y sola pertenencia el precio por ella pagado»...

El Tribunal Supremo rechaza el recurso con la siguiente doctrina:

Visto siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero.

Considerando: Que en el *segundo motivo del recurso*, por error de hecho en la apreciación de las pruebas, al amparo del número 7.º del artículo 1692, se citan como *documentos auténticos*: las *escrituras públicas* de 10 de septiembre de 1958 y 31 de enero de 1959, así como el oficio del *Director de la Caja de Ahorro y Monte de Piedad de Barcelona* de 23 de diciembre de 1956; y hay que desestimarlos por dos razones: porque *por sí mismos nada significan* en contra de lo afirmado por la instancia y porque una copiosa jurisprudencia de esta Sala tiene afirmado que *no serán considerados* como documentos auténticos, a efectos de casación, *aquellos que fueron analizados por la instancia*, ya que, al interpretarlos desde otro punto de vista, lo que se pretende es sustituir por el propio criterio el que, objetivamente al estudiarlos, formó el Tribunal.

Considerando: Que *tampoco es posible aceptar el primer motivo*, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *sin con-*

culcar los fundamentos de hecho dados por la instancia, donde se precisa, no sólo la adquisición por parte de la mujer de la finca sobre la que se pretende la declaración de que fue donada por el marido, sino que se afirma que pertenecía a su propio peculio el importe o precio que se pagó por ella en la cláusula 5.ª de la propia escritura de compra de 31 de enero de 1959, con el asentimiento del marido, que hoy impugna sus afirmaciones, y con ello se cubren todas las exigencias del artículo 23 de la Compilación de Derecho catalán, para considerar la finca discutida como bien propio de la mujer.

RECLAMACION DE FILIACION NATURAL Acción dirigida por el hijo ya mayor de edad contra los herederos del supuesto padre: litigio precedente entre la madre, siendo menor el hijo, y los mismos demandados. Problema de si se aplica o no la excepción de la cosa juzgada material. Presentación del documento original reconociendo la paternidad de un «conceptus»: fondo del documento y fondo del litigio. Teoría de las tres identidades del artículo 1.252 del Código civil. Lacal c. García-Conde y otros y Ministerio Fiscal (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1968)

Doctrina de la sentencia.—La identidad causal en la cosa juzgada se refiere al fundamento o razón en Derecho, diferente de la acción y de los medios de prueba. En ambos litigios la causa de pedir es la existencia de un documento en el que se reconoce la paternidad, y aunque se confundiera la causa con el medio probatorio, el documento en ambos supuestos es el mismo (en un caso, copia fotográfica, y en el otro, el original). La sentencia precedente de 25 de mayo de 1945 puso de relieve que la desestimación de la demanda se debió a la carencia de prueba suficiente para acreditar la pretensión de reconocimiento con base en el documento alegado. No es posible plantear un pleito posterior con el único fin de mejorar o completar los títulos justificativos de la pretensión, ante el fracaso de la misma por falta de prueba.

Antecedentes. 1) El actor había nacido en 1937, siendo inscrito en el Registro con los apellidos maternos, como hijo natural. 2) Aparecía un documento autógrafo suscrito unos cuarenta días antes del nacimiento por el supuesto padre, reconociendo su paternidad respecto de lo *conceptus*. Pero el reconocedor falleció antes de nacer el niño. 3) En 1939, la madre natural—como representante legal de su hijo menor de edad—interpuso demanda contra los herederos del supuesto padre para que fuese declarado el niño como hijo natural del mismo. La demanda fue rechazada en las dos instancias, y el recurso de casación interpuesto también fue rechazado por el Tribunal Supremo por sentencia de 25 de mayo de 1945: ésta aludía a que la solución del sentenciador (de rechazar tanto la eficacia probatoria del documento fotográfico como la del original) no aparece en pugna con la Ley... El documento que se había aportado al pleito era una fotocopia del documento autógrafo original. 4) El actor, al llegar a su mayoría de edad, reiteraba la pretensión deducida por su madre, para que le fuera reconocida la condición de hijo natural: aportaba al pleito el citado documento autógrafo original.

La demanda terminaba con la súplica de que se dictase sentencia por la que se declarase al actor hijo natural del reconocedor (en el citado documento).

El Ministerio Fiscal contestó y se opuso a la demanda, proponiendo que preferentemente se resolviera sobre la excepción dilatoria de cosa juzgada y solicitando se desestimara la demanda.

Los demandados se opusieron y contestaron a la demanda, negando la autenticidad del documento original aportado y solicitando se acogiera la excepción perentoria (*sic*) de cosa juzgada y se abstuviera el juzgador de conocer del fondo del proceso y, caso de conocer de la pretensión formulada, se desestimara la demanda y se absolviera a los demandados.

El Juzgado, para mejor proveer, acordó que por perito calígrafo se procediera al cotejo del documento con las firmas indubitadas que figuraban en el pleito seguido anteriormente entre la madre del actor en su nombre y los mismos demandados; verificado, se unió a los autos el dictamen emitido en el sentido de que el documento cotejado era auténtico y extendido por el supuesto padre.

Levantada la suspensión del término para dictar sentencia, el Juzgado dictó sentencia aceptando la excepción de cosa juzgada y desestimó la demanda, con absolución de los demandados.

Interpuesto recurso de apelación por el actor, la Audiencia dictó sentencia por la que, revocando la sentencia del Juzgado y estimando la demanda, declaró que el actor era hijo natural del firmante del documento y que le correspondían los derechos que a tales hijos atribuye el Código civil.

Los demandados interpusieron recurso de casación, basado en los *dos motivos* que resumo a continuación:

Primero.—Por violación del artículo 1.252 del Código civil y doctrina legal que lo desarrolla (sentencias de 7 de julio de 1943, 12 de julio de 1951, 31 de mayo de 1958 y 21 de diciembre de 1962): porque la triple identidad que dicho artículo exige—con técnica ya rebasada de «presunción de verdad»—para que se pueda apreciar la cosa juzgada en sentido material, constituye una barrera que impide al Juez del nuevo pleito toda actividad jurisdiccional sobre el asunto litigioso, ya decidido en otro anterior; dicha excepción responde a una necesidad social que por razones de seguridad y certidumbre impone el mantenimiento de lo resuelto, y viene a ser una de tantas concesiones como la justicia hace a la seguridad para la mejor obtención del bien común; no se trata de que la anterior sentencia desestimatoria produce sólo cosa juzgada formal, sino que la Audiencia ha confundido el fondo de la demanda anterior (examinado entonces y desestimado) con el contenido o fondo del documento en que aquella se fundaba; que, en cuanto al litigio objeto de autos, era evidente que la cosa u objeto reclamado era la misma, es decir, la declaración de que el hoy recurrido era hijo natural; que la causa, *ratio* o *causa petendi* de la pretensión, son los fundamentos de hecho que la legitiman, y es el mismo en ambos procesos y consiste en el documento suscrito por el supuesto padre natural, invocado en ambos: no presentado en el primero (tan sólo su fotocopia) y sí acompañado en la segunda demanda; que las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron son también idénticos, ya que en uno y otro litigio son demandados los herederos del supuesto padre natural y es demandante, en el primero, la madre y legal representante de su hijo menor, y en el segundo, éste mismo; que, aunque lo anterior no fuera exacto, siempre sería aplicable el párrafo 3.º del artículo 1.252 al ser el recurrido causahabiente de la demandante en el primer litigio, y que todo ello, sin olvidar la excepcional extensión de la cosa juzgada que establece el artículo 1.252-2.º «en las cuestiones relativas al estado civil de las personas», incluso respecto

de terceros, con eficacia inmutable *erga omnes*; por lo expuesto, es indudable que la sentencia recurrida ha incidido en la violación que se denuncia.

Segundo.—Infracción por interpretación errónea del artículo 135-1.º del Código civil: al declarar válido y suficiente el documento aportado a los autos como reconocimiento de la filiación natural del hoy recurrido; se alega como subsidiario, por si se fallase que la sentencia recurrida podía entrar a conocer del fondo del asunto en el nuevo pleito: porque dicho documento no debería ser estimado eficaz, ya que el Código civil se refiere a hijo *presente y determinado*, nunca a un hijo *que se cree habrá de nacer en tiempo futuro y que es desconocido* por el autor del escrito; que el *reconocimiento*—como acto personalísimo y libre—debe ser realizado *con pleno conocimiento* por la persona que formaliza el escrito, y tal conocimiento es parcial e insuficiente *antes* de que el supuesto padre conozca la fecha y circunstancias del parto y el aspecto físico del hijo, etc.; y, finalmente, cita la opinión de los autores (ALBALADEJO, VICENTE, JAÉN y ROYO) y la doctrina de la sentencia de 19 de diciembre de 1902.

El recurso es acogido por el Tribunal Supremo, en base a la doctrina que sigue:

Visto siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño.

Considerando: Que *en materia de filiación natural* y sobre todo en lo relativo a su *reconocimiento*, se abrió paso *modernamente* en nuestra Patria *la tendencia favorable a una interpretación declarativa* frente a la meramente restrictiva que se apoyaba en los precedentes legislativos del sistema español, especialmente el francés, acabando por imponerse en especial por influjo de la doctrina de esta Sala, *a cuya formación contribuyó poderosamente la sentencia de 25 de mayo de 1945*, en la que se puso de relieve la diferencia existente entre el texto del Código napoleónico limitativo en sumo grado y el de nuestra primera Ley substantiva civil, que en su artículo 135 está admitiendo de modo expreso, en los supuestos concretos que menciona, el llamado reconocimiento forzoso de paternidad; *dirección interpretativa cuya aceptación se refuerza en la hora actual*, como consecuencia de las nuevas corrientes morales, sociológicas, y en definitiva humanitarias, que tan destacada importancia tienen en esta parte del Derecho, *pero que, sin embargo, es preciso armonizar, no sólo con la letra de la Ley, mientras ésta no sea modificada, con el fin de impedir interpretaciones que puedan ir en contra de lo dispuesto en la misma, sino también y de manera muy principal con el mínimo de exigencia, de seguridad y estabilidad, indispensable en toda clase de relaciones jurídicas, pero fundamentalmente en las familiares* que ofrecen un carácter tan peculiar, impregnadas como están de principios cuyo contenido es público antes que privado, lo que supone un sometimiento inevitable de los simples intereses particulares al fin superior de la institución y, en definitiva, al bien común que la familia representa dentro de su esfera de acción, en cuanto basada en el matrimonio, auténtico *principium urbis et quasi seminarium reipublicae*.

Considerando: Que *en el supuesto* que da lugar al presente recurso, *el problema se origina debido a que por segunda vez se discute la validez jurídica del reconocimiento como hijo natural de quien ahora figura como recurrido, que primitivamente solicitó la madre durante la menor edad de aquél, con base legal en el número 1.º del artículo 135 del Código civil y con apoyatura probatoria en la fotocopia de un escrito del presunto padre—de quien traen causa los actuales recurrentes—en el que reconocía la paternidad de un «conceptus» que los hechos posteriores demostraron nació después del fallecimiento del declarante; preséntanse extemporáneamente el original del referido docu-*

mento en la segunda instancia, por lo que no fue tenido en cuenta, al menos aparentemente, por los anteriores juzgadores, cuyas decisiones fueron confirmadas en casación con la *sentencia de esta Sala de que antes se ha hecho mención, de 25 de mayo de 1945, y que en el pleito origen de este recurso instó el propio interesado, después de alcanzar la mayoría de edad, apoyando esta vez su pretensión en el original del documento, desestimándose la demanda en primera instancia* por entender el juzgador que se trataba de cosa precedentemente juzgada, apreciando con ello la pertinente excepción, que, en cambio, no prosperó ante el Tribunal *a quo* por considerar la *sentencia recurrida* que no se daban los supuestos, ni concurrían los requisitos exigidos por la Ley para que pudiese válidamente apreciarse esta clase de excepciones procesales.

Considerando: Que para dilucidar *la única cuestión planteada y que, como se acaba de indicar, consiste en saber si concurre o no la excepción de cosa juzgada*, como sostuvo la *sentencia* de primera instancia, *debe ante todo precisarse el concepto de la misma a través de la interpretación dada por la doctrina tanto científica como jurisprudencial*: de acuerdo con la que puede decirse que *en su sentido material*, que es *el único que ahora interesa*, cosa juzgada significa simplemente la imposibilidad de apertura de nuevos procesos en un mismo asunto para evitar decisiones judiciales que, como dijo la doctrina de esta Sala (especialmente contenida en las *sentencias* de 1 de diciembre de 1954, 6 de febrero de 1965 y 1 de julio de 1966, entre otras muchas) pudiesen contradecir a otras anteriores, lo que implica la inatacabilidad de los resultados procesales definitivos, cuya *presencia* está *enmarcada* en nuestro Ordenamiento jurídico *por la concurrencia de las tres identidades* que se especifican en el párrafo 1.º del artículo 1252 del Código civil: *en primer lugar, la subjetiva (eadem personae)* señalada por nuestro legislador *en un doble aspecto*, al desdoblarse el verdadero y único límite personal en la llamada *igualdad física*, relativa a la persona de los litigantes, que habrán de ser los mismos, y *en la jurídica*, o sea, la condición o calidad con que actuaron en el proceso; *en segundo término, la real u objetiva (eadem res)*, que nuestro Código concreta impropriamente en las cosas, y que en puridad *se refiere al objeto*, considerado como bien en sentido jurídico, pudiendo ser material—cosa—o inmaterial, y, *finalmente, la causal, relativa a la causa o razón de pedir (eadem causa petendi)*, entendida no ya como los simples hechos y su correspondiente calificación jurídica, sino también, y ante todo, *como el fundamento o razón en Derecho, diferente de la acción* en cuanto modalidad procesal que es necesario ejercitar para que aquélla tenga efectividad, y *distinta, asimismo, de los meros medios de prueba con los que pueda hacerse valer*, según proclamó la doctrina de esta Sala, contenida entre otras muchas, en las *sentencias* de 15 de febrero de 1921, 4 de julio de 1932, 7 de junio de 1934, 11 de abril de 1940, 12 de mayo de 1942, 12 de julio de 1951 y 26 de septiembre de 1962.

Considerando: Que de acuerdo con todo lo anterior, *para valorar los transcritos conceptos generales en relación con el caso concreto objeto de debate, forzosamente habrá que partir de la triple identidad referida*, único procedimiento que permitirá decidir acerca de la existencia o no de la discutida excepción; apreciando, en primer lugar, que *la identidad de personas es indiscutible*, no sólo desde el punto de vista físico, sino también jurídico, pues si bien es cierto que *en el primer litigio quien actuó fue la madre del actual recurrido*, no lo es menos que *lo hizo durante la menor edad de éste y no en su propio nombre*, sino, como es lógico, en el de dicho hijo menor en su con-

dición de «representante legal» del mismo, como consecuencia de lo que establece el número 1.º del artículo 155 del Código civil, todo aquello con independencia de que el párrafo 2.º del artículo 1.252 del propio texto legal preceptúa que «en las cuestiones relativas al estado civil de las personas...», la presunción de cosa juzgada es eficaz *contra terceros*, aunque no hubiesen litigado», *clase de cuestiones dentro de las que no puede ofrecer duda alguna que deberán incluirse las referentes al estado de hijo natural, que es el aquí reclamado*, en un caso por su representante legal y en otro por el propio hijo, *con el consiguiente valor absoluto que la presunción tiene concedida por el legislador*; como igualmente es clara e indudable la *identidad real u objetiva*, habida cuenta que en ambos litigios el *único objeto de las pretensiones actuadas fue el reconocimiento de un hijo natural*, y en los dos también se trataba del *tipo concreto* de reconocimiento llamado forzoso en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Considerando. Que *la tercera de las necesarias identidades* ha sido, en cambio, *discutida* en el caso presente, e *incluso negada por la sentencia recurrida*, al sostener, entre otras cosas, que «en el pleito anterior no se entro "en el fondo de la cuestión", desestimándose la demanda por razones puramente procesales», y que «el documento indubitado del padre en que manifiesta el reconocimiento expreso de su paternidad, no ha sido objeto de enjuiciamiento en cuanto al fondo»; *afirmaciones confusas*, porque tratándose de un proceso iniciado al amparo del número 1.º del artículo 135 del Código civil, *el único fondo* que puede existir es *el documento en sí*, pura forma, o si se quiere mera expresión formal, que habrá de ser indubitada para poder conseguir el fin propuesto, por lo que *parece más bien que el Tribunal «a quo» se está refiriendo a que los defectos de forma procesales o externos fueron la razón* de que los juzgadores del pleito anterior no llegaran a examinar el documento de referencia en su *forma original, lo cual nada tiene que ver con la fundamentación* con que se intenta justificar la *desestimación* indicada, porque *la causa de pedir, que es la identidad que se discute, en ambos litigios fue la misma, cual es la existencia de un documento en el que se reconoce la paternidad*, no debiendo confundirse, según dijo con reiteración este Supremo Tribunal y se ha recordado con precedencia, *la causa o razón de pedir con el medio de prueba* que pretende justificar la pretensión, a los efectos del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento; y además, porque, *incluso dentro del marco de la apuntada confusión entre medio probatorio y causa, el documento en ambos supuestos es el mismo*, del que, *en un caso*, se presenta una *copia fotográfica, y en el otro, el original* que, de ser realmente original, estaría demostrando la flagrante contradicción de la parte actora y ahora de la sentencia recurrida, que hablan de diferentes fundamentos o causas de pedir.

Considerando: Que, por otra parte, *tampoco los argumentos utilizados por el Tribunal «a quo», en lo que tienen de hecho, corresponden con la realidad tal y como resulta de los autos originales*, puesto que *la sentencia de la Audiencia de 5 de abril de 1943, que fue la que quedó firme* como consecuencia de la desestimación del recurso de casación interpuesto en el proceso anterior, *no se limitó a rechazar por defectos procesales* relativos al momento de la presentación, *el tantas veces citado documento original, sino que se está refiriendo directamente al mismo cuando dice que «... no consta su autenticidad* porque sobre él no hay la menor aseveración...», añadiendo seguidamente que «el hecho de que la fotografía haya producido un informe pericial favorable.. no es indicativo de que el original lo obtuviera igual, ni que dicha fotografía

concuere exactamente con dicho original..., *de manera que éste no reúne los caracteres exigidos por el número primero del artículo 135 del Código civil*, y no podrá surtir efecto en la hipótesis de que se prescindiera de la prohibición del artículo 504 de la ley de procedimiento»; postura ésta que se ve confirmada más tarde en la sentencia de esta Sala varias veces citada de 25 de mayo de 1945, relativa al proceso precedente, donde se afirma categóricamente que las razones que cita «... han llevado al sentenciador a una solución —la de rechazar tanto la eficacia probatoria del documento fotográfico, como la del original— que no aparece en pugna con la Ley...», todo lo cual está poniendo de relieve que la desestimación de la primitiva demanda fue debida exclusivamente a la carencia de prueba suficiente con la que pudiese acreditarse la pretensión actora de reconocimiento con base en el documento alegado, que ni en su copia fotográfica, ni en su original, sirvieron para el fin pretendido; con independencia de la importantísima circunstancia de que se declaró hecho probado, que no fue ni siquiera combatido en la casación del pleito anterior, el que si el documento original no se presentó con la demanda, en contra de lo exigido en el mencionado artículo 504 de la Ley procesal, fue debido de modo exclusivo a la deliberada actitud de la madre del actual recurrido que entonces actuaba como actora en nombre de aquél, no siendo posible plantear un pleito posterior con el único fin de mejorar o completar los títulos justificativos de la pretensión ante el fracaso de la misma por falta de prueba, como ya dijo esta Sala, especialmente en la sentencia de 12 de julio de 1951.

Considerando: Que, de acuerdo con cuanto queda expuesto, resulta indudable la concurrencia de los requisitos requeridos por la Ley para la estimación de la excepción de cosa juzgada al modo como se dice en el motivo primero del recurso, en el que por la vía correcta se alega violación por inaplicación del artículo 1.252 del Código y de la doctrina legal que cita, que, consiguientemente, debe ser estimado, procediendo—sin necesidad de entrar en el examen del otro motivo que también se articula—la casación y anulación de la sentencia recurrida, sin que existan méritos que permitan hacer una declaración especial en cuanto a las costas causadas.

IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO DE FILIACION NATURAL. *Requisitos de validez del reconocimiento. Alcance del artículo 138 del Código civil: clase de «perjuicio» y legitimación de los accionantes. Prescripción extintiva de la acción ejercitada. Prescripción adquisitiva del derecho al uso de los apellidos.* Hermanos Diaz-Ordóñez c. Asensio y Ministerio Fiscal (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—Para que el reconocimiento de paternidad natural sea válido requiere que el autor del reconocimiento tenga capacidad necesaria para hacerlo y que el favorecido reúna las condiciones precisas para ostentar la cualidad de hijo natural. El artículo 138 del Código civil no determina qué clase de perjuicio ha de experimentarse para resultar legitimado en el ejercicio de la acción de impugnación, pero—como la doctrina española y la jurisprudencia francesa entienden—ese perjuicio puede ser no sólo económico, sino también moral: fundado sobre la dignidad de la familia legítima o el honor del apellido. El compartir con el hijo adulterino el uso de los mismos apellidos y el tener que admitirle como miembro de la familia suponen una lesión a los derechos inmutables, al uso y disfrute de los apellidos, de carácter

exclusivo para los miembros de la misma familia. El problema relativo a la prescripción extintiva de la acción de los demandantes es cuestión nueva. Tampoco puede prosperar el punto relativo a la prescripción adquisitiva del derecho al uso del apellido por el demandado.

Antecedentes: 1) Don A.—hermano de los demandantes—había contraído matrimonio con doña A., la cual falleció en el año 1936. El matrimonio se celebró (al parecer) antes de 1930. 2) En el año 1930 nació un niño, inscrito como hijo natural por su madre en el Registro Civil—el demandado—. 3) Don A. falleció en el año 1962, en estado de viudo, sin tener descendencia legítima de su matrimonio. Había otorgado dos testamentos: en el primero, en 1940, ante Notario, manifestó en la cláusula 2.^a que «en estado de viudo, y de sus relaciones con una persona cuyo nombre no revela por impedírsele la Ley, nació un niño, al que reconoce como hijo suyo..., cuyo nacimiento tuvo lugar en... 1930, que fue inscrito en el Registro Civil, de... quien, en virtud del reconocimiento hecho y autorización del testador, podrá usar en lo sucesivo el apellido del mismo, llamándose, por tanto, . . . y podrá gozar de todos los beneficios que le concede el vigente Código civil». . . ; dicho testamento fue presentado (*sic*) en el Registro Civil, a fin de que el reconocimiento se anotara marginalmente en la inscripción del niño. En el segundo testamento, ológrafo, protocolizado después del fallecimiento, constaba—además de la ratificación del reconocimiento del citado hijo—la disposición siguiente: «El resto de mi fortuna, así como mis otros bienes muebles e inmuebles, se los dejo a mi citado hijo A., hijo de doña M., sin otra limitación que la de que estos bienes raíces, y en particular la casa y coto de . . ., no podrán ser enajenados por él y no entrará en plena posesión de su propiedad hasta después de casado y que tenga hijos legítimos y éstos hayan cumplido la edad de quince años; mientras esta condición no se realice, deseo que mis bienes raíces, y en especial esta casa y coto, tengan en el Registro de la Propiedad anotación específica de que pertenecen a la reserva troncal, mientras que mi hijo A se case y contraiga matrimonio canónico y no tenga hijos que lleguen a alcanzar la edad antes especificada de quince años». 4) El hijo reconocido promovió pleito contra todas y cualesquiera ignoradas personas que pudieran tener interés en las citadas reservas y prohibición del testamento ológrafo, y el Juzgado dictó sentencia por la que declara «la nulidad de la reserva troncal y prohibición de disponer, declarando, en consecuencia, que el actor es heredero único universal y libre de su fallecido padre, sin perjuicio de los legados y demás disposiciones testamentarias ológrafas no afectadas por la nulidad declarada...». 5) El fallecido padre natural era poseedor del título de . . ., y conforme a lo dispuesto por su madre en su testamento, era el custodio y depositario del archivo, escrituras, papeles y demás documentos relacionados con el título. 6) El hijo reconocido acreditó la posesión de estado de hijo natural, tanto en lo efectivo como en lo económico, y la convivencia durante toda la vida del padre en concepto público de tales padres e hijo, e incluso en el duelo familiar a la muerte del padre recibió los testimonios de pésame de amigos y conocidos.

La demanda terminaba con la súplica de que se dictase sentencia por la que se declarase nulo y sin ningún valor ni efecto el reconocimiento de hijo natural hecho en el testamento de 1940 a favor del demandado, por no concurrir en dicho testador, ni, por tanto, en el hijo reconocido, las circunstancias legales necesarias para conceptuarlo como natural; y que se ordenase la cancelación de la inscripción en el Registro Civil causada por la presentación de dicho

testamento, mandando al Juez Municipal del mismo que la cumplimente y realice, así como a la Dirección General de Seguridad para que se rectifique el Documento Nacional de Identidad por ser así de justicia.

El Ministerio Fiscal contestó y se opuso a la demanda, negando los hechos alegados por los actores en tanto en cuanto no se demostrasen cumplidamente probados, y terminó con la súplica de que se dictase sentencia en su día, desestimando la demanda.

El demandado contestó y se opuso, haciendo suyas las manifestaciones del Ministerio Fiscal y negando los hechos de la demanda; alegó que los demandantes carecían de legitimación activa para accionar y que se amparaban en su presunto derecho *ab-intestato*, citando los artículos 946 y siguientes del Código civil (existiendo una sucesión testada!) y en el término «perjudique» del artículo 138 del Código civil. Terminaba suplicando que se dictase sentencia por la que se acogiera la excepción formulada de falta de legitimación de los actores y falta de acción inherente y subsiguiente, desestimando la demanda y absolviendo de ella al demandado.

El Juzgado, para mejor proveer y con suspensión del término para dictar sentencia, acordó que se reclamara de la correspondiente Audiencia certificación de la sentencia dictada en el recurso interpuesto por los aquí actores contra la dictada por el Juzgado, en autos sobre declaración de nulidad de reserva troncal (véase en el epígrafe 4 de estos Antecedentes).

Levantada la suspensión acordada, el Juzgado dictó sentencia por la que declaró no haber lugar a la demanda, absolviendo al demandado y al Ministerio Fiscal.

La Audiencia—partiendo de la base de que los actores poseen legitimación bastante para acreditar la acción, en función de que el reconocimiento de hijo natural lesiona determinados derechos y les causa por ello perjuicios que, al no ser clasificados por el artículo 138 del Código civil, se ha de entender que corresponden tanto a los de contenido económico como a los de daño moral—, revocando la sentencia apelada, declaró nulo y sin ningún valor ni efecto el reconocimiento de hijo natural hecho a favor del demandado en el testamento de 1940, por no concurrir en el testador, ni, por tanto, en el hijo reconocido, las circunstancias legales necesarias para conceptuarlo como natural; y ordenó la cancelación de la inscripción causada en el Registro Civil, ordenando al Juez Municipal del mismo que la realice y cumplimente, así como a la Dirección General de Seguridad para que rectifique el Documento Nacional de Identidad.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, con base en los *dos motivos* que seguidamente se resumen:

Primero.—Infracción, por aplicación indebida, del artículo 138 del Código civil y doctrina legal que lo desarrolla (Sentencias de 28 de abril de 1915, 24 de diciembre de 1913, 10 de febrero de 1942 y 15 de octubre de 1960): dicho artículo es exponente de la falta de legitimación de los actores, ya que si se demuestra que no han sufrido perjuicio alguno, es claro que carecen de legitimación; no hay tal perjuicio por varias razones concluyentes: que no son herederos forzosos de su hermano y ningún perjuicio les ha supuesto no recibir nada de quien no estaba obligado a dejarles nada, y porque nadie responde de actos ajenos (el apellido dado a los actores) y el reconocimiento de la paternidad natural por su hermano en nada les perjudica, sobre todo si el ahora alegado perjuicio les era conocido durante más de veinticuatro años como mínimo y lo habían consentido (con lo que van «contra los propios ac-

fos»); aducía, sin desarrollarlo, que la acción había prescrito; que si están legitimados activamente, también deben estarlo pasivamente para indemnizar al único perjudicado—el recurrente—, y, finalmente, porque el perjuicio contenido en el artículo 138 del Código civil es incuestionablemente distinto en su totalidad al contenido de la pretensión de los actores, quienes no han justificado en forma alguna hallarse comprendidos entre «los perjudicados» por el reconocimiento.

Segundo.—Infracción, por aplicación indebida, del artículo 4.º del Código civil: norma que, por su generalidad, restringe mucho su eficacia práctica; pero la sentencia en su aplicación llega a conclusiones divorciadas de los hechos coetáneos y posteriores (al de la inscripción en el Registro civil, con falsedad probable) por la actuación de los familiares concededores de tal reconocimiento que luego lo impugnan; que es evidente cuál fue la voluntad e intención del reconocedor y cuál fue también, dada la actuación coetánea y posterior de sus hermanos, la intención y voluntad de éstos; que la aplicación del artículo 4.º del Código civil, por estímulos e impulsos procesales causados por los actores, está fuera de lugar, dadas su actuación, intención y voluntad, de que la falsedad del reconocimiento no se conociera *durante* veinticuatro años; y, finalmente, que es doctrina legal que «los actos nulos, por disposición de la Ley o por mutua voluntad de las partes, no pueden originar el ejercicio de acción alguna, por los que en ellos han intervenido para pedir su ejecución o cumplimiento».

El Tribunal Supremo rechaza el recurso por la doctrina que sigue, de la que es ponente don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros:

Considerando: Que lo mismo se califique de negocio jurídico que se reputé acto jurídico en sentido estricto, el *reconocimiento de paternidad natural es la declaración* realizada por un hombre o por una mujer—o impuesta por una resolución judicial—, *en la que se hace constar el lazo de filiación* que le une con el hijo natural a que se refiere, y *constituye un medio de conferir a los hijos naturales el estado de filiación de que carecían.*

Considerando: *Que, para su plena validez, requiere* que el autor del reconocimiento tenga la capacidad necesaria para hacerlo, y que *el que resulte favorecido por él reúna las condiciones precisas para ostentar la cualidad de hijo natural, pues, aunque el artículo 129 de nuestro Código civil no es tan rotundo en su expresión como el párrafo 1.º del artículo 119, ni como el artículo 335 del Código civil francés, sin embargo, del contexto de ambos, relacionado con el del artículo 138 y con otros preceptos de nuestro Ordenamiento positivo, se infiere que no puede hacerse el reconocimiento de hijos adulterinos* y, por consiguiente, que el realizado en favor de quien ostenta esta cualidad debe ser declarado nulo, ya que la nulidad es la sanción que la Ley impone generalmente a la vulneración de las disposiciones prohibitivas.

Considerando: Que *el aludido artículo 138 del Código civil, abundado en esta tesis, de manera clara y terminante, dispone que «el reconocimiento hecho a favor de un hijo que no reúna las condiciones del párrafo 2.º del artículo 119... podrá ser impugnado por aquellos a quienes perjudique»; y aunque no determina qué clase de perjuicio ha de experimentarse para resultar legitimado en el ejercicio de esa acción de impugnación, hay que proclamar—como la doctrina científica española y la jurisprudencia francesa entienden—que ese perjuicio o interés puede ser no solamente el económico, sino también el perjuicio o interés moral, fundado sobre la dignidad de la familia legítima o el honor del apellido, que las Leyes tienen el deber de salvaguardar, ya que, con arreglo al*

aforismo jurídico sancionado por reiterada jurisprudencia, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, si el legislador hubiera querido admitir excepciones, hubiera hecho las salvedades oportunas, en vez de emplear los *términos generales* que usa.

Considerando: Que, consiguientemente, *reconocido por las partes litigantes y estimado por la sentencia recurrida*, que el demandado fue concebido en época en que su padre estaba ligado por vínculo matrimonial con mujer que no era la madre de dicho demandado, es lógico afirmar—como lo hace dicha sentencia—que carece de capacidad para ser reconocido por su padre, «dada su condición indiscutible de hijo adulterino», y que «no hay duda de que obligar a los hermanos del padre del demandado a compartir con éste el uso de los mismos apellidos y a tener que admitirle como un miembro más de la familia supone una lesión a los derechos inmutables que las personas tienen a usar y disfrutar de los apellidos que nos legaron nuestros antepasados con carácter de exclusiva para los que verdaderamente sean miembros de la misma familia, como nacidos dentro de su seno»; por lo que hay que proclamar también, como hace dicha sentencia, que los aludidos demandantes están legitimados para el ejercicio de la acción originaria del pleito, aunque no tuvieran el interés económico que aquélla les niega, con argumentación que podrá ser discutida, dada la condicionalidad de la cláusula testamentaria, y, además, la posibilidad de que el demandado pudiera concurrir con otros parientes a heredar a cualquier hermano de su padre que falleciera sin descendencia y sin haber otorgado testamento.

Considerando: Que, además—si como también afirma la sentencia recurrida—, se tiene en cuenta que el acto de reconocimiento de hijo natural «se hizo en base de falsear la verdad, resulta que la inscripción en el Registro Civil se apoya en un acto radicalmente nulo, por contrario a la Ley y a la moral, según el artículo 4.º del Código civil».

Considerando: Que, por tanto, lo mismo el artículo 138 de dicho Cuerpo legal, que el cuarto aludido, han sido debidamente aplicados al caso controvertido, dado que el hijo, que ha sido reconocido natural, no tenía esta cualidad, y que con tal reconocimiento se les ocasiona—por lo menos—un perjuicio moral a los hermanos legítimos de quien hizo aquel reconocimiento, cuya existencia los legitima para ejercitar la acción de impugnación de tal reconocimiento; y, consiguientemente, al hacer aplicación de esos preceptos, al caso debatido, la Sala sentenciadora no los infringe, y los dos motivos del recurso, que denuncian la indebida aplicación de ellos, tienen que claudicar.

Considerando: Que el problema relativo a la prescripción extintiva de la acción de los demandantes—que el Código civil italiano rechaza en supuestos tales—, aunque fue aludido en el primer motivo del recurso, no fue, sin embargo, debidamente desarrollado después, y, además, constituye cuestión nueva, pues no fue planteado en la fase de alegaciones, por lo que no puede ser objeto de examen por este Tribunal de casación; y en cuanto a la prescripción adquisitiva del derecho al uso del apellido por el demandado, que también parece esgrimirse por él, tampoco fue recogida ni rechazada en la sentencia que se impugna, ni fue alegada en debida forma en el recurso, ni podría prosperar con arreglo a las sentencias de 16 de junio de 1916, 18 de enero de 1929 y 8 de noviembre de 1950.

J. C. G.

V. SUCESIONES.

ACCION DE PETICION DE HERENCIA: PRESCRIPCION. *La accion de herencia es prescriptible, a diferencia de la acción de división o partición hereditaria, con la que no puede conjundirse, que es imprescriptible* (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1968).

Los cónyuges vizcainos, don J. A. A y doña G. L. M., otorgaron capitulaciones matrimoniales y se confirieron mutuamente poder testatorio o comisario amplio y cumplido, y cuan bastante en Derecho y Fuero fuere necesario para que quien de ambos sobreviviera, por sí y en representación disponga de todos sus bienes entre los hijos que procreasen constante matrimonio, por testamento o por donación, bien instituyéndoles herederos por partes iguales o dando todo a cada uno (*sic*), con las aportaciones, exculpaciones y demás previsiones para semejantes casos, prorrogándole, además del término legal, todo lo necesario para la mejor colocación de la familia, ante el Notario de Bilbao, don Isidoro Erquaga, el 17 de agosto de 1905; falleciendo el marido, bajo la vigencia de dicho poder, el 8 de abril de 1921; sobreviviéndole su esposa y los tres únicos hijos habidos del matrimonio, la más joven de los cuales alcanzó la mayoría de edad el 8 de julio de 1928. La viuda, como comisaria foral, donó, el 25 de febrero de 1937 y el 15 de marzo de 1940, a su hijo don J. A. L., lo que constituía la herencia de los bienes inmuebles dejados por el causante, consistente en la mitad del caserío «L.», con todos sus pertenecidos, falleciendo dicha señora el 22 de marzo de 1958. Dos nietos de la misma, don P. y don J. J. A., como actores, apelantes y recurrentes frente a los restantes descendientes, demandan se declare que el poder testatorio caducó el 9 de julio de 1929, es decir, al año y día de haber alcanzado la mayoría de edad la más joven de los hijos de dicho matrimonio, doña A. L., y por ello la nulidad de las donaciones hechas por doña G. L. M., ocho y once años después de haber cumplido aquella la mayoría de edad; por lo que, al no haber hecho uso doña G. L. M. del poder testatorio en el plazo legal, procede abrir la sucesión legítima del causante, don J. A. A.

El señor Juez Comarcal de Durango, en funciones de primera instancia, desestimó la demanda. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos revocó la sentencia del Juzgado y estimó en parte la demanda al declarar la caducidad del poder testatorio con fecha de 9 de julio de 1929 y la nulidad absoluta de las donaciones, pero desestimó a solicitud de apertura de la sucesión intestada a favor de los tres hijos o estirpes de descendientes por partes iguales al entender que había prescrito la acción de petición de herencia.

Recurrida la sentencia por los actores y apelantes, 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 en tres Considerandos, de lo que ofrece mayor interés el último, según el cual:

Considerando: Que, por último, se articula el tercer motivo, por el mismo cauce procesal que el anterior, denunciando la aplicación indebida en la resolución impugnada de los artículos 192, 1.016 y 1.969 del Código civil, basado en que, al no haber ausentes, ni tener en su poder los bienes, no cabe aplicar los preceptos; y como quiera que la sentencia no aplica tales preceptos, sino que los señala únicamente como argumento para sostener la prescriptibilidad

de la acción de petición de herencia; es visto que no puede prosperar el motivo y decae el recurso en su totalidad; sin que sea obstáculo para ello la cita que se hace del artículo 1.965 de dicha Ley substantiva, que se refiere a la imprescriptibilidad de la acción de partición de herencia que no debe confundir con la de su partición.

ADQUISICION DE LA HERENCIA. POSESION CIVILISIMA. COMUNIDAD HEREDITARIA.—Artículos 348, 394, 399, 440, 1.063, 1.068 y 1.232 del Código civil. La posesión sólo se entiende transmitida al heredero desde la aceptación, sin necesidad de la aprehensión material, retrotrayéndose sus efectos a la muerte del causante. La comunidad hereditaria es un tipo de comunidad o categoría jurídica intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral en la que, hasta tanto se realice la partición, la posesión real de los bienes relictos corresponde, no a cada comunero, sino a todos ellos Y comprende dicha comunidad todo elemento patrimonial no personalísimo, tanto activo como pasivo (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1968).

Antecedentes.—El pleito gira en torno a la partición de la herencia del padre común, don J. B. D., casado en segundas nupcias con doña E. B. B., hermana de su primera esposa, con la que tuvo un hijo, el demandado, apelante y recurrente don A. B. B., quien a la muerte de su madre usufructuaria procedió como si fuera único dueño y señor de los bienes relictos del padre, por lo que uno de los seis hijos habidos por éste en su primer matrimonio, don M. B. B., demanda a su hermanastro y demás coherederos—de los que sólo comparece uno—a fin de que se dividan dichos bienes en siete partes iguales, con las pertinentes indemnizaciones y abonos a cargo del hasta entonces único poseedor de hecho de los mismos, el hermanastro don A. B. B. por frutos percibidos, impensas y daños ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia de Ginzó de Limia estimó sustancialmente la demanda, sentencia que en lo principal fue confirmada por la de la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña. No conforme don A. B. B. con esta resolución interpone recurso de casación en cuyos motivos denuncia violación, entre otros, de los artículos 392, 400, 401 y 1.608 del Código civil, entendiéndolo que el actor carece de legitimación para ejercitar la acción de división de la herencia por cuanto en momento alguno tuvo la posesión material de los bienes cuya división solicita, así como por falta de identificación de las fincas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso interpuesto, conforme a la siguiente doctrina:

Considerando: Que la sucesión *mortis causa* de los derechos se opera a través de la vocación o llamamiento *in abstracto* a una eventual sucesión, la delación u ofrecimiento de la herencia, y la adquisición o perfección del Derecho hereditario, que históricamente ha tenido lugar con arreglo a dos sistemas diferentes: el romano, que en los primeros estadios de la evolución histórica de este Derecho se producía *ope legis* en el momento mismo del óbito del causante, respecto a los herederos *sui et necessarii*, es decir, de quienes por hallarse sometidos a la potestad patria o dominical del causante eran sus inmediatos continuadores y no podían rechazar la herencia, pero a medida que fue posible y aun frecuente instituir por testamento heredero a un extraño,

resultó imprescindible subordinar la adquisición del título de heredero y del Derecho hereditario a la aceptación del llamado, en forma expresa—*cretio*, *aditio*—o tácita—*pro herede gestio*—, dadas las responsabilidades que ser heredero podía acarrear (responsabilidad personal y *ultra vires* por las deudas hereditarias), organizándose en el Derecho intermedio como único sistema el de los llamados *heredes extranei vel voluntarii*, no transmitiéndose la herencia al heredero mientras no se efectuaba la tradición; y el germánico, que partiendo de que es la sangre, el parentesco, lo que hace heredero y de su concepción de la herencia como adquisición del saldo favorable que pudiera resultar luego de enjugadas las deudas, se prescinde de la necesidad de la aceptación, entendiéndose que la transmisión de titularidades del causante al heredero se produce en el instante mismo de su muerte, sin solución de continuidad, a que responden los principios medievales *Der Todt erb den Lebendigen*, *Le mort saisit le vif*; es decir, que el muerto inviste—transmite y entrega los bienes—al vivo, aunque al heredero le sea posible la renuncia o repudiación, fingiéndose que el renunciante no fue nunca heredero, y que lo fue, en cambio, desde la muerte del *de cuius* quien haya de sustituir al renunciante, a diferencia del sistema romano, en que para no adquirir basta con no aceptar.

Considerando: Que respecto de la posesión de los bienes hereditarios, mientras en el sistema romano el heredero sucede en la *conductio usucapendi* del causante y continúa la usucapción realizada por él, pero no hereda la *possessio ad interdicta*, para la cual ha de comenzar una nueva posesión, los Derechos germanicos proclaman que *mortus facit vivus possessorem*, máxima que significaba en su origen que el heredero podía inmiscuirse en la posesión de las cosas hereditarias sin cumplir ninguna formalidad, y más tarde en el Derecho feudal autorizó el tránsito del feudo al sucesor sin necesidad de nueva investidura, y de ahí se dedujo entonces para el Derecho privado que la *Gewere* de los bienes del difunto se prolongaba en el heredero, el cual siempre era un pariente, en virtud de la especie de investidura necesaria que recibe el nombre de *saisine*.

Considerando: Que la institución de la *saisine*, y en España sus reflejos en la Ley 45 de Toro, introducen en la doctrina del Derecho común el concepto de posesión civilísima, así llamada, según Antonio Gómez, *quia juris civilis ministerio, sine artificio nulloque actu interveniente... sed sola legis statuti vel consuetudinis dispositione transfertur*, que no se recoge fielmente en el artículo 440 del Código civil español, pues *la posesión sólo se entienda transmitida desde la aceptación de la herencia*, y por ello el llamado heredero no la tiene, pero el que acepta sí, siguiendo con el ello el sistema romano, si bien una vez aceptada la herencia, la adquisición de la posesión ya tiene lugar con arreglo al sistema germánico, por ministerio de la Ley, produciéndose *ipso jure*, sin necesidad de la aprehensión material de la cosa con ánimo de tenerla para sí, como el Derecho romano exigía, retrotrayéndose también sus efectos al momento de la muerte del causante, pero de manera forzosa y necesaria, ya favorezca, ya perjudique al heredero

Considerando: Que en caso de aceptación por más de un heredero, la sucesión *mortis causa*, desemboca en una comunidad, que comprende todas las relaciones jurídicas patrimoniales del difunto, excepto aquellas que, por su naturaleza o por su contenido, se extinguen por la muerte de la persona a la que están adheridas, es decir, todo elemento patrimonial activo o *pasivo*

correspondiente a los sucesores, estado de comunidad, del que se sale, en todo caso, mediante la división con partición de la herencia.

Considerando: Que la jurisprudencia estima la comunidad hereditaria como un tipo especial de comunidad, comprendido en el marco general de la comunidad de bienes y derechos que regula el título III el libro II del Código civil, pero que tiene características propias y un principio de régimen orgánico que le erigen en una categoría jurídica intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral (sentencias de 30 de abril de 1935 y 17 de mayo de 1963); y que hay que establecer una distinción entre la comunidad que resulta de una sucesión hereditaria por causa de muerte, y la comunidad o condominio general, que se regula en el título III del libro II del Código civil, pues mientras en aquella cada heredero hasta que se realice la partición, sólo disfruta de una parte ideal de todos los bienes de la herencia, sin una posesión real individual que corresponde a todos, en éste disfruta de una posesión real y efectiva de la parte que le corresponde en la cosa, de la cual puede disponer, como así se deduce de los artículos 394 y 399 del mencionado Cuerpo legal (sentencia de 25 de noviembre de 1961).

Considerando: Que en el caso de autos, son hechos declarados probados por los juzgadores de instancia: Primero: El fallecimiento, bajo testamento otorgado en legal forma, de un causante común. Segundo: Que los bienes, cuya partición se pide, formaban parte de la herencia del causante común. Tercero: Que se llevó a efecto la partición de la herencia, y que en las operaciones particionales, tales bienes se adjudicaron a la viuda del testador en usufructo y en nuda propiedad a los restantes herederos, hoy demandantes y codemandados.

Considerando: Que en el motivo 2.º del recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la aplicación indebida del artículo 1.068 del Código civil, que no puede prosperar, ya que se limita a impugnar el documento particional en el que viene afirmando la existencia de la nuda propiedad indivisa entre los litigantes, sin seguir el cauce adecuado del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto al hecho básico que sustenta tal declaración.

Considerando: Que igual suerte tiene que correr el motivo 3.º, que también, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la aplicación indebida del artículo 1.232 del Código sustantivo, en relación con los artículos 497 y 498 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siguiendo un cauce inadecuado al impugnar la confesión del demandado, hoy recurrente, en unas diligencias preliminares, valoración de prueba que, en todo caso, no sería susceptible de crítica en casación, por responder a una apreciación conjunta con otros elementos, que no pueden desarticularse para imprimir a uno de ellos la fuerza preponderante, según reiterada doctrina de esta Sala.

Considerando: Que firmes los hechos declarados probados, necesariamente perecen los restantes motivos; el 4.º, en que se alega violación del artículo 348 del Código civil, porque hace supuesto de la cuestión, negando la comunidad de bienes entre los litigantes, que ha quedado categóricamente proclamada en la sentencia recurrida, que llega a precisar que «la posesión absolutamente precaria del oponente, dimanada de un usufructo extringido y cuyo alcance le era perfectamente conocido, no origina ninguna clase de derechos y en nada roza a la posesión mediata que a los demás comuneros corresponde, y si acaso únicamente acentúa un principio de absoluta mala fe, que pudiera llegar, si eso se pretendiera, a las consecuencias que concreta el

artículo 455, y que de todas maneras se inserta en el ámbito del 450, ambos del Código civil» (Considerando 1.º, *in fine*, de la Audiencia), y el primero, por desconocer la doctrina recogida en los cinco primeros Considerandos de esta resolución sobre las características propias de la comunidad hereditaria, que la distinguen de la común, a la cual únicamente se acoge con la cita de los artículos 392 y 491 del Código civil.

Comentario.—De esta interesante sentencia, cuyos tres primeros «Considerandos» son reproducción literal de los de la sentencia de 9 de junio de 1964, debida al mismo Magistrado ponente, merecen destacarse los siguientes puntos

1.º Consolida la ya reiterada jurisprudencia, según la cual el sistema de adquisición de la herencia obedece en el Código civil a las directrices romanas, con el carácter esencial de la aceptación en cualquiera de sus formas. Y este sistema romano puede afirmarse que es el vigente en toda España, incluidos los territorios forales. Así, la Compilación catalana, que lo recoge con mayor expresividad que el Código civil, establece como regla general la necesidad de la aceptación con eficacia retroactiva (art. 98, parr. 1.º), con algunas excepciones, como la del fideicomisario (art. 204) y el legitimario (art. 123, párr. 2.º), quienes no la precisan. Parece claro que una tal interpretación del Código civil habrá de facilitar en su día la ansiada unificación, incluso, a pesar de algunas desviaciones de stirpe germánica, como la que sigue

2.º Pone de relieve la desviación que en el sistema romano representa el artículo 440 del Código civil, si bien para que la excepción sea menos violenta acepta, de entre las posibles interpretaciones, la que supone excepción de menor entidad, consistente en exigir la aceptación para que se entienda transmitida la posesión al heredero, conforme el criterio de un sector doctrinal (cfr. ESPÍN, *La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapón*, «R. D. P.», 1943, págs. 624 y sigs., y *La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español*, Salamanca, 1965, págs. 47 y 66). De suerte que la transmisión de la posesión no se produce automáticamente a favor de cualquier heredero, sino sólo a favor del heredero que haya aceptado. De ello pueden obtenerse algunas consecuencias útiles. En primer lugar, no se independizan la cuestión de la adquisición de la herencia—dirigida fundamentalmente a obtener la propiedad de los bienes—y la de la posesión de los bienes relictos; sería, en efecto, un contrasentido que, habiendo adquirido lo más (la propiedad de los bienes relictos), no se tuviese lo menos (la posesión) y no pudiera ejercitar el heredero las acciones interdictales, o, a la inversa, que se admitiese una posesión sin acto alguno demostrativo de una voluntad de poseer que parece debe estimarse elemento indispensable, frente a la mera detentación. Y, en segundo lugar, ese entronque entre la adquisición de la herencia mediante la aceptación—con la voluntad que entraña—y la transmisión de la posesión puede llevar a un resultado que, no por sorprender, sería menos cierto: el de que resulta superfluo e incluso contradictorio fundamentar esa transmisión posesoria en un principio netamente germánico, extraño al sentido general de nuestro Derecho, de honda raigambre romana. A mi modo de ver—y puede que esté equivocado—, merece la pena difuminar todo lo posible el pretendido fundamento germánico del artículo 440 del Código civil y

destacar, en cambio, que su finalidad no fue totalmente extraña al Derecho romano. Es más: una investigación que en este comentario está fuera de lugar, podría poner de manifiesto cómo el artículo 440 puede explicarse desde un punto de vista fundamentalmente romano. En efecto:

— La *possessio civilissima*, de estirpe germánica, prescinde en absoluto del *animus possidendi*, de cualquier acto exteriorizador de una voluntad posesoria, que se suple por la Ley, ya que se trata de una transmisión operada *ipso iure*, sin más razón ni fundamento que el mandato legal. Siendo así, que en nuestro Derecho se precisa la aceptación del heredero para que se le transmita la posesión, no se sigue fielmente el precedente germánico. Con lo que, al existir una desviación al mismo, disminuye sensiblemente la utilidad de su invocación.

— Aunque el precedente mediato del artículo 440 sea el artículo 723 del Código civil francés, existen notables diferencias entre la primitiva redacción de este precepto (que fue modificado por Ley de 25 de marzo de 1896) y el nuestro, como son fundamentalmente, que el precepto francés sólo se refiere a los herederos legítimos, excluyendo a los hijos naturales, al cónyuge y al Estado, y, además, emplea una forma de expresión mucho más tajante que el artículo español, consistente en «son apoderados o, mejor, son investidos de pleno derecho» (*sont saisis de plein droit...*), expresión esta última que omite nuestro artículo 440, el cual se refiere indiscriminadamente a cualquier heredero, pero sólo en el caso de que «llegue a adirse la herencia». En cuanto al precedente más inmediato, constituido por el artículo 554 del Proyecto de 1851, existen también notables diferencias, no sólo en cuanto a la colocación sistemática (en las disposiciones generales relativas a la herencia en el Proyecto y en el título de la posesión en el C. c.), sino también la redacción («los herederos suceden...», dice el Proyecto, frente a «la posesión... se entiende transmitida...», en el caso de que llegue a adirse la herencia», condicionamiento que omite el Proyecto). Todo lo cual hace que sean de muy relativo valor tales precedentes y las razones expuestas por GARCÍA GOYENA, frente a la modificación experimentada ya en el Anteproyecto del Código civil (1882-1888) (confróntese art. 445 del Anteproyecto, en la publicación de M. PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1965), que se refiere, lo mismo que el Código civil, a la repudiación para sentar la *presunción* contraria; mientras que el Código civil francés y el Proyecto de 1851 no mencionan para nada a la repudiación. Como ha dicho muy bien RODRÍGUEZ ABRADOS, «con materiales franceses e italianos, traduciendo al pie de la letra los textos de sus Códigos, nuestros codificadores, con una pequeña modificación, al parecer sólo en la consecuencia jurídica, crearon un sistema radicalmente opuesto...» (*Donación con reserva de facultad de disponer*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. XVI, pág. 427, y separata, página 9). Si esto es así, en un precepto como el artículo 639, de mayor aproximación a su modelo, ¿ha de ser distinto en el artículo 440, cuyas diferencias con el texto francés son mucho mayores? Una cosa es la inspiración material de un precepto y otra muy distinta su «trasplante» e interpretación, según su encuadre sistemático.

— Es digno de tenerse en cuenta que existen textos romanos en los que se valoran abundantes supuestos de la *possessio ficta*, de la cual vendría a ser una manifestación la *possessio civilissima*, según BALDO. Siendo así, que la esencia de esta última no resultó desconocida para los juristas romanos, siquiera con su buen sentido práctico no llegaran al extremismo germano, y que nuestro Código no ha seguido este último, parece posible amparar la

interpretación del artículo 440 en precedentes romanos, y aun la *ficta possessio* semeja más acorde con la expresión, «se entiende» que la pura posesión civilísima germana.

— El profesor ESPÍN ofrece una posibilidad digna de consideración cuando estima que «el artículo 440 contiene una de las manifestaciones de posesión espiritual, que, como excepción a la posesión corporal, permite nuestro Código civil, que hay que poner en relación con el artículo 438, en cuanto prevé para la adquisición de la posesión, junto a la ocupación material, «los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir la posesión» (*La adquisición*, cit., pág. 74).

— En resumen, si la posesión civilísima fue conocida en el Derecho romano a través de los numerosos supuestos de la *possessio ficta* y por ella podría explicarse tal vez el artículo 440, cuyas diferencias de sus precedentes franceses son notables, ¿qué necesidad hay de acudir a antecedentes germánicos, no fielmente seguidos por demás, para decir sobre ello que supone una excepción en pugna con el sistema? Antes de proclamar la existencia de una excepción parece preferible agotar todos los medios y posibilidades a favor de un encaje en el sistema general, y sólo cuando esto no sea hacedero, tratarlo como tal supuesto excepcional. Así se evitaría, además, tener que decir que el principio germánico no se recoge fielmente en el artículo 440—lo que es cierto, desde luego—, el cual vendría a ser, por tanto, una excepción dentro de otra excepción. Mientras que, conforme a lo propuesto, se explica perfecta y congruentemente la necesidad de la aceptación para entender transmitida la posesión, pues ésta descansa siempre—a diferencia de la mera detentación—en una voluntad que ha de exteriorizarse por cualquier medio apto e inequívoco, según la Ley; cabalmente, el más idóneo y que disipa cualquier duda es, en este caso, la aceptación por la que el heredero quiere serlo con todas sus consecuencias entre las que se encuentra la adquisición de la posesión.

De esta manera, y a pesar del artículo 98, párrafo 2.º, de la Compilación catalana, se aproximarían ambos ordenamientos, toda vez que en Cataluña también se reconoce la posesión civilísima (v. gr: la que corresponde a la viuda tenataria, arts. 38-40, especialmente art 39, párr. 1.º, de la Compilación) y podrían explicarse sistemáticamente y con unidad de criterio otros preceptos del Código civil, que indudablemente consagran la posesión civilísima, así entendida y acerca de los cuales resulta insuficiente el principio germánico (vid. DUALDE, J., *La posesión civilísima*, Barcelona, 1959, págs. 101-103 y 115-117).

3.º En relación a la declaración en el 5.º Considerando, según la cual la posesión hereditaria corresponde a todos los herederos sin que exista posesión real individual hasta la partición, parece que habrá de sobreentenderse en armonía con lo acabado de exponer, esto es, que la posesión corresponde a todos los herederos que hayan aceptado, pues caso de haber aceptado uno solo de los coherederos, no podría sostenerse que este único aceptante poseía no sólo en su propio nombre, sino también en nombre de los demás coherederos no aceptantes, en el intervalo comprendido desde su aceptación hasta la de los otros. Y esto por múltiples razones, como la de ser precisa la aceptación, acto personalísimo, para adquirir la posesión, de modo que sólo aprovechará y perjudicará a cada aceptante, la de que la retroacción de los efectos de la aceptación hace innecesaria semejante actuación del primer aceptante—en el supuesto de que fuera factible—y por la misma posibilidad de la repudiación.

No parece, en cambio, que ofrezca gran trascendencia práctica la declaración—*obiter dicta*—puramente doctrinal y teórica de incluir a la comunidad hereditaria en una nebulosa categoría intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral, ya que la experiencia ha demostrado que cualquier posición dogmática elegida *a posteriori* sirve para obtener los resultados queridos *a priori*, razón por la que justamente se ha motejado a este método interpretativo con el calificativo de «método de inversión» (F. DE CASTRO Y BRAVO, *Compendio de Derecho civil*, 2.ª ed., 1964, pág. 107).

4.º Causa cierta extrañeza el *obiter dicta*, cuyo tenor literal es «no transmitiéndose la herencia al heredero mientras no se efectuaba la *tradición*» (*sic*), término, asimismo, empleado en la sentencia de 9 de junio de 1964 y de la que es posible arranque la errata, si, como parece, lo es, ya que poco juega, en el supuesto contemplado, una *tradición* que realmente no puede darse y el sentido reclama que dijera *aceptación* o *adición*, lo cual guardaría relación con el término «adirse» del artículo 440, coletilla final ésta del precepto que viene a confirmar la aludida raíz romana del precepto bajo una envoltura aparentemente germánica. (Sobre otras posiciones al respecto, puede verse ANGEL CRISTÓBAL-MONTES, *La transmisión hereditaria de la posesión en el Derecho comparado*, «R. D. P.», diciembre 1968, págs. 1.037-1.062.)

PARTICION HEREDITARIA. SU NULIDAD POR FALTA DE CONSENTIMIENTO. Artículo 1.261 del Código civil (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1968).

Declarada por el Juzgado de Primera Instancia de Castropol la inexistencia de una partición y la nulidad de amojonamiento de la finca objeto de la misma y confirmada esta resolución por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don García Monge y Martín, en base a la siguiente doctrina:

Considerando: Que el primero de los motivos del recurso amparado en el ordinal segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la cita como violado del artículo 359 de la misma Ley, está basado en la incongruencia del fallo de la resolución recurrida, por estimar que ésta olvida la demanda alegó como declaración fáctica que entre los actores y los demandados existía, sobre la finca objeto del litigio, una comunidad de tipo romano estando la acción basada en que los referidos demandantes no prestaren su consentimiento para la práctica de la partición y consiguiente escritura instando consecuentemente a este fundamento la nulidad de la misma supuesto de hecho del que la sentencia se aparta según se aduce, ya que suprime de la resolución de primera instancia la mención de que la finca habría de volver al estado de indivisión anterior a la mencionada partición, mas ha de tenerse en cuenta que el vicio de incongruencia que se invoca ha de radicar en la disconformidad entre lo solicitado por el actor u opuesto por el demandado, y la decisión adoptada en el fallo, o en relación a los fundamentos esenciales del mismo, y en este caso, como queda dicho, la pretendida nulidad estriba en negar la existencia del fundamental elemento del consentimiento de los demandantes para llevar a efecto un negocio jurídico que directamente les afectaba, ya que en la partición impugnada se les atribuían determinadas parcelas, y si como consecuencia de esta pretensión se pidió que la finca volviese al estado anterior de indivisión, sin dirigir petición concreta sobre esta situación, ni oponerse de contrario la

misma, ya que instó exclusivamente su absolución, la sentencia razona que al no haber sido llevada al litigio la cuestión de la efectividad de una partición que se dice practicada en el año 1905, no cabría resolver sobre tal materia y que por ello omite toda resolución sobre la indivisión o estado de comunidad de la finca, y decide ateniéndose a los términos esenciales en que se plantea la demanda, por lo que debe estimarse que no ha incurrido en el defecto que aquí se denuncia, teniendo en cuenta que si cabe interpretar la exclusión de la referida declaración sobre el anterior estado de indivisión del monte como una implícita denegación de dicha petición, ello excluiría, por haber sido resuelto este extremo, la incongruencia alegada, y si por el contrario se da la falta de decisión sobre este extremo, tal infracción sólo podría ser combatida conforme al número 3.º del artículo 1692 de la Ley de trámite, por la no decisión de una petición adecuadamente formulada, y esto en todos los supuestos habría de conducir a desestimar el motivo que aquí se examina.

Considerando: Que el segundo de los motivos seguidos por el cauce procesal del número 1.º del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil, se funda en la aplicación indebida de los artículos 402, 406 y 1.059 del Código civil, y para la decisión del mismo ha de reiterarse que la acción de nulidad de la partición de una finca se basa, como elemento esencial, en que los demandantes no han prestado su consentimiento para esta cuestión de hecho no controvertida, y sea cualquiera el estado anterior de la finca bien sometida a una comunidad tipo romano o a otra de carácter germánico, o ya por estar dividida en virtud de un acuerdo anterior, que naturalmente habría de quedar desprovisto de efecto al pretender realizar otra de nuevo, la que es objeto de impugnación, ello no afecta a los términos del debate ni a su apoyo fundamental, que es lo que el juzgador decide, sea cualquiera la oportunidad de la citada de preceptos legales, que no se efectuaran en ningún caso a la resolución conforme al fundamento de lo pedido, que se limita a razonar que no cabe adoptar acuerdo alguno, que sería preciso, sobre el valor de la partición practicada en 1905, lo que determina el perecimiento del referido motivo del recurso.

Considerando: Que el último de los motivos seguido por el mismo cauce que el anterior alega la aplicación indebida del artículo 1.261 del Código civil y al deber referirse el vicio denuncia así la norma aplicada, no es adecuada para la decisión de la cuestión que se plantea en el pleito, no puede caber duda alguna de que siendo ésta la de nulidad de la partición por falta de consentimiento de los directamente afectados por la misma, tal precepto legal es el oportuno para resolver dicha materia, puesto que, conforme al fundamento aducido, el juzgador resuelve estimando la alegada falta de consentimiento, ajena, por tanto, a la situación anterior de la finca, extraña, como queda dicho, al contenido del debate y no susceptible por ello de especial resolución razones que determinan la desestimación del motivo examinado.

PARTICION. RATIFICACION TACITA. La ratificación tácita de la partición ha de resultar de actos concluyentes e inequívocos, sin que lo sea el acto de conciliación dirigido a conseguir la rescisión por lesión o, en su defecto, el suplemento de legítima (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1968)

Los hechos se desprenden del único Considerando de la sentencia desestimatoria del recurso interpuesto por la parte demandada y apelada, de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón.

Considerando: Que limitado el recurso a determinar la existencia o inexistencia de la ratificación por la parte actora de la partición realizada por el Contador don Fidel Plaza González, resuelta en sentido contrario en ambas instancias, pues mientras la sentencia recurrida estima que de la demanda de conciliación de 21 de junio de 1954, que precedió a la de pobreza concedida en sentencia de 4 de marzo de 1957 y el anterior juicio declarativo de mayor cuantía promovido en enero de 1958, que estimó la falta de personalidad del actor, no se desprende la *ratificación tácita*, por lo que la partición es inexistente, máxime cuando en el juicio contencioso actual solicitó la nulidad de las operaciones particionales de referencia, la sentencia apelada y el recurrente señalan que dirigido dicho acto de conciliación a conseguir una rescisión por causa de lesión, o, en su defecto, el suplemento de legítima por omisión de bienes en la partición, ello constituye una ratificación tácita, alegada en los dos motivos la infracción del número 2.º de los artículos 1.259 y 1.727 del Código civil y jurisprudencia que los interpreta, éstos no pueden prosperar, ya que la ratificación tácita ha de resultar de hechos que impliquen necesariamente una aprobación del *dominus*, y así ha declarado la jurisprudencia, que la ratificación tácita tiene lugar, cuando sin hacer uso el mandante de la acción de nulidad por él ejercitable, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización, poniendo con ello de manifiesto su consentimiento concordante con el del tercero, con lo que el contrato no puede reputarse inexistente y queda dotado de validez si no de hallarse viciado por alguna de las causas que pueden determinar su nulidad con arreglo a Derecho o hacer procedente su revisión (sentencias de 5 de abril de 1950 y 10 de octubre de 1966), y nada de ello resulta de la demanda de conciliación citada de 21 de julio de 1954, ya que la parte actora hoy recurrida ni se aprovecha de los bienes adjudicados en la partición que impugna, ni realiza actos concluyentes y de carácter inequívoco que supongan un reconocimiento tácito de la existencia válida de las operaciones particionales para impugnarlas sólo como rescindibles por lesión aparte de la deficiencia terminológica en materia de invalidez con que se expresa nuestro Código sustantivo, todo lo que conduce a la desestimación íntegra del recurso.

Comentario—Parece que no está ausente de la sentencia cierto eco de la construcción formulada por Rafael Núñez Lagos sobre ratificación y su ámbito, así en la referencia al no aprovechamiento de las ventajas, siquiera como el supuesto planteado aparece claro no es preciso ahondar en mayores disquisiciones (cfr NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación*, «R. D. N.», núm. 11, págs. 7-77; «Situación jurídica de los actos realizados por los gestores sin mandato durante la dominación marxista» en *Cuestiones del Derecho privado de nuestra post-guerra*, 1942, págs. 149-182).

PARTICION. NULIDAD. DEFENSOR JUDICIAL. Artículos 165 y 1.058 del Código civil. El testador no puede disponer de bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales no liquidada. Los actos en que el padre o madre intervengan en representación de sus hijos menores teniendo intereses contrapuestos son nulos de pleno derecho. El defensor judicial ampara un interés público (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1968).

Fallecida intestada doña J. L. I., el 1 de noviembre de 1918, su viudo, don R. B. G. muere, a su vez, el 22 de enero de 1958 bajo testamento en el

que distribuye la totalidad de los bienes, incluidos los gananciales no liquidados, por lo que los descendientes no favorecidos por el testador demandan a los demás que lo han sido y a la viuda de uno de éstos, doña E. C. L., para que reconozcan la validez de la partición efectuada prescindiendo de las disposiciones testamentarias de don R. B. J., en la que doña E. C. L. interviene en su propio nombre y además como representante de sus hijos al parecer menores, así como la nulidad de la partición efectuada con base en el referido testamento.

El Juzgado de Primera Instancia de Betanzos estima en parte la demanda declarando herederos *ab intestato* por partes iguales a los hijos de doña J. L. I. y a su viudo por su cuota legal usufructuaria, la ineficacia de la partición efectuada, conforme al testamento, así como la hecha por doña E. C. L. en su propio nombre y como representante de sus hijos, extremo este último que fue revocado por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña al resolver la apelación de los actores.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada y apelada, en virtud de las consideraciones que se transcriben a continuación, revocando acto seguido la sentencia de la Audiencia y confirmando en todas sus partes la del Juzgado.

Considerando: Que hay que desestimar el tercer motivo del recurso, en el que se pretende la declaración de validez de la partición hecha por el Contador Partidor don Ezequiel Lestas Carnadas el 17 de junio de 1961, de los bienes existentes a la muerte de don R. B. G., en la que da cumplimiento a la cláusula 8.ª del testamento del causante, respecto a cuya nulidad, así como de la partición que las aplica, están conformes, con acierto, ambas instancias: pues el testador en dicha cláusula, al ordenar la adjudicación a su nuera, doña E. C., del tercio de libre disposición y a su nieto A. B. C., del de mejora de bienes concretos y determinados: «El lugar acasado que cultiva con sus accesorios», dispone de bienes pertenecientes unos a la sociedad de gananciales, no liquidada cuando el fallecimiento de su esposo y de otros que había recibido como heredero fiduciario de su padre, para que pasaran de forma obligatoria y por igual a sus hijos.

Considerando: Que el tema que presenta a la casación el primero y segundo motivo del recurso, es el de la validez o nulidad de pleno derecho del contrato particional de 11 de marzo de 1957, en el que se distribuye la herencia de don R. B. G., así como los bienes de su esposa premuerta, al que concurre doña E. C. L., viuda del hijo del causante F. B. S., en su doble función de una parte en su propio nombre, como legitimaria de su marido y heredera instituida en el testamento del causante en el tercio de libre disposición, y de otra ostentando la representación de sus hijos, cuya edad no se especifica; A., J. y M. B. C., herederos en representación de su padre todos, y uno de ellos, A., especialmente nombrado, heredero en la totalidad del tercio de mejora, y para resolver dicho tema, en relación con el artículo 165 del Código civil, que prescribe el nombramiento de defensor judicial, siempre que, en algún asunto, el padre o la madre tenga interés opuesto al de sus hijos, hay que determinar, en primer lugar, si en el presente caso el interés de la madre y el de los hijos era contrapuesto y, en segundo lugar, si, en caso de serlo, ello ha de acarrear la nulidad de pleno derecho que se invoca en el motivo o la anulabilidad a que se acoge la sentencia impugnada.

Considerando: Que la contraposición de interés entre padre o madre e hijos se presenta desde el momento en que uno de ellos, para proveer a la defensa de sus intereses, se ve cumplido a limitar la participación útil del otro; porque entonces puede perder el padre o la madre la ecuanimidad necesaria para tutelar, a nivel de los suyos propios, los intereses de los hijos; de acuerdo con esta motivación, la jurisprudencia ha declarado que existe incompatibilidad cuando el padre es heredero y el hijo acreedor de la herencia (sentencia de 12 de octubre de 1895) si el hijo, heredero del padre, liquida herencia en la que la madre tiene derecho a sus gananciales (sentencia de 25 de mayo de 1906), si se trata de división de herencia en la que la madre y el hijo son coherederos (sentencia de 21 de enero de 1927 y 25 de enero de 1928), o si el padre es heredero y el hijo legitimario (sentencia de 6 de noviembre de 1936), casos todos similares unos e idénticos otros al que nos ocupa.

Considerando: Que, por la protección general de los menores sujetos a la patria potestad que el precepto encarna, la institución del defensor judicial ampara un interés de carácter público, lo que se pone de relieve por el hecho de que la petición de su nombramiento no sólo pueda partir del menor y de los propios padres, sino también del Ministerio Fiscal y de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, así como, porque su designación es atributo exclusivo de la autoridad judicial, hasta el punto de que, según las sentencias de 9 de octubre de 1908 y 30 de mayo de 1920, dicha autoridad puede nombrar a un extraño, cuando los más próximos parientes llamados por el artículo 165 del Código civil tengan idéntico interés que los padres, todo lo cual lleva a la consecuencia de que los actos en que el padre o la madre intervengan en representación de los hijos, teniendo derecho contrapuesto, no es que sean anulables solo a instancia de parte y que esta nulidad no pueda ser pedida, a tenor del artículo 1.302 del Código civil por la madre que asumió la indebida representación, como aduce la sentencia impugnada, sino que son nulos de pleno derecho.

Considerando: Que cuanto venimos diciendo es bajo el supuesto de que los hijos de doña E. C. L., representados por ella en el contrato particional de 11 de marzo de 1957 fueran menores de edad en dicha fecha; pero si se diera el caso de que todos, o alguno de ellos, hubieran alcanzado ya, entonces, la mayoría de edad, la consecuencia anulatoria del convenio sería la misma, porque en dicho caso hubiera sido precisa la presencia del que en tales circunstancias se encontrara.

Considerando: Que para la eficacia del contrato de partición hecho por los herederos al amparo del artículo 1.058 del Código civil es necesaria la concurrencia de todos ellos (sentencias, entre otras, de 6 de noviembre de 1912, 7 de noviembre de 1935 y 5 y 10 de junio de 1958), lo que no se da en el presente caso por ausencia, alegada en este motivo de los nietos del causante (hijos de su hijo F.), directamente si alguno era mayor de edad, o debidamente representados si eran menores; por lo que procede acogerlo y casar la sentencia recurrida.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y SU AMBITO JURISDICCIONAL

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1969.

I. LA SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1969.

Esta trascendental sentencia, de que fue ponente don Juan Becerril y Antón-Miralles, ha sentado en sus Considerandos la siguiente doctrina:

1) Que el tema propuesto a la decisión jurisdiccional se concreta sobre los siguientes extremos: Primero: Examen de la alegación de inadmisibilidad formulada por la representación de la Administración, invocado por causa de incompetencia de jurisdicción, o por dirigirse el recurso contra actos no susceptibles de impugnación. Segundo: Falta de legitimación activa del recurrente. Tercero: Examen, si a ello hubiera lugar, de los puntos referentes a haber incurrido los actos recurridos: a) en infracción de normas legales; b) en incompetencia; c) en desviación de poder, y d) en vicio esencial de forma; que constituyen el fondo del recurso contencioso-administrativo como tal, con independencia de la cuestión de fondo de que conociera el Tribunal de la Competencia en los actos y sentencia que son objeto del recurso; temas todos ellos que han de ser examinados, seguida y separadamente.

2) Que en cuanto al primero de los extremos a tratar, está constituido por la invocación formulada respecto a inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, basado en el artículo 82, apartados a) y c), de la Ley de 27 de diciembre de 1956, por dirigirse el recurso contra actos que se dice no ser susceptibles de impugnación, a tenor del capítulo 1.º del libro III de la Ley Jurisdiccional, respecto a lo que ha de pararse la atención en el examen del artículo 31 de la Ley de Defensa de la Competencia de 20 de julio de 1963, donde se establece que, contra los acuerdos definitivos del Tribunal de Defensa de la Competencia, procederá el recurso contencioso-administrativo, previo el de reposición, en materias de imposición de multas y contra los demás no exceptuados en el artículo 29 por infracción de normas legales. incompetencia, desviación de poder y vicio esencial, de forma causante de indefensión; o sea, que, si con arreglo al artículo 29 quedan excluidas de la vía contencioso-administrativa, las Resoluciones que el Tribunal de Defensa de la Competencia dicte, formulando declaraciones u ordenando las intimaciones previstas en la Ley de los actos concretos que sean consecuencia de ellos, lo que en tal precepto se exceptúa del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa es sólo «la revisión de la ma-

tería de fondo que constituye el conocimiento de aquel Organó, o sea, aquellas declaraciones o intimaciones y los actos concretos derivados, todos ellos reseñados en la sección 4.ª del capítulo 2.º de su Ley específica, y especialmente en sus artículos 13, 15, 16, 17, 18 y 19, pero quedan al margen—según la redacción del artículo 31—aquellos casos no exceptuados en el artículo 29, lo que supone una excepción genérica, y los acuerdos referentes a imposición de multas, 'infracción de normas legales', 'incompetencia', 'desviación de poder' y 'vicio esencial de forma causante de indefensión'; con lo que se viene a señalar una excepción, ahora específica y enumerada de las causas, en todas las que la jurisdicción contencioso-administrativa conserva su plena competencia general para la revisión de los actos, y como tales, producidos por el Tribunal de Defensa de la Competencia, Organó adscrito en lo Administrativo al Ministerio de Comercio, que, en la ampliación cuantitativa de los fines del Estado de las funciones de la vida social, viene a constituir una jurisdicción administrativa, atípica de la policía económica del Estado, como conjunto de medidas utilizables por la Administración para que los particulares ajusten su actividad a un fin de utilidad pública, ya mediante órdenes positivas de hacer, ya mediante actuaciones coactivas de ejecución, ya mediante una actividad represiva; lo que constituyen, en definitiva, las tres facetas características de la actividad administrativa de coacción, referida concretamente, por lo que a la materia afecta, al campo de orden público, económico, según expresa el punto III, número 1. del preámbulo de la Ley especial; con lo que es vista la oportunidad legal de ratificar en este trance procesal los términos del auto de la Sala de 16 de diciembre de 1967, a virtud del cual, en trance de alegaciones previas, se declaró la competencia de este Tribunal Supremo, y concretamente de esta Sala 4.ª, y la desestimación de la alegación de inadmisibilidad, que ahora constituye el primer extremo de los fundamentos de la contestación a la demanda y de la súplica de la misma, puesto que definido que no se trata de actos no susceptibles de impugnación, a tenor del capítulo 1.º del título 3.º de la Ley, y dado que los motivos a las causas del recurso que se invocan por el recurrente son precisamente las de: a) infracción de normas legales; b) incompetencia; c) desviación de poder, y d) vicio esencial de forma concretamente atribuidas como materia propia del recurso contencioso-administrativo, según es visto, de ello inexcusablemente se deriva la competencia de este Tribunal Supremo y de esta Sala 4.ª, con arreglo, tanto al contenido del artículo 31 de la Ley sobre prácticas restrictivas de la competencia ya citado como de los artículos, y dos y 14 de la Ley Jurisdiccional; por lo que es de desestimar la alegación de inadmisibilidad formulada por la representación de la Administración a no darse los supuestos de los apartados a) y c) del artículo 82 en relación con el 40 de aquella disposición legal».

3) Que el segundo extremo a decidir por el orden expuesto en el planteamiento establecido, según su orden procesal en el primer Considerando de esta Sentencia, es el referente al examen de la legitimación activa, invocado por la representación de la Administración, con apoyo argumental en el artículo 82, apartado b), de la Ley Jurisdiccional, por entender aquella que la parte actora carece de interés directo, en cuyo supuesto es solicitada la inadmisibilidad del recurso;

mas no es de acceder a lo que en tal aspecto se insta, por cuanto es ostensible la existencia de la condicion de admisibilidad del recurso; mas no es de acceder a lo que en tal aspecto insta, por cuanto es ostensible la existencia de la condicion admisibilidad, con arreglo a los articulos 28 y 30 de la Ley, no sólo según estricto sentido de éstos, ya suficiente por sí solo para fundamentar la denegación de la inadmisibilidad por tal concepto solicitada, sino por cuanto atañe a quien es el sujeto a quien afecta todo el procedimiento, y cuyo negocio, y no otro, ni otros, ha sido aquél cuyo tratamiento y relación comercial con los denunciados, con completa independencia de quien fuera el denunciante, ha constituido la materia de hecho para el análisis y para la resolución, sea ésta la que fuere, pues si precisamente el fondo específico del conocimiento del Tribunal de la Competencia no está constituido por la aplicación concreta de una normativa integrada por un conjunto sistemático de formulación tipificadora, según claramente explica su meditado preámbulo; en cambio, la actividad de su ejercicio se basa en la necesidad de establecer una jurisdicción única, cuyo objetivo consista en declarar la existencia o inexistencia de hechos consecutivos de una práctica económica nociva de la competencia como materia que, si ciertamente corresponde al orden público de la economía, no por eso deja de exigir la existencia de unos entes o sujetos económicamente afectados, cuya protección, a través de una actuación enjuiciadora de los hechos, las da y atribuye la condición de interés directo propio de la legitimación activa, reflejado, en el apartado a) del artículo 28 de la Ley Jurisdiccional, cada aptitud para ser parte de un proceso concreto, dada su relación con la pretensión deducida, y como consecuencia, tanto del problema que se plantea como de la intensidad específica para ostentar la titularidad emanada en su posición peculiar en el proceso, cuya decisión es susceptible de afectar un interés jurídicamente protegible, que sirve prácticamente de nexo para proyectarse sobre la relación procesal concebida como unidad indirigible, pues basta suponer la anulación del acto, aquí resolución recurrida, para comprender el consiguiente beneficio en favor del accidente, a quien, en todo caso, quedaría posiblemente expedita distinta fórmula calificatoria de los acontecimientos cuya presencia le perturba, con independencia de la legitimación de su presencia en el ámbito de una ordenación económica que, independientemente de su proyección en la esfera del orden público, constituye una presencia afectante de ese mismo orden en relación con el interés privado, cuyo interés directo se define perfectamente en el jurídico, la que consecuentemente entraña la desestimación de la alegación de inadmisibilidad por razon de falta de legitimación activa que constituya la segunda pretensión de la contestación a la demanda.

4) Que eliminadas las causas de inadmisibilidad, y ya dentro de la que constituyen la materia de fondo del recurso contencioso-administrativo, el primer punto a examinar es el referente a si en el desarrollo del procedimiento en la sentencia en que aquél se refleja ha existido «infracción de normas legales», puesto que esta circunstancia constituye el primero de los motivos especiales contenidas en el artículo 31 de la Ley sobre prácticas restrictivas de la competencia y es también el primeramente invocado por el recurrente en su interposición y su demanda; pretensión que aparece fundamentada por el recurrente en la

infracción de los artículos 359 y 362, números 2.º y 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; infracción de la propia Ley de 20 de julio de 1963, en relación con el artículo 142, números 2.º y 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, e infracción del artículo 83, número 3.º, en relación con el artículo 94, número 2.º, de la Ley jurisdiccional y con el 80 de ésta; las que deberán examinarse separadamente para mayor claridad sistemática.

5) Que los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil no constituyen materia de aplicación al desarrollo del sistema y procedimiento propios del Tribunal de la Competencia, pues éste se ha de regir por los preceptos especiales que, en cuanto a ello, contienen la Ley especial y el título 2.º de su Reglamento, en cuyas disposiciones para nada se alude a aquélla, cuya naturaleza ha de estimarse como reguladora de los procesos civiles y de la jurisdicción ordinaria de los Tribunales de Justicia; ni tampoco pueden entenderse a ningún efecto como supletoria, puesto que de ningún precepto legal puede colegirse ni deducirse tal suposición, con lo que mal puede entenderse infringir las normas legales inaplicables, y en consecuencia, ni la invocación correspondiente al artículo 359 de la Ley ni el 362 de la misma, pueden ser tomadas en consideración a los efectos propios de la revisión jurisdiccional contencioso-administrativa; al igual que ocurre respecto a la posibilidad de entender infringida la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su artículo 142, números 2.º y 4.º, pues aparte de que en ninguna norma de Derecho positivo se encuentra apoyo para ello, tampoco la naturaleza y objeto de la Ley de restricción de prácticas de la competencia y la función del Tribunal que crea están esencialmente constituidas por una actividad sancionadora, sino que, con palabras del propio preámbulo de la Ley en el tercero de sus puntos fundamentales, número 1.º, párrafo 2.º, con la Ley viene a delimitarse uno de los aspectos más importantes del orden público, adjetivándole dentro de un sistema administrativo de economía libre y configurando así un orden público económico, y, según expresa el número 2.º del mismo punto fundamental tercero, implica la imposible utilización de la técnica penalista de la tipicidad, si bien la radicación de la prohibición en la idea de un orden público económico brinda la posibilidad dentro de la técnica jurídica de escapar a la imposible precisión de una tipicidad penal; con lo que, desechada también esta argumentación respecto a infracción de normas legales, sólo queda por analizar la correspondiente a la vulneración de los artículos 83, número 3.º; 94, número 2.º, y 80 de la Ley de la jurisdicción, referente al primero de los invocados a la desviación de poder consistente en el ejercicio de las potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento jurídico; el 24, número 2.º, a que las sentencias que versen sobre desviación de poder sean susceptibles siempre de recurso de apelación, y el 21, 80, a que la sentencia decidirá todas las cuestiones contravertidas en el proceso, mas aparte de que precisamente estos artículos a lo que se refieren es a las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa y a los recursos ordinarios contra las sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo de las audiencias territoriales y de que el tema de la desviación de poder constituye invocación distinta por parte del demandante, y que como tal ha de ser separadamente examinada, ello supone una nueva inaplicabili-

dad de los preceptos invocados, puesto que se refieren al orden de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya naturaleza jurídica evidencia la comunidad plena entre esta jurisdicción y las demás especies concretas de la función jurisdiccional, como dice el número 2.º del preámbulo de la Ley de 27 de diciembre de 1956, que la regula.

6) Que la incompetencia alegada por el recurrente como segundo extremo, el que se clasificó con la letra b) en el Considerando inicial o de planteamiento, ha de entenderse, con arreglo al rigor procesal de la invocación, como aplicación de la actuación de un órgano público a la esfera de atribuciones que le está encomendada por el Ordenamiento jurídico respecto a una función que él ha de ejercer, en cuyo aspecto carece de fundamento la pretensión, puesto que precisamente la materia enjuiciada por el Tribunal de la Competencia en su sección 2.ª, al dictar la sentencia de 29 de noviembre de 1966, la cita específica y exclusivamente atribuida por la Ley fundacional y el fallo de la misma, declarando «no haberse acreditado la existencia de prácticas prohibidas, no puede ni ser más expresivas ni más ajustado el tema de prácticas restrictivas de la competencia, que estaba sometida al conocimiento del Tribunal, ni más conforme al apartado d) del artículo 13 de la Ley fundacional y el 91 de su Reglamento, en cuanto al exacto contenido de la clase de resolución que se dicta; al igual ocurre con la sentencia del Tribunal Pleno de 16 de marzo de 1967, en las cuales, por otra parte, la sistematización de hechos y fundamentos se encaja y ajusta plenamente a la ordenación lógica de su cometido y la congruencia resolución denegatoria respecto a la pretensión que se enjuiciaba; a más de la conocida y razonable jurisprudencia representada *ad exumplus*, y entre otros muchos por las sentencias de 10 de diciembre de 1946, 21 de abril de 1942, 6 de mayo de 1933 y 22 de noviembre de 1944, expresivas de que, en general, no son impugnables por incongruencia las sentencias absolutorias.

7) Que la invocación de la desviación de poder como causa de estimación del recurso contencioso-administrativa aparece en éste como absolutamente inaplicable no sólo por cuanto constituido el concepto, según es sabido, por una forma de infracción del Ordenamiento jurídico ejercitando la potestad administrativa, no ya contra lo dispuesto en aquél, sino para fines distintos de los señalados a tal potestad, no es posible encajarlo en ningún momento respecto a ninguna resolución del proceso a que el recurso contencioso-administrativo se refiere, puesto que el problema de apreciación de si existían prácticas restrictivas de la competencia en relación con el orden económico normal, es precisamente el tema que se trata, y respecto al que se produce en declaración negativa, conforme al artículo 13, apartado d), de la Ley especial, de que no resulta acreditativa la existencia de alguna de sus prácticas prohibitivas a que se refiere la Ley; y conocida es la jurisprudencia y la doctrina que estima difícil, que los actos negativos o desestimatorios entrañen una desviación de poder, cuyo concepto, definido en el artículo 83 de la Ley jurisdiccional, y en las sentencias, entre otras, de 12 de junio de 1965, 1 de diciembre de 1959, 28 de febrero de 1962, concibiéndolo como acto extrínsecamente ajustado a la legalidad, pero inválido como contraventor en su motivación internas el sentido teleológico de la acti-

vidad administrativa, es inaplicable al caso que se enjuicia, por lo que procede desestimar en cuanto a ello la pretensión del actor.

8) «Por último, que la alegación de vicio esencial de forma causante de indefensión, que constituye el último punto de examen de las pretensiones del actor, se basa a través de una extrema **exposición del contenido** del contrato de 1953 y entre el Banco de San Sebastián y el demandante, de cuya presencia parece alega daban subseguirse determinadas apreciaciones: mas dicho contrato figura unido a los puntos y, en consecuencia, mal puede pretenderse en cuanto a ello una infracción o vicio esencial, de forma del que se derive indefensión, pues las deducciones que la argumentación del litigante extrae de sus postulados no tienen por qué coincidir con la apreciación que el Tribunal establece en sus razonamientos; ni puede decirse que en ningún momento haya estado indefenso quién, o bien no propuso prueba en el momento procesal oportuno o le fue denegada la propuesta en virtud de las facultades que al Tribunal otorgan la Ley y su Reglamento, tanto más cuanto, el Tribunal acordó para mejor proveer tal como figura, reseñado en el último resultando de la sentencia de la sección 2ª, de 29 de noviembre de 1966, que se exhibieran los libros de Salidas de mineral de yeso, y que se presentara el documento de fusión de las Sociedades Mozola e Irazusta; con lo que la pretendida indefensión ha de quedar desestimada al objeto del recurso contencioso-administrativo.»

9) Por último, que cumplido el trámite de haberse interpuesto el recurso de reposición previo al contencioso-administrativo, que, según muy conocida y abundante jurisprudencia, forma parte del recurso jurisdiccional como elemento inicial de ésta, sería inadecuado, a los efectos procesales, entender que, por la razón de haber sido rechazado de pleno por el Tribunal Pleno, al estimar éste la improcedencia de su planteamiento, ello ha de implicar la anulación del auto en que tal se decretaba, pues a los efectos formales del cumplimiento del requisito ha de estarse en economía procesal a los términos de amplitud judicialista que el preámbulo de la Ley jurisdiccional indica, al evitar obstáculos que impidan a las partes cometer sus pretensiones a enjuiciamiento de la jurisdicción, y como las formalidades procesales han de entenderse, no para dificultar el pronunciamiento de sentencia acerca de la cuestión de fondo aquí ceñida, al fondo cognoscible de la jurisdicción contencioso-administrativa, que constituye su materia, y no el conocimiento de la materia económica afectante del orden público nacional, en cuanto a la restricción de la competencia, puesto que esta materia es la peculiar y exclusiva del Tribunal de la Competencia como jurisdicción atípica del orden público económico.

II. EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1. *La Ley de 20 de julio de 1963.*

La Ley de 20 de julio de 1963, dictada como consecuencia de lo dispuesto en el Decreto-Ley de Ordenación Económica de 21 de julio de 1959, constituye un tímido intento legislativo de «prevenir y combatir las prácticas mono-

listicas y demás actividades contrarias a la normalidad del comercio y a la flexibilidad de la economía».

Pieza fundamental en el sistema que la Ley instaura es el Tribunal de Defensa de la Competencia, cuya creación se justifica en el preámbulo de la Ley, bajo la rúbrica «necesidad de una especialización jurisdiccional», en estos términos:

«Todo este juego de consecuencia en los ámbitos civil y administrativo se basa en idénticas prohibiciones que la Ley contiene, pero atribuir su jurisdicción a Tribunales diferentes podría comportar resoluciones distintas que paralizasen en uno y otro campo la finalidad que la Ley persigue. Estas consideraciones abocan a una necesaria concreción: la necesidad de establecer una jurisdicción única que declare la existencia o inexistencia de la práctica restrictiva. Producida esta declaración, serán ya los distintos Tribunales los que enjuicien las consecuencias, civiles, penales administrativas o laborales que de la misma hayan de derivarse, ya sin peligro de interferencias, con posible paralización de los diferentes procedimientos y sin riesgo, en definitiva, de que el principio de unidad del Ordenamiento jurídico, insito en la misma esencia del Derecho, sufra menoscabo.»

Y más tarde, añade:

«Por la misma naturaleza de la actividad económica, al Tribunal de Defensa de la Competencia que la Ley establece, incumbe no sólo la declaración, sino la ejecución concreta y específica de su propia declaración. El núcleo esencial de la Ley radica exactamente en la finalidad última de hacer que las prácticas restrictivas prohibidas por la misma desaparezcan del tráfico mercantil normal, y sólo desde esta perspectiva es entendible en sentido de la Ley. No bastaría una mera declaración de ilegalidad, sino que, ateniéndose al caso concreto declarado, es necesario que sea el propio Tribunal quien ordene la desaparición de la práctica restrictiva.»

Las peculiaridades características del Tribunal ha suscitado el problema de su naturaleza jurídica.

2. *Naturaleza jurídica.*

No resulta tarea fácil pronunciarse sobre la naturaleza jurisdiccional o administrativa del Tribunal.

La tesis jurisdiccional puede aducir a su favor argumentos de gran fuerza. Esto explica que haya sido aceptada por autor tan caracterizado como GARCÍA TREVILJANO, al decir: «Ha sido creado por Ley de 20 de julio de 1963. El artículo 7.º declara su adscripción al Ministerio de Comercio en lo administrativo, con plena y absoluta independencia' en su función. Se distinguen los dos momentos a que nos referíamos anteriormente: el estático de encuadramiento y el dinámico de funcionamiento. En cuanto al primero se contempla al Tribunal en sus necesidades materiales y de personal, declarando inamovibles a sus miembros. En el aspecto dinámico, el Tribunal goza de independencia. Se

trata de un órgano judicial, con competencias especiales (no especializadas, como ocurría con los Tribunales laborales o contencioso-administrativos). Contra algunas de sus decisiones cabe recurso ante los Tribunales contencioso-administrativos. Esto no le priva de su carácter judicial y sólo sirve para calificar tal recurso, no como una instancia judicial inicial, sino como una apelación especial» (1).

Sin embargo, existen objeciones poco menos que insalvables para configurar al Tribunal de Defensa de la Competencia como propiamente jurisdiccional. De aquí que la desconfianza hacia el mismo sea la nota dominante, afirmándose su carácter administrativo o mixto. En este sentido, TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, afirman (2):

«Recordemos que, a nuestro juicio, un Órgano del Estado desarrolla función jurisdiccional cuando declara el derecho a satisfacer pretensiones jurídicas, siendo sus resoluciones definitivas o solamente revisables por un Órgano 'jerárquicamente' superior. Pues bien: de los preceptos antedichos se deduce que el Tribunal de Defensa tiene naturaleza jurisdiccional, cualidad que, asimismo, habrá de predicarse respecto a los actos que produzca.

Además, la Ley califica específicamente al Tribunal de Defensa como Órgano jurisdiccional. Así, el epígrafe 3.º de su preámbulo reza: 'la jurisdicción', y en él trata de justificarse 'la necesidad de establecer una jurisdicción única que declare la existencia o inexistencia de la práctica restrictiva'. Y en el epígrafe 4.º se califica al Servicio de Defensa de la Competencia de 'auténtico Órgano de engranaje entre la Administración y la Jurisdicción', porque su misión es simplemente la de tramitar los expedientes y elevarlos al Tribunal para que los resuelva.

Sin embargo, en la propia Ley existe base para mantener que el Tribunal de Defensa no es un Órgano jurisdiccional puro, sino mixto. En efecto, según el artículo 31, 'procederá el recurso contencioso-administrativo, previo el de reposición, contra los acuerdos definitivos que el Tribunal de Defensa de la Competencia dicte en materia de imposición de multas y contra los demás no exceptuados en el artículo 29 por infracción de normales legales, incompetencia, desviación de poder y vicio esencial de forma causante de indefensión'. Precepto del que se deduce que los actos a los que en el mismo se alude no pueden ser calificados de 'Jurisdiccionales', habida cuenta de que los mismos son revisables por otros Órganos que no son superiores jerárquicos del Tribunal y que, por el contrario, pueden con toda propiedad tildarse de 'administrativos', ya que resultan revisables por la Jurisdicción contencioso-administrativa (art. 1.º, LJ). La incongruencia de la Ley de 20 de julio de 1963, al calificar a un Órgano de jurisdicción y permitir, no obstante, que parte de los actos producidos en el ejercicio de su específica misión sean revisables por otra jurisdicción (la contencioso-administrativa), es manifiesta.

Aparece así el Tribunal de Defensa de la Competencia como un Órgano híbrido, mitad jurisdiccional, mitad administrativo (adscrito al Ministerio de Comercio) En su aspecto jurisdiccional debe calificarse

(1) *Tratado de Derecho administrativo*, 2ª ed. Madrid, 1968, pág. 71

(2) *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1965, tomo I, págs. 95 a 99.

de jurisdicción 'especial', ya que se articula, al margen del Poder judicial, en el seno de la Administración. Y a sus notas de 'jurisdicción' y 'especial', puede añadirse la de 'administrativa', porque su actuación tiene lugar en el campo regulado por el Derecho administrativo, ya que, en definitiva, su misión no es otra que la de aplicar las normas, en virtud de las cuales se permite a la Administración intervenir (función de Policía) en la actividad económico comercial de los administrados».

En términos análogos, VILLAR Y ROMERO afirmaba (3):

«El artículo 10 de la Ley (3.º del Reglamento) muestra, a la vez, la grandeza y la miseria del Tribunal. Grandeza en cuanto establece que su competencia será privativa respecto a las declaraciones e intimaciones previstas en la Ley, esto es, que acerca de la declaración de si una práctica es o no prohibida, es o no abusiva, si un acuerdo es o no colusorio, etc., como acerca de las intimaciones inherentes a tales declaraciones, ningún otro organismo ni jurisdicción estatal tiene facultades para adoptar ningún acuerdo ni tomar ninguna decisión. Grandeza también cuando dicho precepto continúa diciendo que las resoluciones que el Tribunal adopte en la materia 'gozarán de la presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario', lo cual no es otra cosa que conferirles el rango de presunción de cosa juzgada, con arreglo al artículo 1.252 del Código civil. Grandeza, asimismo, cuando tal artículo sigue expresando que dichas decisiones del Tribunal 'surtirán plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales o administrativos', extremo que refuerza el contenido de los dos incisos anteriores...

En presencia del Tribunal de Defensa de la Competencia español, ¿nos hallamos o no ante una jurisdicción? A ciertos efectos no cabe duda de que lo es, ejerciendo una parcela de la jurisdicción civil, al declarar—sin posibilidad de contradicción ni de otra revisión jurisdiccional (lo que implica excepción de incumplimiento)—ilícitos ciertos actos privados (la práctica prohibida y abusiva), con determinadas consecuencias legales; y, sobre todo, al poder declarar la nulidad de ciertos acuerdos, convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas que sean colusorias. Ello, además, de las facultades que el Tribunal tiene, conforme al artículo 10—ya examinado—de la Ley.

Tampoco puede ofrecer duda que nos hallamos en presencia de una jurisdicción administrativa, que en parte es retenida y en parte delegada. Retenida, respecto a las fuertes sanciones que sólo el Consejo de Ministros puede imponer, precisamente a propuesta del Tribunal. Delegada, en cuanto a las declaraciones e intimaciones que son de competencia privativa del Tribunal. Así como respecto a las pequeñas multas que éste directamente impone.»

(3) *El Tribunal de Defensa de la Competencia*, RAP, núm. 47, págs. 375 y siguientes, en especial, págs 382-383

Y CARRETERO PÉREZ, rotundamente sienta las siguientes conclusiones (4):

«La competencia del Tribunal no es revisora, como sucede con la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que puede sustituir a la Administración activa en la declaración de los hechos y sus actos son ejecutorios; si es difícil que se pueda concebir un Órgano jurisdiccional administrando directamente en lugar de juzgar la actuación de la Administración, pero no imposible, mayor dificultad existe en que no hay un procedimiento entre dos personas, decidida por un Órgano superior e imparcial de ambos, ajeno a los dos. El Tribunal de Defensa de la Competencia es juez y parte, que decide sobre el expediente tramitado por la Administración, sustituyéndola si es preciso, no por vía de examen, sino activamente. Mejor parece un Órgano de la Administración, con potestad jurisdiccional. Su composición mixta, de funcionarios judiciales y administrativos, tiene el precedente de los extinguidos Tribunales Provinciales de lo contencioso-administrativo; su independencia funcional, el antecedente de los Tribunales Económico-Administrativos, que son órganos de resolución, no de gestión, y que, aun perteneciendo a la Administración, no pueden administrar, sino revisar. Su naturaleza se asemeja al Tribunal de Cuentas, que funciona por secciones instructoras que someten el expediente al Tribunal. Además, algunas de sus decisiones son revisables por la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que sería inconcebible en un Órgano judicial. No debe impresionarnos con que sus actos tengan valor de cosa juzgada, porque existe una cosa juzgada administrativa inatacable cuando, como en este caso, los actos no son revisables ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El Tribunal de Defensa de la Competencia es un Órgano administrativo»

En contra de la línea jurisdiccional, MENDIZÁBAL ALLENDE aduce argumentos irrefutables (5).

3. Normas reguladoras.

Consecuencia de la naturaleza no jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Competencia es que el procedimiento ante el mismo se regirá por sus disposiciones específicas y no por las normas procesales civiles ni penales, como acertadamente reconoce el 4.º Considerando de la sentencia comentada.

4. Naturaleza de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Es evidente que depende de la naturaleza que se asigne al Tribunal. Si partimos del carácter jurisdiccional de éste, habrán de considerarse sentencias a todos los efectos, y, por tanto, investidas en la santidad de cosa juzgada.

Ahora bien, si negamos el carácter jurisdiccional del Tribunal, ¿cuál será la naturaleza de sus resoluciones?

(4) *Represión de prácticas restrictivas de la competencia*, «Revista de Derecho Administrativo y Fiscal», 1964, págs 383-384.

(5) En *El Tribunal de Defensa de la Competencia*, «Revista de Derecho Judicial», número 22 (separata), págs. 47-55, argumentos por nosotros aceptados en *Derecho procesal administrativo*, 2ª ed., Madrid, 1966, II, pág. 40.

Por supuesto, estamos ante actos que pueden catalogarse como uno de los tipos de acto administrativo. En ellos se concreta el ejercicio de una función típicamente administrativa, cual es la realización de un interés público: el mantenimiento de la normalidad en el mercado.

III. EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1. *Las decisiones del Tribunal y el proceso administrativo.*

El problema de la impugnabilidad de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia se plantea en términos análogos al de la impugnabilidad de las decisiones de tantos otros Organos de naturaleza híbrida.

Si, realmente, estamos ante una auténtica jurisdicción especial, ¿cómo explicar la posibilidad de que sus resoluciones sean objeto de recurso contencioso-administrativo?

Pero la cuestión de la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo se ha planteado desde dos perspectivas distintas: una, partiendo precisamente de la consideración jurisdiccional del Tribunal, y estima que es una jurisdicción excluyente; otra, desde la perspectiva de los actos excluidos de impugnación, al amparo del artículo 40, apartado 1, LJ.

Examinemos el problema desde ambas perspectivas.

2. *La supuesta falta de jurisdicción de las Salas de lo contencioso-administrativo.*

La supuesta falta de jurisdicción se ha fundado en el artículo 2.º, apartado a), LJ, al decir que «no corresponderán a la jurisdicción contencioso-administrativa: a) Las cuestiones... que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyan por una Ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones». Luego—se dice—si estamos ante una Jurisdicción especial, a la que se confía dirimir las cuestiones a que se refiere la Ley de 20 de julio de 1963, si se intentara un «recurso contencioso-administrativo» sobre estas cuestiones, estaríamos ante un supuesto de falta de jurisdicción y sería inadmisibles el «recurso-contencioso», al amparo del artículo 82, apartado a), LJ.

Las razones aducidas no son ni mucho menos exactas. En efecto:

a) Aun en el supuesto de que las funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia fueran propiamente jurisdiccionales, lo que, según hemos señalado, es más que discutible, no sería por sí solo argumento decisivo para llegar a la conclusión de la exclusión del «recurso contencioso-administrativo». Es cierto que, en principio, pugna con la cosa juzgada, (característica esencial de las sentencias) la posibilidad de impugnación ante otra jurisdicción distinta de aquella que dictó la resolución. Esta ha sido, precisamente, una de las razones invocadas para negar la naturaleza jurisdiccional a las funciones de los Tribunales económico-administrativo (6). Pero aun cuando esto es así

(6) Así, por nuestra parte, en *Los recursos administrativos*, 2.ª ed., «Boletín Oficial del Estado», Madrid, 1969, pág. 313.

en principio, la regla tiene excepciones al existir sentencias dictadas en un proceso civil especial que no impiden que se plantee la misma cuestión en un proceso ordinario. Y el sistema contencioso-administrativo francés nos ofrece un catálogo de jurisdicciones especiales, cuyas resoluciones son susceptibles de recurso, bien de apelación o de casación ante la jurisdicción administrativa ordinaria (el Consejo de Estado) (7).

Si bien hemos de reconocer que esas llamadas «jurisdicciones especiales» no son en realidad propias jurisdicciones.

b) Para que pueda invocarse falta de jurisdicción, al amparo del artículo 2.º, apartado a), LJ, no basta la existencia de una jurisdicción distinta de la contencioso-administrativa, sino que la cuestión se atribuya a su conocimiento con carácter exclusivo. Pues, en otro, caso, si la Ley creadora de esa «jurisdicción» admite expresamente la posibilidad de «recurso contencioso-administrativo» contra las resoluciones que en ella se dicten, es incuestionable que la existencia de esa jurisdicción sólo supondría la necesidad de tener que acudir ante la misma—y agotar los recursos previstos en su reglamentación específica—antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El problema se traduce, por tanto, en el estudio de la Ley creadora de la «jurisdicción», en orden a la posibilidad de «recurso contencioso» contra sus decisiones.

Lo que, aplicado al Tribunal de Defensa de la Competencia, supone examinar si las normas que le regulan admiten o excluyen el «recurso contencioso-administrativo».

El problema, en definitiva, no viene resuelto en función de la naturaleza jurisdiccional del Tribunal. Sino en función de la exclusión o no del recurso contencioso-administrativo. La calificación jurisdiccional o administrativa del Tribunal únicamente comporta las siguientes consecuencias:

- Que si se afirma la naturaleza jurisdiccional, para que sea posible el «recurso contencioso-administrativo», ha de admitirse expresamente
- Que si se afirma la naturaleza administrativa, para que sea posible el «recurso contencioso-administrativo», bastará que no esté excluido expresamente por una Ley formal, al amparo del artículo 40, apartado f), LJ.

Pero en el supuesto del Tribunal de Defensa de la Competencia, el problema se simplifica al máximo, al existir preceptos concretos—si bien de redacción confusa—sobre exclusión y admisión del «recurso contencioso-administrativo». De aquí que la cuestión se reduzca a la interpretación de estos preceptos.

3. La exclusión de la impugnación contencioso-administrativa.

Si, como hemos señalado, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha de configurarse como Órgano administrativo, como administrativo el procedimiento

(7) Cfr. mi *Derecho procesal administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1964, I, páginas 300-303. ROUVIÈRE: *Les juridictions administratives et le recours en cassation*. Paris, 1958; DESFORGES: *La compétence juridictionnelle du Conseil d'État et des Tribunaux administratifs*, Paris, 1961

to seguido ante el mismo y como administrativa las resoluciones que dicte, es obvio que para que no quepa «recurso contencioso-administrativo» contra las mismas, ha de existir exclusión expresa por Ley, a tenor del artículo 40, apartado f), LJ (8).

Pues bien, la Ley establece una regla general y unas excepciones:

a) La regla general se contiene en el artículo 29, que establece la exclusión de la vía contencioso-administrativa. Por tanto, aun cuando el Tribunal se configura como Administrativo, se le confía competencia exclusiva y privativa, en congruencia con lo dispuesto en el artículo 10 de la misma Ley de 1963, al decir:

«La competencia del Tribunal será privativa en cuanto a las declaraciones o intimaciones previstas en esta Ley, y las resoluciones que el mismo adopte en la materia gozarán de la presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario y surtirán plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, sin perjuicio de que las consecuencias civiles, penales o laborales que de aquéllas deriven, sean producidas en cada caso por la jurisdicción que corresponda.»

b) Las reglas especiales son dos:

- La del artículo 30, que se refiere a disposiciones y resoluciones adoptadas por el Consejo de Ministros.
- La del artículo 31, que se refiere a determinados tipos de resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Por tanto, los supuestos que contempla el artículo 30 no son propiamente de excepción. Porque es lógico y congruente con los principios generales de nuestro régimen administrativo que las disposiciones y resoluciones del Consejo de Ministros sean recurribles, aun cuando se refieran a esta materia, que es típicamente administrativa.

El supuesto que sí es de excepción a la regla del artículo 29 es el artículo 30, por referirse también a acuerdos del Tribunal

4 Conclusión.

De lo expuesto se desprende que, en principio, todas las resoluciones que dicte el Tribunal de Defensa de la Competencia están excluidas de la vía contencioso-administrativa (art. 29 de la Ley de 1963), excepto las resoluciones a que se refiere el artículo 31 de la misma Ley.

Ahora bien, como la redacción del precepto contenido en el artículo 31 no es clara, esto nos obliga a estudiar el ámbito del recurso contencioso-administrativo en esta materia.

(8) GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1966, II, páginas 538-541.

IV. AMBITO DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

1. Regla general.

La regla general es, según se ha dicho, la exclusión de la vía contencioso-administrativa. El artículo 29 de la Ley de 1963 dispone:

«Las resoluciones que el Tribunal de Defensa de la Competencia dicte, formulando las declaraciones y ordenando las intimaciones previstas en esta Ley, así como los actos concretos que sean consecuencia de ellas, quedarán excluidas de la vía contencioso-administrativa, y contra los mismos sólo se dará recurso de súplica para ante el Pleno del propio Tribunal.»

Y el artículo 10, que:

«La competencia del Tribunal será privativa en cuanto a las declaraciones o intimaciones previstas en esta Ley, y las resoluciones que el mismo adopte en la materia gozarán de la presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario y surtirán plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, sin perjuicio de que las consecuencias civiles, penales o laborales que de aquélla deriven, sean producidas en cada caso por la jurisdicción que corresponda.»

Refiriéndose a este artículo, dice GARRIGUÉS: «Sin duda, es éste uno de los puntos esenciales de la Ley. En la Exposición de Motivos se califica esta cuestión como el núcleo esencial de la Ley. Resulta, pues, obligado matizar la interpretación del precepto (art. 10), ya que estamos operando con el nervio central de la Ley. En primer lugar, en cuanto a las declaraciones e intimaciones previstas en el cuerpo legal, la competencia del Tribunal es privativa. Le pertenece por propio derecho. En segundo lugar, las resoluciones que adopte el Tribunal gozarán de presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario. En rigor, se llama a tal presunción *iuris et de iure*. En tercer lugar, dichas declaraciones surtirán plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales y administrativos. Y, finalmente, la eficacia de las declaraciones se entiende, sin perjuicio de que las consecuencias civiles, penales o laborales que de aquéllas se deriven, sean deducidas en cada caso por la jurisdicción que corresponda» (9).

Y GUATA, afirma (10):

«Las declaraciones e intimaciones del Tribunal son de su privada competencia, gozan de la presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario, y surten plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos judiciales y administrativos, sin perjuicio de que las consecuencias civiles, penales o laborales que de aquéllas deriven, sean deducidas en cada caso por los correspondientes Tribunales.

(9) Cfr. prólogo al *Comentario a la Ley española sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia*, Madrid, 1964, págs. 153 y sigs.

(10) *Derecho administrativo especial*, Zaragoza, 1966, IV, pág. 175

Las intimaciones y declaraciones del Tribunal y los actos concretos que sean consecuencia de ellas pueden recurrirse tan sólo en súplica ante el propio Tribunal, pero no en la vía contencioso-administrativa.»

Todas las resoluciones del Tribunal, pues, salvo la que después señala el artículo 31 de la Ley de 1963, están excluidas de impugnación contencioso-administrativa.

Y ¿cuáles son los actos respecto de los que no juega la exclusión del artículo 29 y es admisible el «contencioso-administrativo»?

2. Regla especial.

El artículo 31 de la Ley de 1963 dispone:

«También procederá el recurso contencioso-administrativo, previo el de reposición, contra los acuerdos definitivos que el Tribunal de Defensa de la Competencia dicte en materia de imposición de multas y contra los demás no exceptuados en el artículo 29 por infracción de normas legales, incompetencia, desviación de poder y vicio esencial de forma causante de indefensión.»

Al interpretar este precepto se impone una elemental distinción: los actos respecto de los que cabe el «recurso contencioso-administrativo» y los posibles motivos de impugnación. Estos motivos, que se enumeran en el artículo, 31. *in fine*, son los que normalmente se admiten en Derecho administrativo: «infracción de normas legales, incompetencia, desviación de poder y vicio esencial de forma causante de indefensión». Pero esta enumeración no quiere decir que cuando se dé alguno de estos supuestos quepa el «recurso contencioso-administrativo», cualquiera que sea el acto de que se trate (incluso los excluidos por el art. 29), sino que, en el supuesto en que el recurso sea admisible, puede fundarse en algunos de esos motivos, referencia obvia, inútil y técnicamente incorrecta, al apartarse del criterio amplio de la LJ y de la LPA de no tipificar los motivos de impugnación.

Los actos respecto de los que concretamente se admite recurso contencioso-administrativo, son los siguientes:

a) *Los dictados en materia de imposición de multas.*—Así se dice expresamente. Por tanto, cuando el acto imponga una multa de las previstas en los artículos 25 y 26 de la Ley de 1963, no ofrece duda la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo. En este punto concreto no ofrece dificultad su interpretación ante la claridad del texto.

b) *Los demás no exceptuados en el artículo 29.*—Este segundo grupo de actos que enumera el artículo 31, contra los que omite el «recurso contencioso-administrativo», ha dado lugar a problemas interpretativos.

Su redacción no es nada clara. Porque del mismo parece desprenderse que el artículo 29 no excluye todo tipo de resolución que dicte o pueda dictar el Tribunal. El artículo 31 parece partir de que, a tenor del artículo 29, existen dos tipos de actos: los excluidos o no excluidos. Y esto no es cierto. El artículo 29 viene a excluir todas las resoluciones que puede dictar el Tribunal.

Se refiere a resoluciones que tengan este contenido: formular declaraciones o bien ordenar intimaciones. Pero ello supone agotar todos los supuestos de resoluciones del Tribunal. En efecto:

a') Por un lado, están «las declaraciones», las declaraciones que puede hacer el Tribunal son las que enumera el artículo 13. y que son todas las declaraciones posibles. Este precepto contiene una enumeración tan exhaustiva, como la que hace el artículo 81 de la LJ, respecto de las Salas de lo contencioso-administrativo.

b') Pronunciada alguna de aquellas declaraciones, el Tribunal podrá (artículos 15 a 19), según los casos, ordenar algunas intimaciones, adoptando los actos concretos pertinentes. Y estas intimaciones y actos concretos están excluidos también por el artículo 29. Luego éste excluye todo tipo de actos.

De aquí que, prácticamente, la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo se limite al supuesto de actos dictados «en materia de imposición de multas». Solamente éstos serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Y así lo afirma GUARTE, cuando, después de proclamar la regla general de exclusión, añade: «Si son, en cambio, recurribles en la vía contencioso-administrativa los acuerdos de imposición de multas» (11). Pues éstos son los únicos acuerdos de los que dicta el Tribunal de Defensa de la Competencia, respecto de los que la impugnación procesal administrativa es admisible.

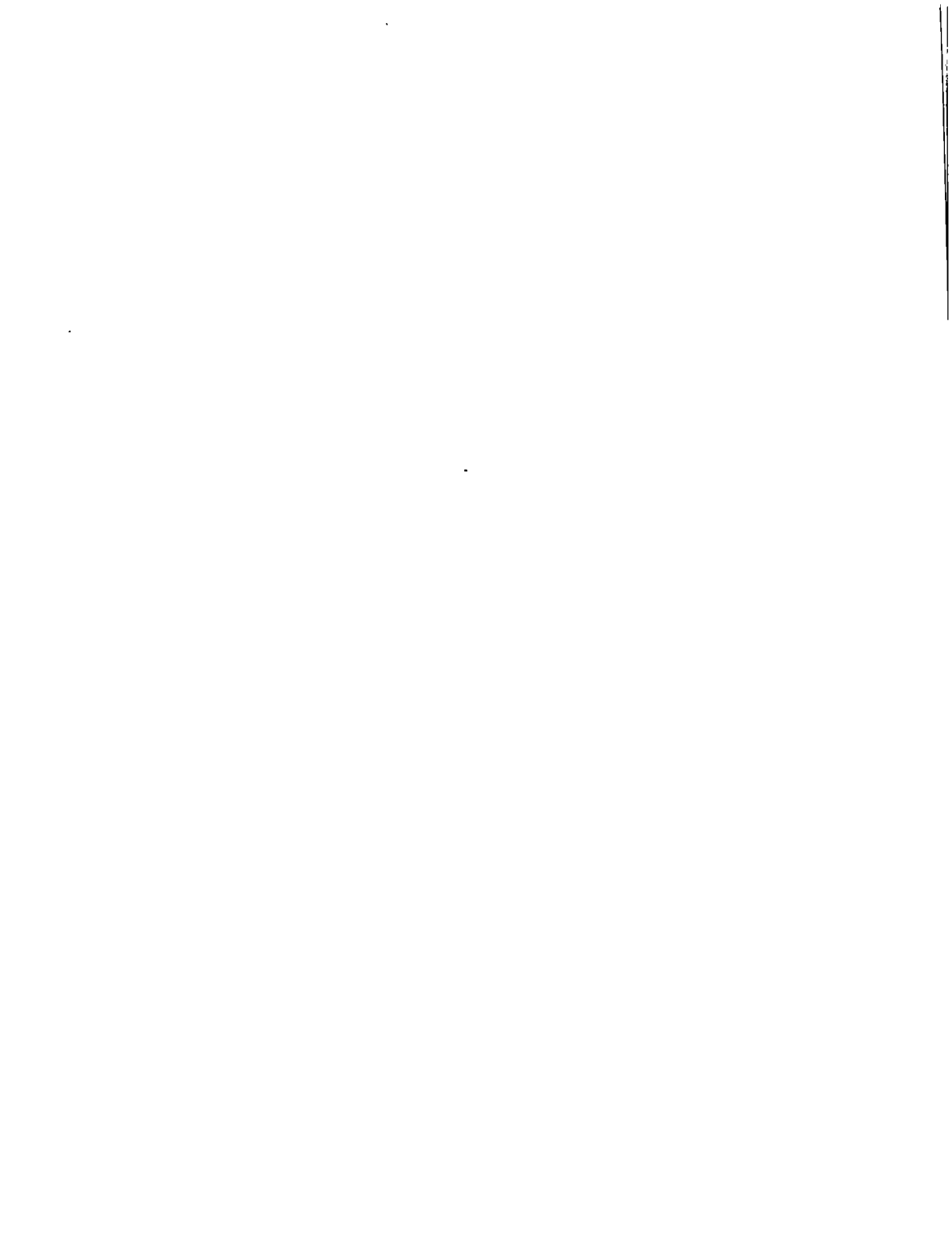
3. *La doctrina de la sentencia de 10 de marzo de 1969.*

Esta sentencia, aplicando correctamente el principio de la interpretación más favorable al Derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos (12), trata de reducir todo lo posible el ámbito de los actos excluidos. Y, en congruencia, con los principios informantes de la Ley de la Jurisdicción, interpreta los preceptos de la Ley de 20 de julio de 1963 en el sentido de admitir el «recurso contencioso-administrativo», siempre que las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia incurran en algunas de las causas que establece el artículo 31 de la Ley, como hace el 2.º Considerando de la sentencia comentada, si bien, como muy acertadamente señala el 8.º Considerando, «el conocimiento de la materia económica afectante del orden público nacional... esta materia es la peculiar y exclusiva del Tribunal de la Competencia como jurisdicción atípica del orden público económico».

J. G. P.

(11) *Derecho administrativo especial*, cit., IV, pág. 176.

(12) Me remito a mi trabajo *El principio antiformalista de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, en «Revista de Administración Pública», núm. 57, páginas 183 y 55.



III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

POR F. M. C.

6. *REPERCUSION DEL IMPUESTO: No es aplicable al Banco de Crédito a la Construcción el supuesto contemplado por el párrafo 2.º del artículo 59 del Reglamento de 15 de enero de 1959, pues la citada entidad no se halla comprendida, ni expresa ni tácitamente, entre las que mencionan los apartados B) y C) del artículo 6.º del propio Reglamento (RESOLUCIÓN DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1968).*

A) *Hechos.*—Las representaciones del Banco de Crédito a la Construcción y de «Naviera Aznar, S. A.», otorgaron una escritura en virtud de la cual el primero concedía un préstamo a la segunda de 36.284.000 pesetas para la construcción de un buque. Presentada la primera copia de la mencionada escritura en la Abogacía del Estado de Madrid, originó, a cargo del prestatario, una liquidación por el concepto de «Hipoteca», número 40, de la Tarifa al 1,20 por 100, sobre una base de 22.133.240 pesetas, que produjo un total a ingresar de 314.607 pesetas, figurando en la misma una nota que decía: «Bonificación: 50 por 100, artículo 4.º, número 2, apartado c)». Don L. P. S., como apoderado de la Sociedad, interpuso reclamación económico-administrativa mediante escrito, en el que alegaba que dicha liquidación se había girado equivocadamente al pretender dar cumplimiento al apartado 2) del artículo 59 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, pues los supuestos que contempla el mencionado precepto reglamentario no son aplicables al caso, dado que la entidad prestamista no se encuentra comprendida, ni expresa ni tácitamente, entre las que mencionan los apartados B) y C) del artículo 6.º del propio Reglamento. En efecto, a partir del Decreto-Ley de 29 de noviembre de 1962 sobre creación y organización del Banco de Crédito a la Construcción, cambió radicalmente su naturaleza, desapareciendo por completo los motivos por los cuales venía considerándose al Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional, al que el Banco venía a sustituir, como organismo equiparado al Estado, estando, además, excluido del régimen jurídico de Entidades estatales autónomas.

B) *Doctrina*.—El Banco de Crédito a la Construcción goza, a virtud de lo dispuesto en el artículo 1.º de su norma creadora de 29 de noviembre de 1962, de exención en toda clase de contribuciones e impuestos y demás gravámenes del Estado, Provincia y Municipio, siempre que sea el sujeto directo de la imposición. La cuestión que plantea el presente recurso se concreta, pues, a determinar si dicha circunstancia produce la traslación del sujeto pasivo del impuesto a la otra parte que interviene en el contrato constitutivo del hecho imponible, o, lo que es lo mismo, si es aplicable a la citada institución de crédito el párrafo 2.º del artículo 7.º de la Ley del Impuesto de Derechos Reales de 1958, cuando dispone que: «En toda convención en que sea parte, persona o entidad, que disfrute como tal de exención..., en virtud de lo establecido en los apartados B) y C del artículo 3.º de esta Ley, la obligación del pago del impuesto recaerá sobre la otra parte contratante, en los mismos supuestos en que corresponde a quien contrata con el Estado.» El T. E. A. C. resuelve el caso en sentido negativo, por estimar que: «La norma citada comprensiva de la totalidad de las exenciones subjetivas y mixtas se refiere, en primer, lugar, al Estado, del que en caso alguno forman parte las Entidades oficiales de crédito que, conforme a la Ley de 14 de abril de 1962, tienen plena personalidad jurídica, hallándose sometidas como organismos diferentes de la Administración pública a la alta dirección e inspección del Ministerio de Hacienda, que la ejerce a través del Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo. Dicho precepto añade, en segundo lugar, a los Organismos autónomos, comprendidos en la Ley de 26 de diciembre de 1958, de los que tampoco forma parte el Banco de Crédito a la Construcción, por hallarse excluido de su régimen jurídico, conforme a la propia Ley de su creación; y enumera seguidamente otra serie de entidades, establecimientos y personas jurídicas que subjetivamente gozan de exención del Impuesto, entre los que no aparece citado ni el Banco de Crédito a la Construcción, ni ninguna de sus operaciones. Por todo ello es necesario concluir que, establecido en el artículo 24 de la Ley General Tributaria que no se admitirá analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones, al no estar incluido dentro de los referidos apartados B) y C) del artículo 3.º de la Ley del mencionado Banco, no es posible aplicar las normas que, sobre la repercusión fiscal del Impuesto, se establecen en el artículo 7.º a que se refiere la resolución recurrida.»

Dejando al margen la cuestión de fondo resuelta, la presente resolución, dictada antes de la entrada en vigor del Decreto de 6 de abril de 1967, que aprobó el Texto Refundido de los Impuestos de Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pone sobre el tapete una interesante cuestión: la actual subsistencia de la norma en ella invocada. En efecto, en el nuevo Texto Refundido no encontramos recogido un precepto similar o análogo al contenido en el párrafo 2.º del artículo 7.º de la Ley de 1958, sin vigor actualmente, a virtud de la norma derogatoria contenida en el artículo 2.º del Decreto antes citado. Sin embargo, el Reglamento de 1959, todavía vigente, conserva esta posibilidad de repercutir el impuesto en su artículo 59, número 2, y por ello, de no estimar que este último precepto se halla también derogado en base al último inciso del citado artículo 2.º, habrá que reconocer la subsistencia actual de los citados supuestos de repercusión o traslación del sujeto pasivo tributario.

7. COMPROBACION DE VALORES: *Aplicación de medios distintos a parcelas de una misma finca. Necesidad de unir certificación registral cuando se toma como valor el que resulte de la última inscripción. Parcelas clasificadas como improductivas. Aprovechamientos forestales (RESOLUCIÓN DE 3 DE OCTUBRE DE 1968).*

A) *Hechos.*—Por la Oficina liquidadora de Boltaña se confeccionó expediente de comprobación de valores de los bienes del Ayuntamiento de Laspuña, a efectos de exacción del Impuesto sobre los Bienes de las Personas Jurídicas, mediante la aplicación de los medios comprobatorios ordinarios a que se refieren los números 3, 8 y 9 del artículo 80 del Reglamento de 15 de enero de 1959 (precios medios, valor en el Registro y renta media líquida de los aprovechamientos forestales respectivamente). Notificada la base resultante se interpuso recurso que contenía en síntesis las alegaciones siguientes: a) que la comprobación por el número 3 se hace aplicando a unas parcelas los valores del índice y a otras la capitalización de sus respectivos líquidos imponibles; b) que no se une al expediente certificación del Registro de la Propiedad para acreditar el valor de las fincas a las que se aplica este medio de comprobación; c) que las parcelas clasificadas en el Catastro como improductivas se comprueban por los valores del índice, aplicándoles el correspondiente a pastos de 3ª, y d) que para la comprobación por el número 9 del artículo 80, se suman los ingresos de los aprovechamientos forestales correspondientes al último quinquenio, deduciendo de esta cantidad un 10 por 100 en concepto de mejoras y gastos de gestión técnica justificados, dividiendo por cinco la diferencia resultante, y capitalizando después el cociente para obtener el valor comprobado.

B) *Doctrina.*—El Tribunal Central acoge en parte los argumentos esgrimidos por el recurrente en base a los siguientes razonamientos: a) Que el procedimiento seguido por la Oficina gestora para la comprobación de valores por aplicación del índice de precios medios de venta adolece de infracciones reglamentarias que desvirtúan la finalidad de la propia comprobación, pues la Oficina la realiza parcela por parcela, aplicando el precio de venta del índice cuando excede de la capitalización del líquido imponible, y ésta en el caso contrario, hallando de tal modo un mayor valor aritmético por el empleo indiscriminado de métodos heterogéneos, y contrariando así la sistemática de la comprobación de valores, que no es otra que la utilización de varios métodos para averiguar, mediante cada uno de ellos resultados, homogéneos, que luego se contrastan con el valor declarado al efecto de fijar, según ordena el artículo 88, número 1, el valor liquidable, llevando tan vicioso procedimiento a la conclusión de que la cantidad que en el expediente figura obtenida por precios medios no es la resultante de tal medio de comprobación, y si la suma de cantidades halladas por procedimientos diferentes, cuando la unidad finca sólo podrá ser disgregada si no resulta posible la asimilación de los cultivos catastrados a las clases del índice». b) «Que el hecho de coincidir en el Registrador la condición de Liquidador del Impuesto, no le releva de la obligación de documentar en forma los expedientes que instruya como tal liquidador, de modo que los órganos jerárquicos superiores cuenten con los elementos de juicio precisos para fundar sus resoluciones y los propios sujetos pasivos de la deuda tributaria su defensa, por lo que es obvia la necesidad de unir certificación del Registro

para acreditar el valor comprobado por la última inscripción». c) «Que la comprobación de las parcelas calificadas de improductivas, en caso de tener valor, deberá hacerse por otros medios más idóneos que el empleado, entre los que figura el del número 12 del artículo 80 del Reglamento». No acepta, en cambio, la impugnación del procedimiento empleado para comprobar el valor de los aprovechamientos forestales, por considerarlo correcto y ajustado a Derecho.

8. *COMPROBACION DE VALORES: No es aplicable a los supuestos de hipoteca mobiliaria el medio de comprobación ordinario establecido en el apartado 11 del artículo 80 del Reglamento (RESOLUCIÓN DE 9 DE OCTUBRE DE 1968).*

A) *Hechos.*—Presentado a liquidación un mandamiento judicial ordenando la cancelación de una inscripción de hipoteca mobiliaria extinguida por confusión al haberse adjudicado los bienes objeto del procedimiento al acreedor hipotecario, la Oficina de Rdaño fijó como base liquidable el precio de adjudicación. La Abogacía del Estado ordenó practicar nueva comprobación de valores, tomando como base el valor asignado a los bienes, a efectos de subasta, en la escritura de constitución de la hipoteca (apartado 11 del art. 80 del Reglamento de 15 de enero de 1959). El interesado entabló recurso, alegando que la aplicación del medio utilizado y su consiguiente imposibilidad de impugnación (art. 85, número 7) está suspensivamente condicionada a que los bienes adjudicados en el procedimiento sumario sean exactamente los mismos que los relacionados en la escritura, circunstancia que no concurre en el caso presente, por cuanto las mercaderías adjudicadas al acreedor hipotecario son completamente distintas de las reseñadas en la escritura de hipoteca.

B) *Doctrina.*—El problema planteado en la presente reclamación se concreta a decidir si en una adjudicación por subasta de un establecimiento mercantil afecto a una hipoteca mobiliaria en unión de las mercaderías en el mismo existentes puede utilizarse como medio ordinario de comprobación el valor asignado a los bienes, a efectos de subasta en cualquier procedimiento, y la trascendencia que a estos efectos pueda tener el hecho de haberse sustituido por otros los bienes afectos a la hipoteca. El apartado 11 del artículo 80 del Reglamento establece claramente como supuestos de hecho necesarios para su aplicación, que se trate de transmisión de fincas (bienes inmuebles), y que se haya consignado su valor a efectos de subasta. «Y si bien en principio —dice el T. E. A. C.—cabe afirmar que las razones tenidas en cuenta por el legislador para la admisión de tal medio comprobatorio en la transmisión de fincas o bienes inmuebles hipotecados son análogas a las que podrían justificar igualmente su aplicación a la transmisión de bienes muebles afectos a hipoteca mobiliaria..., es lo cierto que de los literales términos del precepto fiscal que se invoca» no resulta tal equiparación, al haberse omitido toda referencia a bienes muebles «omisión legislativa que no cabe atribuir a olvido, ya que la Ley reguladora de la hipoteca mobiliaria es de 1954, o sea, notoriamente anterior a la de 21 de marzo de 1958 y Reglamento de 15 de enero de 1959, lo que confirma en conclusión el criterio de estimar excluido» en este caso el citado medio de comprobación.

Hemos de hacer constar que el criterio sustentado por la presente Resolución es aplicable por analogía bajo los textos legales, ahora vigentes.

pues, tanto la Ley de 11 de junio de 1964 en su artículo 174 como la más reciente de 6 de abril de 1967 en el 117, mantienen sin modificar la redacción del Reglamento de 1959.

No se pronuncia el Tribunal Central sobre el medio que debió utilizarse en la comprobación, limitándose a decir que deberá procederse a practicar una nueva «con sujeción a las normas legales y reglamentarias pertinentes». Pero ¿cuáles son las normas legales y reglamentarias pertinentes en este caso? La complejidad de elementos o valores económicos que pueden transmitirse bajo la rúbrica genérica de «establecimiento mercantil» (derecho de arrendamiento del local, instalaciones fijas, propiedad intelectual e industrial, instrumentos de producción y mercaderías en su caso), exigirían en purdad una comprobación individualizada, particularmente difícil, dadas las peculiaridades características del objeto. Así se deduce del número 15 del artículo 80 del Reglamento citado, cuando al hablar de la transmisión de empresas o «establecimientos mercantiles», después de referirse a los Balances y datos de que disponga la Administración a los efectos de los impuestos que gravan las empresas o Sociedades respectivas, dice que «el liquidador tendrá facultad para comprobar los elementos del activo por los medios comprendidos en este capítulo, adecuados a la naturaleza de los bienes». Por ello, creemos que debió atenderse, en primer lugar, al procedimiento del citado número 15. Bien es verdad que el criterio seguido inicialmente por la Oficina gestora, consistente en tomar como base el precio de adjudicación, puede tener un apoyo legal en el número 6 del propio artículo 80, pero no parece ser el sistema más apto para dar adecuado cumplimiento a la exigencia fiscal de que el impuesto recaiga sobre el verdadero valor de los bienes, pues es notoria la depreciación que lleva aparejada este tipo de adjudicaciones.

9. BIENES INTEGRANTES DEL CAUDAL HEREDITARIO: A efectos fiscales deben estimarse incluidas en el mismo varias fincas rústicas vendidas en documento privado de fecha anterior a la muerte del causante, máxime cuando las citadas fincas se inventariaron como de su propiedad.—DEUDAS Y GASTOS DEDUCIBLES (RESOLUCIÓN DE 31 DE OCTUBRE DE 1968).

A) Hechos.—Don P. V. F. falleció en estado de soltero, siendo herederos testamentarios por iguales partes sus dos hermanos, quienes otorgaron escritura de aceptación y adjudicación de su herencia, en la que fueron inventariadas como propiedad del causante entre otros bienes muebles la tercera parte indivisa de nueve fincas rústicas y el pleno dominio de 68 más. La Oficina liquidadora de Olmedo instruyó el oportuno expediente de comprobación de valores en base a las certificaciones catastrales aportadas por los interesados, en las que aparecían las fincas al exclusivo nombre del causante, por lo que se fijó la base tomando el valor íntegro de las que en el instrumento figuraban como propias de aquél, resultando un total de 825.707 pesetas. Los herederos promovieron reclamación postulando una importante rebaja de la base comprobada, en atención a los siguientes argumentos:

a) Que los recurrentes y el causante vivieron siempre juntos, disfrutando en comunidad los bienes heredados de sus padres y los adquiridos después, que fueron comprados por todos, aunque figuraban a nombre del fallecido, quien para regularizar la situación de tal patrimonio suscribió un documento privado de venta de las dos terceras partes indivisas de tales bienes a favor

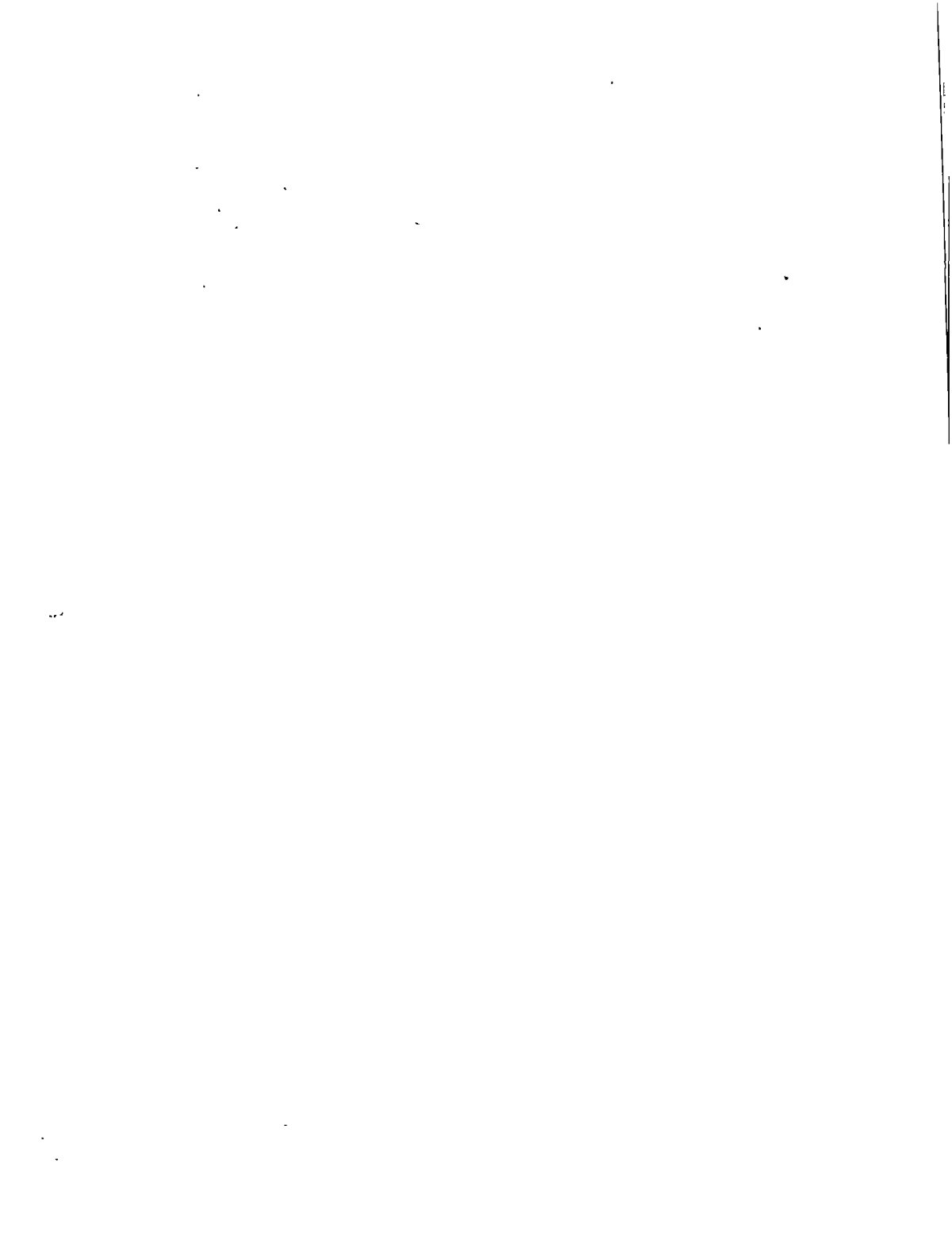
de sus hermanos. (Este documento, que se acompañaba al escrito de alegaciones, fue presentado en la Oficina liquidadora, a efectos de satisfacer el impuesto, después de fallecer el supuesto vendedor y causante.) b) Que por pertenecer a éste solamente una tercera parte indivisa de tales bienes, la base liquidable se había obtenido con error, pues la fecha del documento privado de venta hace fe contra terceros desde el fallecimiento, con lo que queda sin efecto la presunción del artículo 75 del Reglamento del Impuesto. c) Que la totalidad de los bienes fue incluida en el inventario por error de la persona encargada de confeccionarlo, que no tuvo en cuenta el documento privado. d) Que, conforme al artículo 101 del aludido Reglamento, son deducibles las siguientes deudas. el importe de varias letras de cambio aceptadas por el causante para responder del precio aplazado de un camión que figuraba en el inventario, el de un préstamo pendiente con el Servicio Nacional del Trigo, y 23.823 pesetas por gastos de entierro y funeral. Es de destacar, a efectos de prueba, que en el expediente no figuraba justificante del préstamo, pero sí aparecen 13 letras de cambio, con vencimiento posterior al óbito del causante y recibos diversos para acreditar los gastos de entierro y funeral alegados.

B) *Doctrina.*—Esta reclamación plantea dos cuestiones perfectamente delimitadas: una, relativa a si deben excluirse de la base comprobada dos terceras partes indivisas de unos bienes que, como pertenecientes en su integridad al causante, se inventariaron en la escritura de partición y adjudicaron a sus herederos otorgantes del instrumento, y otra, referente a si deben deducirse las referidas deudas y gastos. El Tribunal Central resuelve de esta forma cada una de las dos reclamaciones: a) En cuanto a la primera, estimándola improcedente, tanto desde el punto de vista civil como fiscal. En orden al Derecho civil, por aplicación del párrafo 2º del artículo 1.218 del Código, cuando prescribe que los documentos públicos harán prueba contra los contratantes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho, sin que a esto pueda oponerse el documento privado de compraventa esgrimido, porque carece de legitimidad en la firma, pudo dejarse sin efecto por mutuo disenso u otra causa, y porque aún prescindiendo de las razones anteriores no era suficiente por sí mismo para transmitir la propiedad, ya que, conforme al artículo 609 del citado Código sustantivo, es necesaria la tradición, no habiéndose operado la *ficta* del artículo 1.462, ni justificado la real o simbólica. En orden al Derecho fiscal, por aplicación del artículo 75 del Reglamento de 1959, que considera como prueba bastante de que los bienes pertenecían al causante, «la circunstancia de figurar a su nombre en los amillaramientos, catastros, Registros fiscales o de la Propiedad u otros de carácter público, contra cuyo medio de prueba sólo podrá prevalecer la demostración fundada en documento público de que con anterioridad al expresado periodo de dos meses habían dejado de pertenecerle». b) En cuanto a la segunda cuestión, estima improcedente la deducción del préstamo que se dice adeudado al Servicio Nacional del Trigo, porque no se ofrece justificación alguna de él, y la deuda representada por las letras de cambio, porque al tener vencimiento posterior a la muerte del causante, no era ejecutiva en tal fecha; en cambio, admite la deducción de 12.348 pesetas por gastos de entierro y funeral, en cuanto los considera suficientemente acreditados y en proporción con la cuantía del caudal.

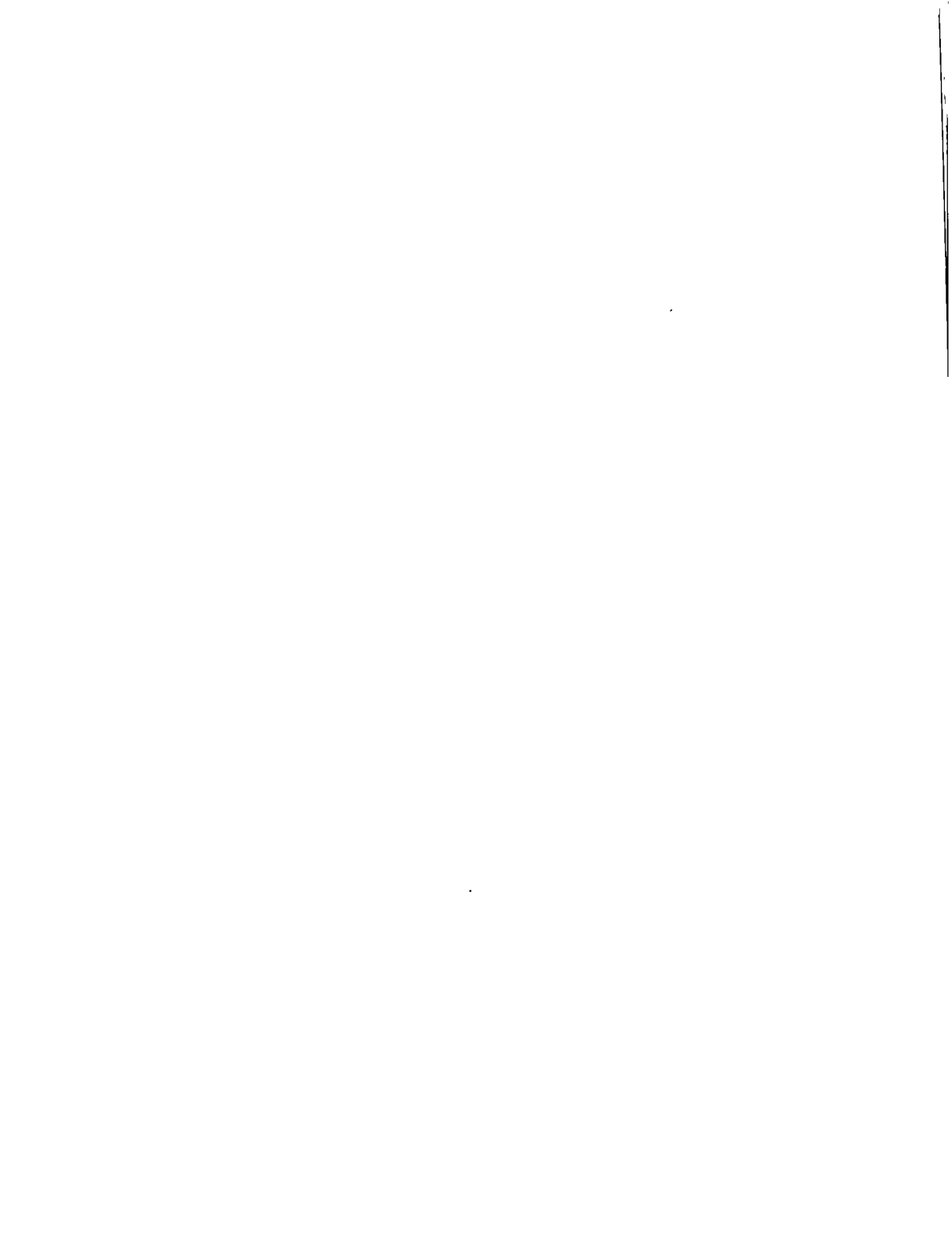
10. *COMPROBACION DE VALORES: Tratándose de acciones no admitidas a cotización en Bolsa, es medio idóneo para fijar la base liquidable, a efectos del Impuesto de Sucesiones, la capitalización de beneficios, por adaptación de lo establecido para el de Negociación de Títulos (RESOLUCIÓN DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1968).*

A) *Hechos.*—Se presentó en la Oficina liquidadora de Manresa, documento privado suscrito por doña M. P. G., en el que se solicitaba la liquidación del Impuesto de Derechos Reales correspondiente a la extinción del usufructo de su madre doña M. G. P. sobre ciertos bienes de la herencia de don F. P. S., constituidos por determinado número de acciones de la Compañía Mercantil «Metalúrgica Textil, S. A.», no admitidas a cotización en Bolsa. La comprobación de valores se realizó en base a los siguientes datos: a) Certificación expedida por el Secretario de la Sociedad acreditativa del valor de las acciones, según Balance, arrojando tal medio de comprobación una base de 1.260.307 pesetas. b) Certificación de la Administración de Rentas Públicas de la Delegación de Hacienda de Barcelona, acreditativa del valor efectivo asignado a las referidas acciones a los efectos del Impuesto de Negociación, que, aplicado a los títulos sujetos al usufructo extinguido, produjo un resultado total de 3.591.844 pesetas, tomándose como base liquidable la resultante, a virtud de este segundo procedimiento. Los motivos legados en el recurso interpuesto fueron sintéticamente que, si bien el procedimiento de comprobación utilizado no deja de ser reglamentariamente idóneo, dado el texto del artículo 64, apartado 2.º, en relación con el 80, número 15, apartado 2º, ambos del Reglamento del Impuesto, ello no implica que los medios de valoración seguidos en otros impuestos hayan de aplicarse al de sucesiones, pues gravando éste la propiedad no resulta adecuado ni moral adoptar uno de los tres procedimientos que la Ley admite en el Impuesto de Negociación (capitalización de beneficios) y sí, por el contrario, operar con el haber líquido, según el último Balance, como representativo del verdadero valor actual del capital suscrito.

B) *Doctrina.*—A tenor del artículo 8.º de la Ley de 1958 y de la vigente de 1967, el impuesto recae sobre el verdadero valor que los bienes y derechos tengan el día en que se causó el acto sujeto al mismo. Para la averiguación de dicho valor se establecen reglamentariamente diversos medios de comprobación que la administración puede utilizar indistintamente, siempre que sean aplicables a la naturaleza de los bienes de cuya transmisión se trate. Es evidente en este caso la idoneidad del medio empleado, como se deduce claramente del artículo 64 del texto reglamentario, cuando dispone que, en el supuesto de transmisión de acciones sin cotización en Bolsa, la Oficina gestora fijará la base liquidable por los medios de valoración que la Administración tenga señalados, a los efectos de cualquier otro impuesto que grave tales títulos o que deba satisfacer la entidad emisora de los mismos. De ello se sigue que, fijada la base para la exacción del Impuesto de Negociación por capitalización de los beneficios, la adopción de la misma base para el Impuesto sucesorio no sólo es correcta desde el punto de vista legal, sino también adecuada para averiguar el verdadero valor de las acciones.



LIBROS



CARRETERO PÉREZ, ADOLFO: *Derecho financiero*. Libros Jurídicos Santillana, Madrid, 1968.

Aunque el libro que comentamos se cobija bajo la rúbrica general de *Derecho financiero*, sin embargo, el contenido de la obra desborda este encajamiento conceptual. Porque el *Derecho financiero* no es más que el primer título de un engranaje de seis, que totalizan el libro. Dentro de la parcela nomenclática que el autor denomina *Derecho financiero*, engloba los estudios referentes a la actividad financiera del Estado, a la legalidad financiera, a las fuentes del Derecho financiero, a los efectos temporales y espaciales de la ley financiera, y, finalmente, las páginas dedicadas al estudio de las otras fuentes del Derecho financiero, donde, aunque brevemente, se hacen interesantes apreciaciones sobre los precedentes y las prácticas administrativas.

Con perspectiva geométrica podríamos decir que la obra de CARRETERO PÉREZ no es un único cuerpo sólido, sino que es el resultado de engarzar bibliológicamente varios cuerpos distintos. Porque cada uno de los seis títulos que aglutina la publicación podría haber sido objeto de una monografía separada, por cuanto, por decisión doctrinal del autor, se reserva la denominación general de la obra para arropar exclusivamente el contenido del título I de la misma. Como el libro está dividido en seis grandes estudios, aparentemente autónomos, parece que falta una introducción en la que se explicasen las conexiones, aunque sólo fuesen subterráneas, existentes entre los diferentes miembros de que se compone el libro ensamblado.

La Administración financiera es tratada en el segundo ensayo del libro. En este título encontramos una inexplicable omisión de bulto, pues el hacer el registro de todos los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración financiera se pasa por alto la mención de los liquidadores del Impuesto en los partidos judiciales. El silencio de la gestión tributaria de los Registradores es grave, si juzgamos la situación desde nuestra perspectiva profesional. No se incluye en la relación de los funcionarios con misiones fiscales a los Registradores de la Propiedad, que practica la liquidación de los Impuestos de transmisiones patrimoniales y de sucesiones, junto con los de aumento del valor de los terrenos y actos jurídicos documentados en los partidos judiciales que no son capital de provincia.

En el título III se estudia el derecho presupuestario. Hay que alabar la forma esquemática y el lenguaje claro y directo, en el que se adivina una transparente tendencia pedagógica, así como la amplia panorámica que presenta de las materias estudiadas. El autor ha elegido un enfoque didáctico. El resultado es un libro informativo, en el que no se refugian los problemas doctrinales. Se trata de lecciones en las que todo se afirma y nada se cuestiona.

Título IV: el Derecho tributario. Se estudian las tres clásicas categorías de los ingresos públicos en capítulos separados: las contribuciones especiales, los impuestos y las tasas. Es el título de más envergadu-

ra jurídica de toda la obra. La simple enumeración de las materias que comprende da idea de su alcance. Se estudian en esta parte de la obra los problemas de parafiscalidad, la relación jurídico tributaria, los elementos subjetivo y objetivos de la misma, su biología temporal (nacimiento, modificación y extinción de la relación tributaria), el Derecho penal tributario, la gestión tributaria, la recaudación del tributo, la tutela jurídica del sujeto pasivo y los conciertos económicos de Navarra y Alava.

El libro es pródigo en páginas. Por ello, en su interior caben muchos esquemas. El título V está nominado por el Derecho fiscal. Algo caprichosamente, a nuestro entender, se incluyen bajo esta etiqueta los empréstitos públicos, la desamortización, los ingresos patrimoniales del Estado y toda la temática relativa a los gastos públicos. No porque tales materias descoynten la normalidad de enfoque de un auténtico Derecho fiscal. Sino más bien por la exclusividad que se les confiere para totalizar los ámbitos del Derecho fiscal. Porque la mayoría de los estudios enmarcados bajos otras rúbricas o títulos de este mismo libro pueden perfectamente albergarse bajo el dosel del Derecho fiscal. Pero conste que sólo estamos oponiendo un reparo meramente adjetivo, una cuestión metodológica, que para nosotros tiene un valor instrumental y que no oscurece el valor de la obra.

Cierra el libro el título VI, consagrado al estudio de la fiscalización de la actividad financiera. Aquí el autor ha conseguido encasillar adecuadamente la profusión del mundo contable en un perfecto triángulo equilátero, cuyos lados están constituidos por las que él denomina la fiscalización preventiva, la fiscalización represiva (el Tribunal de Cuentas) y la fiscalización jurídica (la vía económico-administrativa).

Analizada en su conjunto esta publicación debe merecer un aplauso sin cortapisas. Constituye un medio directísimo para adentrarse en el mundo prolijo de la Hacienda pública. Muy útil, sobre todo, para los profanos que quieran tomar contacto con los problemas financieros. También para los estudiantes y profesionales no especializados en la problemática fiscal. Util para ese gran público por el carácter dogmático preelegido por ADOLFO CARRETERO, que elude en todo momento zambullirse en polémicas doctrinales, muy perniciosas para los catecúmenos, a los que hacen perder seguridad en los conceptos.

JOSÉ MENÉNDEZ.

DE BRECCIA, UMBERTO: *Diligenzia e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milán, 1968, Giuffrè, edit., 155 páginas.

La obra de DE BRECCIA es el estudio de las conexiones entre los conceptos de diligencia y buena fe en el marco del Derecho positivo, la jurisprudencia y la doctrina italianas. Advierte que el estudio esta inserto en el ámbito de una investigación sobre la buena fe en sentido objetivo y subjetivo promovida por el *Consiglio Nazionale delle Ricerche*, y en curso organizado por el Instituto de Derecho Privado de la Universidad de Pisa. Parte el autor del previo examen sintético de las nociones de buena fe y de diligencia. Concepto objetivo y concepto subjetivo de buena fe. El primero hace referencia al comportamiento del sujeto, «según la buena fe» (asi aparece en los arts. 1.337, 1.366 y 1.375 del Código civil italiano); el segundo, a un estado psicológico del individuo, el que se define en él como acto *in buona fede*. La primera

regla de conducta y de valoración de conducta se remite a criterios extrajurídicos: comportamiento honesto, correcto, leal, valoración ético-social. En el segundo significado, la buena fe se entiende como el conocimiento de un actuar conforme a derecho. Y es en este segundo aspecto en el que es posible sostener la relación de la buena fe con el concepto de diligencia sobre la base de normas positivas.

El concepto de diligencia se delimita recientemente por la doctrina. Y su contorno es todavía impreciso. También es posible establecer un distingo entre diligencia subjetiva y diligencia objetiva. (Todavía se intenta la distinción entre diligencia y pericia.) La diligencia se la configura como un específico deber impuesto al deudor o como un modo de ser de una prestación debida, o como una noción unitaria de naturaleza compleja. Se la entiende bien relacionada directamente con el concepto de culpa, bien distinta (el concepto de culpa viene comúnmente considerado como antitético de diligencia). Se afirma de la diligencia que implica una valoración de naturaleza ética, en cuanto que hace referencia a una tensión voluntarística, a una cierta medida de esfuerzo, o se la niega. Se afirma también que, bajo distintos perfiles, constituye un criterio de responsabilidad. Pone de relieve BRECCIA la importancia que para el estudio del tema tiene la diferenciación entre diligencia objetiva y diligencia subjetiva, aunque no quede muy clara en su exposición. Expresiones usadas con significado diverso de aquel que se utilizaba para la contraposición buena fe objetiva-buena-fe subjetiva. En el caso de la diligencia no parece posible referirla a la esfera intelectual, sino a la voluntad, a la del comportamiento. Son especificaciones de la diligencia extraídas de un *genus* común. La diferenciación de estas dos especies de diligencia viene de la teoría que asignaba a la diligencia el significado ético de valoración de un empeño de voluntad del sujeto, de su tensión de esfuerzo contra los elementos impeditivos del cumplimiento y en dirección al cumplimiento; a la que se opone otra teoría, antítesis de la primera, que tendía a identificar al fenómeno de la diligencia, y, por tanto, de la culpa, con el inexacto cumplimiento de alguna obligación y se oponía a toda concepción de la culpa que implicase valoración ética. Porque concibe a la diligencia como tensión de voluntad, celo, cuidado, solicitud subjetiva, es lógico que la referencia a un juicio de censura de la conducta sea afín al que está de acuerdo en considerar contrario a la buena fe, desleal, deshonesto el comportamiento del sujeto. De esta concepción de la diligencia y de la culpa como nociones estrechamente conexas con las correspondientes nociones extraídas del lenguaje común o de la moral corriente, deriva quizá aquella interdependencia, aquella imprecisa delimitación entre las dos reglas: buena fe y diligencia, a las que seguidamente se hace referencia.

En el orden de la valoración normativa cabe destacar que, mientras la diligencia es regla intrínseca de una actividad instrumentalmente coordinada con el fin de evitar o conseguir un determinado resultado, la buena fe es un estado intelectual, un estado de conciencia, una actitud mental, o es una regla de conducta intersubjetiva. De esto se deriva que la diligencia pese casi exclusivamente sobre el deudor y la buena fe sobre ambas partes de la relación obligatoria. También concluye afirmando, en términos genéricos, que también la diligencia, como la buena fe, en sentido objetivo, cabe que se configure como regla de conducta y de valoración de una conducta.

Analiza a continuación las posibles relaciones entre la diligencia y la buena fe en sentido subjetivo, sin pretender un análisis exhaustivo del tema ni llegar a conclusiones definitivas. Para ello examina una serie de preceptos: los artículos 1189, 1.264, 1992, 2.º; 1836 y 1889, 2.º, del

Código civil italiano; son hipótesis en las que la liberación del deudor se conecta con su buena fe acerca de la identidad del destinatario del pago, que no es el legitimado, y que son exponente discutible del anexo que se estudia en este capítulo. Cabe cuestionarse, pues, siendo así que la prestación debida en su complejo es valorada por el criterio del artículo 1.176—(«en el cumplimiento de la obligación, el deudor debe utilizar la diligencia del buen padre de familia. En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse con referencia a la naturaleza de la actividad ejercitada»)—, si la buena fe subjetiva es de por sí suficiente para excluir la responsabilidad del deudor o si se debe también tener en consideración el comportamiento asumido por éste. Es común a los supuestos contemplados por los artículos citados el que una situación de aparente legitimación puede excluir la responsabilidad del deudor. BRECCIA se cuestiona si en estos casos el Ordenamiento jurídico no ha pretendido sino buscar un mecanismo para sanar, sobre la base de una situación de apariencia, una anomalía del supuesto de hecho, anomalía representada por la deformación entre legitimación aparente y real de tal manera, que el aspecto referente a la diligencia en el cumplimiento puede ser superado, o si no es mejor examinar el problema desde el punto de vista de la actuación de la obligación, es decir, de no poder exigirse más al deudor que, en las circunstancias del caso, ha hecho cuanto estaba en su poder para cumplir. Interpretación que cree más correcta y que además no excluye la primera, sino que la encuadra dentro del ámbito de la actividad encaminada a la satisfacción del crédito. Así se justifica la referencia al artículo 1.176.

Se puede, por tanto, compartir las conclusiones de los que sostienen, como BIANCA, que la culpa del que cumple se mide con referencia al esfuerzo diligente encaminado a identificar la persona del acreedor.

Además, el error por el criterio del esfuerzo diligente, no sólo exime de responsabilidad al deudor, sino que atribuye a la prestación inexacta los efectos de un exacto cumplimiento.

Afirma que la norma del artículo 1.189 se inserta en el problema general de la investigación sobre las características y límites del comportamiento debido, lo que apoya aportando en favor de la tesis una decisión de la Corte de Casación de 30 de enero de 1964. Analiza otras hipótesis contempladas en otros preceptos, y, en general, en aquellas situaciones que en la esfera de la relación obligatoria conectan alguna consecuencia en presencia de determinado estado de conciencia del sujeto, no siempre haciendo explícita referencia a la culpa del deudor. Si en estas hipótesis se debiera de entender que el silencio del legislador presupone un reenvío implícito a la norma del artículo 1.176 (a la diligencia en el cumplimiento), una interpretación del artículo 1.189 en los términos precedentemente expuestos, no podría también por esto resultar aislada, y, como consecuencia, susceptible de ser considerada arbitraria.

Hay también un grupo de normas en las que explícitamente se considera el nexo entre la diligencia y la buena fe subjetiva: ejemplo: artículos 1.494, 1.578, 2.º

Más concluyente todavía las normas de los artículos 1.663, 1.715, 1.710, 2.º, y algunos otros que examina para extraer argumentos en favor de su tesis.

Del análisis de los supuestos examinados, excluyendo la hipótesis del artículo 1.776, concluye que el estado intelectual o estado de conciencia del deudor se resuelve en la ignorancia de algunos de los elementos esenciales a los fines del cumplimiento, por ejemplo, la identidad del destinatario del acto, artículo 1.189.

Hacen referencia, en suma, y por diversas causas, a una insatisfacción

parcial o total del crédito. Por eso no puede el estado intelectual o activo mental del deudor, de por sí, producir su liberación o excluirle de responsabilidad, porque la necesidad de respetar la regla de la diligencia en el cumplimiento está prevista, con carácter general, en el Ordenamiento jurídico. Regla que es un criterio insustituible de control del cumplimiento, en el sentido de que es un criterio para establecer la conformidad del comportamiento concreto con el abstracto debido *in obligatione*.

Todavía se detiene en problemas como el de la imputabilidad del retardo, en el que cabe perfectamente la incidencia del tema, o en el más general del incumplimiento, para cuestionarse si a fin de liberar al deudor, que no ha actuado su obligación, basta la ausencia de culpa.

Concluye que el estado intelectual o de conciencia del deudor, que entonces se resuelve en la ignorancia de la existencia de la obligación puede conducir en algunos casos determinados *de per se* a excluir la necesidad de actuarla (art. 1776). Para la jurisprudencia puede ser, si no es culposo, causa no imputable de incumplimiento. En otros supuestos este estado mental puede hacer referencia al modo de ser de un elemento del supuesto del hecho, casos en los que no parece que pueda tomarse en consideración independientemente del examen de la diligencia en el cumplimiento y puede por esto conducir a la liberación del deudor (art. 1.189). A veces todavía es necesaria llevar a cabo la asunción de un ulterior comportamiento, dirigido a la tutela del interés contrapuesto (art. 1.663).

Hasta aquí examina la influencia que la violación de la regla de la diligencia pueda tener en los casos en los que se resalta un estado intelectual o de conciencia del deudor. Y después hace referencia a la hipótesis inversa: la influencia de la buena fe del sujeto sobre la diligencia o pericia que debe de desplegar en el cumplimiento de la obligación. Problema en el que distingue entre el ligamen buena fe-diligencia y buena fe-pericia. En definitiva, es el problema de un estado intelectual o mental sobre una regla de conducta. Problema que tiene un aspecto teórico innegable: el del establecimiento de los límites en que debe de ser mantenida la noción de culpa en sentido técnico, si ésta consiste en la mera violación de las medidas de diligencia y pericia reclamadas por la relación obligatoria, o se ha de hacer también referencia al estado de conocimiento del deudor. Solución la primera más generalizada entre la doctrina civilística, y de la que hace BRECCIA la crítica. Por otra parte, de acoger la segunda es preciso distinguir entre impericia y culpa. Sobre todo ello se detiene.

El capítulo III contiene el estudio de la conexión entre la diligencia y la buena fe objetiva. Lo justifica en una elemental constatación del derecho positivo (arts. 1.176 y 1.375), que hacen expresa referencia a tales reglas (art. 1.176: «En el cumplimiento de la obligación el deudor debe usar la diligencia de un buen padre de familia. En el cumplimiento de las obligaciones inherentes a una actividad profesional, la diligencia debe valorarse con referencia a la naturaleza de la actividad ejercitada»; artículo 1.375: «El contrato debe ser ejecutado según la buena fe»).

Pone de relieve que, así como la diligencia califica el comportamiento del deudor, la buena fe también hace referencia al del acreedor. Al establecer la conexión entre ambas reglas restringe el análisis al examen de la actividad del deudor. Es premisa necesaria la de fijar claramente el alcance del artículo 1.375 y conectarlo con el 1.175. Si son normas que dependen una de la otra, si se integran recíprocamente, si son complementarias una de la otra, o, finalmente, si son independientes y referidas a actividades conceptualmente diferentes. La Ley ni establece co-

nexiones entre las mismas ni de ella se desprende ninguna esfera de incidencia de cada una.

Y este silencio de la Ley sobre la conexión de diligencia y buena fe complica la complejidad de las construcciones dogmáticas. BRECCIA señala que si bien el problema es delicadísimo, cabe resolverlo partiendo de la individualización del preciso significado que cobra la laguna legal. Esta laguna, ¿es intencional o es fruto de una insuficiente consideración de la experiencia jurídicamente relevante? A la buena fe parece asignársele una función que, en cierto sentido, parece trascender del ámbito positivo de la norma. Como un principio inspirador de la actividad del legislador. El criterio de la diligencia no parece tener esta amplitud de aplicación.

Sería un criterio elástico de valoración de menor relieve, pero no dependiente del otro. BRECCIA entiende que nada se opone a que metodológicamente ambos criterios sean considerados como homogéneos. Distinto es establecer si la regla de la diligencia fue en su origen aceptada como consecuencia de la atribución a la relación obligatoria de una valoración *ex fide bona*.

Observa que es fundamento de esta investigación el que la buena fe, como norma de valoración, cuyo carácter es más amplio que el de la diligencia, puede consistir en una valoración global del comportamiento, capaz de actuar sobre la regla de conducta que inspira la diligencia. Pero en su aspecto de normas de conducta ambos criterios no son en modo alguno dependientes, porque tienen un ámbito de aplicación distinto y una posibilidad de desenvolvimiento diferente.

Concluye que dos son, en definitiva, las posiciones que se pueden adoptar ante estos dos criterios legislativos de valoración: la tendencia que coloca las dos reglas en planos diversos, otorgando preeminencia jerárquica a la buena fe, y la tendencia que delimita ambos conceptos determinando su posible y eventualmente distinta o concurrente, incidencia sobre la obligación, que es la que adopta BRECCIA por estimarla más acorde con la *ratio* de la Ley más fecunda en aplicaciones.

Avisa del peligro de otorgar esta homogeneidad y relevancia a los dos principios, que impone con más cuidado la distinción entre ambos, entre esta regla objetiva de conducta, diligencia, y este estado intelectual de conciencia, buena fe, en sentido subjetivo, reglas y situaciones claramente diferenciadas porque operan sobre planos diferentes.

Tras estas premisas que delimitan los términos del problema pasa a analizar en la obra varios aspectos del mismo. En primer lugar, la diligencia, buena fe y la actuación de la relación obligatoria; la relevancia de los criterios enunciados para establecer la violación de la obligación, incluso en las hipótesis en las que en apariencia no aparezca insatisfecho el objeto del crédito. El problema de la actuación de la obligación a la luz de los dos criterios, llevando a cabo una sintética reconstrucción, para su mejor comprensión, de la responsabilidad por incumplimiento, puesto que dentro del sistema contractual italiano se atribuye en definitiva a la diligencia y a la buena fe la delicada función de la individualización concreta de la obligación con el fin de establecer la violación. Para BRECCIA, el fenómeno de la responsabilidad contractual se conecta por una parte con una afirmación del actor-acreedor: la falta de satisfacción del crédito, el incumplimiento de la relación obligatoria; por otra, a un reconocimiento de la violación de la correspondiente obligación. La responsabilidad supone siempre una conducta anti-deber. El problema es, por tanto, un problema de determinación de la extensión de la obligación. Para decidir si hay violación de la obligación es preciso establecer qué comportamiento es necesario, suficiente, para actuar la obligación. Se detiene en el análisis de los términos prestación

y resultado en relación con el incumplimiento, para concluir una sistematización bien interesante del problema de la conexión entre actividad debida y resultado (pág. 107). Y de la incidencia en la actuación de la obligación de la diligencia y la buena fe, y la cuestión de la no imputabilidad de la imposibilidad de cumplimiento (art. 1.218).

Concluye que la diligencia y buena fe se conectan en el aspecto de la actuación de una prestación, en la fase ejecutiva de una relación obligatoria. En su calidad de instrumentos de valoración de una actividad debida sirven para integrar o excluir la hipótesis de la actuación o de la imputabilidad de la no actuación de la obligación, su referencia al concepto de imposibilidad es sólo indirecto.

Estudia la posibilidad de una aplicación de la norma de la buena fe en la fase sucesiva al incumplimiento de la obligación, relevancia que la buena fe puede tener en el supuesto de la extinción por imposibilidad sobrevenida de la obligación, es decir, de su imposibilidad de actuación. Supuestos en los que en determinadas condiciones al deudor se le considera obligado a un determinado comportamiento, aun cuando no pueda deducirse la prestación originariamente prevista. La diligencia, por el contrario, como modalidad intrínseca a una prestación no puede invocarse cuando la prestación típica se imposibilita. En apoyo de sus argumentos estudia la doctrina de una resolución del Tribunal de Milán de 29 de marzo de 1962. Todo ello le lleva a dedicar su atención al problema tan interesante como poco tratado por la doctrina de la denominada eficacia sucesiva del contrato, que en definitiva es un aspecto de la cuestión poco tratada relativa a la distinción entre contrato y extra-contrato. Cabe en este orden de ideas, apunta, cuestionarse, en primer término, hasta qué punto se puede afirmar que ciertos efectos posteriores a la sucesiva extinción de la relación obligatoria imponen volver a plantear el problema de la cesación del mismo, y como consecuencia tener en cuenta si la relación debe de considerarse todavía con vida. En segundo lugar, si el efecto que permanece tiene su fuente en el contrato o en el hecho que determina su extinción, lo que supondría una relación jurídica nueva. En cualquier caso, el incumplimiento de la obligación da lugar a una responsabilidad contractual. Critica la opinión de la doctrina alemana, que defiende la existencia de una relación sucesiva a la desaparición del vínculo derivado del contrato.

Para BRECCIA, en las hipótesis consideradas hay la aparición de una relación nueva, y ésta encuentra su fuente en un hecho idóneo, según el Ordenamiento jurídico, porque no puede encontrarlo en el criterio legal como el de la buena fe, o hay una prolongación en el tiempo de una relación ya existente, y aquí sí debe aplicarse el criterio de la buena fe. Estudia algunas hipótesis típicas de supuestos de aparente extinción de la relación obligatoria para aclarar las ideas que exprime.

Dedica el capítulo final a la distinción entre actividad de prestación y actividad de relación, en orden al tema objeto de estudio, es decir, al interés que reviste en cuanto que la diligencia hace referencia a la actividad de prestación, en sentido estricto, y la buena fe a una actividad de relación entre las partes, actividad más genérica y de diverso objeto, pero en principio igualmente relevante a los fines de actuación de la relación obligatoria.

Señala BRECCIA que la operatividad conjunta de las dos reglas, diligencia y buena fe, es la más clara consecuencia de la complejidad de la obligación y de la necesaria interdependencia entre la modalidad de actuación de la prestación debida y la modalidad de actuación del comportamiento intersubjetivo conectado a la relación obligatoria.

Para BRECCIA es preciso hacer referencia al tipo de actividad, de prestación o de relación, cuando se trata de los criterios de diligencia y

buena fe. En general, se acostumbra examinar el primer tipo de actividad que agota casi por completo el ámbito del comportamiento debido. Pero hay, a la vez, una relación directa entre los sujetos de la obligación, que constituye en este sentido un aspecto interno a las dos situaciones, junto al aspecto que coloca al sujeto en inmediato contacto con la actividad instrumental, prestación, o con el bien objeto de la misma.

La diligencia y la buena fe vienen genéricamente referidos a la ejecución de la obligación (arts. 1.375 y 1.710), pero específicamente la una debe de utilizarse en cuanto al cumplimiento (art. 1.176); la otra viene referida al comportamiento, a un comportarse (art. 1.175). La buena fe decide del «ser» y del «cómo» de los comportamientos inherentes a una actividad *in fieri*, lógicamente distinta de la prestación.

Desde este punto de vista, las dos nociones operan en distintos planos.

La valoración en términos de la diligencia se enlaza de manera inmediata a la prestación; es un modo de ser de la actividad, a la cual el deudor está obligado; individualiza los actos de cumplimiento del deudor cada vez para satisfacer el interés del acreedor. La valoración extraída del criterio de la buena fe hace referencia a la relación que surge entre los dos sujetos de la relación obligatoria, relación que puede hacer necesaria la adopción de comportamientos sólo mediatamente conectados con la ejecución de la prestación. Función constructiva la de la buena fe. Y de aquí también, pone de relieve BRECCIA, el que se considere por muchos a la buena fe como fuente de obligaciones. La buena fe decide no «cómo se ha de realizar la prestación», sino cómo han de comportarse, en relación a las circunstancias, durante y como consecuencia de la actuación de la prestación. Mientras el criterio de la diligencia convierte en concreto lo abstracto, permite fijar el iter instrumental que mejor conduce al cumplimiento de la prestación; la buena fe dice lo no dicho, llena de contenido aquel aspecto de la obligación no fundamental (que está indeterminado, a diferencia del fundamental) de la prestación.

A continuación BRECCIA verifica la concepción que acaba de exponer a la luz de algunos supuestos de hecho examinados por la jurisprudencia, todos los cuales tienen evidente interés y concretan una solución que queda en términos puramente conceptuales excesivamente abstracta.

Finalmente, estudia el problema de la integración de los dos criterios y la necesidad de considerarlos, en vía preliminar, con referencia a las dos distintas esferas, a través de las cuales se actúa la obligación.

Es necesario partir en todo caso de la exigencia de una clara distinción conceptual, que corresponde a la diversa función que estos criterios cumplen en la obligación.

Después una integración de ambos, una integración interpretativa y otra integración apreciable en el plano de la conducta activa del deudor.

Concluyendo que la integración y la complementación de los criterios de diligencia y buena fe, en tanto son difícilmente configurables en abstracto y, por tanto, discutibles por su peligro de confusión, hacen referencia a una imprecisa relación entre concretos comportamientos, según diligencia, y según buena fe, que miran en general la compleja actividad debida, distinta en las dos esferas en las que se actúa la obligación concebida conjuntamente.

Hay en la obra de BRECCIA muchos temas de evidente interés, desde el de la especificación de los conceptos fundamentales, buena fe en sus dos aspectos objetivo y subjetivo, y el de la diligencia y sus concepciones y sus conexiones, hasta aquellos comentarios que incidentalmente lleva a cabo sobre la actuación de la relación obligatoria, distinción entre actividad de prestación y actividad de relación, insinuación de la teoría de los efectos sucesivos del contrato, etc. Si bien está construido el tema

sobre la base del Derecho, la jurisprudencia y la doctrina italianas, da luz sobre problemas que lo son también en términos de nuestro Derecho positivo. Quizá la sutileza de la doctrina sea lo único que en ocasiones enturbie la inteligibilidad de todas estas interesantes cuestiones que se estudian o se insinúan en las páginas de este libro.

TERESA PUENTE MUÑOZ,
Profesor Adjunto de Derecho Civil.

DÍEZ MONTERO, FRANCISCO JAVIER: *Parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas*, Ediciones del Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1968.

I

El comentario del interesante libro de FRANCISCO JAVIER DÍEZ MONTERO, que he tenido el honor de prologar, me ofrece oportunidad de llamar la atención, una vez más, y van... sobre la importancia que el «Urbanismo» tiene para el Registro de la Propiedad. Como testigo unas veces, otras como curioso espectador, algunas como más o menos actor, he tenido ocasión de ver —o sólo de imaginar— cómo se gestó la incorporación al Registro de la Propiedad, en busca de seguridad jurídica, de lo que llamaríamos «fenómeno urbanístico». Sobre el autor y su libro creo más expresivo reproducir al final el prólogo.

Me parece recordar que cuando la denominada «Ley del Suelo» estaba en los últimos retoques, previos a su envío a las Cortes, algunos de los miembros de la Junta de nuestro Colegio fueron convocados para oír una lectura de determinados artículos del Proyecto. Así tuvieron la primera noticia de que se llevaba años elaborando lo que se pretendía que fuera un nuevo Código de la Propiedad.

La discusión en las Cortes del Proyecto de Ley fue una de las más borrascosas, dentro, claro está, de la mesura de la época; por número de enmiendas, firmeza de defensores e impugnadores. Y, tal vez, porque pocos llegaron a entender su tremenda complejidad, pues los auténticos logros que el Proyecto tenía estaban inmersos en tremendos galimatías. Nuestro Procurador en Cortes hizo lo que pudo; algunos otros juristas, parece que también se batieron. ¿Resultó mejorado el texto? Para quedar bien con todos puede decirse que en parte sí y en parte no.

Por lo que al Registro de la Propiedad se refiere, la Ley del Suelo es: oficialmente respetuosa en su artículo 209; chocante en el 82, y un tanto laberíntica en el resto de las referencias. La Exposición de Motivos es acertada; pero el articulado, tan largo y cuajado de tecnicismos ajenos al Derecho, que cuando apareció pocos debieron atreverse a meterle el diente; por supuesto, tampoco el que suscribe. Y, sin embargo, llevaba «mensaje».

En octubre de 1957, el Comisario del Gran Madrid llamó al Director General de los Registros y del Notariado para quejarse de que había estancadas en los Registros gran número de Actas de Expropiación y pedirle que alguien echara una mano; el argumento era de autoridad: no podían acometerse obras de urbanización ni construir viviendas sobre suelo que, al parecer, no se lograba ins-

cribir. Don José Alonso, gran amigo, llamó a este comentarista, que formaba parte de la Junta, tenía obligación de ostentar alguna especialización en Administrativo por su Licenciatura de Políticas y contaba con cierto historial jurídico-aventurero desde sus colaboraciones en Ifni-Sahara. Y así comenzó el suceso.

La cosa no estaba nada fácil. La expansión de Madrid correspondía por entonces, casi totalmente, a territorios de los Registros rurales circundantes. La Administración clásica—antes de la «reforma»—tomaba muy en serio cualquier calificación negativa. Y en nuestras oficinas, el viejo santo temor al documento administrativo, crecía ante expedientes seguidos con fallecidos, desaparecidos, ignorados; respecto de fincas que, en lugar de lindar por el Norte con don Francisco y por el Sur con don Anastasio, lindaban «en cota de tres metros en línea recta y otra de dos en mixta de recta y curva con la parcela 'A'».

La Junta del Colegio de aquellos años, tan comprensiva y competente, sabe la de veces que tuvo que ayudar a limar asperezas, convencer a los recalcitrantes y colaborar al saneamiento de cientos de documentos «enfermos». Siempre con la angustia de que, por culpa del Registro, el urbanismo no funcionaba; aunque a lo peor, una vez inscritas las Actas, las obras seguían sin hacerse por falta de dinero o de proyecto viable. El tratado de paz expropiatorio-registral se firmó muchos años más tarde, tras prolijas negociaciones de la Junta con los compañeros de Madrid; y plasmó en la Orden del Ministerio de la Vivienda de 9 de marzo de 1964.

El 18 de septiembre de 1959, un nuevo Comisario de Urbanismo, Carlos Trias Bertrán, Abogado, Político y hombre de garra, comprendió que con presupuestos teóricos era imposible sancionar jurídicamente la expansión de la ciudad; y, tras meditar sobre los confusos procedimientos de la legislación urbanística, cuya aplicación había vivido en Barcelona, encomendó a dos Arquitectos y al que suscribe que redactaran una nota sobre la posibilidad de racionalizar la reparcelación que, hasta entonces, se practicaba mediante un sucesivo otorgamiento de escrituras de turno de oficio, con un sinfín de conceptos: cesiones, agrupaciones, segregaciones, divisiones, permutas particulares, y otros amparados en el *numerus apertus*, las cuales muchas veces quedaban a las puertas del Registro después de haber sido, en ocasiones, concienzudamente machacadas por el Fisco.

ENRIQUE SERRANO GUIRADO, Secretario General Técnico del Ministerio de la Vivienda, Catedrático de Derecho Administrativo, cuya temprana muerte tanto se ha dejado sentir, tomó en serio la instrumentación jurídica del Urbanismo. Y, a indicación de este comentarista—que a la sazón había tenido la debilidad de aceptar la Subdirección General de Régimen del Suelo, con la esperanza de realizar algo útil y amablemente obligado por la Junta del Colegio—, consiguió la publicación de la Orden Ministerial de 28 de noviembre de 1962; de creación de una Comisión de «Estudios y propuesta de textos legales».

La Comisión estaba presidida por el Secretario General Técnico, y formaban parte de la misma: Don EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, Catedrático de Derecho Administrativo y Letrado del Consejo de Estado; don JOSÉ RAMÓN LASUÉN SANCHO, Catedrático de Teoría Económica, entonces en la Facultad de Barcelona, hoy Decano-Comisario de la de Madrid en la Universidad Autónoma; don ANTONIO IPIÉNS LLORCA, Letrado del Cuerpo Especial Facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado y Notario; don FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS, Notario de Madrid; don JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, Catedrático de

Derecho Administrativo y Registrador de la Propiedad; don MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO, Catedrático de Derecho Administrativo; don MANUEL DELGADO IRIBARREN, Letrado del Consejo de Estado; don MIGUEL JUSTE IRIBARREN, Abogado del Estado; don ENRIQUE DE LA MATA GOROSTIZAGA, Registrador de la Propiedad; como Secretario actuaba don JOSÉ MARTÍN BLANCO, Secretario General de la Dirección General de Urbanismo. Y como Ponente este comentarista.

Asistió como Asesor a muchas sesiones, y aportó su experiencia de Arquitecto-Urbanista, en las intrincadas cuestiones técnicas que el Reglamento tenía que abordar, el Arquitecto Jefe de la Sección de Reparcelaciones en la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid, don LUIS MASAVEU MENÉNDEZ-PIDAL, uno de los pioneros del sistema.

La Comisión trabajó duramente. Fruto de aquellos años fueron: el Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, aprobado por Decreto número 635/1964, de 5 de marzo. Y el Reglamento de Reparcelaciones de Suelo, afectado por Planes de Ordenación Urbana, Decreto número 1.006/1966, de 7 de abril. A éste, fundamentalmente, se refiere el trabajo de FRANCISCO JAVIER DÍEZ MONTERO.

El prologuista como Ponente en la Comisión recuerda con sumo gusto, las sesiones con tan ilustres compañeros. En marzo de 1953 se repartió a los miembros un borrador de Anteproyecto de Reglamento. Las reuniones comenzaron el 13 de mayo siguiente y prosiguieron semanalmente. Se redactaron cinco versiones del Anteproyecto; otra, sexta, con las modificaciones, consecuencia de las Notas de los Ministerios; y la séptima que, conforme al dictamen del Consejo de Estado, objetivo y elogioso, aprobó el Consejo de Ministros y se convirtió en Reglamento en 7 de abril de 1966.

De acuerdo con la Comisión se remitió alguna versión de Anteproyecto a distintos expertos, para realizar una especie de información privada en diversos ambientes. Entre otros contestaron don ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ, distinguido funcionario del Ayuntamiento de Barcelona, especialista en estos temas; y don JUAN GARCÍA-ARTIMÉ ROLLÁN, Oficial Mayor del Ayuntamiento de Vigo; de ambos aceptó la Comisión interesantes sugerencias.

La parte que pudiéramos llamar «zona de contacto» con el Registro de la Propiedad era la más peliaguda. Quiero aquí dejar constancia de lo mucho que nos ayudaron, entre otros, RAMÓN DE LA RICA, PEDRO CABELLO DE LA SOTA, TIRSO CARRETERO e IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA; los dos últimos autores de infinitas propuestas de redacción de los complejos artículos 24 y 28, especialmente delicados.

Fue curiosa la reacción de diversos Departamentos Ministeriales en las «Notas» correspondientes al repartirse el Proyecto. Este, además del preámbulo y articulado, llevaba, como especie de «música» para hacerlo de más fácil estudio, unas apostillas de explicaciones y concordancias a cada artículo. Hubo algunas respuestas de decidida oposición en base a un pretendido arrebato de competencia, o de defensa del sacrosanto dominio quirritario *atque abutendi*, dócil víctima del *non sancto* Reglamento. Todo se resolvió, no sin dejar en el camino algunos preceptos que buena falta hacen.

El Consejo de Ministros aprobó el Reglamento en sesión de 24 de junio de 1965; pero el Decreto lleva fecha de casi un año más tarde, 7 de abril de 1966. Aunque el que esto escribe tuvo la satisfacción de dimitir el cargo de Subdirector General y dejarlo en octubre de 1965 totalmente terminado el trabajo, aún pudo observar los esfuerzos que ENRIQUE SERRANO GUIRADO hubo de hacer para

conseguir la publicación del texto, frente a las opiniones de los «integristas» jurídicos y de los otros.

La Comisión se preocupó, de firme, en buscar la suficiente claridad para el texto reglamentario, y también tuvo consciencia de su propia dificultad. Por aquellos años, el comentarista trabajó, en Comisión reducida, con EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, y JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ-VILLA y DORBE, Secretario General del Ayuntamiento de Madrid, en la redacción de lo que después fueron Ley 121/1963, de 2 de diciembre, sobre el Área Metropolitana de Madrid, y su Reglamento, Decreto 3.088/1964, de 28 de septiembre. En el preámbulo de aquélla se dice: «*Se ha tratado de evitar la complejidad que, con toda frecuencia y en todos los países, suele aquejar al Derecho Urbanístico.*» Se ha tachado, seguramente con razón, de oscuridades al Reglamento de Reparcelaciones. Por eso, el prólogo al libro de DIEZ MONTERO invoca una cita de TERENCEO. He trabajado en muchas Reparcelaciones. Creedme que es posible y útil la reordenación de la propiedad con base en el Registro. Para ella me parece instrumento de primera calidad el libro que comento.

II. PROLOGO

«No hay cosa tan difícil que, a fuerza de estudiarla, no parezca fácil.»

TERENCIO.

El tratamiento jurídico del Urbanismo es tema complejo, porque ha de depurar diversas técnicas, atender a múltiples condicionantes y conseguir objetivos comunitarios. Y ello sin sacrificar los derechos e intereses individuales más allá de lo absolutamente necesario. Al menos como aquí, y ahora, generalmente se concibe.

La colectividad radica cada vez más en núcleos urbanos, en porcentajes que se incrementarán drásticamente en un futuro previsible y necesita disponer de suelo en cantidades ingentes: para edificar viviendas, instalar industrias, establecer vías de comunicación, zonas verdes, parques, jardines, para el estudio, el deporte y el esparcimiento.

Teóricamente, sólo se opone a su consecución un ente abstracto: el propietario que pretende gozar por sí solo los beneficios que engendran el aumento de población, la remodelación de las ciudades, un mejor nivel de vida y el consiguiente aumento de valor de los terrenos, cuyas plusvalías se deben al esfuerzo colectivo de dotación de servicios.

Un paso más y entra en escena el «especulador», avisado ciudadano que sabe por dónde van a producirse los ensanches de las ciudades, compra a bajo precio eriales, espera y, en el momento oportuno, con brújula segura navega por los mares administrativos; y arriba, al buen puerto del suelo, urbanizado a costa de los demás, enajenable en el mercado a precio monopolístico.

Las gentes claman, y con razón, contra el abuso. Hay que aprestarse a luchar contra tal iniquidad. Y es entonces cuando debe entrar en liza, alguna vez con precipitación, el Urbanismo militante. Porque no se tuvo en cuenta para la fisiología de la ciudad y hay que acudir a él para la cirugía, a menudo de urgencia.

El deseo de hacer mucho en poco tiempo y con el mínimo desembolso, puede llevar al ánimo el convencimiento de que debe sacrificarse el chivo

expiatorio: el suelo, ya que al ejecutar obras de urbanización no es posible ahorrar. El transcurso de los años dirá, tal vez, que el sacrificio económico de los propietarios no ha sido generalizado; que en tantos casos las previsiones de plazos y cuantías fueron desbordados; y que el esfuerzo burocrático y el gasto no han justificado, *a posteriori*, las operaciones.

Examinado serenamente el problema caben dos actitudes distintas, pero normalmente conciliables: expropiar, en lo necesario, y promover la reordenación de la propiedad urbana. Ambas duras y difíciles, porque si la expropiación es dolorosa, en cuanto priva de la propiedad contra la voluntad de su dueño—aparte posibles resultados confiscatorios—, la reordenación de la propiedad, sobre todo en el tránsito de rural a urbana, cuando se vislumbra el fácil lucro con poco riesgo, conduce a una «situación límite», porque obliga al propietario a someterse al planeamiento, ceder superficies gratuitamente, satisfacer costo de obras y, con gran frecuencia, a aceptar una nueva situación y características de su antiguo inmueble.

Personalmente creo que si hay tiempo, y agallas, es preferible la reordenación de la propiedad a la expropiación; aunque ésta sea absolutamente necesaria en determinados casos—incluso para conseguir aquélla—, y siempre como expropiación-sanción. Generalmente aventaja en justicia distributiva; ahorra esfuerzos burocráticos y dinero, y permite dedicar la actividad y los medios económicos de la Administración a otros fines. Sobre los problemas jurídicos y humanos de la expropiación, es muy interesante el prólogo de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, a las *Expropiaciones Urbanísticas*, de MARTÍN GAMERO.

Ahora bien, la reordenación de la propiedad, ¿es posible? Las agudas apostillas de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, en sus recientes *Comentarios a la Ley del Suelo*, ponen el dedo en la llaga: su experiencia personal en trabajos de compensación no es satisfactoria. La dificultad es evidente. Hay que abrir camino.

En la labor de desentrañar qué dijo, o qué quiso decir el legislador, hay un primer paso en el texto reglamentario. El «Reglamento de Reparcelaciones de suelo afectado por Planes de Ordenación Urbana», aprobado por Decreto 1.006/1966, de 7 de abril, pretendió desarrollar la idea de la reordenación de la propiedad, centrada en la Reparcelación, a la que la Ley del Suelo apenas dedica algún precepto aislado y, eso sí, un píropo: «pieza fundamental».

Sin duda, el articulado del Reglamento es un texto difícil, tal vez por el tema, inevitablemente. Se encomendó su preparación a una Comisión de Estudios formada por conspicuos especialistas, que trabajó lenta y minuciosamente; se contó, en su redacción, con óptimos colaboradores. Y con los Expedientes de Reparcelación de la Comisaría de Urbanismo de Madrid, que actuó por dicho procedimiento sobre más de 5.000.000 de metros cuadrados, con fincas que pasaron la prueba de fuego: urbanizadas, inscritas en el Registro de la Propiedad, hipotecadas, construidas, vendidas por pisos; y hoy prueba evidente de que el sistema es posible. Al frente de la Sección Jurídica de Reparcelaciones estaba FRANCISCO DÍEZ MONTERO; soy testigo de que sus ideas inspiraron algunos de los artículos del texto, que ha aplicado y hoy comenta con la mayor autoridad.

El libro que sigue constituye un esfuerzo para hacer realidad lo que parecía imposible, y se basa en larga e intensa gestión que ha obtenido logros considerables. He seguido atento la elaboración del texto; conozco al autor desde que comenzaba su vida administrativa; me consta, por trabajos comunes, su rigurosa preparación, su entrega al trabajo, su fidelidad, su modestia.

Creo que ha conseguido la claridad alcanzable, con un orden lógico.

Cierto que los problemas que aborda son difíciles: procedimiento, régimen jurídico de los inmuebles, relaciones con las normas hipotecarias, cuestiones de capacidad, etc. Se ha reiterado que con la Ley del Suelo, en parte inextricable, ocurre como hasta no hace mucho con la Ley Hipotecaria, cuya fama de esotérica han ido desvaneciendo sus glosadores.

Estoy plenamente convencido de que la Reparcelación puede ser útil, siempre que en la tarea colectiva los propietarios sean asistidos, si lo necesitan o se estima conveniente, por la Administración en forma de Juntas o Asociaciones Mixtas. Arduo tema para ser planteado en país tan individualista, cuando es de temer que algún propietario se encastille en defensa de su derecho. Y, pese a todo, yo creo en las «Entidades Urbanísticas Colaboradoras».

Afirma esta actitud la reciente tendencia del Urbanismo francés. En efecto, el Código de la Vivienda y Urbanismo (arts. 73 a 76), con redacción de 31 de diciembre de 1958, regulaba unas asociaciones de propietarios sin demasiada precisión. Pero la Ley de Orientación Inmueble número 67-1.253, de 30 de diciembre de 1967, establece ya unas normas concretas

Los artículos 23 y 26 prevén la creación de asociaciones territoriales urbanas compuestas por propietarios para los siguientes fines:

- reordenación de las parcelas y subsiguiente modificación de derechos y cargas, para facilitar la edificación o distribuir equitativamente los efectos de planeamiento;
- agrupación de parcelas con fines de construcción, aportación o venta;
- construcción, conservación y gestión de obras de interés colectivo, vialidad, áreas de aparcamiento, garajes subterráneos, calefacción colectiva, espacios verdes o libres, etc.;
- construcción de edificios;
- conservación, restauración y puesta en valor de sectores determinados y remodelación.

Dispone el artículo 26 que, en defecto de acuerdo entre los propietarios, el Prefecto constituirá, de oficio, la asociación. Los propietarios afectados pueden ceder sus fincas a la asociación mediante indemnización. La asociación señalará, con los trámites preceptivos, las construcciones que deban derribarse y las modificaciones de las fincas. Los derechos de los acreedores inscritos pasan a los nuevos inmuebles. Se dan normas sobre embargos, valoración de parcelas, reordenación, agrupación, privilegios, hipotecas y otros derechos reales.

La Ley establece que por Decreto se fijarán las condiciones de asistencia técnica del Estado, entidades locales, establecimientos públicos y personas privadas a las asociaciones; las garantías y formalidades de publicidad, particularmente respecto del Fichero (Registro) inmobiliario.

Estamos, por tanto, ante un intento serio de promover la actuación de los propietarios privados, en la misma línea en que la desarrolla el Reglamento español de 1966; y en país con larga experiencia de gestión urbanística.

Claro está que existen obstáculos, pero, a mi juicio, no justifican el abandono de un camino claro y justo.

LÓPEZ BERENGUER, JOSÉ: *Impuesto general sobre el tráfico de las empresas*, Ediciones Deusto (dos tomos), 1968.

En la sección de «Cuadernos Fiscales», que la Editorial Deusto ofrece al estudioso, aparece la obra objeto de esta recensión, dividida en dos tomos de casi 300 páginas cada uno, y prologada por MARIANO SEBASTIÁN, HERRADOR, Catedrático de la Facultad de Derecho de Madrid. El autor avala su nombre con la profesión de Inspector Técnico Fiscal del Estado, Profesor Ayudante de la Facultad de Derecho de Madrid y Profesor del C. E. U.

El prologuista aclara las personas a quienes va dirigida la obra, y con ello su finalidad. En principio podrían señalarse una serie de personas interesadas en cuestiones fiscales a quienes el libro inevitablemente debe ir dirigido. Pero aparte de este grupo inconcreto, existen otros tres en los que ha pensado seriamente el autor: el que tiene que hacer oposiciones a los Cuerpos Fiscales del Ministerio de Hacienda; a todos los funcionarios del mismo Ministerio con misión específica de aplicación del tributo y el contribuyente en general en su calidad de sujeto pasivo del Impuesto.

En la conferencia que cerraba el ciclo dado en el Instituto de Estudios Fiscales en el año 1964, pronunciada por un gran jurista, se apuntaba que sólo a partir del año 1919, fecha en la que el Ordenamiento alemán recoge los principios que disciplinaban la imposición en un texto legislativo orgánico y completo que tuvo el efecto de estimular la dirección doctrinal en pro de la sistematización dogmática de las relaciones jurídicas existentes entre el ente acreedor del tributo y el contribuyente, es cuando puede señalarse la formación de un Derecho tributario y de un interés del jurista por el estudio de los tributos. Estas ideas ponen de manifiesto lo necesitada que estaba la normativa fiscal de la atención del jurista para llegar a la formulación de una serie de principios básicos que sirvan de apoyo a todo el sistema tributario. Prácticamente esto ha sido afrontado en nuestro sistema con la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963.

En el Ordenamiento fiscal español surge con criterio de gran novedad el Impuesto General del Tráfico de las Empresas y esta materia precisaba de una atención estudiosa realizada por un jurista y, al mismo tiempo, práctico en liquidación. Por ello, la publicación de esta obra que comentamos, sobre un impuesto que lleva pocos años de vida, representa por sí sola un avance digno de elogio; pero es que, además, su construcción sistemática, al ajustarse a la Ley General Tributaria, da pie para que el jurista entre en escena y explique el fundamento de la dogmática del Impuesto.

Estructuralmente, la obra se divide en 22 capítulos, lleva un índice sumarial y una tabla de disposiciones citadas en el texto. En las notas al pie de página se aclaran referencias legislativas y existen algunas citas bibliográficas. Como la exposición de los 22 capítulos haría demasiado extensa esta recensión, nos vamos a limitar a relacionar el contenido, eligiendo otra distribución de materias que respetan el orden del libro, pero que agrupan aquellas que se nos antoja tienen entre sí ciertos criterios unificadores.

A) NATURALEZA DEL IMPUESTO.

Después de señalar el origen del impuesto, se precisa su naturaleza y caracteres. Si los impuestos sobre tráfico pueden adoptar tres modalidades (impuestos en fase única; acumulativos o en cascada y sobre el valor añadido), el presente es de los acumulativos o en cascada, aunque existan disposiciones que mitigan sus efectos.

Le adornan los caracteres de ser indirecto, general, nuevo e independiente, repercutible, flexible, cómodo, claro, económico y rentable. Es incompatible con el de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, con el de Rendimientos de Trabajo Personal, con los Impuestos que gravan la fabricación y con los monopolios fiscales. Presenta ciertas relaciones de absorción para que al mismo se incorporen otros tributos (póliza de turismo, recargo para protección cinematográfica, impuesto del 5 por 100 menores, ciertas tasas y exacciones parafiscales). Igualmente ostenta relaciones de coordinación con el arbitrio provincial y el impuesto de compensación de gravámenes interiores. Las relaciones de colaboración surgen a través del Impuesto Industrial, cuota de licencia y cuota de beneficios y el Impuesto sobre Sociedades.

B) APLICACIÓN TEMPORAL Y TERRITORIAL.

Se expone el momento de su entrada en vigor y las soluciones que la legislación y otras normas posteriores han dado para los problemas de orden temporal en la aplicación del impuesto. Igualmente, dentro del ámbito territorial internacional, se señalan los criterios adoptados que no se ajustan al principio absoluto de la territorialidad [que predicaba la Ley General Tributaria en el art. 21, apartado b)], ya que unas veces se tiene en cuenta el origen de los bienes y otra la residencia del contribuyente. Se estudian los casos concretos que apunta la Ley. Respecto a la aplicación interna se abordan los problemas con las provincias de Alava, Navarra, Ceuta y Melilla, Sahara e Ifni y Guinea Ecuatorial.

C) EL HECHO IMPONIBLE.

Se examina el hecho imponible desde el punto de vista abstracto, siguiendo las orientaciones de PRUDENCIO DE LUIS MONASTERIO. Este capítulo de la obra, singularmente importante, va recorriendo la enumeración de las operaciones sujetas y sus requisitos, especialmente los de tipicidad, habitualidad y contraprestación. Se concluye con los supuestos o casos de no sujeción.

D) LOS SUJETOS PASIVOS.

Identificando el concepto de sujeto pasivo, como persona obligada al pago del tributo, clasifica, siguiendo a JARACH, los mismos en contribuyentes, substitutos, responsables y sucesores, aunque el autor precisa y argumenta, en contra del criterio de NARCISO AMORÓS, que en este impuesto sólo se ha tenido en cuenta la persona del contribuyente.

Se expone la normativa y se estudian las definiciones legales de fabricantes, industriales y comerciantes mayoristas. Se hace referencia al comerciante de venta al por menor, a las entidades sin personalidad jurídica (herencia yacente y comunidades) y se examinan los responsables y sucesores como consecuencia de la aplicación de la Ley General Tributaria.

E) REPERCUSIÓN DEL IMPUESTO.

El fenómeno de la repercusión puede ser estudiado—dice el autor—desde el punto de vista de la economía financiera o del estrictamente jurídico. Se concreta a este último, señalando que esta repercusión es un derecho del contribuyente (de carácter público a veces y en otras de carácter privado) que no es absoluto, pues se precisan una serie de límites al mismo.

Se estudian los requisitos subjetivos, objetivos y formales de la repercusión, así como los efectos de la misma y derechos del repercutido. Especialmente se contempla el caso de la repercusión en la contratación administrativa.

F) BASES TIPOS Y DEVENGOS.

Los dos elementos cualificadores de la cuota tributaria del impuesto son la base y el tipo, a los que se añade el estudio del devengo. Minuciosamente se van exponiendo los criterios legales para la determinación de la base, distinguiendo entre base imponible y base liquidable. La primera es el importe total del precio y la otra es aquella, menos las deducciones admitidas. Igualmente se estudian los diferentes sistemas de la valoración: directa, objetiva y por Jurados.

Después de ir recorriendo los diferentes tipos de imposición (general, en ciertas operaciones integradas y en ventas a plazos) afronta el concepto del devengo. Para ello distingue entre el nacimiento de la obligación tributaria y el nacimiento de la obligación de contribuir. Para este impuesto, el devengo se identifica con el momento, a partir de la cual nace la obligación de contribuir.

G) ESTUDIO ESPECIAL DE DIVERSOS CASOS.

Agrupamos en este apartado los capítulos numerados del VII al XIII, en los cuales se abordan los casos de tributación de las operaciones realizadas por los fabricantes e industriales; los comerciantes mayoristas, así como las importaciones y exportaciones; las ejecuciones de obras, arrendamientos de bienes, servicios en general y servicios de mediación; servicios bancarios y seguros; régimen de los transportes; servicios de publicidad y de hostelería, restaurante y acampamento; espectáculos públicos y operaciones no expresamente tipificadas. En la exposición de todas ellas se procura seguir la misma sistemática, distinguiendo el hecho imponible, los sujetos pasivos, la base, el tipo, el devengo y ciertas modalidades.

H) EXENCIONES Y BONIFICACIONES.

Los capítulos XIV al XVIII están destinados al estudio de las diferentes exenciones existentes. Con ello se inicia el segundo tomo de la obra. Se precisa, como no podía ser menos, entre operaciones no sujetas y operaciones exentas, señalando como caracteres para éstas últimas los de necesitar una configuración objetiva y una independencia legal. El fundamento de las mismas puede ser triple: por razones sociales, por exigencias económicas y por razones técnicas.

Concretamente se estudian los supuestos de venta de productos de

primera necesidad, las operaciones de transformación, clasificación y envase, los libros, revistas y periódicos; los productos sujetos a impuestos especiales, monopolizados y naturales; las cooperativas; las viviendas de protección oficial, buques de pesca, seguros, transportes, hostelería, espectáculos y otros servicios; tratados internacionales. La exposición es minuciosa y viene avalada, como dice el prologuista, por el constante manejo que el autor hace de más de 2.000 expedientes de consulta.

El capítulo XIX está destinado a las bonificaciones, en las cuales se expone la construcción de buques, las de la Ley de Asociaciones y Uniones de Empresas, la Ley de Industrias de Interés Preferente, la Ley del Plan de Desarrollo y las transitorias por la remisión a la Ley citada en tercer término.

I) EXACCIÓN DEL IMPUESTO.

Los tres siguientes capítulos del segundo tomo se destinan a esta materia, esto es, los distintos procedimientos de liquidación y pago del impuesto. Se habla de distintos procedimientos, ya que son diferentes los regímenes de determinación o valoración de las bases. Para su exposición el autor clasifica los distintos procedimientos en los tres siguientes:

- a) Valoración de bases en régimen de estimación directa. Que comprende:
 - Procedimiento de autoliquidación e ingreso mediante declaración-liquidación.
 - Procedimiento de autoliquidación y pago mediante retención.
 - Procedimiento de autoliquidación y pago mediante efectos timbrados.
 - Procedimiento de liquidación en la aduana.
 - Procedimiento mediante acta de inspección.
- b) Valoración de bases en régimen de estimación objetiva, que supone dos clases de procedimientos: convenios y conciertos.
- c) Valoración por Jurados.

Salvo de este último supuesto, que tiene sus normas sustantivas y procedimientos comunes a todos los impuestos, se ocupa de los demás con perfecta sistemática y extraordinaria claridad.

J) LA DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO Y OBLIGACIONES FORMALES DEL CONTRIBUYENTE.

En los capítulos XXIII y XXIV se abordan los problemas del enunciado. En el primero se trata de la devolución de las cuotas en virtud de razones de justicia o de política económica; la distinción es importante, ya que en los primeros casos se trata de devoluciones obligadas, mientras que en los otros son obligaciones concedidas discrecionalmente. Ateniéndose a la sistemática que sigue, se examinan los diferentes casos:

- a) Devoluciones por razón de justicia: 1) Devoluciones por anulación de operaciones. 2) Devolución por ingresos indebidos
- b) Devoluciones por razón de política económica: 1) Las devoluciones a adquirentes finales de bienes de equipo. 2) Las devoluciones a los exportadores.

Dentro de las obligaciones formales de los contribuyentes (declaraciones, libros de contabilidad, facilitación de inspecciones, proporcionar datos, informes, etc.), se estudian especialmente la de extender factura, conservar copia de las facturas, conservar las facturas o documentos análogos recibidos y la de llevanza de libros reglamentario. El incumplimiento de estos deberes supone simples infracciones.

K) ARBITRIO PROVINCIAL.

El último capítulo de la obra se destina al estudio de un anómalo impuesto creado por la Ley de Reforma Tributaria del año 1964, en sustitución del arbitrio sobre la riqueza provincial. El autor considera que se trata, más que de un impuesto o tributo especial, de un «recargo» del Impuesto sobre el General del Tráfico de las Empresas y de los Impuestos especiales sobre la fabricación: recae sobre sus mismas bases, se exige sobre los mismos hechos imponible, deben pagarlo los mismos sujetos y se gestiona y recauda conjuntamente con dichos impuestos. El examen breve de este «recargo» tributario comprende el hecho imponible, la aplicación territorial, la temporal, los sujetos pasivos, la repercusión, las bases, los tipos, el devengo, las exenciones y bonificaciones, la exacción del impuesto y la administración del arbitrio.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ.

PORTERO SÁNCHEZ, LUIS: *Jurisprudencia estatal en materia eclesiástica*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1968.

Lo primero que se observa al leer este libro es que no está destinado exclusivamente a canonistas con sotana o sin ella. Es un libro para todos. Su autor, en la línea pragmática de los modernos autores de temas canónicos, que admiten un Derecho Eclesiástico del Estado, nos brinda un trabajo útil. La jurisprudencia estatal en materia eclesiástica, como se demuestra en la introducción, es perfectamente posible; y partiendo de aquí, LUIS PORTERO, tal vez acordándose de aquello de Saavedra Fajardo: «Las Leyes no pueden darse a entender por sí mismas, pues son cuerpos que reciben el alma y el entendimiento de los jueces, por cuya boca hablan y por cuya pluma se declaran y aplican», recoge la más reciente jurisprudencia estatal sobre temas, al menos parcialmente eclesiásticos.

Sin ánimo exhaustivo naturalmente, pero desde luego con un buen criterio de selección, aparecen adecuadamente sistematizados:

Temas Civiles: Nulidad del Matrimonio Civil (los matrimonios contraídos durante la vigencia de la Ley de 1932 plantean problemas que el Alto Tribunal resuelve).

Matrimonio Putativo (el Tribunal Supremo, ante casos concretos, declara cuándo sí y cuándo no existe buena fe).

Separación de los cónyuges (merece destacarse la sentencia de 7 de marzo de 1963 sobre efectos civiles de las sentencias canónicas de separación).

Arrendamientos Urbanos (¿qué debe entenderse por Iglesia Católica a los efectos de la legislación de Arrendamientos Urbanos?).

Alimentos (el matrimonio Civil engendra el deber de pensión alimenticia), Sociedad de gananciales, Prescripción..., entre otros.

Temas Penales: Bigamia. Profanación de cadáveres. Robo en lugar Sagrado. Blasfemia. Amancebamiento, etc.

Temas Fiscales: Exenciones tributarias, Impuesto de lujo. Contribución territorial, rústica y Urbana. Herencia en favor del alma. Impuesto sobre préstamo hipotecario a favor de Congregación religiosa, etcétera.

Temas Contencioso-Administrativos: Escuelas parroquiales. Cuotas de Seguridad Social. Becas de Protección Escolar.

Temas Registrales: El profesor de Salamanca no duda en incluir, bajo el título de Jurisprudencia Estatal, un buen número de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque no puedan invocarse en casación. Entre ellas destacan la relativa a Capacidad de las entidades eclesiásticas y modo de acreditar su existencia de 11 de mayo de 1957, cuya doctrina, entendemos, ha de complementarse con el posterior Decreto de 12 de marzo de 1959, y la referente a Constitución de hipoteca por Instituto religioso autorizado únicamente para pedir dinero a préstamo de 18 de noviembre de 1960.

La Jurisprudencia, en materia de Registro Civil y Derecho Internacional privado también, es abundante. Pero la Jurisprudencia—dice don LAMBERTO DE ECHEVERRÍA, que prologa la obra—es un mar sin fronteras. «Los Tribunales hablan de todo, porque acerca de todo se les pregunta a ellos.» Por esto, naturalmente, el autor ha tenido que seleccionar. Pero la Jurisprudencia Estatal, en Materia Eclesiástica debidamente seleccionada, ha sido recogida organizadamente con método. Esto permite al estudioso el rápido hallazgo de lo que le interesa.

Tal vez se eche de menos un comentario de las distintas sentencias o resoluciones, pero su ausencia hace también pensar en una virtud poco frecuente: la modestia del autor que sacrifica el lucimiento personal y deja al alcance de la mano de los especialistas un trabajo útil y utilizable. Se ha aludido ya a unas líneas introductorias del propio autor, en las que justifica el porqué y el cómo de su estudio, y a un documentado y sereno prólogo del Catedrático de Derecho Canónico de la Universidad de Salamanca. Se recogen también en el libro un buen número de circulares recientes, desde la del 28 de enero de 1954, dando normas provisionales para la aplicación del Concordato, hasta la del 6 de marzo de 1968 sobre procesamiento de clérigos, pasando por la interesante de 2 de abril de 1957 sobre la celebración de matrimonios civiles.

ILDEFONSO BOYERO GONZÁLEZ.

RUIZ SÁNCHEZ, JOSÉ LUIS: *El crédito personal agrario y sus garantías jurídicas*, Editorial Santillana, Madrid, 1968, 934 páginas.

El magistrado JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ, de la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, colaborador distinguido y eficaz en la cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad (1), y conocido escritor en temas de Derecho procesal, hipotecario y agrario, obtuvo en 1965 una pensión de la Fundación «Juan March» para ampliar en el extranjero los estudios que ya venía realizando sobre crédito agrario. Eligió la Universidad de Toulouse, en donde, de una parte, se cultivan los estu-

(1) En pruebas ya esta recensión, el magistrado RUIZ SÁNCHEZ ha sido trasladado a Madrid.

dios de Derecho comparado, y de otra, existe un Instituto de Economía y Ciencias Agrarias. Allí continuó sus trabajos, bajo la dirección de los profesores MONTANÉ DE LA ROCQUE y CAMBIAIRE; estudios que hubo de interrumpir por causa de una grave enfermedad, que puso en peligro su vida: verdadero «accidente del trabajo», producto de su amor a la Ciencia, pero también de su pundonor que le impulsaba a corresponder a la Fundación, que hacia posible la ampliación de sus horizontes, con una labor continua y sin descanso. En Toulouse trabajaba el autor todo el horario de apertura en las bibliotecas, y luego seguía trabajando en la habitación de su hotel, entusiasmado con el tema, ansioso de no desperdiciar minuto, *pressé d'aboutir*, inconsciente acaso de que estaba traspasando el límite soportable para su salud. Cuando muy enfermo, hubo de sufrir una operación quirúrgica, con inciertas probabilidades de éxito, la parte fundamental de su labor estaba ya hecha, y luego, en cuanto—gracias a Dios—se repuso, recuperado para sus funciones en la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza: para la familia y los amigos, y para el trabajo científico, fue éste el que, una vez cumplidos, pulcra y concienzudamente, sus deberes, ocupó el resto de su tiempo, pues la única lección que no ha podido aprender nunca RUIZ SÁNCHEZ es la del descanso. Para él, su descanso es cambiar de trabajo.

* * *

Pone de relieve el prologuista de la obra, LÓPEZ ORTIZ, Magistrado del Tribunal Supremo, cómo dentro del gremio judicial aumentan en nuestro tiempo las publicaciones, en progresión extraordinaria y sobre los más varios temas jurídicos. En efecto, si la magistratura española contó siempre entre sus filas con algún tratadista importante, es lo cierto que sólo en época reciente se ha extendido entre sus miembros la afición a poner por escrito y publicar el resultado de sus meditaciones; y que hoy, en cuanto clase, puede presentar un acervo ingente en cantidad y calidad de doctrina escrita. En esta línea de publicistas que, formándose continuamente mejor, aportan además contribuciones importantes a la Ciencia española del Derecho, se inserta en un puesto relevante, el autor cuya obra voy a comentar.

* * *

Se trata de un libro de gran ámbito y extensión. El título acaso no refleja exactamente su contenido o, al menos, no da cuenta de cómo, junto a la exposición de las instituciones y reglas jurídicas directamente versantes sobre el crédito agrario o sus garantías, se traza un cuadro, en la medida precisa para la comprensión y valoración de aquéllas, de los principios y caracteres más salientes de la Economía, la Sociología y el Derecho agrarios. Hasta el punto de que la obra difícilmente podrá dejar de ser citada por quien sobre Derecho agrario piense escribir. Con justicia hace notar, a este propósito, el ilustre prologuista que Ruiz SÁNCHEZ «es un jurista de totales dimensiones, alguna adornada de especialización. En el curso de las páginas que siguen también surgirá el economista, el humanista, versado en Sociología técnica, económica y cristiana, con altos vuelos culturales, pese a ir encadenado a un riguroso método. En la obra aflora, abundante, reciente y de primera mano, la más selecta bibliografía». Y que el autor «no se concreta a un alicorto estudio de mera transcripción de conceptos legales, con algún modesto comentario, para uso de presta-

tarios indoctos o del prestamista previsor», sino que, «por el contrario, levanta un alto vuelo de amplitudes dilatadas, y el crédito agrícola se estudia en sus raíces económicas, agrosociales y jurídicas; en sus matices civilísticos, mercantiles, administrativos, hipotecarios, etcétera»

* * *

La necesidad de contemplar los temas sociológicos y económicos queda puesta ya de relieve en el preámbulo de la obra, cuando el autor advierte «la escasa atención que al crédito personal se dedica, como medio de capitalización del agro, como consecuencia de que el ciclo normal de inversión ha de ser a largo plazo, con una rentabilidad inicial, para el capital desembolsado, de escasa entidad, comparado con otros sectores de la producción». «Esto nos ha impulsado—continúa— a examinar lo que nosotros hemos calificado de *interés de producción*, así como las posibilidades *lege ferenda* de una situación de privilegio en beneficio del procedente de un crédito calificado como agrario.»

* * *

La obra que comento se centra sobre el estudio del crédito individual agrario, dejando el estudio del colectivo para otro volumen: dadas las dimensiones del libro, se comprende que no podía ser de otra manera.

En la introducción pondera el autor la importancia del crédito agrario, y comienza haciendo un diseño del campesino, su comportamiento y su carácter, como dato económico-social preciso para el estudio subsiguiente. Explica cómo hoy «la producción agrícola no puede ser concebida como antaño, es decir, como el resultado de dos elementos: tierra y trabajo. Hoy exige el concurso de otros que hasta ahora se han considerado como privativos de la industria y del comercio: capital y técnica». Sin pérdida de los valores morales y espirituales de los antepasados, la explotación agrícola se transforma: no pierde su carácter familiar; antes se incrementa el número de explotaciones de este tipo; pero, fuertemente mecanizado y tecnificada, sufre una profunda transformación en los principios que la regulan, transformación que afecta a la concepción de la vida y las estructuras campesinas. Retrocede el autoconsumo, y el agricultor se incorpora a la política de mercados, con todas las consecuencias que ello supone. Se despierta también en el agricultor el ansia de conocer y de saber; en definitiva, el cultivo de la tierra se profesionaliza y requiere una serie de conocimientos que hasta ahora habían sido suplidos por tradiciones más o menos empíricas. Esta transformación, a su vez, requiere capitales; y, sin embargo circunstancias de carácter social y, sobre todo, las de índole económica (la extensión del área de producción agrícola, correlativa a la limitación de la productividad frente a la industria) justifican, o al menos explican, el retraimiento del capital y la técnica en la agricultura. La inestabilidad de la producción; la indeterminación e indeterminabilidad de los costos agrícolas; la falta de una contabilidad racional en las explotaciones agrarias; la imposibilidad de efectuar un cálculo exacto de los rendimientos previsible para cada producto obtenido; la durabilidad del ciclo biológico que inmoviliza el capital circulante durante el período genético de cada especie, etc., retraen al inversionista, que prefiere emplear sus ahorros en ciclos produc-

tivos más breves y exentos de estos riesgos. La falta de capital y la concepción tradicionalista del agricultor apegado a sus viejos sistemas y métodos de cultivo forman entonces un círculo vicioso. El autor examina estas circunstancias; compara, a la luz de sus conclusiones, la agricultura con la industria y el comercio, poniendo de relieve la complejidad suma de aquélla; explica las notas que tipifican a la agricultura en los momentos actuales, y examina la contribución que pueden prestar a la solución de los problemas planteados la formación de la opinión pública; la organización de las estructuras agrarias; la promoción social del campo; el desarrollo de las formas integracionistas; la formación profesional, y el crédito.

Analiza luego los conceptos de crédito y préstamo. En el orden económico, el crédito está integrado por dos elementos de carácter positivo, a saber: la confianza, factor imprescindible para la conclusión de un negocio de crédito, y la solvencia, factor indispensable para el cumplimiento de la obligación prometida. El autor señala la marcada intensidad con que opera el elemento de la confianza en el crédito personal y, en consecuencia, el carácter *intuitu personae* que lo tipifica, no como elemento esencial, pero sí natural.

* * *

Crédito agrario es el que hace referencia al campo: a toda actuación que tenga relación directa e inmediata con el campo y, por consiguiente, como concepto de tipo genérico, comprende el crédito agrícola, más específico y referido al cultivo del campo. El crédito es personal cuando la garantía no es real: cuando se ofrece como «garantía agraria» la persona misma del prestatario, prescindiendo de su cualidad como titular del predio que trabaja: tal garantía está representada por las intrínsecas cualidades de quien recibe el crédito, «basado en las circunstancias *ad personam* del prestatario. El concurso de otra u otras personas que asuman, solidaria o mancomunadamente, el compromiso contraído por aquél, no desvirtúa la naturaleza personal atribuida al crédito concedido en contemplación estricta de la garantía agraria personal»

En definitiva, el autor define el crédito personal agrario como la forma de crédito «caracterizada por el destino de las cantidades prestadas y por la garantía estrictamente personal del prestatario, a la que podrá adicionarse la de otra u otras personas individuales, o colectivamente consideradas en razón al grupo o ente a que pertenezcan».

En el capítulo 2.º de esta parte se tratan en forma breve y enjundiosa las características que debe tener el crédito personal agrario, a saber: personalidad, localización, oportunidad en el tiempo y en el espacio, suficiencia, escrupulosidad, agilidad, discreción y flexibilidad. Son muchas e interesantes las consideraciones con que se ilustran estos caracteres. El crédito debe ser oportuno, es decir, concedido y satisfecho en el momento adecuado; perentorio, cuando se trata de crédito circulante, y no tanto cuando es a medio o a largo plazo, pues las inversiones de esta clase son previsibles en el tiempo y no plantean problemas angustiosos de inmediato pago. Es preciso estudiar las posibilidades rentables del anticipo que se va a efectuar (también su productividad social), y el prestatario debe invertir escrupulosamente el anticipo concedido. Los intereses exigibles deben estar en función del fin social que se persigue con el crédito agrario y con el tiempo de reintegro: su tasa no puede ser elevada, no porque la agricultura carezca de capacidad para rendir beneficios apreciables, sino porque no pueden éstos producirse y multiplicarse en término breve.

El capítulo 3.º se dedica a las diversas modalidades del crédito, según el plazo, corto, medio o largo. La posibilidad de aplicación de esas modalidades crediticias al crédito personal no debe juzgarse exclusiva ni principalmente en función de la garantía puramente pecuniaria o incluso real: ha de apreciarse la necesidad de cooperación del capital con los factores de trabajo y tierra, siendo aquél el principal factor de la producción; ha de tenerse presente la necesidad absoluta de capitalizar el campo, del cual huye el capital privado; además, el hecho de que sólo así puede reivindicarse la tierra del abandono o de una situación deprimida, pues la agricultura es un sector empobrecido, y la tierra sólo se rescata a través del hombre. El crédito territorial, proyectado para cumplir estas finalidades, ni las llenó en el pasado, ni puede hacerlo hoy, por demasiado complicado, formalista en exceso y dirigido a la protección de la propiedad privada y no del cultivador. El servicio de crédito agrícola, fundado (tras el fracaso de la prenda agrícola) en los años 30, no cumplió su fin satisfactoriamente, y lo mismo cabe decir de algunas Leyes posteriores, porque la mirada puesta en el campo no ha sido lo suficientemente nitida, lo suficientemente calurosa y desprendida. Se piensa en exceso en garantizar la devolución de la suma cedida sin valorar en su exacto sentido al hombre que, en definitiva, trabaja la tierra: al empresario agrícola. El resultado es la repulsa de esa ayuda.

Pasa RUIZ SÁNCHEZ a continuación (capítulo 4.º) a clasificar el crédito personal agrario. Entre los muchos índices que enumera, pone especialmente el acento en dos. De una parte, la duración del crédito, pero no por sí sola (créditos a corto, medio y largo plazo), sino en razón de la función que el propio crédito desarrolla: créditos de ejercicio, de renovación o mejoramiento del equipo mobiliario, y los que suponen una adherencia o incorporación al suelo. Sólo así tiene sentido hablar de duración. El autor contempla con crítica favorable el Decreto-Ley de 20 de julio de 1962, que, al emplear el término «empresarios agrícolas», interpretado en sentido jurídico como unidad de explotación dirigida a la producción agrícola, contrapone el concepto de *empresa* al Ordenamiento jurídico anterior, y supone el reconocimiento de la misma como entidad autónoma dotada de contenido. La nueva legislación no sujeta la cuantía de los créditos a límites establecidos, siempre que prometan una adecuada rentabilidad: no se distingue entonces los créditos, exclusivamente según el tiempo, y el prescindir de este factor aislado y conjugarlo como variable en atención al resultado previsible, responde con más exactitud al concepto del crédito personal agrario.

Estudia también la clasificación de los créditos por razón de los sujetos, individuales y colectivos: en cuanto a estos últimos hace interesantes consideraciones sobre la agricultura de grupo que introduce en el mundo de las pequeñas unidades de producción las ventajas económicas y técnicas de la gran Ley de división del trabajo. Si la finalidad del crédito agrario es la de promocionar la agricultura, sus manifestaciones más completas se encuentran en las formas de tipo cooperativista; si bien la elección no se plantea entre individualismo y colectivismo, pues «lo que se trata de aunar son los conceptos de personalidad y solidaridad». A continuación viene un resumen del régimen jurídico de las uniones de empresas agrarias, haciendo aplicación de él a los supuestos de titularidades que atribuyen goce y disfrute.

En el capítulo 5.º, último de esta primera parte, estudia el autor la organización del crédito agrario. Describe las diversas opciones posibles: de una parte, entre estatalidad y profesionalidad; de otra, entre unidad o variedad. Según él, en las actuales circunstancias, la estatalidad se impone. «En nuestro Ordenamiento jurídico, la ausencia de

organismo eficaz para la regulación del crédito agrario ha dado lugar a la actuación e intervención estatal para su regulación. El Estado actúa para subsidiar, para permitir mediante el crédito el desenvolvimiento del agro y que éste alcance el grado de madurez económica precisa para situarse en un plano de equivalencia de los otros sectores de la producción. Ello no puede ser objeto de crítica desfavorable. Pero el Estado debe estimular la creación de instituciones, asociaciones de carácter profesional, que poco a poco subentren en la función por él mismo asumida. Hasta que se alcance ese grado de desenvolvimiento, que estimamos puede lograrse por la vía cuasi-integracionista, el Estado debe prestar la colaboración precisa en todos los órdenes: político, fiscal, financiero, social y de precios.» Se impone también la administrativización del crédito, pues el Derecho administrativo responde aquí a diversos principios de bien común, subsidiariedad y justicia distributiva, que se concretan en la necesaria correlatividad entre política y economía como medio eficaz de realización de los fines del Estado. «La intervención administrativa constituye un mal necesario: la única posibilidad correctora del mal campesino.» En cambio, no admite el autor el régimen de centralización del crédito agrario, pues entonces, aun con la colaboración de los organismos inmediatos, el crédito personal agrario no reviste sus caracteres peculiares; tampoco se adapta, además, a la mentalidad del empresario agrícola. Ahora bien: la estatalidad y la administración no están reñidas con el sistema profesional, aplicado en la estructura periférica, y con la dirección de la política crediticia por el órgano central: La buena distribución del crédito agrario exige órganos periféricos, con facultades decisorias y de propia responsabilidad dentro de un límite cualitativo. Es misión del Estado estimular la creación y organización de las personas jurídicas menores, y tampoco debe éste retener de una manera absoluta y con criterio centralista el régimen jurídico y económico de una fuente de riqueza que afecta a más de una tercera parte de la población activa, diseminada por todo el territorio nacional.

La segunda y más extensa parte de la obra se dedica al estudio del crédito agrario individual, y en el primer capítulo, al problema de su justificación, tratado en los aspectos social, económico y jurídico. En particular, respecto de la susceptibilidad de crédito del arrendatario, apunta el autor que todo el conjunto de derechos atribuidos al cultivador, motivo de una fuerte discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la relación arrendaticia, constituye elemento suficiente para la fundamentación jurídica del crédito agrario individual, cuya posibilidad de reembolso no sólo se basa entonces en el principio de responsabilidad patrimonial universal, sino en la garantía que representa el contenido económico de los derechos atribuidos al cultivador no propietario.

Viene luego un detallado estudio histórico de los sistemas españoles de crédito oficial agrario y sus antecedentes, que termina con la exposición del Decreto de 16 de junio de 1954 y el Decreto-Ley de 20 de julio de 1962, este segundo de mayor apertura: en él, determinados préstamos, es decir, los dirigidos a la creación, conservación y mejora de la riqueza agrícola, forestal y agropecuaria, y de sus medios de promoción, etc., gozan de un trato de favor, en cuanto al plazo, y, sobre todo, la cuantía. Como contrapartida, esa pluralidad de sistemas, o ese régimen pluralista en la concesión de créditos, «constituye un régimen de privilegio que puede ser fuente de favoritismo y crear situaciones individualizadas distintas en personas que reúnan los mismos requisitos y características», cuando en realidad no hay práctica diferencia entre los beneficiarios que integran ambos grupos, ni se comprende qué

criterio discriminatorio pudo seguir el legislador para clasificar a los agricultores, individuales o colectivos, como sujetos al Decreto de 1954 o al de 1962.

Por otra parte, como el crédito rural es en nuestro Derecho actividad subsidiada por el Estado y encomendada a un organismo dependiente del mismo, si para su mayor desarrollo se prevé la posibilidad de acudir a órganos de colaboración que actúan como coadyudantes, al estar el órgano rector centralizado, surgen múltiples inconvenientes para el exacto cumplimiento de la política agraria.

De ahí pasa RUIZ SÁNCHEZ a estudiar los elementos del crédito agrario individual, y entre los personales, en primer lugar los concedentes, haciendo una detallada descripción de los organismos dadores de crédito, tanto públicos (Banco de Crédito Agrícola, Servicio Nacional del Trigo, Instituto Nacional de Colonización) como semi-públicos (Cajas de Ahorro) o privados (Bancos, entidades de financiación). Trata a seguida de los beneficiarios, en relación a los cuales «la concepción de la empresa como valor independiente del capital fundiario; la progresiva consolidación de los derechos del cultivador; el desplazamiento de la acción tuitiva del Estado en su beneficio; la posibilidad creciente de acceso a la propiedad; la durabilidad de las relaciones arrendaticias, etc., unido a la revitalización de la profesión campesina, constituyen elementos que paulatinamente se van teniendo en consideración para la concesión de créditos agrarios con garantía personal». Por eso, ni la solución de los problemas creados por las garantías de los préstamos agrícolas puede encontrarse íntegramente en el Derecho común (puesto que deben tenerse en cuenta las condiciones sociales y económicas propias de la actividad agraria), ni el crédito agrario se limita al titular de una explotación agrícola (mucho menos al propietario de la tierra), sino que incluye aquellas personas físicas o jurídicas que, no teniendo aquella calificación, cooperan en la actividad agraria. El autor va analizando paso a paso las diversas situaciones jurídicas y económicas en que puede encontrarse un posible beneficiario del crédito. Así, desde el punto de vista de los factores que afectan al crédito, a saber, el riesgo y el daño, en un terreno puramente económico, la susceptibilidad de crédito del cultivador en general, y los valores o índices que pueden servir para individualizar la concesión. Y en un terreno jurídico, se ocupa sucesivamente de la propiedad y los otros derechos reales que legitiman al cultivador; de los censos y de los problemas que se relacionan con su utilidad como garantía; de la superficie, el usufructo, el uso y las servidumbres de paso, aportando interesantes puntos de vista civilísticos sobre un sinnúmero de cuestiones de detalle que sería imposible resumir aquí.

Luego enfoca su análisis sobre los derechos que, aun sin titularidad real, comportan tenencia y disfrute de la finca: la posesión *in genere*, que constituye el núcleo de la situación arrendaticia, y el arrendamiento, tema cuantitativa y cualitativamente tan importante, que el autor plantea de entrada con unas consideraciones de orden económico, sociológico y jurídico, que no resisto a la tentación de copiar

«Un predio—dice—, en estado natural, es susceptible de producir. Las fuerzas biológicas de la naturaleza operan la actividad correspondiente en los ciclos genéticos. La actividad del hombre, interviniendo con su trabajo, corrige, en su provecho, esos ciclos biológicos, regularizando la producción. Como quiera que en estos rendimientos interviene el hombre, su calificación lógica y jurídica es la de frutos industriales. El arrendamiento supone una sustitución en esta intervención. Venimos manteniendo la diferencia y necesaria separación entre valor fundiario y valor empresa, ésta como actividad correctora en los

ciclos productivos. Como consecuencia de la separación entre valor tierra y valor empresa, concebidos actualmente como entidades perfectamente diferenciadas, se considera la renta de la tierra, como tal, baja. Necesariamente tiene que ser así. En el valor en renta de un predio actúan otros factores que hacen fluctuar su cuantía. Es la consecuencia derivada de la acumulación de trabajo y capital vertidos en el predio: árboles frutales, sistemas de irrigación, roturaciones ya efectuadas, caminos, edificaciones, derecho al uso de las aguas, etcétera. Estos elementos concurren en la determinación global de la renta de la tierra, de la que participa en mayor proporción quien la trabaja y aporta el capital productivo, sin olvidar la retribución que por el valor fundo y capital acumulado debe percibir su propietario. Así, retribuidos el trabajo, el capital productivo y el capital acumulado, la renta de la tierra es baja. Esta idea permite establecer la consecuencia de que el arrendamiento supone una sustitución en la titularidad empresarial que regenta el propietario del fundo y una sustitución, asimismo, en la forma de percepción de los frutos.» Mas siendo el arrendamiento una «sustitución en la empresa agrícola», el arrendador no se desentiende de ella, por su parte, de manera absoluta, de modo que, si el arrendatario es sujeto del crédito personal agrario, puede serlo también el arrendador, cuyo natural interés por la conservación de la empresa, su producción normal y la estricta observancia de las reglas de cultivo, le constituyen en «garantía indirecta de la marcha regular de la explotación agrícola y órgano indirecto de control de la inversión realizada». En el análisis que subsigue del contrato de arrendamiento, ya con referencia al Código civil, pone de relieve Ruiz SÁNCHEZ el elemento de profesionalidad, característico del empresario agrícola, y cualidad necesaria para que el arrendatario use de la cosa arrendada con la diligencia de un buen padre de familia y la destine al uso pactado o al que se infiere de su naturaleza, según costumbre de la tierra. Este carácter de profesionalidad es, con todo, mucho más manifiesto en los arrendamientos sujetos a legislación especial: no es un simple presupuesto natural, sino esencial: no hay mera sustitución en la titularidad de la empresa agrícola, sino en la dirección de la empresa, que es asumida por el arrendatario, dándose en realidad, además, una co-participación en función del fin de producción, que se revela en numerosos preceptos, y en particular en el régimen de mejoras: para el arrendatario, además, en la mayor exigencia de adecuación al uso pactado y consiguiente obtención de los rendimientos probables.

Son muchas otras las observaciones dignas de nota que hace el autor en el centenar de páginas versantes sobre el arrendamiento como titularidad duradera de la empresa agrícola: titularidad necesitada de obtener capital, cuando convenga, mediante el crédito. No obsta a la susceptibilidad de crédito el que el contrato de arrendamiento cree en el arrendatario un derecho de mero carácter personal, pues «para la protección de los derechos del arrendatario y proporcionar estabilidad al mismo no es preciso alterar su naturaleza jurídica: la legislación especial de arrendamientos rústicos lo que realmente protege no es al arrendatario, sino a la empresa agrícola», y al arrendatario sólo en cuanto titular de ella. El autor se fija especialmente en el ámbito de la legislación especial, la naturaleza de sus normas, las clases de empresas agrícolas contempladas por ellas (con acertadas reflexiones en orden al cómputo de la renta que determina la calificación de los contratos de arrendamiento como ordinarios o especiales), a la temporaneidad y profesionalidad, a la conservación, reparaciones y mejoras, y a la continuidad en las relaciones arrendaticias. Sugestivas, por ejemplo, sus consideraciones sobre la posibilidad modificativa del

uso pactado de la finca, en virtud de órdenes del organismo oficial competente, pero también de autorizaciones en consideración al interés general de la agricultura y a petición del arrendatario: facultad concedida a éste, que encierra grandes posibilidades para el desenvolvimiento del crédito agrario, garantizado por la mejora que el cambio de cultivo ha de representar al encaminarse a obtener el pleno rendimiento de que sea susceptible la finca. Así también las que hace en torno a la aptitud del arrendamiento protegido para el desarrollo de una moderada mecanización, obtenida gracias a la garantía que prestan la relativa estabilidad de los contratos arrendaticios; la condición de cultivador directo y personal del beneficiario, cuyo trabajo requiere vocación y sacrificio; incluso la exigencia de profesionalidad en el arrendador, si pretende recabar para sí la explotación inmediata del predio; también la colaboración en la empresa agraria de los familiares en su más amplio sentido, unidos bajo régimen de convivencia y dependencia económica. Finalmente, sugestivo el punto de vista que aporta en orden a la continuidad en el crédito personal agrario, caso de fallecimiento del arrendador: el continuador de la explotación, si el titular fallecido era beneficiario de un crédito, puede, a su bien razonado modo de ver, asumir los derechos y obligaciones dimanantes del mismo.

En sección aparte, estudia RUIZ SÁNCHEZ la susceptibilidad de crédito de la aparcería; y de sus peculiares características, y en particular de su temporaneidad, deduce que «la posibilidad de eficaz y efectiva inversión a favor del aparcerero será la modalidad de corto plazo, salvo que los riesgos financieros que puedan afectar a la inversión a realizar se garanticen por otra modalidad personal». La particular garantía que prestan los frutos no puede ser hecha efectiva en especies individualizadas—señala—hasta tanto no se haya realizado la partición, pero ello no es obstáculo para que sobre la cuota de frutos correspondiente al cultivador se adopten las medidas cautelares que la Ley de procedimiento permite, concretándose la responsabilidad en su día a la participación que pueda corresponder al aparcerero, y haciéndose efectiva por el trámite de ejecución de sentencia. Naturalmente, todo esto es aplicable también al propietario gerente. Alguna dificultad plantea al crédito, con todo, la preferencia reconocida al propietario por los anticipos concedidos por él al aparcerero (art. 50, 2.º, de la Ley de Arrendamientos Rústicos, en su versión actual).

Niega seguidamente susceptibilidad de crédito personal al precario, caracterizado por una indeterminada temporaneidad que, como factor negativo, incrementa el riesgo de la inversión y hace escasamente posible el desenvolvimiento de una explotación agrícola, cuya función depende exclusivamente de la voluntad del propietario de la tierra. Alguna mayor perspectiva ofrece la usucapión titulada, pues la garantía que suministra la empresa agraria puede quedar en alguna parte suplida por las indemnizaciones al poseedor de buena fe, aparte el valor de los bienes eventualmente adquiridos con cargo al crédito, y la posibilidad de que la actividad del cultivador se centre en otra explotación agraria.

Este largo capítulo termina con una sección dedicada a estudiar los beneficiarios de crédito no cultivadores. Las sociedades de explotación agrícola, en primer lugar, cuyos especiales caracteres y necesidad vocacional se ponen de relieve, junto con los riesgos de la empresa. La responsabilidad en las sociedades civiles, como éstas, en opinión del autor—y contra la sustentada por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER—afecta subsidiariamente a los socios, si bien es mancomunada y no solidaria, de modo que el crédito, caso de insolvencia de la sociedad, puede ser

hecho efectivo frente a los partícipes. Y, por último, los que pactan estipulación en favor de tercero, la cual puede servir en cualquiera de sus modalidades, propia e impropia, para el fomento de la agricultura y la movilización de los recursos en su beneficio.

Un capítulo ulterior enumera los diversos elementos reales que cuentan en la concesión del crédito. En primer lugar, el capital de la empresa; bien entendido que «el examen de los diversos elementos de la explotación agraria ha hecho que se abandone la clasificación bimembre de capital fijo o capital territorial, que pertenece al propietario, y capital circulante o capital agrícola, que pertenece al que explota la finca». El autor analiza los diversos elementos activos y pasivos que componen una explotación agrícola y explica cómo la importancia del capital depende de la época del año en que se hace el inventario y el precio unitario que se ha aplicado a los productos almacenados: de esta apreciación se libra, como elemento de mayor estabilidad, el fundo—*fundus instructus*—con todas las circunstancias que lo individualizan y perfilan sus características.

Por su parte, la inversión a realizar ha de ser conforme a la aptitud vocacional de la tierra, y, en primer lugar, ha de ser una inversión propiamente tal, pues el crédito agrario no va encaminado a solucionar conflictos financieros privados, es decir, de la economía doméstica: se proyecta sobre la empresa agraria y tiende normalmente al incremento de la producción. Además, el crédito requiere una proporcionada rentabilidad, es decir, correlatividad entre la inversión proyectada y la empresa solicitante. Finalmente, es necesario tener en cuenta los factores humanos concurrentes en el beneficiario en relación con aquellos otros determinantes de los derechos que ostentan sobre el fundo, así como las posibilidades financieras y comerciales de la empresa. En cualquier caso «no se puede pretender una valoración absolutamente exacta de los diversos elementos que la integran, porque su variabilidad no sólo está relacionada con los procesos biológicos de la naturaleza y de los agentes atmosféricos, sino con la especial idiosincrasia del titular de la explotación». Para una valoración aproximada serán determinantes los elementos de carácter físico del fundo y naturaleza de la explotación, así como, en su caso, el factor cronológico, que impone la necesaria correlación, cuando el beneficiario es un cultivador no propietario, entre el crédito y la estabilidad de la empresa, con previsibilidad, en tal caso, y en un aspecto jurídico, de las circunstancias resolutorias de la titularidad posesoria.

El autor analiza aquí diversas cuestiones relacionadas con el tema del crédito, como el equilibrio y equivalencia de las prestaciones en materia de arrendamiento y diversos temas de indemnización por mejoras, opinando que, si bien la Ley elimina los abonos de la calificación de mejora, cabría indemnización cuando, por las especiales circunstancias ocurrientes en un predio, es preciso llevar a efecto un tratamiento más intenso de lo normal u ordinario: el de la «costumbre de la tierra».

A continuación se describen los elementos formales del contrato del crédito agrario, con largas e interesantes consideraciones, tanto sobre su forma como sobre su cálculo económico.

El capítulo siguiente inicia el estudio de la garantía en tema de crédito personal. Si en el orden económico el crédito está integrado por dos elementos, a saber: la confianza y la solvencia, cuando se acude a medios para asegurar el reembolso de la cantidad entregada, lo que se trata de reforzar es esto segundo, la solvencia, ante los posibles riesgos que afectan a la empresa del prestatario. Para valorar esos ries-

gos se tiene en cuenta el elemento moral, representado por la voluntad de pagar en su día; el comercial, dado por la marcha de la empresa, y el financiero, representado por las posibilidades de liquidez de la misma. Influirán en el riesgo, por ejemplo, la naturaleza de un cultivo, determinando en el dador de crédito la lógica preferencia respecto de aquél que, por sus características, ofrezca mayores seguridades de eficaz rentabilidad: la profesionalidad y aptitud del agricultor, etc

Puede el riesgo aminorarse mediante garantías añadidas, y a este efecto examina RUIZ SÁNCHEZ, en primer lugar, la fianza civil, señalando en las conclusiones críticas el peligro de la fianza retribuida, en la cual la finalidad del crédito agrario, como medio de proporcionar capitales a bajo interés, se desborda ante las exageradas pretensiones de fiadores profesionales. Así, en «el cultivador que llegue a solicitar un crédito personal, a las preocupaciones propias y naturales derivadas de su profesión se unen otras, impuestas por el fiador—cacique local y sustituto del antiguo prestamista—que agravan considerablemente su equilibrio psíquico, con perjuicio de la empresa agraria que dirige».

Cabe pensar en otras fórmulas de garantía; pero, como dice el autor, «la aplicación de las fórmulas puras del Derecho mercantil al crédito personal agrario ofrece la dificultad de adaptación derivada de las notas que peculiarizan a uno y a otro. Estas se sintetizan en la rapidez característica del uno frente a la lentitud del otro impuesta por los ciclos biológicos de los cultivos y el comportamiento de todo lo agrario: sus resultados (mejoras de raza de animales, nuevos cultivos o sistemas, etc.) sólo se pueden apreciar y valorar en el tiempo». No obstante, en el libro, tras apuntar la coincidencia entre la buena fe ubérrima del Derecho mercantil y la profundidad e intensidad de la relación de confianza en el crédito agrario, se procede a un análisis de diversas formas de garantía: la fianza mercantil y los títulos de crédito, y, en particular, la letra de cambio: primero, en términos generales, y luego, con mayor detalle, la cambial agraria, punto acerca del cual sienta nuestro autor, de *lege ferenda*, interesante doctrina. Es partidario de conservar las características fundamentales de la letra de cambio (frente a lo que ocurre en la legislación italiana). Según él, «la cambial agraria ha de ser un título de esta naturaleza (cambial), con las especialidades derivadas de la necesaria protección en razón de la fundición crediticia que la misma ha de cumplir». Por consiguiente, «las mixtificaciones la alteran y harán que, a la larga, deje de tener efectividad. Por ello hay que concebir la letra agraria como título genuino de crédito y cambio destinado a la agilización de capitales en beneficio de la agricultura y del agro en general y vertido esencialmente al tráfico». En definitiva, como características de la cambial agraria, en cuanto subespecie de la ordinaria, estima que bastaría: a) La específica denominación de cambial agraria. b) La concreción y especificación del crédito que empare la letra de cambio, bien se trate de crédito de ejercicio, de renovación o mejoramiento. c) Fraccionar el crédito total en pagos y letras parciales y correspondiendo a cada plazo una de las letras en circulación. d) Que la cambial agraria debe ser título cuya emisión debe ser privativa de los institutos o entidades de crédito legalmente constituidos, que gozarán de privilegio especial. Se detiene, en particular, en el análisis de los diversos sistemas de amortización del crédito mediante letras (remisión de una sola, con renovaciones, o fraccionamiento del principal, intereses y gastos en varias), exponiendo sus preferencias por el segundo. Las letras serían libradas por el organismo competente a su propio orden y aceptadas por el librado-beneficiario. Y el régimen de las excepciones cambiarias sería el mismo que el de la cambial ordinaria. Tampoco sería preciso para la cambial agraria un régimen especial de garan-

tía, y menos la constitución de un derecho real al dorso mediante nota de referencia extendida por el notario autorizante de la pertinente escritura de préstamo, según opina SAPENA: para RUIZ SÁNCHEZ, «la complejidad de un sistema de esta naturaleza haría que fracasase totalmente la cambial agraria». En todos los restantes extremos, que detenidamente analiza, la regulación sería muy semejante a la de la cambial ordinaria.

Dentro de los títulos de crédito, también el cheque puede cumplir función de garantía del crédito personal agrario: el autor, después de estudiar sintéticamente la regulación de este título, concluye que «el cheque puede actuar como cobertura de un crédito personal agrario. Se entrega como medio para un fin, que es la obtención del dinero; es decir, no para cancelar una obligación preexistente del librador frente al tomador, sino para constituir un préstamo—*causa credendi*—, el cual será satisfecho en el momento convenido mediante presentación del documento al librador. La entrega del cheque, en función de pago diferido—postdatado—o de garantía, será simultánea a la constitución de la relación subyacente. En el primer supuesto, en función de pago y llegado el vencimiento, el acreedor lo presentará para su cobro. En el segundo, función de garantía, satisfecho el crédito, se procederá a su devolución por el tomador».

Son muchas otras las formas de garantizar un crédito personal; el autor concluye el tratamiento del tema con unas consideraciones de orden general sobre la responsabilidad patrimonial universal, y otras más específicas sobre la garantía en la técnica bancaria, la asunción de deudas, el contrato de garantía y el mandato de crédito. En un ulterior apartado el autor resume sus consideraciones anteriores de orden económico y sociológico, poniendo de relieve, en orden a la garantía, la necesidad del asentamiento familiar, el incremento de la productividad (rentabilidad) y la ordenación racional del régimen de cultivos.

Es importante, tanto en su aspecto crítico como en el descriptivo, el capítulo dedicado a la proyección proteccionista de poder público sobre el agro. Enumera el autor las múltiples causas determinantes de esta actitud, justificada por el fracaso del liberalismo económico; la encuadra en el marco del Estado del Derecho y la reconduce, en principio, a la Administración. Dentro de la internacional, describe, como organismo destinado al estudio y solución de los problemas agrarios, a la F. A. O.; y en el nacional, donde la preocupación por los problemas agrarios ha llegado a calar hondo en el poder público, examina como medios de fomento de la agricultura íntimamente enlazados con el crédito agrario, en el ámbito exterior, el seguro de crédito a la exportación, con su secuela del consorcio de compensación de seguros, minuciosamente explicados, y en el interior, la Ley de 20 de julio de 1963 sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia (de cuyas normas, por vía, lateral, ha de beneficiarse la agricultura, en cuanto se sancionan todas las conductas que la sitúan, frente al comprador y sus productos, en una posición de inferioridad); el Instituto de Crédito a medio y largo plazo, con descripción de los principales preceptos reguladores; y el Instituto de Crédito de las Cajas de Ahorro, así como el Banco de España, ambos más brevemente. Recuerda que el crédito no es un agente de la producción, sino un elemento de ella, y por cierto esencial; que el crédito agrario ha de actuar y desenvolverse en un ambiente fundamentalmente humano, y que si bien el agro precisa créditos abundantes y fáciles, éstos no pueden ir exclusivamente a cargo de las entidades oficiales, siquiera sean hoy utópicas las posibilidades de obtención de crédito en el ámbito privado.

El penúltimo capítulo de esta larga e intensa obra se ocupa de los derechos y obligaciones creados por el crédito. Este reviste especiales características, las cuales aconsejan contemplar en él la nota de *bilateralidad*, y eso aunque el pacto de pagar interés en el préstamo mutuo no se desvirtúe *in genere* el carácter unilateral de este contrato. La bilateralidad se percibe claramente cuando se asigna al crédito un fin específico, comercial, industrial o agrario. En orden a los derechos del concedente, el plazo de reintegro de capital ha de ser proporcionado a la necesidad que con él se va a cubrir, debiendo tenerse en cuenta la orientación establecida por el legislador al fijar los coeficientes anuales de amortización de los elementos del activo de una empresa industrial, según la clase de actividad. En cuanto a la percepción del interés, en el crédito agrario están en pugna, de un lado, la intensidad de los riesgos que exigiría una fuerte compensación en forma de intereses, y de otro, la deficiente rentabilidad: en la agricultura no puede remunerarse el capital en competencia con otros sectores, y de ahí la necesidad de dinero barato que, además, esté dispuesto a una lenta recuperación. Siguen consideraciones interesantes sobre el reintegro de capital e intereses, y en particular el reintegro anticipado, posible en el crédito agrario como algo implícito en la relación jurídica.

De la garantía deriva, para el concedente, la posibilidad de un control de inversión, en su doble aspecto de control de la inversión propiamente dicho (análisis de los elementos integradores de la empresa agraria, valoración cuantitativa y cualitativa, posibilidades técnicas, financieras y comerciales), y un control de la garantía, distinto según el crédito sea a corto, medio o largo plazo, pues realizada la inversión del crédito de ejercicio, la función del control se extingue. Junto al control de inversión, otro de uso: de la diligencia de buen labrador encaminada al aumento de rentabilidad del predio, merced a las nuevas impensas. El organismo y forma de control no han de desarrollar una actividad absorbente, produciendo en el beneficiario la impresión de constante vigilancia; ni, por otro lado, ha de investirse al organismo concedente de autoridad absoluta, que tampoco cabría acordar a un órgano de control administrativo: la intervención ha de ser siempre flexible. Entre las obligaciones del concedente podría establecerse—de hecho se establece, a veces—la ayuda técnica, y así también la asistencia jurídica. Un punto ulterior sobre el cual, de una parte, puede ejercerse el control, y de otra, prestarse la ayuda, es el régimen de mercados: la empresa produce para el mercado, y la función de producción coexiste con la de venta. Pero en ese aspecto de la comercialización, el agricultor tiene escasa defensa, y menos si se trata de pequeñas explotaciones de carácter familiar. «La única posibilidad—dice el autor—radica en las integraciones horizontales por comarcas o regiones. Así, los extraordinarios márgenes existentes de productores a consumidores podrían reducirse beneficiando a ambos, aumentando la renta agrícola». El Estado, por su parte, ha de colaborar en este aspecto.

Los derechos y obligaciones de los beneficiarios del crédito son inversos a los del concedente. Obligación específica es la inversión del crédito, conforme a la finalidad pactada, y como consecuencia de ella la obligación del beneficiario de informar a su concedente, de buena fe y del modo más amplio posible, de todas las vicisitudes que afecten a la empresa, como un todo orgánico unitario, y en relación con las finalidades y caracteres del crédito concedido. Puede pactarse también—y, en cierto modo, puede ser una obligación moral cuando no se pacte—un aseguramiento que cubra el riesgo de la financiación al prevenir la pérdida de las cosechas, lo cual es más complejo en el régimen de policultivo, dada la dificultad de valorar aquéllas. En todo caso, el seguro,

al constituir garantía de reembolso del crédito, lo facilita, haciéndolo más asequible. Esto, respecto del seguro de los riesgos a que puedan estar afectados los bienes resultantes de la inversión crediticia realizada, en cuyo aspecto la función de garantía frente al crédito personal agrario es de naturaleza indirecta. De naturaleza directa, en cambio, es el seguro de crédito, es decir, de la insolvencia del deudor. Estudia, finalmente, el autor las posibilidades asegurativas de los propios bienes que son objeto o finalidad de la inversión: las cosechas en la realizada para su producción y recolección; el utillaje para los créditos de renovación (susceptibles, además, de garantía real); y las mejoras, frente a los créditos concedidos para llevarlas a cabo. En este último aspecto señala cómo la Ley Hipotecaria produce un efecto disuasorio y contraproducente, pues las mejoras practicadas mediante la inversión de un crédito personal favorecen al acreedor hipotecario. Ciertamente, en la Ley Hipotecaria hay normas favorables al tercer poseedor. Pero el artículo 111 no excluye de la responsabilidad a las inversiones posteriores a la hipoteca. Consiguientemente, las fincas hipotecadas «se condenan al ostracismo. El propietario deudor ve cerradas sus posibilidades de liberación mediante la realización de inversiones futuras de carácter útil. Estimamos—dice—que la extensión objetiva de la hipoteca debiera restringirse al valor real de la finca en las condiciones en que la misma se encontrase al tiempo de constitución de la hipoteca, y respecto de las mejoras existentes en la finca, que no procedan de créditos agrarios; por consiguiente, no se extendería a las mejoras de este origen».

El último capítulo, dividido en tres secciones, versa sobre los efectos y resolución del crédito personal agrario. La sección A) comenta los casos de resolución por causa atribuible al titular: imprevisto inversión, conducta omisiva y negligente, cesación en el cultivo (por causa ajena o no a la voluntad del beneficiario). El apartado B) trata de los efectos respecto de terceros. El análisis se centra sobre dos puntos muy dignos de meditación. Veámoslos.

Primero, el de la prelación de créditos, y si puede atribuirse al crédito agrario, en su caso, el carácter de refaccionario. El autor, como observación de principio y de *lege ferenda*, entiende que «si el crédito agrario, como crédito de producción, está destinado a inversiones que se dirijan a la creación, conservación y mejora de la riqueza agrícola, forestal y agropecuaria y de sus medios de promoción, o a la instalación y perfeccionamiento de industrias agrícolas, forestales y pecuarias, en cuanto responde a una causa, a una razón teleológica esencial, se ha de conceptualizar como privilegiado». Pues el mantenimiento de una situación de igualdad puede producir en ciertas circunstancias consecuencias deplorables, ya en orden a la concesión del crédito, ya, si se concede, en orden a su restitución. Podrían imaginarse diversos sistemas de privilegio (acompañados o no de reipersecutoriedad), a saber: a) de hipoteca legal tácita respecto del total valor de la finca como consecuencia de la refacción (sistema anterior a la Ley de 1861); b) de hipoteca legal expresa recayente sobre el mayor valor experimentado por la cosa refaccionada (sistema de la Ley vigente); c) de hipoteca legal tácita sobre el mayor valor de la finca, y expresa que afectaría a la totalidad del bien objeto de inscripción refaccionaria, con preferencia sobre la totalidad de los acreedores hipotecarios, si éstos prestasen, de forma solemne y unánimemente, su consentimiento; y d) atribuyendo al acreedor refaccionario por créditos agrarios una hipoteca legal tácita sobre el mayor valor experimentado por el bien objeto de la refacción y exclusivamente sobre este mayor valor, ocupando, por lo que no cubra, el lugar correspondiente, en razón al título, si el mismo es

inscrita o anotada». Hace notar RUIZ SÁNCHEZ las garantías adicionales de que goza el crédito agrario: por su origen, entidad, objeto, finalidad, y supervisión, siendo el concedente un órgano público o uno privado debidamente autorizado. Para él, «si el propietario de un fundo tiene el estímulo adecuado para llevar a efecto mejoras que le permitan aumentar la rentabilidad de su predio, haciendo frente a las obligaciones que sobre él pesaran como deudor por un crédito personal agrario, el privilegio no actúa en su beneficio directamente, sino del organismo concedente. Por ello, y dado el carácter del crédito agrario el hipotético privilegio (hipoteca legal tácita, o, en su caso, hipoteca legal expresa), sólo actuará en favor del concedente en el supuesto de que el beneficiario del crédito fuese el titular de la finca y las obras o mejoras se hubiesen realizado al amparo del crédito agrario». Ahora bien: «en aquellos casos en que el propietario no ostenta la posesión inmediata de la finca, sino que otra persona tuviese el señorío o poder de hecho sobre la misma, el Ordenamiento jurídico establece un régimen indemnizatorio, por las mejoras útiles realizada por quien tenga la posesión como poder de hecho, más o menos amplio, según la naturaleza de esa misma posesión, y, por consiguiente, no es justo que sobre dicha obligación de indemnizar pesara como carga real otra que gravara o afectase al predio, cuando el titular no ha sido el beneficiario del crédito, sino el poseedor inmediato, a quien tendrá que indemnizar por las mejoras realizadas».

Segundo: si el tercero que entra en el cultivo de la finca podría subrogarse en lugar del beneficiario de un crédito agrario, y en qué supuestos. Evidentemente, en ocasiones «la subrogación ofrecerá grandes dificultades, como en el crédito de ejercicio (con privilegio por semillas, gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor, sobre los frutos de la cosecha para qué sirvieron: art. 1.922, núm. 6.º, del Código civil), ya que, teniendo una finalidad concreta y breve plazo, los efectos normales sobre los frutos que pertenecen a quien sembró y labró no se corresponderían con la subrogación». Fuera de esto, para la transmisión voluntaria *inter vivos*, el autor, partiendo de su idea de distinguir entre *continuidad* y *sustitución* en la explotación agraria, habla de una transmisibilidad limitada y de una transmisibilidad relativa. En principio será precisa la autorización expresa del organismo concedente en los casos de sustitución. En los de continuidad, que sólo puede producirse dentro del seno mismo de la familia y en favor de determinados parientes convivientes, hay supuestos concretos (por ejemplo: arts. 47-3.º, 86 y 89 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos) en los que la continuidad en la explotación agraria permitiría la asunción de deuda, sin que se altere la primitiva relación obligacional; y en los que tal asunción debería llevarse a efecto en atención a la misma función y fines del crédito personal agrario. En materia de sucesión a causa de muerte, habría que distinguir, asimismo, entre sustitución y continuidad. En el supuesto de sustitución, la consecuencia es la sucesión en el pago; mientras que en el de continuidad, la cohesión y la estabilidad de la familia abonan por la sucesión en la deuda. Es interesante esta distinción del autor (sobre la cual se extiende largamente) e importante para el Derecho de sucesiones. A efectos de la sucesión tiene también trascendencia que la transmisión de la deuda tenga lugar, ya en periodo inversionista, ya en ciclo de producción (referido al cultivo o a bienes muebles), ya en ciclo de renovación o de mejoramiento.

El apartado C) del último capítulo estudia la cesión forzosa, bien sobrevenga efectuada la obra o en periodo inversionista, centrándose sobre los diversos supuestos de expropiación. Y tras él, 26 enjundosas

conclusiones, que resumen los puntos de vista teóricos y prácticos de José Luis Ruiz Sánchez, en orden a las diversas cuestiones tratadas.

Tras esta larga exposición, que, con todo, no consigue dar una idea exacta del variado, abundante y excelente contenido del libro, poco queda por decir al relator. «Ello, Inés, solo se alaba; no es menester alaballo.» Pero se da la circunstancia de que, en este caso, el relator es un amigo entrañable del autor, testigo singular de su dedicación, laboriosidad, vocación científica y espíritu universitario; cualidades éstas que avaloran las del competente e integérrimo magistrado. Y no querría que faltase, junto a la *garantía real* de este voluminoso, bien escrito y concienzudo libro, lo que pueda suponer de *garantía personal* el testimonio de quien ha seguido muy de cerca su elaboración.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.

SALIS, LINO: *El condominio en los edificios*. Traducción y notas de *Derecho español*, de Juan V. Fuentes Lojo, Librería Bosch, Barcelona, 1968.

Esta obra, se anuncia en la contraportada del volumen, que en su edición italiana forma parte del vol. V, tomo III, del *Trattato di Diritto Civile*, publicado bajo la dirección del profesor VASALLI. La traducción, fiel y cuidada de FUENTE LOJO, nos la presenta en un solo volumen aislado que supera las 300 páginas.

El volumen que comentamos se circunscribe al estudio de la normativa legal italiana sobre el fenómeno que en nuestro Derecho se conoce con el nombre de propiedad horizontal. Al interés natural del tema, como punto de comparación de otra legislación, se une el trabajo de traductor, que también hace la noble función de anotar y coordinar y diferenciar la legislación italiana con la nuestra. La traducción está cuidada y las notas son lo suficientemente claras para resaltar la legislación española. Con la seriedad que caracteriza al jurista italiano en su estudio, al pie de página van recogiendo las oportunas notas aclaratorias para el lector. Para las nociones preliminares se incluye una bibliografía casi de urgencia que no rebasa los 20 autores y títulos. Un índice alfabético de materias va orientando al lector sobre los puntos concretos que pueden interesarle.

La obra se estructura en nueve capítulos de letra apretada, que va presentándonos este fenómeno de la propiedad por pisos en los edificios, tocando desde las fuentes del «condominio» (entiéndase «propiedad horizontal») hasta su extinción, pasando por el objeto, los derechos de disfrute, las mejoras, las obligaciones, la sobreelevación del edificio, la administración y el reglamento. Precede a todas ellas una parte preliminar que aclara nociones. Siguiendo prácticamente esta sistemática, suficientemente orientadora para el lector, vamos a distinguir las siguientes partes.

I. NOCIONES PRELIMINARES.

Dentro de las mismas y con la nueva regulación que establece el Código, sustituyendo a la Ley de 15 de enero de 1934, se precisan los conceptos de propiedad de edificios en *pro indiviso*, el condominio de edificios, la propiedad superficiaria sobre pisos o departamentos y el problema de condominio como consecuencia necesaria de la coexistencia de varias propiedades superficiarias.

Interesa destacar el sentido o concepto que se nos da de la propiedad superficiaria, que abarca los casos en que el propietario de la construcción sea distinto del terreno y los de pisos o departamentos cuando en una misma construcción (sobre o bajo el suelo) los pisos o departamentos pertenezcan a propietarios distintos, y el terreno sobre el cual esté edificada la construcción sea común a los propietarios de los diversos pisos, o bien pertenezcan en propiedad exclusiva sólo a alguno de tales propietarios o bien a un tercero. De otra parte, en el caso de edificio dividido en pisos o departamentos puede surgir, ya el supuesto de una propiedad separada, ya el de una propiedad superficiaria (bien a través de una previa concesión de un derecho de superficie o sin previa constitución de la misma).

Para los casos de condominio como consecuencia de varias propiedades superficiarias se sienta la doctrina de que ciertos elementos pueden ser comunes de los singulares propietarios de pisos o departamentos, pero también pueden ser privativos de uno o de varios y los demás sólo ostentar derecho de goce. La existencia de propiedades superpuestas y colindantes en un solo edificio, supone el nacimiento de límites en el goce de las cosas que no tienen su base en una comunidad. Como vemos, es distinta la doctrina italiana frente a la normativa española.

II. FUENTES DEL CONDOMINIO.

La problemática de las fuentes por las que ha de regirse el condominio se complica en el Derecho italiano en virtud del artículo 1.117, que «presume» que las cosas que los propietarios gozan en común pertenecen a los mismos en copropiedad, salvo que el «título» establezca otra cosa. La consecuencia es que la Ley no puede considerarse fuente de la comunidad en la hipótesis en la que tal comunidad haya sido establecida por voluntad de las partes

III. OBJETO DEL CONDOMINIO.

En torno a la extensión de la presunción del artículo 1.117 del Código civil se profundiza en el presente capítulo. La norma enumera una serie de cosas que deben presumirse comunes en cuanto estén destinadas al uso y al disfrute común de todos los partícipes o copartícipes, pero no debe considerarse taxativa. En todo caso el *destino* de las cosas es decisivo a los efectos de que la presunción legal opere sobre las mismas para considerarlas comunes.

Siguiendo este camino se van estudiando la serie de cosas sobre las cuales puede recaer la presunción. Y así se expone lo referente al suelo (área sobre la que se alza lo edificado); el subsuelo (al que no hace alusión la Ley española); los cimientos; las paredes maestras (la Ley española llama muros a este elemento); obras construidas con finalidad

decorativa o para fin de utilidad general, techos y azoteas, terrazas, jardines colgantes (la legislación española habla de «cubiertas»); terrazas a nivel; obras construidas para el uso o disfrute de un solo piso o departamento (jurisprudencialmente ha sido considerado como pertenencia del departamento a tales elementos); escaleras, portales de acceso, vestíbulos, pasillos y pórticos; patios; patios situados entre edificios; locales para servicios comunes, y obras, instalaciones, artefactos que sirven al uso o goce común.

IV. EL DERECHO DE DISFRUTE DE LOS PARTICIPES.

De la amplitud y de los límites que cada partícipe tiene respecto de su derecho al disfrute de la cosa es la materia que se aborda bajo el título de referencia. Se hace presente como el principio de respeto que establecía la antigua Ley de 1934 ha desaparecido en el Código civil, ya que en el mismo existe un precepto muy similar al del artículo 394 de nuestro Código civil.

Se van desmenuzando una serie de supuestos bajo la idea de separar las obras que el propietario de un piso o departamento no puede realizar en las cosas comunes en fuerza de la prohibición impuesta por las reglas de la comunidad, de las obras que no puede ejecutar ni sobre cosa propia ni sobre cosa común en cuanto que de las mismas podría originarse un daño o detrimento en las de propiedad exclusiva de los otros partícipes. Se citan los casos de obras susceptibles de acarrear perjuicio a la estabilidad y a la seguridad del edificio; las que alteran el decoro arquitectónico; las limitaciones que surgen de las relaciones de vecindad; de las distancias legales; de inmisiones y actos de emulación; del destino del edificio; de la reglamentación propia de la comunidad y las limitaciones que surgen del uso y servicio comunes (uso por turno, por servidumbre, respeto del destino, etc.), así como los casos de fijación de letreros, antenas, apertura de balcones, ventanas, etc

V. LAS INNOVACIONES EN LAS COSAS COMUNES.

Se precisa la variación que el concepto de innovación ha tenido a través del antiguo Código civil de 1865 y el que instaura la Ley de 1934 y recoge el actual y vigente Código civil. Actualmente ya no es viable la distinción entre innovaciones lícitas e ilícitas, sino que hoy debe considerarse como innovación a los actos de uso y disfrute que se realizan con adiciones o modificaciones a las cosas comunes cuando para su ejecución se precisa un acuerdo de la mayoría de los partícipes.

Se desarrolla la materia bajo una previa clasificación legal: actos innovativos que la mayoría tiene el poder de acordar (es decir, actos de modificación o adición de las cosas comunes, cuya licitud subordina la Ley al hecho de la aprobación por parte de la mayoría); actos innovativos prohibidos de modo absoluto (esto es, actos cuya ejecución está vedada de modo absoluto, ya al singular partícipe, ya a la asamblea de condueños) y actos de disposición que constituyen categoría independiente y que requieren el consentimiento de todos los partícipes.

VI. OBLIGACIONES DE LOS PROPIETARIOS DEL EDIFICIO.

También resulta interesante este capítulo en el que se trata de una serie de obligaciones que se imponen a los copropietarios en virtud del

goce común de determinadas cosas y servicios y de la existencia misma de varias propiedades superficiarias. Fundamentalmente, pues descender al detalle haría extensísima esta recensión, se afronta el problema de los gastos en sus múltiples variantes de necesarios, útiles o suntuarios, de conservación extraordinaria, de reconstrucción y conservación y de interés común.

Destaca el estudio que se hace sobre si existe o no solidaridad en las obligaciones de los condominios, sosteniéndose por la doctrina y jurisprudencia italiana el principio de que la solidaridad no se presume, al igual que en nuestro Derecho. También merece estudio especial el cálculo de la cuota de gastos que grava a cada partícipe y que se soluciona bajo el principio de la proporcionalidad del valor. Especialmente también se afronta el problema del reparto de gastos en la hipótesis del destino de las cosas comunes a un uso divisible.

VII. LA SOBREELEVACIÓN DEL EDIFICIO.

En el Derecho italiano el artículo 1.127 configura el fenómeno de la sobreelevación como un derecho que se concede al propietario del último piso, salvo que el título diga otra cosa. Este derecho también se concede al propietario del terrado. En correspondencia se otorga a los condominios el derecho a oponerse en ciertos casos y a recibir una indemnización en otros. Por ello, dice el autor, que se trata de un derecho en si mismo, no siempre conexo necesariamente, ni necesariamente dependiente de la propiedad del último piso.

Examina, desde el punto de vista doctrinal, el caso de concesión o reserva del derecho a sobreelevar a través del derecho de superficie y los casos en que el último piso esté dividido en diversos apartamentos o pertenezca en comunidad. El resto de los problemas que se estudian detenidamente hacen referencia a las condiciones y efectos que produce esta sobreelevación (derechos, consentimientos, indemnizaciones, etc.).

VIII. LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PARTES Y SERVICIOS COMUNES.

El modo en que esta administración viene regulada, y sobre todo el poder de representación incluso judicial, atribuido por la Ley, a algunos órganos de la Administración, ha hecho nacer repetidamente la duda sobre la posibilidad de atribuir personalidad jurídica al ente del condominio, considerándolo como algo distinto de las personas que lo componen. Jurisprudencia y doctrina lo han negado estimando que sólo puede considerarse como «un ente de mera gestión», denominación criticada por el autor.

Después de distinguir entre los actos de administración que no repercuten sobre los demás partícipes y los que sí repercuten, examina los órganos de la Administración, concretándolos a la asamblea y al administrador en todo su ámbito y legitimación de actuación. Prácticamente es el capítulo de la obra más amplio.

IX. EXTINCIÓN O DISOLUCIÓN DEL CONDOMINIO.

Se examinan tres casos concretos de extinción o disolución del condominio. El primero de ellos es el que establece el artículo 1.119 del Código civil respecto de las partes comunes, que si bien se predica que

no son divisibles, luego se añade que a menos que la división pueda llevarse a cabo sin hacer más incómodo a cada condominio el uso de la cosa. Precepto que choca evidentemente con el principio que establece el artículo 396 del Código civil español.

El segundo caso es el del edificio que se divide en varios autónomos. El presupuesto para que tal división pueda acordarla la asamblea, u ordenarla la autoridad judicial, lo señala la Ley de un modo vago: el edificio se puede dividir en partes que tengan las características de edificios autónomos. Establecer cuándo un edificio debe considerarse como autónomo o independiente de los otros adyacentes, dice el autor, es problema de técnicos, y en caso de desacuerdo será preciso una prueba pericial técnica.

El último supuesto de extinción es el de la pérdida del edificio totalmente o en una parte que represente los tres cuartos de su valor. Paralelamente se examinan, relacionados con esta causa, los problemas de la cesión de los derechos de la parte demolida, la obligación de reconstruir, derechos de acreedores hipotecarios y privilegiados, destino de la indemnización del seguro, etc.

X. EL REGLAMENTO DEL CONDOMINIO.

El último capítulo de la obra es el relativo al Reglamento del condominio que es exigible cuando el número de condominios exceda de diez. FUENTES LOJO, en las notas sobre este punto, señala las tres grandes distinciones que en nuestro Derecho existen frente al italiano: título constitutivo, estatutos y reglamento interno. Tampoco en nuestro Derecho es obligatoria la formulación de un Reglamento.

Mientras en el Derecho italiano, y seguimos señalando diferencias, el Reglamento viene sujeto a la inscripción registral, en nuestro sistema el Reglamento no se inscribe nunca, a diferencia de los estatutos y el título constitutivo.

Se estudian, por último, los problemas de la impugnación del Reglamento, su contenido, sanciones por incumplimiento, determinaciones del valor de los pisos y los de derecho transitorio de los Reglamentos anteriores a 1941.

La autoridad que representa LINO SALIS, Profesor de la Universidad de Cagliari, la documentada exposición que hace de las materias tratadas, la fina interpretación que utiliza para resolver la multitud de problemas que se presentan y la claridad de su exposición, hacen de por sí valiosísima esta publicación. Al valor propio del trabajo se une la de la traducción ejecutada con gran respeto y engrandecida por esa serie de notas comparativas que ayudan enormemente al lector español.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ.

SIMÓ SANTONJA, Vicente Luis: *Derecho sucesorio comparado. Conflictos de Leyes en materia de sucesiones*. Madrid (Tecnos, 1968), 694 págs.

Es evidente que, como señala el autor de entrada, el mayor intercambio comercial entre los pueblos, el desarrollo de actividades y negocios en el ámbito internacional y los fenómenos masivos, como el turismo o la

emigración, plantean la necesidad del estudio y aplicación de la Ley extranjera incluso ante Tribunales y del conocimiento y resolución de los conflictos de Leyes y del Derecho comparado. Y si el estudio de la norma material extranjera y de las normas conflictuales es ya de por sí difícil, aún lo es más en materia de derecho de sucesiones, tanto para el jurista teórico cuanto para el práctico, debido a la extraordinaria heterogeneidad de los regímenes legales y a la característica complejidad del fenómeno sucesorio.

A esta ardua tarea contribuyó SIMÓ SANTONJA con esta obra que trata de los conflictos de Leyes en materia de sucesiones: un tema de Derecho internacional privado enfocado a la luz del Derecho comparado.

El libro se inicia con una clara exposición de las relaciones entre Derecho internacional privado y Derecho comparado, en la introducción (págs. 23 a 27), tomando como básico punto de partida el concepto de GUTTERIDGE, para quien Derecho comparado es un método de estudio e investigación y no una distinta rama o provincia del Derecho. La diferencia esencial que le separa del Derecho internacional privado estriba en que éste decide cuál es el derecho aplicable. Pero la íntima relación entre ambos es evidente, puesto que la elección de unas Leyes de conflicto requiere no solamente el conocimiento de las mismas, sino la debida comparación entre ellas. El valor del Derecho comparado como remedio de apriorismos y logicismos y como formador del sentido práctico es, por otra parte, bien subrayado por SIMÓ.

Las cuestiones que van a ser abordadas en la obra se plantean partiendo de un principio fundamental: la materia de sucesiones se presenta como unidad. El principio de la unidad de sucesión es interpretado por el autor en el sentido de que cada cuestión planteada ha de resolverse por una sola Ley para cualquier país (por ejemplo, capacidad del testador, validez de la aceptación, etc.), pero no de que todas y cada una de las cuestiones deban regularse por la misma Ley (por ejemplo, distinguir la Ley competente para regular la capacidad del testador de la competente para regular la capacidad del heredero, etc.). Es decir, sin dar al principio de unidad de la sucesión el alcance de estimar que a todos los elementos y consecuencias de la sucesión necesariamente se les deba aplicar en su conjunto e individualmente la misma Ley (pág. 34).

En el análisis de los numerosos supuestos se procede según un orden lógico y bien meditado: historia, principios informantes de la norma conflictual y excepciones a la aplicación de las Leyes extranjeras, la conexión y su ámbito, problemas procesales y fiscales.

En el capítulo II se recoge la evolución histórica de las soluciones de los conflictos de Leyes, pasando revista a las escuelas estatutarias, a las doctrinas decimonónicas y corrientes actuales.

El capítulo III está dedicado al estudio de los principios informantes de la norma conflictual y excepciones a la aplicación de la Ley extranjera (reenvío, cuestión incidental, principio de mayor proximidad, calificaciones, orden público, fraude a la Ley, reciprocidad, *prélèvement* y reconocimiento político).

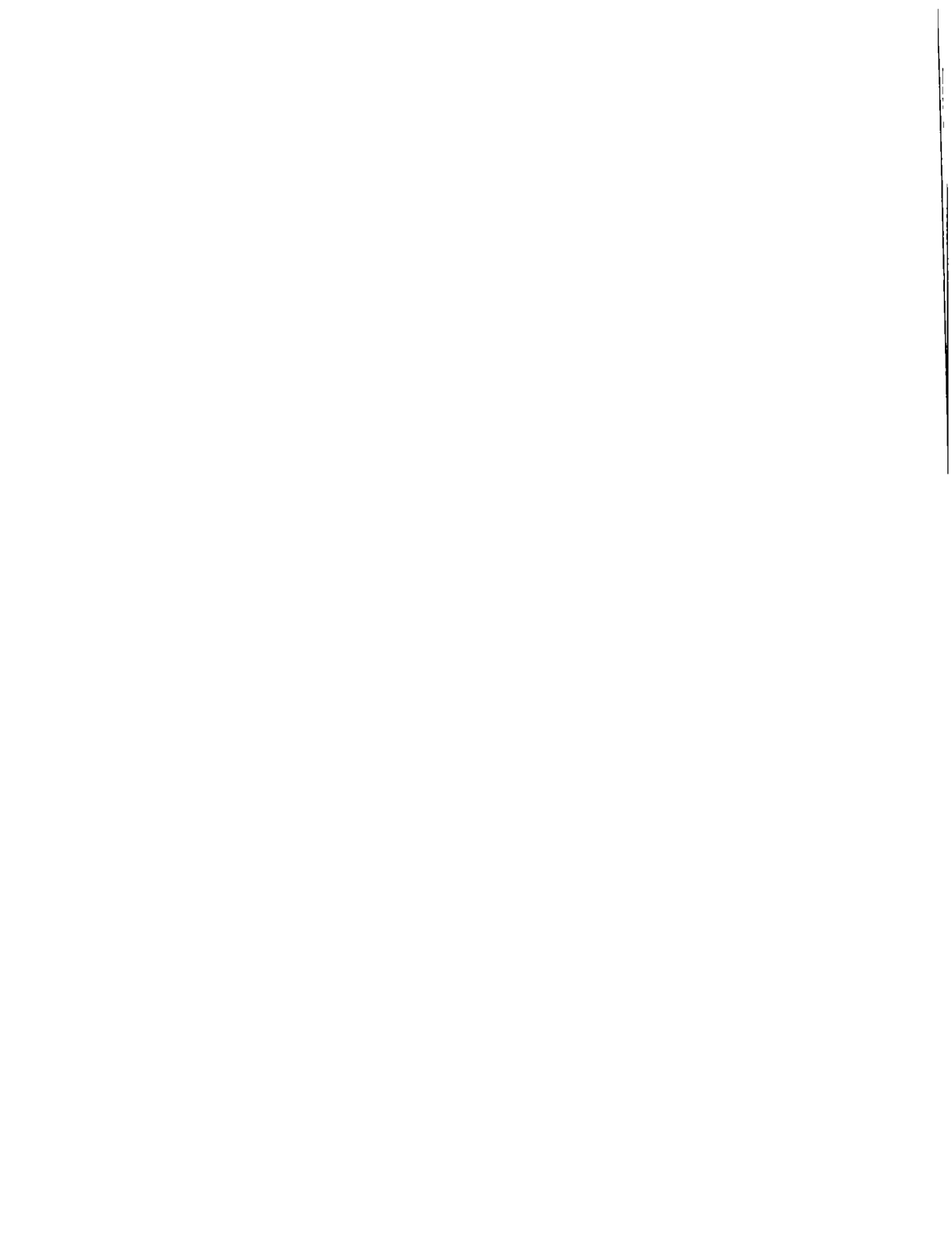
Al tratamiento de los problemas generales del estatuto sucesorio, conexión, momento y ámbito de la conexión, están dedicados los capítulos IV y V, partiendo del análisis de la cuestión fundamental de cómo determinar qué Ley debe regir la sucesión y de si debe ser una única Ley o varias dependientes de la naturaleza y situación de los bienes. En cada caso, como en el capítulo III, se recoge la historia del problema, la doctrina, legislación y jurisprudencia comparadas, lo que nos parece uno de los aciertos de esta obra.

Algunos problemas procesales y fiscales son abordados en el capítulo VI.

La obra se cierra con un apéndice que contiene las normas de conflicto o colisión de todos los países europeos y americanos, esquemas del derecho material sucesorio de los países más interesantes (interesantes por su contacto con nosotros) de Europa, el texto del convenio de La Haya de 1960 y textos de los convenios suscritos por España en general y en materia fiscal sucesoria.

La experiencia del autor en temas de Derecho internacional privado es bien notoria, y se consolida con este libro, del que podemos afirmar lo que dice en el Prólogo VALLET DE GOYTISOLO: que "su calidad se constata con su lectura, con la que pronto se asimila todo lo esencial, por la magnífica síntesis, clara esquematización y precisa exposición que concurren en ella".

VICENTE L. MONTÉS.



REVISTAS



ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Octubre-diciembre 1968.

La forma del negocio jurídico, por José Luis de los Mozos, págs. 745 a 778.

Pérez Serrano y la Ley de Aguas de 1956, por Marcos Guimerá Peraza, págs. 779 a 806.

El ejercicio de las acciones por las Compañías Aseguradoras de Accidentes de Trabajo, por Antonio Cano Mata, págs. 807 a 822.

Algunas consideraciones sobre el protesto en relación con la Ley de 22 de julio de 1967, por Francisco Castro Lucini, págs. 823 a 851.

La cesión de contrato, por Angel Cristóbal Montes, págs. 851 a 889.

El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en Italia, por José Bonet Correa, págs. 891 a 917.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Núm. 77, septiembre-octubre 1968.

La extinción de la obligación tri-

butaria, por J. J. Ferreiro Lapatza, págs. 1015 a 1076.

La organización de los Jurados tributarios, por José López Berenguer, págs. 1077 a 1095.

Número 78, noviembre-diciembre de 1968.

Régimen jurídico de los créditos extraordinarios y los suplementos de crédito (Una aportación a la jurisprudencia del Consejo de Estado), por I. Bayón Maríné, páginas 1231 a 1286.

Sobre los principios del ordenamiento tributario y la política fiscal seguida en relación con el desarrollo del sector industrial, por Javier Lasarte, págs. 1287 a 1318.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 109-110, julio-diciembre de 1968.

Estudio sobre el contrato de seguro, por Joaquín Garrigues, págs. 443 a 512.

El delito de cheque en descubierto en la jurisprudencia del Tribunal

Supremo, por Joaquín Llobell Muedra, págs. 513 a 578.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Núm. 61-62, julio-diciembre 1968.

La causa en el acto administrativo, por Rafael Núñez Lagos, págs. 7 a 74.

El signo aparente de servidumbre como título para su constitución, por José Bonet Correa, págs. 75 a 98.

Reconocimiento de hijos naturales en testamento, por Rafael Gómez-Ferrer Sapiña, págs. 99 a 132.

La Europa de los contratos. Realizaciones y posibilidades del Notariado, por M. André Lapeyre, páginas 133 a 152.

La formación y selección del Notariado, por José Roan Martínez y Manuel de la Cámara Alvarez, páginas 153 a 236.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Febrero 1969.

Contratos traslativos del dominio y Derechos reales sobre bienes inmuebles otorgados en España por personas naturales o jurídicas extranjeras, por F. Lucas Fernández, págs. 85 a 98.

Comunidad para edificar, por José Batista, págs. 99 a 104.

Marzo 1969.

Problemas específicos de derecho de sociedades en la contratación por extranjeros, por F. Lucas Fernández, págs. 159 a 183.

De las marcas farmacéuticas, por Francisco Montero Palacios, páginas 184 a 189.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

La suspensión del otorgamiento de licencias con el fin de estudiar planes de ordenación urbana, por José María Boquera Oliver, páginas 13 a 34.

Ventajas de planificar el futuro, por Geoffrey Vickers, págs. 35 a 52.

La administración de las aglomeraciones prurimunicipales en Francia, por Maurice Bourjol, págs. 53 a 78.

Dictamen sobre procedencia de la exención del Impuesto General de Transmisiones Patrimoniales a favor de las transmisiones de terrenos que efectúen las Juntas de compensación, por José Martín Blanco, págs. 79 a 100.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 65, octubre-diciembre 1968.

Problemática de la agricultura en el momento actual, por Emillo Lamo de Espinosa, págs. 7 a 24.

La demanda de carnes y huevos en España, por Arturo Camilleri Lapeyre, págs. 25 a 34.

La economía agrícola. Tendencias y horizontes, por Enrique Ballestero, págs. 35 a 75.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Diciembre 1968.

Los derechos del hombre, por José Castán Tobeñas, págs. 761 a 811.

Clasificación de los sistemas legítimos, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 812 a 825.

La prescripción de la responsabilidad penal en los delitos de imprudencia (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1966), por José Guerra Sanmartín, págs. 826 a 861.

El delito de allanamiento de morada, por Rodrigo Fabio Suárez Montes, págs. 862 a 900.

Enero 1969.

Los derechos del hombre (Continuación), por José Castán Tobeñas, págs. 9 a 76.

Examen del ámbito objetivo de la Ley de 27 de julio de 1968 sobre montes vecinales en mano común, por José Cándido Paz Ares, páginas 77 a 99.

La crisis del proceso penal y sus remedios, por José Sánchez Osés, páginas 100 a 132.

Impugnación por el factor de la aceptación cambiaria de su principal, por Ricardo Alvarez Abundancia, págs. 133 a 142.

TEMIS

Número 23 de 1968.

Contratos agrarios, por Luis Martín-Ballesteros y Costea, págs. 11 a 32.

Títulos valores. Régimen jurídico actual en Europa y América de los documentos cambiarios. Trabajos dirigidos a obtener su uniformidad legislativa, por Ascensión Fornlés Baigorri, págs. 33 a 50.

¿Qué es Derecho natural clásico?, por Juan José Gil Cremades, páginas 51 a 72.

Hacia una jurisdicción internacional humanitaria, por Fernando de Lasala y Samper, págs. 73 a 96.

F. M. C.

