

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLIV * Enero-Febrero 1968 * Núm. 464

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Excmo. Sr. D. Ramón de la Rica y Arenal.

Ilmo. Sr. D. Federico Bas y Rivas.

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; v

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

ESTUDIOS:

	Págs.
«La mora en las obligaciones recíprocas», por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA	9
«Anotaciones preventivas», por MANUEL VILLARES PICO	33
«Algunos aspectos de la <i>Lex commissoria</i> », por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS	49

LEGISLACION:

«Crónica legislativa», por FRANCISCO DE COSSÍO Y CORRAL ...	109
---	-----

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

I.—Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO	121
--	-----

II.—Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI	133
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	194

LIBROS :

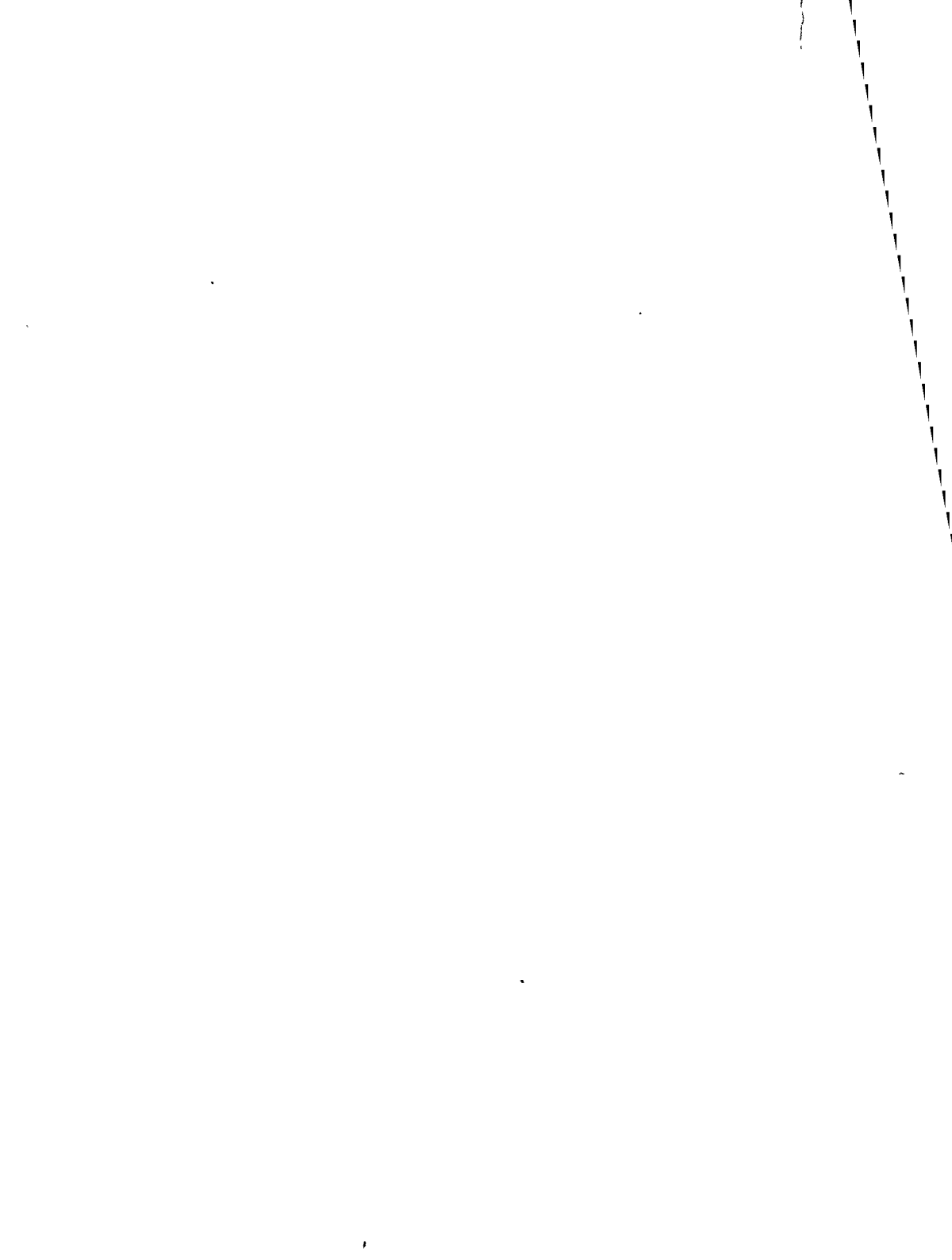
Págs.

«Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral», de JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ y JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA, por RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS	207
«Garantías reales sobre maquinaria industrial», de A. DíEZ RONCAL, por ENRIQUE LALAGUNA	209
«La fase de seguridad en la hipoteca», de JOSÉ ANTONIO DORAL y GARCÍA DE PAZOS, por JOSÉ MARÍA CHICO y ORTIZ	211
«Das besondere Erbrecht der sogenannten foralrechtsgebiete Spaniens», de OTTO HIERNEIS, por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.	214
«El Seguro de Crédito a la Exportación», de RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA CARRERA, por F. MESA MARTÍN	219
«Código civil», de JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ y CARLOS MELÓN INFANTE, por FRANCISCO MESA MARTÍN	221
«Beni immobili e beni mobili», de SALVATORE PUGLIATTI, por TERESA PUENTE MUÑOZ	224
«Persona e comunità», de PIETRO RESCIGNO, por JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA	232
«L'arbitrage. Nature juridique. Droit Interne et Droit International Privé», de JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, por PEDRO ANTONIO FERRER SANCHÍS	239
«Las ventas a plazos. según la nueva Ley», de HILARIO SALVADOR BULLÓN, por ELÍAS IZQUIERDO	243
«El Derecho del porvenir», de SÁNCHEZ DEL RÍO, por F. SOSA WAGNER	253
«Rapporti di durata e recesso ad nutum», de SALVATORE SANGIORGI, por PEDRO ANTONIO FERRER SANCHÍS	255
«El contrato de corretaje», de MANUEL SANPONS SALGADO, por ELÍAS IZQUIERDO	259
«Propietarios, Colonos, Inquilinos», de ANGEL SANTOS PASTOR, por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO	266

REVISTAS :

Por F. M. C.	269
---------------------	-----

ESTUDIOS



La mora en las obligaciones recíprocas

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: 1. La regla general es la de constitución en mora mediante requerimiento; son excepciones los casos de mora automática 2. El párrafo último del artículo 1.100 y las dos interpretaciones de que ha sido objeto.—II. DOCTRINA: 3. Consideración general sobre la doctrina. 4 Doctrina favorable a la constitución automática en mora. 5. Doctrina neutral. 6. Doctrina favorable a la constitución en mora mediante requerimiento.—III. JURISPRUDENCIA: 7. La jurisprudencia en general. 8 Jurisprudencia favorable a la constitución en mora automática. 9 Jurisprudencia favorable a la constitución en mora mediante requerimiento.—IV. DEFENSA DE LA TESIS DE SER NECESARIO EL REQUERIMIENTO: 10. Términos en que, a la vista de la doctrina y jurisprudencia sobre él, queda el problema. 11. El único apoyo en pro de que la mora comience automáticamente para una parte desde que la otra cumple. 12. Los argumentos a favor de ser necesario el requerimiento.—V. LA RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 1.100 Y 1.501: 13. Explicación más razonable de la misma y desestimación de las que no lo parecen. 14. Desestimación de otra explicación no aceptable.—VI CONCLUSIÓN: 15. Conclusión. 16. El requerimiento ha de ser posterior al cumplimiento del requirente.

I

PLANTEAMIENTO

1. *La regla general es la de constitución en mora mediante requerimiento; son excepciones los casos de mora automática.*

Como se sabe, en nuestro Derecho es la regla general la de que el deudor sólo incurre en mora cuando el acreedor le reclama al cumplimiento de la obligación. Así lo establece el párrafo primero del artículo 1.100 del Código civil, según el que: «Incurren en

mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.»

Por excepción, «no será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor—continúa diciendo el artículo 1.100—para que la mora exista: 1.º Cuando la obligación o la Ley lo declaren así expresamente. 2.º Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio fue motivo determinante para establecer la obligación» (1).

En estos casos se habla de *mora ex re* o de *mora automática*. Con lo que se quiere significar que se produce, sin necesidad de reclamación, por el simple hecho de no cumplir cuando se debía.

2. *El párrafo último del artículo 1.100 y las dos interpretaciones de que ha sido objeto.*

Ahora bien, el último párrafo del artículo 1.100 dice que: «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir (2) debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación empieza la mora para el otro.»

Y ante él se han mantenido dos interpretaciones:

Una—la que quizá parece, a primera vista, ajustarse más al sentido literal de la parte final del párrafo—a cuyo tenor estamos ante una tercera excepción a la regla general de que el deudor sólo incurre en mora mediante reclamación del acreedor. Así que por ser tal—según esa interpretación—, el espíritu del último párrafo del artículo 1.100, en el caso de obligaciones recíprocas, incurre en mora el deudor incumplidor por el solo hecho de que la otra parte cumpla la obligación a su cargo. Y es desde este cumplimiento, y sin necesidad de requerimiento alguno, cuando empieza la mora para el primero.

Según otra interpretación, el último párrafo del artículo 1.100

(1) No interesa ahora entrar en la cuestión de cuál es el verdadero sentido de esta segunda excepción.

(2) Por no repetir la salvedad cada vez que toque el tema, queda advertido desde ahora que en adelante cuando habla de «cumplir» se sobreentiende que también me refiero a «allanarse a cumplir».

no es una tercera excepción, para el caso de las obligaciones recíprocas, y la regla de *mora mediante reclamación*, sino que, diferentemente, se trata sólo de acoplar esta regla al supuesto particular de tales obligaciones recíprocas, para evitar el resultado injusto de que quien no ha cumplido aún por su parte pueda constituir al otro en mora.

Y con tal fin, y no con el de suprimir la necesidad del requerimiento, se establece que ninguna de ambas partes incurre en mora si la otra no ha cumplido. Así que no se sustituye la reclamación por el cumplimiento (de quien con él provocaría la mora del otro), sino que al requisito de la reclamación se *añade* el del cumplimiento.

Aunque se pueda decir que no está felizmente expresado, el sentido del artículo 1.100, párrafo último, sería (según esa interpretación): En las obligaciones recíprocas para constituir en mora a una parte no basta la reclamación de la otra, sino que hace falta también que ésta haya cumplido lo suyo. Eso si se trata de caso en el que la constitución en mora requiere reclamación. Y si se trata de los casos excepcionales de mora automática, entonces, cuando las obligaciones son recíprocas, para la constitución en aquélla hace falta, además del incumplimiento del moroso, el cumplimiento de la otra parte.

Como he dicho en otro lugar (2 bis), el párrafo último del artículo 1.100 no constituye una excepción a la regla general de que la mora se produce mediante requerimiento (si la constituyera, no se comprende por qué no se le habría numerado—núm. 3.º—, como se hizo con las verdaderas excepciones), sino una regla especial para las obligaciones bilaterales, que añade a los requisitos de la mora (bien normal, bien automática) en las obligaciones unilaterales—requisitos establecidos en las dos partes primeras—otro nuevo para las bilaterales: el cumplimiento o allanamiento del otro obligado.

Así que, concluyendo, dicho precepto no es norma de Derecho *excepcional* (a la *regla* de mora mediante requerimiento), sino de Derecho *especial* (pues adapta esa regla general a las peculiaridades de cierto supuesto, el de las obligaciones bilaterales).

(2 bis) ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*, I, Barcelona, 1960, página 578.

II

DOCTRINA

3. *Consideración general sobre la doctrina.*

Nuestra doctrina se encuentra dividida entre ambas interpretaciones. A continuación recogeré a los autores que se alinean de uno u otro lado. Pero quiero advertir que, generalmente, no es que adopten una posición detallada sobre el particular y especifiquen las diferentes consecuencias de la misma, sino que se suelen limitar a tomar partido (el que lo toma, pues muchos, transcribiendo simplemente el texto legal, dejan la cuestión intacta) y bastantes ni siquiera plantean el problema previamente, reduciéndose, sin más explicaciones, a enumerar el caso de las obligaciones recíprocas como excepción a la regla de mora mediante reclamación.

4. *Doctrina favorable a la constitución automática en mora.*

Los que optan por esta solución son los más numerosos, pero yo diría que, generalmente, son los que menos atención dedican al asunto, decidiéndolo simplemente a base:

1.º Bien de estimar explícita o implícitamente que el artículo 1.100 tiene una regla en su principio y que todo el resto del mismo (y así, el párrafo referente a las obligaciones recíprocas) son excepciones.

2.º Bien de recoger cierta jurisprudencia que adopta esta tesis, jurisprudencia a la que se adhieren expresa o tácitamente.

Uno u otro son los casos de autores como SÁNCHEZ ROMÁN (3), CASTÁN (4), BONET (5), ESPÍN (6), BORRELL y SOLER (7), DE LA OLI-

(3) *Estudios*, 2.ª ed, IV, Madrid, 1889, pág. 121.

(4) *Derecho civil*, III, 10.ª ed., Madrid, 1967, pág. 164.

(5) Comentario a la sentencia de 30 de junio de 1950, en *Revista de Derecho Privado*, 1950, pág. 922.

(6) *Manual de Derecho civil español*, 2.ª ed., III, Madrid, 1959, pág. 243.

(7) Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles Barcelona, 1954, pág. 142.

VA (8), SANTAMARÍA (9), JORDANO (10), OSSORIO MORALES (11), MANRESA (12), PUIG PEÑA (12 bis) y SCAEVOLA (12 ter.).

5. *Doctrina neutral.*

En cuanto a los autores que han estudiado el problema con más detenimiento, la verdad es que o presentan el estado de la cuestión, sin decidirse por una u otra solución, u optan por considerar necesario el requerimiento para la constitución en mora.

En el primer caso está HERNÁNDEZ GIL (Félix) (13), para el que «puede dudarse si en ellas (las obligaciones recíprocas) es precisa la intimación para la constitución en mora o si, por el contrario, se trata de un caso más de mora *ex re*». Señalando dicho autor que en pro de lo primero está la mayor parte de la doctrina (de la que cita a PUIG PEÑA, CASTÁN, ESPÍN y OSSORIO MORALES) y de la jurisprudencia, y que a apoyar tal tesis contribuye particularmente el último inciso del artículo 1.100 («Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.»). Acabando HERNÁNDEZ GIL por recoger en contra la opinión de DÍAZ PAIRÓ y una sentencia del Tribunal Supremo, la de 17 de octubre de 1924.

(8) Voz «Mora», en *Diccionario de Derecho privado*, Barcelona, 1954, página 2.693.

(9) *Comentarios al Código civil*, II, Madrid, 1958, pág. 530 (con ocasión de estudiar el art. 1501).

(10) *Cumplimiento tardío y facultad resolutoria* (comentario a la sentencia de 9 de junio de 1950), en «Anuario de Derecho civil», 1951, pág. 306, nota 3.

(11) *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos* (Parte general), Granada, 1956, pág. 136.

(12) *Comentarios al Código civil*, VIII, 1.º, 5.ª ed., Madrid, 1950, pág. 133.

(12 bis) *Compendio de Derecho civil español*, III, 1.º, Barcelona, 1966, páginas 174 y 175.

En el texto enumera simplemente las obligaciones recíprocas como caso exceptuado de interpelación para constituir en mora. Pero por nota (37) agrega que «algunos autores consideran que esta declaración del Código no supone mora *ex re* y que no se puede pensar que por el mero hecho de cumplir uno de los contratantes el otro obligado incurra *ipso facto* en mora aun desconociendo el hecho del cumplimiento. Y así se entiende que lo que ha querido decir el artículo es que en estas obligaciones recíprocas no surge la mora, a pesar de la reclamación, sino que es preciso el hecho del cumplimiento. Esta solución parece, además, desprenderse de la sentencia de 15 de marzo de 1934».

(12 ter) *Código civil*, XXIII, Madrid, 1906, pág. 707.

(13) *La intimación del acreedor en la mora «ex persona»*, en «Anuario de Derecho civil», 1962, págs. 361 y ss.

6. *Doctrina favorable a la constitución en mora mediante requerimiento.*

Entre los que optan por considerar necesario el requerimiento para la constitución en mora están el citado DÍAZ PAIRÓ (14), RODRÍGUEZ-ARIAS (15) y yo mismo (16).

En cuanto a los argumentos aducidos en apoyo de esta tesis, los examinaré más adelante, así como los relativos a la contraria.

III

JURISPRUDENCIA

7. *La jurisprudencia en general.*

La jurisprudencia atinente al tema, la recojo a continuación, pero como observaciones generales sobre ella, debo señalar que:

- 1.º Es más abundante de la que generalmente se cita.
- 2.º Que alguna de las sentencias que se recogen como favorables a la constitución en mora sin requerimiento, no lo es realmente.
- 3.º Que las hay numerosas a favor, tanto de una como de otra tesis. Siendo así, que suele ocurrir que la doctrina no recoge algunas de las en pro de ser necesario el requerimiento.
- 4.º Que no se puede decir que unas sentencias correspondan a una época, y otras a otra, de forma que cupiera entender que el Tribunal Supremo ha adoptado antes un criterio que después cambió. Sino que por ser, unas sentencias y otras de fechas entremezcladas, hay que afirmar que se trata de una jurisprudencia *vacilante*.

(14) *Introducción al Derecho de obligaciones*, I, La Habana, 1942, páginas 147 y 148.

(15) *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1965, págs. 205 y 206.

(16) *Instituciones de Derecho civil*, I, Barcelona, 1960, págs. 577 y 578.

8. *Jurisprudencia favorable a la constitución en mora automática.*

A favor de que la constitución en mora no precisa de requerimiento, tenemos los siguientes fallos (16 bis):

Sentencia de 15 de febrero de 1905. En el caso, el recurso de casación, en su Motivo segundo, alegaba infracción de Ley por haber declarado la sentencia de instancia, «constituidos en mora a los recurrentes, condenándoles al pago de los intereses legales desde el día 30 de septiembre de 1886, por incumplimiento de la obligación contenida en el susodicho documento privado, a pesar de no habérseles hecho interpelación alguna...» (17). Y, por su parte, el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso, estableciendo en el 4.º Considerando de su sentencia que, «dada la reciprocidad de la obligación en cuanto a la suma que por si habian de satisfacer los recurrentes, no comete la sentencia las infracciones que se suponen en los dos primeros motivos del recurso, porque si bien es doctrina legal que los intereses se deben únicamente por la convención o por la mora cuando la Ley no los declara, y que, en términos generales, sólo existe mora después del requerimiento que produce la responsabilidad de los daños y perjuicios, es, asimismo, principio admitido por la jurisprudencia, derivado de la Ley 5.ª, título 4.º, libro 5.º, del Fuero Juzgo, que no es justo que una de las partes se aproveche de la cosa recibida y de la que, a su vez, está obligado a entregar, razón por la cual el comprador que no satisface el precio después de recibir la cosa, debe pagar intereses por mora según aquella Ley; y que, aplicado al caso del presente recurso, por tratarse de obligaciones recíprocas, de las que es tipo el contrato de compraventa, aquel principio de justicia en que también se funda el último párrafo del artículo 1.100 del Código civil, según el que, *el mero cumplimiento* de la obligación por parte de uno de los obligados en las recíprocas, determina la mora por el otro, es obvio

(16 bis) La sentencia de 3 de marzo de 1964, al decir que «incumplieron ambos contratantes aquello a que se habian obligado, incurriendo en la situación legal de mora, que define el art. 1.100 del Código civil», significaría, según su tenor literal, que las dos partes incurrieron en mora. Lo que sería inexacto, pues, aun aceptando que no fuese preciso el requerimiento, ninguna incurriría en mora sino cuando cumpliera la otra.

(17) *Jurisprudencia civil*, tomo 100, sentencia número 60, pág. 338.

que, no habiendo el demandado pagado la cantidad líquida de dinero efectivo que por sí se obligó a satisfacer en cambio de lo que obtuvo, debe intereses por mora».

Sentencia de 31 de mayo de 1916, que, refiriéndose a un caso del artículo 1.501, 3.º, afirma que «la Sala sentenciadora no ha cometido infracción alguna del artículo 1.501 del Código civil, y, por el contrario, aplicándolo rectamente en relación con el 1.100 del propio Cuerpo legal, ha establecido que el comprador se constituyó en mora desde que le fueron entregados los toros, y a partir de este acto debe intereses a la vendedora» (Considerando último). Lo que es proclamar que, a tenor del artículo 1.100, párrafo último, hay constitución en mora de una parte, desde que la otra cumplió.

Sentencia de 24 de octubre de 1941, según la que el «artículo 1.100 del Código civil, en su último apartado, hace innecesaria la intimación del acreedor en las obligaciones recíprocas, estableciendo que, en ellas desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro, lo que, aplicado al caso del presente recurso, significa que, desde el momento en que vencían los términos señalados en el contrato de autos para pagar el precio de las entregas de leche, la obligación recíproca se convertía en pura y quedaba incurso en mora el comprador, al no satisfacerlo» (Considerando 4.º).

Sentencia de 9 de noviembre de 1944, que, aun dictada con otro fin, declara, en su Considerando 1.º, que «el precepto general del artículo 1.100, relativo a la mora en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas en el último párrafo de su número 2.º, en el sentido de no ser necesario el requerimiento previo al deudor cuando una de las partes ha cumplido lo que le incumbe, según el contrato, carece de aplicación al caso...».

Sentencia de 22 de marzo de 1950, según la que, «incumplido el compromiso por el actor, no tenía el recurrente precisión de requerirle para situarle en mora—como asevera el fallo recurrido—, porque, a tenor de lo estatuido en el artículo 1.100 del Código civil, en las obligaciones recíprocas es innecesaria toda interpelación, por lo mismo que, desde que uno de los obligados cumple su obligación, comienza la mora para el otro» (Considerando 6.º).

Sentencia de 1 de mayo de 1950, que, aunque no dice explícitamente que no hace falta requerimiento, establece, sin embargo, que

«procede recordar que, con arreglo al apartado último del artículo 1.100 del Código civil, en las obligaciones recíprocas desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro, lo cual, aplicando al caso origen del presente recurso, significa que, desde el momento en que vencía cada uno de los términos señalados en el contrato para el pago de la renta, la obligación recíproca de satisfacerla se convertía en pura, incurriendo en mora el arrendatario al no abonar su importe en las fechas señaladas» (Considerando 5.º).

Sentencia de 17 de marzo de 1956, que decide un caso de obligaciones recíprocas, en que el acreedor reclamó el cumplimiento, y resuelve diciendo que, el artículo 1.100 del Código civil, dispone que incurren en mora los obligados a quienes el acreedor les exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación; y es evidente que, reconociéndose por la Sala sentenciadora que el demandante, reiterada y constantemente desde el año 1920 en que cumplió su obligación—trabajos de albañilería, contratados a tanta la unidad de medida—viene reclamando el pago de su importe, en la parte que dejó de satisfacerlo el deudor demandado, es visto que la sentencia por aquella dictada no infringió ese precepto, sino que lo aplicó debidamente, sin que su condescendencia en no llevarlo a los Tribunales en tal largo periodo, deba trocarse en su perjuicio, y ninguna otra tolerancia se prueba ni reconoce la sentencia, máxime si se atiende a que pudiera venir, en realidad, en el presente caso, la mora determinada, además, por el último párrafo del indicado artículo, según el cual en las obligaciones recíprocas, como lo son las que se derivan de la relación jurídica causante de la deuda que se reclama, aquella comienza para uno cuando el otro cumple su obligación, como la cumplió el actor, sin que nadie lo contradiga» (Considerando 3.º).

O sea, que el fallo se fundamenta en que en el caso hubo requerimiento, y el traer a colación el que, según el párrafo último del artículo 1.100, la mora para una parte comienza desde que la otra cumplió, se hace a mayor abundamiento.

Sentencia de 17 de enero de 1967, cuyo considerando último dice: «Que el principio general de Derecho *Nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*, consagrado por el primer párrafo del artículo 1.100 del Código civil, subordina su aplicación en las obli-

gaciones recíprocas al mutuo cumplimiento de lo que a cada contratante incumbe, porque la interpretación contraria equivaldría a hacer a uno de ellos de peor condición que el otro, razón por la cual el inciso final de dicho precepto y la doctrina legal que le desenvuelve establecen que no es necesaria la interpelación judicial o extrajudicial del acreedor al deudor en tales hipótesis, por no ser justo que una de las partes se aproveche al mismo tiempo, y sin la adecuada contraprestación, de la cosa recibida y de lo que, a su vez, estaba obligado a entregar (sentencias de 3 de diciembre de 1898, 15 de febrero de 1905, 10 de enero de 1920 [17 bis] y 22 de marzo de 1950), y como esto es precisamente lo ocurrido...»

Alguna otra sentencia también puede utilizarse como apoyo de que la constitución en mora no precisa de requerimiento, pero no

(17 bis) Esta sentencia no decide realmente un caso de obligaciones recíprocas, sino la obligación de devolver una cantidad usufructuada, al acabar el usufructo (obligación que no tiene, pues, contraprestación), y en ella se condena al pago de intereses de la misma, no desde la reclamación, sino desde la muerte del usufructuario, apoyándose, no en la no necesidad de requerimiento en el caso de mora en obligaciones recíprocas, sino en apartado 2.º del artículo 1.100: «Cuando de la naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecerse la obligación.»

En efecto, el Considerando penúltimo decía «que los demandados en este pleito para el cobro de la cantidad de 26 454,95 pesetas, que al fallecimiento de don Pedro Enriquez Hernando, fue adjudicado a su hijo y heredero usufructuario, don Pedro Enriquez Hilario, constituyéndose hipoteca sobre cierta finca para garantizar la entrega al fallecimiento del usufructuario Enriquez Hilario, son acreedores por su legado, cuya obligación de entregarse nació al tiempo del fallecimiento de este último ascendiente, por ser el acontecimiento que puso término al usufructo constituido por el primer testador, desde cuya fecha incurrió en mora la demandada, que, según declara el Tribunal *a quo*, vienen lucrándose con los productos de la finca constituida en garantía de la obligación, pues queda fuera de toda duda que *procede hacer aplicación al caso del precepto del número 1.º del párrafo 2.º del artículo 1.100 del Código civil*, y no de lo que dispone como regla general el párrafo 1.º, que hace depender la mora de la interpelación judicial, por todo lo que el fallo combatido no incurre en las infracciones que señala el motivo 6.º del recurso».

Motivo 6.º, ese citado, que alegaba «infracción por aplicación indebida y errónea del artículo 1.100 en sus relaciones con el 1.101 y 1.108 del Código civil, pues la sentencia condena a la recurrente por razón de morosidad al pago de intereses desde la fecha de la defunción de don Pedro Enriquez Hilario, siendo así que, en todo caso, sólo serían debidos desde la del acto de conciliación, pues el artículo primeramente citado exige para que exista morosidad la reclamación judicial o extrajudicial, y ni siquiera hay intento de prueba de que se haya hecho reclamación alguna antes del acto de conciliación, deduciendo la Sala su existencia en el hecho de habitar la exponente la casa y cobrar alquileres, hecho de todo punto incongruente con la consecuencia que de él se deduce» (*Jurisprudencia civil*, tomo, 149, 1.º de 1920, página 82).

porque lo declare, sino a base de argumentar sobre lo que dice. Lo cual supone, desde luego, un sostén mucho más endeble para tal tesis. Así, la de 21 de mayo de 1904, según la que «el artículo 1.100 del Código civil, invocado por el [recurrente] mismo como resumen de las constantes doctrinas del Derecho en esta materia, demuestra que en las obligaciones que no son recíprocas, como no lo podía ser en el caso presente la de asegurar, no se incurre en mora; esto es, en sanción jurídica de clase alguna, cuando la obligación se ha cumplido antes del requerimiento para efectuarlo, a no ser en los casos de excepción que cita el mismo artículo» (Considerando último).

De lo que se puede inferir que, en las obligaciones recíprocas, *si que se incurre en mora*, aunque la obligación se haya cumplido antes del requerimiento, si es que antes de éste cumplió la otra parte la suya (18).

9. *Jurisprudencia favorable a la constitución en mora mediante requerimiento.*

En cuanto a sentencias sobre que basar que es necesario el requerimiento para constituir en mora en el caso de obligaciones recíprocas, tenemos las siguientes (19) (19 bis):

Sentencia de 17 de octubre de 1924, según la que «se incurre en mora desde la interpelación judicial cuando no se cumplen las obligaciones contraídas por una parte, a pesar de cumplir el otro

(18) La sentencia de 19 de noviembre de 1963, con objeto distinto de dilucidar el problema que nos ocupa, y sin especificar que sea innecesario el requerimiento para constituir en mora, se limita a transcribir literalmente las palabras del art. 1.100, párrafo último. Por lo que deja en el aire las mismas dudas que éste.

(19) La de 19 de mayo de 1961 afirma, en un caso en el que una parte ya había cumplido su obligación, que la mora del deudor no se había producido (Considerando penúltimo).

Ahora bien, ni el propósito perseguido por esa declaración era inclinarse en pro de que fuese necesario el requerimiento, ni, por las circunstancias del caso, creo que se pueda sacar del contexto y fin del Considerando aquella afirmación para inferir de ella que, siendo así que uno había cumplido, y puesto que el Tribunal Supremo dice que no había mora, ello presupone la aceptación de la tesis de que para constituir en ésta hace falta requerimiento.

(19 bis) La sentencia de 26 de mayo de 1966 no sirve de apoyo a la tesis de que hace falta el requerimiento, pues en el caso estimó que es que la obligación no resultaba exigible, sino desde que se pidió el pago.

las recíprocas, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.100 y 1.101 del Código civil» (Considerando último).

Sentencia de 13 de abril de 1931, que en un caso de compraventa en la que ya había cumplido el vendedor su obligación de entregar la cosa, declaró, con invocación de los artículos 1.501 y 1.100, que el comprador no debe intereses (moratorios) de la parte de precio aún pendiente, porque «no le ha sido *reclamada expresamente*» (Considerando 3.º).

Sentencia de 15 de marzo de 1934, según la que «el comprador no incurrió en mora, por no haber existido el requerimiento exigido por el artículo 1.100 del Código civil» (Considerando penúltimo).

Sentencia de 20 de febrero de 1950, que, en vez de ser utilizable—como supone alguno—en pro de que no sea necesario el requerimiento, lo es para lo contrario, ya que al decir que, «en las obligaciones recíprocas, el cumplimiento de la obligación por uno de los contratantes determina la mora para el otro, sin que sea precisa la intimación del acreedor cuando la obligación, como ocurre en el supuesto de autos, así lo declare expresamente» (Considerando 4.º), permite afirmar que, cuando no se trate de que la obligación recíproca establezca la no necesidad del requerimiento (caso que es el del artículo 1.100, 1.º), si que será preciso éste para constituir en mora.

Por último, la sentencia de 3 de diciembre de 1898, en cuyo caso no llegó al Tribunal Supremo la cuestión de si la mora comienza desde el cumplimiento de la otra parte, o desde el requerimiento, pero en el que el Juzgado y la Audiencia, ante la petición alternativa del demandante de que se condenase al demandado al pago de intereses moratorios desde la fecha del cumplimiento de aquél, y, si no, desde la del requerimiento, condenaron desde ésta (20).

(20) Véanse Resultandos 6.º y 10, en *Jurisprudencia civil*, tomo 85, 3.º de 1898 (sentencia número 99), págs. 443 y 445.

El extremo que importa no fue objeto del recurso de casación. Ahora bien, el Tribunal Supremo, al resolver éste, si que recoge en el Considerando penúltimo de su sentencia las expresiones que utiliza el art. 1.100, y, en concreto, su último apartado. Lo que, una vez más, sólo significa que se copia el artículo a la letra, pero no que se esté dando solución al problema de si la constitución en mora tiene lugar por cumplimiento de la otra parte, y no por requerimiento.

IV

DEFENSA DE LA TESIS DE SER NECESARIO
EL REQUERIMIENTO10. *Términos en que, a la vista de la doctrina y jurisprudencia sobre él, queda el problema.*

A la vista de la doctrina y jurisprudencia expuestas sobre el tema discutido, he de manifestar lo siguiente:

1.º Que me inclino, por las razones que luego expondré, a favor de la tesis de que, para la constitución en mora en las obligaciones recíprocas, se precisa el requerimiento al deudor.

2.º Que remitiendo, para decidir la cuestión, al juicio que merezcan esas razones, ahora, sin embargo, se ha de insistir, no en que se deba aceptar la tesis aquí defendida, pero sí en que no se debe aceptar como *consagrada* la contraria, ya que:

A) No lo está en la doctrina, pues si bien la sigue la mayoría de los autores, no obstante, los que han tratado con más detenimiento el problema, se inclinan—como ya se dijo—a favor de la contraria, o bien no se deciden por ninguna.

Y, además, en tanto en cuanto la jurisprudencia es vacilante, se ve privada de apoyo la doctrina que, por entender que es la adoptada por la jurisprudencia, acoge la tesis aquí rechazada.

B) Tampoco lo está en la jurisprudencia, ya que, como se ha dejado expuesto, la hay en ambos sentidos, y con más de un fallo, en pro de cada uno, y no correspondiendo las sentencias favorables a uno o a otro, a dos distintos periodos, sino entremezclándose en el tiempo.

Por ello, parece innegable que la solución no puede constituir en dar, sin más, por buena la tesis que cuenta con mayor número de sentencias a su favor, sino que debe obtenerse ahondando libremente en la interpretación del texto legal, ya que la jurisprudencia

dencia, habiéndose pronunciado en ambos sentidos, deja—podría decirse—libertad para, razonadamente, mostrar que es preferible uno u otro.

11. *El único apoyo en pro de que la mora comience automáticamente para una parte desde que la otra cumple.*

El único apoyo en pro de que una parte incurre en mora, sin ser requerida, desde que la otra cumple su obligación, es la letra de la parte final del párrafo último del artículo 1.100, ya que dice: «Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.» Pues de todo lo anterior a ese párrafo último, sólo se deduce que el que quiere constituir en mora al otro, ha de haber cumplido él, pero no que se le exima de requerir a aquél.

Tal parte final no existía en el Proyecto de 1851, cuyo artículo 1.007, equivalente al actual 1.100, decía sobre las obligaciones recíprocas sustancialmente lo que éste (21), pero con omisión de la parte final en cuestión.

La agregación de ésta en el Código civil puede dar la impresión de que su fin es precisamente fijar el comienzo de la mora, para que quede claro que es desde el cumplimiento de la otra parte.

Sobre este extremo volveré después.

12. *Los argumentos a favor de ser necesario el requerimiento.*

A diferencia de la tesis que combato, que sólo tiene en su apoyo el sentido literal del pasaje expuesto, la de que sea preciso el requerimiento, puede ser defendida a base de varios argumentos, que son:

1.º La especial contextura de las obligaciones recíprocas justifica que no haya mora para un deudor sin que el otro haya cumplido o allanándose a cumplir (porque no se tiene deber de cumplir—y, por tanto, no hay *retraso* posible—hasta que el otro

(21) Proyecto de 1851, art. 1.007, párrafo penúltimo: «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los contratantes incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la obligación que le es respectiva.»

cumple), pero no justifica que se derogue la regla general de exigencia de requerimiento para constituir en mora (22).

2.º De la distribución del artículo 1.100 en párrafos y apartados numerados, se deduce que se divide en tres partes: Una primera (contenida en el primer párrafo) para la mora normal o mediante requerimiento; otra segunda (que comprende los restantes párrafos, menos el último) para la mora automática (a cuyo efecto se establecen, numerándolas, las excepciones a la regla general sentada en el párrafo 1.º: «No será, sin embargo, necesaria la intimación—requerimiento—del acreedor para que la mora exista: 1.º..., 2.º...»; y bajo esos dos números se encierran otros dos párrafos). Ambas dos primeras partes, para las obligaciones unilaterales. Y la tercera parte, contenida en el párrafo último, para las obligaciones bilaterales. Luego este párrafo último del artículo 1.100 no constituye una excepción a la regla general de que la mora se produce mediante requerimiento (si la constituyera, no se comprende por qué no se la habría numerado—3.º—como se hizo con las verdaderas excepciones), sino una regla especial para las obligaciones bilaterales, que añade a los requisitos de la mora (bien normal, bien automática) en las obligaciones unilaterales—requisitos establecidos en las dos partes primeras—otro nuevo para las bilaterales: el cumplimiento o allanamiento del otro obligado (23).

3.º Si se aplicase el criterio de que, desde el cumplimiento de una parte, comienza la mora para la otra, se llegaría a la conclusión—que parece debe rechazarse—de que se incurriría en mora hasta por el deudor que no tuviese conocimiento de que la otra parte había cumplido (24).

4.º En el Proyecto de 1851 también existía un pasaje legal (artículo 1.007, párrafo penúltimo) igual [a excepción de su última parte (25)] al artículo 1.100 del Código civil, y, sin embargo,

(22) Véase ALBALADEJO, ob. cit., pág. cit.

(23) Véase ALBALADEJO, ob. cit., pág. cit.

(24) Véase DÍAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. 147, al final; ALBALADEJO, ob. citada, página cit.

(25) Claro es que se puede decir que precisamente es esta última parte la decisiva.

GARCÍA GÓYENA (26) no entendía que ello significase que se prescindía de la necesidad del requerimiento, ya que: 1.º Transcribía como texto equivalente el artículo 1.907 del Código de Luisiana: «En los contratos que contienen obligaciones recíprocas, el que quiere constituir al otro en mora, debe, por su parte, cumplir las obligaciones.» 2.º Refiriéndose a este precepto y al del Proyecto, decía: «El que no cumple, mal puede *reclamar del otro el cumplimiento, y, de consiguiente, constituirle en mora.*» Lo que quiere decir que entiende que, para constituir en mora, se pide el cumplimiento del otro, además del requerimiento, y no que se suprima éste.

5.º La relación entre el último párrafo del artículo 1.100 y el artículo 1.501, pide que se entienda aquél en el sentido de ser preciso el requerimiento, pues, de lo contrario, se ha de llegar a una interpretación de éste, que, o casi le inutiliza o resulta totalmente forzada, además de discordante con el modelo de que el artículo se tomó.

De este tema de la relación entre los artículos 1.100 y 1.501 me ocupo más adelante (27).

6.º Vistos todos los argumentos anteriores, resulta que, aun admitiendo que a base de ellos no quede demostrada la necesidad del requerimiento, lo que sí queda claro es que, al menos, es dudosa la tesis contraria. Extremo que se comprueba, además, por el desacuerdo de la doctrina sobre el tema y por lo contradictoria que es la jurisprudencia. Ahora bien, ese presupuesto, hay que preguntarse si, siendo dudosa una excepción (la de que no haga falta el requerimiento para constituir en mora en las obligaciones recíprocas), no es lo más razonable entender que el caso (obligaciones recíprocas) se rige por la regla general (necesidad del requerimiento).

Sin duda, que esta consideración es otro argumento de peso en favor de que el requerimiento sea preciso.

7.º Frente a todo lo dicho, sigue quedando sólo el sentido literal de la frase «desde que uno de los obligados cumple su obliga-

(26) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, Madrid, 1852, pág. 45.

(27) En el apartado V.

ción, empieza la mora para el otro». Frase, cuya inteligencia es ciertamente indiscutible si se insiste en tomarla al pie de la letra. Pero como, por el conjunto de razones expuestas, hay motivo para no hacerlo, se puede perfectamente entender que expresa con poca fortuna la idea de que la mora comienza cuando uno cumple, presupuestos los requisitos (y así el requerimiento) para que se dé. De forma que quien al cumplir él, pide (reclama) el cumplimiento al otro, lo constituye en mora.

En conclusión, la última parte del párrafo final del artículo 1.100 no viene a añadir nada sustancial a lo que ya dice ese párrafo, sino a de nuevo expresar, y mal, la idea de que para la constitución en mora no basta requerir, sino que hay que cumplir uno mismo.

V

LA RELACION ENTRE LOS ARTICULOS 1.100 Y 1.501

13. *Explicación más razonable de la misma y desestimación de las que no lo parecen.*

He dicho que la relación entre el último párrafo del artículo 1.100 y el 1.501, pide que se entienda, aquél en el sentido de ser preciso el requerimiento para la constitución en mora. Y ahora voy a demostrarlo, a base de poner de relieve cómo, partiendo de la necesidad del requerimiento, el artículo 1.501 tiene todo él un sentido perfectamente *natural*, valga el término, mientras que si se arranca de que, sin necesidad de requerimiento, una parte incurra en mora desde que cumple la otra, hay que hacer verdaderos juegos malabares para encontrarle un sentido y una utilidad que, con todo, resultan dudosos.

En efecto:

Dice el artículo 1.501: «El comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio, en los tres casos siguientes:

- 1.º Si así se hubiere convenido.
- 2.º Si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta.
- 3.º Si se hubiere constituido en mora, con arreglo al artículo 1.100.»

Ahora bien, partiendo de la necesidad del requerimiento, esas disposiciones significan que, habiendo cumplido ya el vendedor (puesto que se está en la hipótesis de haberse entregado la cosa), el comprador debe intereses:

- 1.º Cuando, aun sin estar en mora (porque no fue requerido) y sin producir la cosa fruto o renta, se pactó así (1.501, 1.º). Lo que es natural, pues se basa en la libertad de pacto.
- 2.º Cuando, aun sin estar en mora (porque no fue requerido), la cosa produce fruto o renta (para que no obtenga éstos y los rendimientos del precio que no pagó aún) (1.501, 2.º).
- 3.º Cuando, requiriéndolo, el vendedor lo constituya en mora (1.501, 3.º).

De esta forma se da al artículo 1.501, 3.º, un sentido que, además de ser perfectamente natural, concuerda por completo con sus antecedentes, ya que fue tomado del Código francés, artículo 1.652, cuyos dos últimos apartados dicen que el comprador debe intereses del precio si ha sido requerido de pago, y que los debe desde el requerimiento. Y fue tomado del Código francés a través del Proyecto de 1851, según cuyo artículo 1.430, el comprador debe intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio. . 3.º, «si se hubiese constituido en mora, con arreglo al artículo 1.007»; siendo así, que la constitución en mora, a tenor de ese artículo 1.007, apartado penúltimo, no es automática por el hecho de que cumpla la otra parte, sino que, como ya vimos, de lo que advertía GARCÍA GOYENA, se deduce que hace falta el requerimiento (28).

Ahora bien, si en vez de partir de que el requerimiento sea ne-

(28) Obra cit., pág. 45, donde dicho autor señala que «el que no cumple mal puede reclamar del otro el cumplimiento, y, de consiguiente, constituirle en mora». Frase que implica que es que se considera que incluso en el caso de obligaciones recíprocas se parte de la base de que para constituir en mora hay que requerir.

cesario, se arranca de que, a tenor del artículo 1.100, párrafo último, del Código civil, la constitución en mora de una parte tiene lugar por el simple hecho de cumplir la otra, y presupuesto que, según el artículo 1.501, se está en el caso de que la cosa ha sido ya entregada (es decir, que el vendedor ya cumplió su obligación), se ha de estimar una de dos:

A) O que los apartados 1.º y 2.º del artículo 1.501 son inútiles (29), puesto que, estando constituido en mora, el comprador desde la entrega de la cosa, bastaría el apartado 3.º para dejar establecido que, a tenor del 1.100, apartado último, debe intereses. Intereses que se deberían, pues, sin necesidad de los apartados 1.º y 2.º, también en los casos de los mismos, ya que, en ellos, como está entregada la cosa, está en mora el comprador y debe intereses desde la entrega, y no sólo si se han pactado o si la cosa produce fruto o renta, sino también, si no se han pactado o si la cosa no produce fruto o renta.

B) O que esos apartados 1.º y 2.º se refieran al caso de que, a pesar de que la cosa esté entregada, el comprador no esté en mora. Lo cual no puede tener lugar sino cuando el vendedor debía cumplir su obligación antes que el comprador la suya; hipótesis cuyo caso más corriente será el de que las partes hubiesen pactado aplazamiento en el pago del precio o que éste, a pesar de estar entregada la cosa, no pueda ser exigido hasta el otorgamiento de la escritura pública de venta.

(29) Así, BONET, *Comentario a la sentencia de 30 de junio de 1950*, en «Revista de Derecho Privado», 1950, pág. 923, y MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XXIII, Madrid, 1906, pág. 707, por partir de ser necesario el requerimiento, dicen (pues BONET transcribe a SCAEVOLA) que: «Basta una ligera lectura del artículo 1.652 del Código francés para darse cuenta de lo que significa el 1.501 del patrio» Dice aquel en su segundo supuesto que se deberán intereses «si la cosa vendida y entregada produce frutos u otra renta», y los impone en tercer lugar «si el comprador ha sido apremiado al pago». Con advertir la diferencia que existe entre el apremio al pago, que allí se exige, y la constitución en mora, a que se refiere el artículo 1.501 de nuestro Código, teniendo para ello en cuenta que, sin necesidad de requerimiento, la mora se produce, con arreglo al último párrafo del artículo 1.100 por el solo hecho de entregar la cosa al comprador no estando aplazado el pago contractualmente, se llega con facilidad a la conclusión de haberse padecido por los legisladores un error de concepto al traducir el Código francés, mediante el cual, por dar al número 3.º del artículo 1.501 una amplitud mayor de la que tenía en su origen, se han duplicado, sin duda ninguna, las disposiciones. preceptuándose en el número 2.º, como concepto especial, lo que ya venía a estar perfectamente determinado en general por el número 3.º

Pues bien, aceptando este planteamiento, resultaría que el sentido del artículo 1.501 sería deber el comprador intereses del precio cuando esté constituido en mora, lo que tiene lugar automáticamente desde que la cosa le fue entregada (1.501, 3.º), y deberlos también, aunque no esté en mora, si, habiendo recibido la cosa, se pactó así (1.501, 1.º) o ésta produce fruto o renta (1.501, 2.º).

Ahora bien, dar ese sentido al artículo 1.501 es *restringir la efectividad* de sus apartados 1.º y 2.º en el caso de que el pago del precio esté, por cualquier motivo (el normal será el acuerdo de las partes), diferido o aplazado.

Restricción que no establece la Ley, que habla, sin limitarse al solo caso de precio diferido, de deberse intereses, en esos dos supuestos, si la cosa está entregada.

Restricción que, no apareciendo de la Ley, pero que siendo precisa para, partiendo de que no hace falta requerimiento para constituir en mora, dar sentido al artículo 1.501, muestra que se trata de un sentido forzado, pues el *natural* es el que se obtiene partiendo de que sí hace falta el requerimiento para constituir en mora.

Restricción, por último, que—aparte del de mora—limita el deber de pagar intereses por el precio, precisamente a los casos en que, estando éste diferido, es cuando menos justificados aparecen aquéllos. Hasta el punto que, para la opinión de la jurisprudencia y de la mayoría de nuestros autores sobre el Código, y para la de GARCÍA GOYENA sobre el Proyecto de 1851, en principio no se deben intereses si el precio está aplazado.

Queda, pues, claro que, en el caso A), resultan inútiles dos apartados de los tres que tiene el artículo 1.501, y que, en el caso B), el sentido que hay que atribuirles es totalmente desaconsejable. Luego ello prueba que debe abandonarse el punto de partida—mora sin requerimiento—que lleva a esas consecuencias, y adoptar aquel otro—mora por requerimiento—, arrancando del cual se consigue para el artículo 1.501 un sentido totalmente razonable y útil (30).

(30) Dejo al margen otras cuestiones que plantea este artículo, pero que no afectan al problema que me ocupa. Principalmente se trata de cuándo se deben intereses por el precio en las ventas en que éste ha sido apla-

14. *Desestimación de otra explicación no aceptable.*

Antes de acabar con el punto presente quiero rechazar otra explicación que se ha dado de la relación entre los artículos 1.100 y 1.501, en virtud de cuya explicación se mantendría la tesis de no ser preciso el requerimiento para la mora en las obligaciones recíprocas; pero esta tesis no produciría, aplicada al artículo 1.501, los inadmisibles resultados que acabo de señalar.

Según esa explicación, el artículo 1.501, 3.º, al remitir al 1.100, se refiere a la constitución en mora mediante requerimiento, pero no porque el último párrafo de éste exija requerimiento, sino porque la remisión de aquél no se hace al apartado último de éste, sino a la regla general (de mora mediante requerimiento), que contiene en su apartado 1.º (31).

Pero esta explicación no puede aceptarse, pues resultaría sumamente extraño que, remitiendo un artículo a otro, viniese a hacerlo, no a la parte de éste apropiada, que trata de las obligaciones que aquél regula (como el 1.100, apartado último, regula las recíprocas, caso que es el del artículo 1.501), sino a la parte en que no se refiere a esas obligaciones.

Amén de qué semejante interpretación:

1.º Ha sido rechazada por el Tribunal Supremo, que, en sentencias como las de 15 de febrero de 1905, 31 de mayo de 1916 y 22 de marzo de 1950, afirmó o dio por supuesto que la remisión del artículo 1.500, 3.º, hay que entender que se refiere al último párrafo del artículo 1.100 (32).

zado. Sobre ello, véase, además de las obras generales, BORRACHERO. Algunos problemas de la compraventa con precio aplazado, en *Revista de Derecho Privado*, 1949, págs. 257 y ss., y la sentencia de 30 junio de 1950.

Por mi parte, no creo acertada ni la tesis de aquel autor ni el criterio de la sentencia. Pero no intento ocuparme ahora del tema, sino sólo señalar, por lo que a la sentencia atañe, que no afecta a si la mora se produce con o sin requerimiento.

Otro punto a examinar sería la relación del artículo 1.501 con el 1.095.

(31) Así MANRESA, *Comentarios al Código civil*, X, 5.ª ed., Madrid, 1950, página 292, sugiere que «tal vez haya sido éste su [del Código] propósito».

(32) Y cuando, para casos de compraventa, entiende el Tribunal Supremo que hace falta requerimiento para constituir en mora, no es porque entienda que el artículo 1.501, 3.º, remite al 1.100, párrafo primero, sino porque, aunque no lo diga, parte de la tesis de que en las obligaciones recíprocas, a tenor del párrafo último de este artículo, hace falta tal requerimiento. Confróntese así, sentencias de 13 de abril de 1931 y 15 de marzo de 1934.

2.º Tendría, por otro lado, la extraña virtud de, jugando con un dato de un caso particular (el de la mora en la compraventa) que puede servir para resolver la duda general (la mora en las obligaciones recíprocas), resolver esta duda general exactamente en el sentido contrario al que se deduce de la resolución del caso particular. Y resolverla, además, de forma que se mantuviese como regla (para las obligaciones recíprocas) una tesis dudosa (mora sin necesidad de reclamación), pero exceptuando de ella precisamente al caso más corriente de obligaciones recíprocas, la compraventa (en la que la mora para el comprador se produciría por reclamación).

VI

CONCLUSION

15. *Conclusión.*

Después de todo lo dicho, creo que se puede estimar justificada la conclusión de que, en las obligaciones recíprocas, también rige la regla de mora mediante requerimiento. Ahora bien, ello—como ya señalé al principio de este trabajo—en los mismos términos en que para las obligaciones no recíprocas, y, por tanto, con las excepciones que para éstas establece el artículo 1.100, números 1.º y 2.º De forma que el requerimiento para constituir en mora no es preciso tampoco en las obligaciones recíprocas cuando se está en uno de esos casos. Entonces se incurre en mora automáticamente, por el hecho de no cumplir a tiempo. Pero, naturalmente, también con la diferencia, respecto de las obligaciones no recíprocas, de que en éstas basta el incumplimiento para caer en mora, y en aquéllas hace falta, además, que cumpla la otra parte.

Además, es obvio que, por aplicación también de otras reglas generales sobre la mora, ésta tampoco se produce en las obligaciones recíprocas, incluso, aunque haya cumplido ya una parte,

si la obligación de la otra es ilíquida (33) o no está vencida (34), por hallarse establecido el cumplimiento anterior de aquélla.

16. *El requerimiento ha de ser posterior al cumplimiento del requirente.*

El último extremo que deseo puntualizar es el de que la constitución en mora de una parte tiene lugar por el cumplimiento de la otra y simultáneo requerimiento, o desde éste, si el cumplimiento había tenido lugar antes.

Pero no cabe que una parte requiera a la otra antes de cumplir ella misma (35), de forma que se estimase válido ese requerimiento para que, unido al posterior cumplimiento del requirente, diese lugar a partir de este cumplimiento (que es cuando concurrirían los dos requisitos), a la mora del incumplidor requerido.

La razón de ello es que el requerimiento de pago no se puede hacer de antemano, para cuando llegue el tiempo de pagar (36), sino que ha de hacerse una vez que llegó el momento de poder exigir el pago. Y ese momento no llega en las obligaciones recíprocas hasta que el que exige ha cumplido.

MANUEL ALBALADEJO GARCÍA.

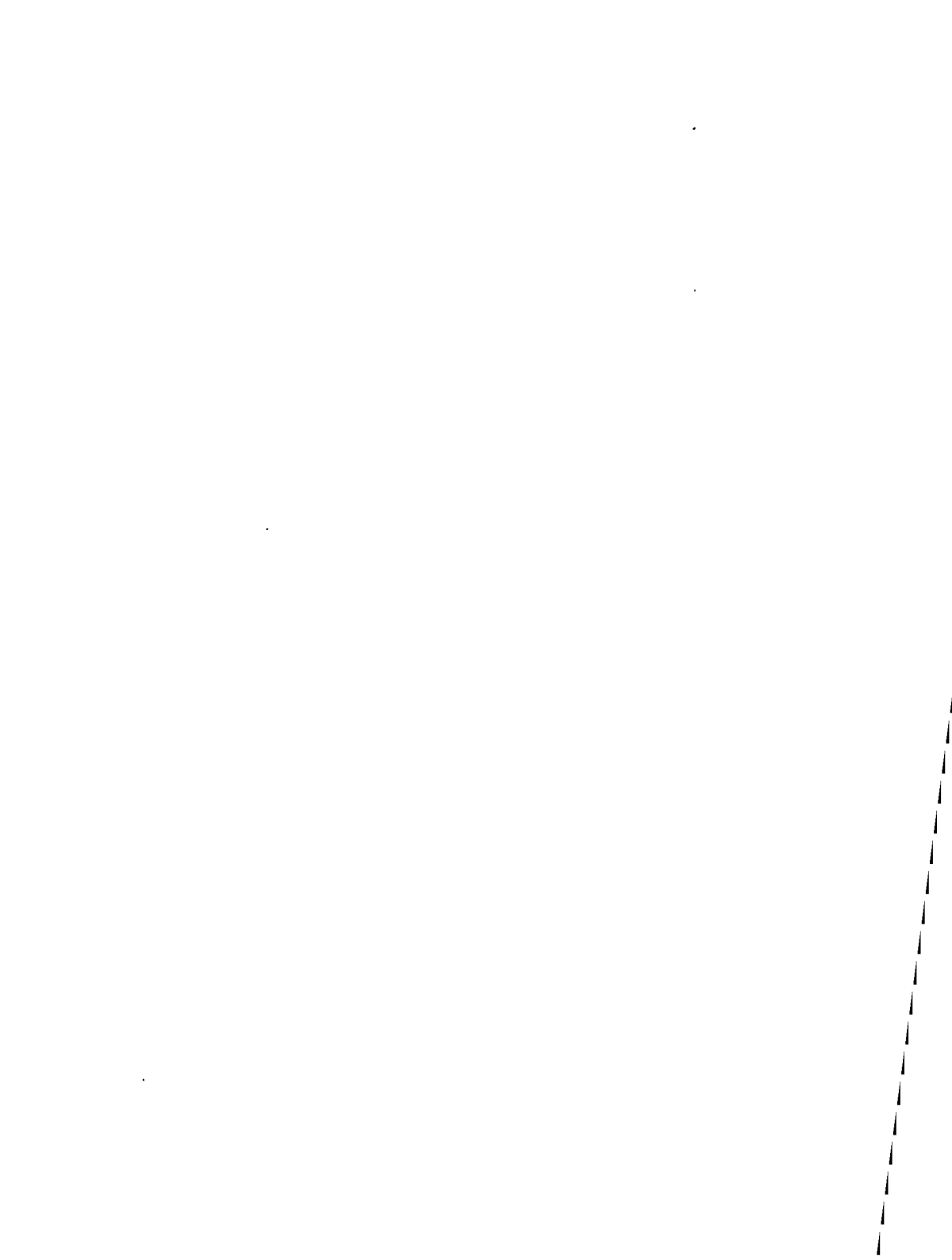
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Barcelona.

(33) Así, sentencias de 16 de enero de 1919, 13 de abril de 1931 y 8 de junio de 1966.

(34) Así, sentencias de 24 de octubre de 1941, 1 de mayo de 1950 y 8 de junio de 1966, y argumento sentencia de 26 de mayo de 1966, y OSSORIO MORALES, ob. cit., pág. 136, VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, 4.ª edición, III Valladolid 1937, pág. 109. DÍAZ PAIRÓ ob. cit., pág. 147; SCAEVOLA, *Código civil*, XIX, Madrid 1902 pág. 465.

(35) Se sobreentiende que con la salvedad de que deba cumplir aquélla antes que ésta. Pero es que en tal caso para constituir a aquélla en mora no tiene que cumplir ésta.

(36) Admitir lo contrario sería como permitir que, una vez nacida la obligación sin haberse suprimido en ella la necesidad de la intimación (cosa que los interesados pudieron haber hecho o no, de mutuo acuerdo: artículo 1.100, apartado 1.º), pudiese eliminarse ésta por la sola voluntad del acreedor.



Anotaciones preventivas

Nuestro sistema hipotecario no sería perfecto, sería menos perfecto, si no existiese la anotación preventiva, cuyo contenido pasa a formar parte del historial de la finca, bien como derecho que el anotante tiene, o pretende tener, sobre la misma, bien como una garantía real, más o menos intensa, que consigue con tal asiento, bien como limitación dispositiva, y que produce en todo caso los efectos negativos de afección a terceros. Toda anotación constituye un aviso a terceros (publicidad de valor negativo), incluso las anotaciones de incapacidad y las de prohibición de enajenar, y también la anotación de secuestro es de publicidad, ya que es un aviso relativo a la finca inscrita sobre cuyo dominio existe controversia, habiendo interdicción en la custodia con privación de facultades para enajenar el inmueble anotado.

Para que el Registro refleje todas las situaciones que afecten o puedan afectar al inmueble inscrito fue preciso admitir en nuestro régimen hipotecario asientos de vigencia generalmente temporal para hacer constar en el Registro derechos y situaciones que, de momento, no pueden ser objeto de asientos definitivos, pero que anuncian preventivamente su existencia, que puede dar lugar a una inexactitud, a una carga o a una limitación en el derecho del titular inscrito; y tanto es así que, si no se practican las anotaciones a su debido tiempo no podrá después perjudicar su derecho anotable al tercero que adquiera confiando en el Registro, según establece el artículo 69 de la Ley Hipotecaria; es decir, que la anotación pone en entredicho la situación del titular registral, quien habrá de responder probablemente de la afección que causa la anotación.

La anotación preventiva es un asiento de prioridad o un medio de ganar rango en el Registro, por un tiempo más o menos largo, para la efectividad del derecho a que se refiere la anotación.

¿Para qué sirve, pues, este asiento?

La anotación preventiva sirve, unas veces, para preparar con anticipación un asiento definitivo y evitar así un perjuicio (las de suspensión y las de crédito refaccionario); otras veces sirve para anticiparse el titular de un derecho a otro tercero y ser preferido en la efectividad del mismo (las de embargo, por ejemplo); otras veces sirve para ser aviso en el Registro de que el derecho del titular registral está en tela de juicio, o afectado por una prohibición de enajenar, o porque la capacidad del titular se discute judicialmente, y así se previene la enajenación de los bienes del presunto incapacitado en condiciones perjudiciales; también sirven para que entren en el contenido del Registro derechos adquiridos por el anotante, pero pendientes de ser concretados o consumados.

En resumen, la anotación preventiva es un asiento (no siempre provisional, como veremos) que se practica en el Registro para asegurar el cumplimiento de los fallos judiciales (incluidos los embargos y secuestros) o la eficacia de cualquier derecho que aún no se puede inscribir.

Procedencia del nombre de anotación preventiva.

Los autores de la Ley Hipotecaria de 1961 comprendieron la necesidad de este asiento. ¿Y con qué nombre había de ser designado en la Ley y en la práctica? Su procedencia nos la dice uno de los autores de dicha Ley, don PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, en sus comentarios a la misma: «Lo más notable que nos ofrece la legislación catalana en la época a que nos referimos es una pragmática de Pedro III, dada en 1339, que trata de la anotación de los bienes de los criminales. En esta pragmática, redactada en latín, vemos ya usadas las palabras «ANOTATIO» y «ANNOTARE», para significar la inscripción que se hacía de los bienes del delincuente, por orden de la autoridad judicial; se hacía en un Registro; no podría ser

mayor la semejanza del antiguo Derecho catalán en este punto con la nueva Ley... La Comisión, prefiriéndola a otra cualquiera, que nunca sería tan propia, ha seguido un precedente histórico.»

CLASES DE ANOTACIONES PREVENTIVAS.

Todas ellas son medios de defensa de derechos de los anotantes, que les permiten asegurar la efectividad de aquéllos sobre el inmueble.

Son casi todas de carácter provisional, porque al transcurrir algún tiempo o caducan o, por haber cumplido su objeto, se cancelan o se convierten en asientos definitivos.

Todas las anotaciones son de publicidad, incluso las constitutivas, pero éstas publican y a la vez producen garantía.

Los derechos del anotante unas veces están insitos en la finca sujeta a anotación ya con anterioridad a la fecha de la misma; por esto el anotante persigue tal finca y no otra, hasta que sea declarado su derecho, si las anotaciones son de contradicción o las de suspensión; así como las de modificación y las constitutivas producen sólo efectos respecto de los terceros posteriores a la anotación, con la excepción de las de crédito refaccionario, que producen efectos iguales a los de la hipoteca.

Las anotaciones preventivas pasan a formar parte del contenido del Registro, reflejando el derecho que tiene o puede tener el anotante sobre la finca, en las de mera publicidad, o la garantía real que surge en las constitutivas. Unas y otras producen los efectos negativos que afectan a terceros, según dicho artículo 69, y también, en algunos casos, según el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y el último párrafo del artículo 40 de la misma, y tiene también aplicación el artículo 34 en las anotaciones de suspensión a que se refiere el número 9.º del artículo 42, con presunción de exactitud mientras esté vigente la anotación de suspensión.

Obligatoriedad de la anotación preventiva de embargo en sentido constitutivo.

El artículo 42 de la Ley Hipotecaria empieza diciendo: «Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente...» Parece ser, así, a primera vista, que en todos los casos a que se refieren los diez números que comprende el mismo artículo tiene la anotación carácter voluntario para el anotante el pedirla éste o no; pero esta regla general de voluntariedad para pedir la anotación preventiva tiene una excepción, la que se preceptúa en el artículo 43 de la misma Ley Hipotecaria, al decir que en el caso del número 2.º del artículo 42, cuando se trate de juicio ejecutivo, será obligatoria la anotación, según lo dispuesto en el artículo 1.453 de la Ley vigente de enjuiciamiento Civil, como ya lo decía el artículo 953 de la Ley Procesal anterior, que exigía, y se exige, se tome razón de la anotación de embargo. El artículo 43, si no ha de carecer de contenido, o imprime carácter constitutivo a la anotación de embargo o se establece la anotación como requisito procesal, al igual que dicho artículo 1.453. Este artículo lo comenta MANRESA como sigue: «Del precepto imperativo del artículo de este comentario se deduce que la anotación preventiva del embargo de inmuebles no puede quedar al arbitrio del Juez ni a la voluntad del ejecutante: es obligatoria, como se declara en el párrafo segundo del artículo 43 de la Ley Hipotecaria, ya citado.» Es decir, que MANRESA entendía que el trámite de la expedición del mandamiento es obligatorio como trámite procesal, aunque luego en el Registro haya dificultades u obstáculos para practicar la anotación, y en este caso, que podrá seguirse el procedimiento hasta el final, si no se opone el párrafo tercero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria; y así la Resolución de 22 de noviembre de 1929 admite, si no hay tercero perjudicado, la inscripción de la adjudicación de la finca embargada.

La Sentencia de 14 de octubre de 1965 del Tribunal Supremo prescinde de la esencial obligatoriedad de la anotación preventiva de embargo, con infracción del citado artículo 43, y además con franca contradicción con el artículo 69 de la Ley Hipotecaria, con merma de los derechos de terceros, con interpretación opuesta a

la antigua Sentencia de 1 de mayo de 1884, que dice que si no se anotó el embargo no perjudica a tercero que adquiera la finca embargada.

Las anotaciones preventivas de demanda, practicadas mediante mandamiento judicial, atañen al ejercicio del derecho del anotante para hacerlo efectivo, y por esto mismo no podemos dejar de hacer presente que el retrayente en un retracto legal debe pedir la anotación preventiva a que se refiere el número 1.º del artículo 42 de la Ley, a fin de que se haga constar en el Registro el ejercicio de la acción. El derecho que tiene el retrayente de subrogarse deriva de la Ley, que establece la causa resolutoria del derecho del comprador; pero el ejercicio de ese derecho, concedido por la Ley, debe hacerse constar en el Registro por medio de anotación preventiva para perjudicar a tercero, o sea que debe dar publicidad del ejercicio de la acción concedida por la Ley, toda vez que el retrayente puede ejercitar tal acción o puede dejar que prescriba; o lo que es lo mismo, que si no se practica la anotación relativa a la acción del retracto y si después de haber sido presentada la demanda, el comprador vende lo comprado, el retrayente se verá obligado a demandar al segundo comprador en un nuevo pleito.

DIVERSAS MODALIDADES DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS EN CUANTO A SUS EFECTOS.

Como hemos dicho antes, todas las anotaciones producen publicidad registral, y que de una u otra forma afectan a la situación jurídica de la finca objeto de la anotación mientras ésta permanezca vigente, unas veces anunciando litigio, otras constituyendo garantía real, otras haciendo tránsito para asegurar la prelación de un futuro asiento, que puede ser una inscripción, una anotación, una cancelación o una nota marginal, que no pueden practicarse por algún defecto o un impedimento que no permita extender citados asientos; otras veces para el tracto sucesivo o para convocar el cierre registral.

Anotaciones que anuncian litigio.

La anotación de demanda sirve para constatar en el Registro que existe litigio sobre el dominio de bienes inmuebles o sobre otros derechos reales que graven la finca, o sobre la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real.

Los tratadistas y la jurisprudencia han ido discriminando los efectos de estas anotaciones de demanda. Todos son de mera publicidad, como diría CAPÓ BONAFÚS, pero no son siempre de contradicción que impliquen una inexactitud registral, sino que pueden hacer relación a la aspiración de una modificación de la situación jurídica actual de la finca. Las anotaciones de demanda de contradicción producen efectos más intensos que las de modificación; aquéllas, si prevalece la demanda, producen plenos efectos negativos contra todo título que no figure inscrito o anotado antes de la anotación de la demanda, aunque la fecha del mismo sea anterior a este asiento, basándose en la presunción de integridad que contiene el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, el 69 de la misma y el último párrafo del artículo 40. Por el contrario, las anotaciones de demanda de modificación sólo producen efectos respecto de títulos de fecha posterior a la anotación, porque el mismo demandante reconoce que el actual contenido del Registro es exacto, y pide que se modifique.

En cuanto a las anotaciones de demanda de contradicción, tenemos las de acción reivindicatoria, las de acción confesoria contra un titular inscrito. También son de contradicción aquellas en que se impugna el acto por el cual adquirió el titular registral su derecho, bien sea fundándose en acción de nulidad, bien alegando causa de resolución, como la demanda de retracto legal.

LAS ANOTACIONES DE EMBARGO.

Las anotaciones de embargo, como las de crédito refaccionario, no son asientos eventuales ni transitorios, ni provisionales, porque cumplen su cometido como la inscripción de hipoteca hasta hacerse efectivo el crédito que garantizan, si hubo prórroga cuando ésta fuere precisa; o sea que no es preciso esperar para su efecti-

vidad otro asiento definitivo. Con la anotación de embargo se refuerza un derecho personal con la realización de valor de la finca gravada con la anotación, que sirve para ganar rango respecto de acreedores o adquirentes posteriores a la anotación.

Y la anotación de crédito refaccionario gana rango respecto a todos, como la hipoteca, si se hace efectivo el crédito dentro del plazo de vigencia de la anotación y sesenta días más, o si ésta se convierte en inscripción de hipoteca; es decir, que la anotación de crédito refaccionario tiene temporalmente la eficacia de una hipoteca cuya prioridad persigue aquélla.

Por tanto, al definir la anotación preventiva no se debe afirmar, en términos generales, que es un asiento provisional, eventual o transitorio, ya que las de embargo y las de crédito refaccionario pueden por sí solas, y sin eventualidad alguna, garantizar el pago de la deuda, sin necesidad de esperar para su efectividad a otro asiento definitivo.

ANOTACIONES PREVENTIVAS DEL DERECHO HEREDITARIO.

El derecho hereditario es considerado como mal avenido con el sistema hipotecario, cuando corresponde a varios herederos, y se le apoda en este caso «derecho hereditario *in abstracto*», un derecho universal por recaer sobre un patrimonio, que puede estar compuesto de bienes inmuebles (que pueden radicar en varios distritos hipotecarios), de bienes muebles, de créditos y también de deudas, y que, por tanto, implica este patrimonio una comunidad hereditaria, que no admite sea considerada comunidad romana, según varios tratadistas y la jurisprudencia de la Dirección, que afirman que es una comunidad germánica de mano común.

Si la herencia es un conjunto de relaciones jurídicas de carácter patrimonial que perduran después de la muerte del causante, pero sin que tal conjunto sea independiente de los elementos que la forman, cabe aplicar al derecho hereditario la comunidad romana, como se entiende en el Derecho italiano, por ejemplo.

El derecho hereditario es el que corresponde a los herederos, único o varios, sobre la universalidad de los bienes y obligaciones

de la herencia; es una relación jurídica entre el sucesor o sucesores y la masa hereditaria, pero sin perder conexión entre el heredero y los bienes concretos que integran el haber hereditario, por esto mismo estamos conformes con el criterio de CHAMORRO PIÑERO, que considera que, respecto de cada finca, existe un derecho hereditario que equivale a una comunidad romana cuando pertenezca a varios herederos, y esto permite que el sucesor pueda figurar en el Registro como portador de los bienes heredados, aunque los bienes de la herencia formen un activo inferior al pasivo, ya que el titular o titulares están legitimados según el Registro para disponer de los bienes heredados, y si la disposición es a título oneroso, surge o puede surgir el tercero hipotecario.

Esta relación que existe entre el sucesor y la masa hereditaria y las cosas concretas que la forman se da lo mismo que haya un solo heredero que si son varios. Se dice que al ser varios los herederos y mientras no haya adjudicación de la herencia, cada uno de los mismos sólo tiene un derecho abstracto sobre el patrimonio o masa de la herencia.

Nosotros creemos que el carácter de abstracto no está en la indivisión de la herencia, sino en la relación jurídica que existe entre el heredero o herederos y la masa hereditaria, que está o puede estar formada por derechos y obligaciones, y por lo mismo también es abstracto el derecho hereditario en caso de heredero único. Queremos decir que la proindivisión del derecho hereditario no le hace cambiar de naturaleza, y esto se ve claro cuando los coherederos actúan conjuntamente en los actos dispositivos, y así, la legislación hipotecaria debe reformarse para permitir a los coherederos registrar su derecho por medio de inscripción cuando la pidan todos.

Entendemos que hay un poco de desajuste en los tratadistas y en las Resoluciones de la Dirección respecto del derecho hereditario, que han influido en la Ley de 1944 y en su Reglamento. Se afirma que el derecho hereditario no permite fácil adaptación a los principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario. Reflejos del Derecho germánico. Se establece en la Resolución de 1 de junio de 1943, que, «regularizada la herencia por influencia del Derecho alemán como propiedad en común entre los herederos, entra la práctica actual a gozar de los privilegios del Registro,

sin ajustarse rigurosamente a los principios de *prioridad, publicidad y especialidad*».

Se funda esta Resolución en aquella de 22 de septiembre de 1924, que dice que la comunidad formada por los distintos herederos de una persona, que recogen su patrimonio, responde íntimamente de las deudas y cargas de la masa relictiva, encarnando en ciertos momentos la personalidad del causante común y son propietarios *in potencia* de cada uno de los bienes y de todos ellos, sin tener parte expresamente adjudicada, no puede compararse con las situaciones de copropiedad romana.

Es decir, que, según este criterio, al coheredero no se le puede atribuir una parte alicuota en una finca determinada si no le fue adjudicada expresamente tal parte, porque el heredero sólo tiene parte en la masa herencial y resulta propietario solamente *in potencia* de la finca o de una parte alicuota de ella o de todos los bienes cuyos herederos responden de las deudas y cargas del causante; pero ¿no responde igual el heredero único o todos los herederos cuando hacen adjudicación expresa de una finca o de parte de ella a uno de los herederos sin hacer previamente la liquidación de cargas? Convence más para no serle permitido a un coheredero que disponga de su participación hereditaria en una finca sin expresa adjudicación previa la razón que se establece en la Resolución de 29 de agosto de 1925, al decir que la situación jurídica de una masa hereditaria que corresponde a varias personas, se distingue de la copropiedad proindiviso, inscribible por cuotas: 1.º, en que se refiere a un patrimonio y no a un objeto singular; 2.º, en que el coheredero no puede disponer hipotecariamente de la parte de un inmueble porque puede pertenecerle o no al realizarse la partición. Pero esta razón deja de existir cuando actúan conjuntamente todos los herederos, y por esto mismo la Ley y el Reglamento debieron limitarse a exigir la anotación preventiva en el supuesto de que ésta fuere pedida aisladamente por uno solo de los coherederos, tanto para registrar su derecho hereditario como para los actos dispositivos del mismo; y aun en este caso puede admitirse también la inscripción, porque queda conjurado en derecho hereditario, en caso de su transmisión, con la constatación explícita de una condición resolutoria en los documentos respec-

tivos, y por lo mismo en la inscripción. El artículo 1.067 del Código civil le considera derecho real y comunidad romana.

Se dice que la registración del derecho de los coherederos tropieza con graves dificultades en la aplicación de los principios hipotecarios de ESPECIALIDAD, de FE PÚBLICA y de PRIORIDAD.

En cuanto al principio de prioridad, se alega que no se cumple en la registración la prioridad material cuando son varios los herederos; pero en cuanto a esto no podemos estar conformes, porque si el artículo 46 de la Ley Hipotecaria nos dice que el derecho hereditario anotado podrá transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación, no sólo cabe la prioridad en su aspecto formal, que admiten, sino la prioridad material; de lo contrario, carecería de sentido la transmisión admitida en dicho artículo 46. Ejemplo: Si un coheredero, que tiene anotado en el Registro su derecho hereditario sobre una finca lo vende a un tercero y éste hace constar la compra por medio de anotación en el Registro, y si luego el mismo coheredero transmite a otro el mismo derecho o si lo tenía enajenado de antes, pero sin registrar el título, no le será admitida la anotación de éste por resultar ineficaz respecto del adquirente que anotó más pronto, en virtud del artículo 32 de la Ley Hipotecaria y del artículo 1.473 del Código civil, que se refieren a la prioridad material.

En cuanto al principio de especialidad, afirman que no se cumple en la registración del derecho hereditario porque no hay concreción, según ellos, en la titularidad del sujeto sobre un derecho determinado; pero esta falta de concreción podrá existir cuando el coheredero actúe por sí solo, porque el tercero no podrá saber hasta que haya aprobación por parte de los demás herederos si la porción adquirida es adjudicada al coheredero enajenante; mas tal concreción existirá si actúan todos los herederos, porque son éstos portadores, según el Registro, de un derecho que equivale al que tenía su causante, y por esto el artículo 209 del Reglamento Hipotecario quebranta el principio de tracto sucesivo, como veremos. Y, en cambio, si el coheredero registra y dispone por sí solo de su parte, es portador solamente de una expectativa de derecho, de la expectativa o esperanza de poderle ser adjudicada la parte alícuota de la finca, o toda ésta, y por tal motivo el tercero corre el evento de que no le sea adjudicada la participación que expresa

el Registro, y así éste sólo publica la expectativa de derecho y no engaña al tercero; pero, en realidad, esta expectativa implica una condición resolutoria que, como tal, es transmisible e inscribible, como se sabe, y es inscribible el derecho afectado por ella; pero en uno y otro caso la finca servirá de alcance físico para el principio de especialidad, sin necesidad de llevar el Registro por patrimonio.

Se admite el principio de legitimación porque, respecto al heredero registral, y a todos los efectos legales, se presume, con presunción *iuris tantum*, que el Registro es exacto y que el derecho hereditario existe en la realidad con el contenido que aparece en la anotación, y que el coheredero anotante es verdadero titular de tal expectativa en la realidad jurídica.

Esta legitimación resulta del principio de publicidad registral, que equivale a la declaración señalativa del Registro en cuanto a la situación jurídica de la finca, y tal declaración produce una apariencia de derecho que legitima al titular para ser portador del mismo, tal como expresa el asiento, y como consecuencia, deviene soporte y base para tener fe el que adquiera del heredero en el contenido del Registro, o sea al amparo del principio de la fe pública registral, que es una consecuencia de la legitimación. Por esto mismo afirmamos que el principio de fe pública cabe también en la registración del derecho hereditario.

EL TRACTO SUCESIVO EN LA REGISTRACIÓN DEL DERECHO HEREDITARIO Y EN LA RENUNCIA Y CESIÓN DE ÉSTE.

Si todos los herederos menos uno renuncian la herencia antes de practicar la correspondiente anotación preventiva (renuncia preventiva), el heredero no renunciante puede actuar como heredero único, y si había practicado la anotación de su parte de la herencia, con la escritura de renuncia de los otros herederos, puede solicitar del Registrador la conversión de su anotación en inscripción. Pero si los herederos renunciantes habían anotado antes de la renuncia su derecho hereditario, su renuncia es abdicativa, porque la anotación supone la aceptación de la herencia y por tanto tal renuncia equivale a cesión directa o indirecta a favor del here-

dero beneficiado y habrá de inscribirse la escritura de renuncia a favor del mismo, y al mismo tiempo se practicará la inscripción directa o por conversión de la anotación, de la parte del favorecido con la renuncia, y por lo mismo, el tracto sucesivo se dará partiendo del renunciante o renunciantes y no del causante de la herencia, y así las anotaciones extendidas a nombre de los renunciantes se deben convertir en inscripciones para que sirvan de soporte en el tracto y no cancelarlas, como erróneamente se establece en el artículo 209 del Reglamento para el caso de que todos los herederos vendan o enajenen la finca o derecho sobre que recaen las anotaciones.

Si no hubiese renuncia y si enajenación expresa efectuada por todos los herederos a favor del otro, éste puede inscribir a su nombre la adquisición y convertir en inscripciones las anotaciones de los herederos enajenantes y convertir también en inscripción la anotación a nombre del heredero que haya adquirido de los otros, y si no estuviese aún practicada esta anotación puede pedir la inscripción de su parte en la herencia, cual si fuere heredero único.

Actualmente, según la legislación vigente, si todos los herederos piden conjuntamente la registración del derecho hereditario, tendrá que ser por medio de anotación y no por inscripción, si se limitan a pedirlo por medio de instancia; pero, en cambio, si otorgan escritura haciéndose especial adjudicación, aunque sea parcial, sin mediar liquidación de la herencia, ya pueden registrar su derecho hereditario por medio de inscripción. ¿Y no resulta absurdo que no se conceda a los coherederos que expresan todos en una instancia la parte que tiene cada uno en la herencia, según los documentos que lo acreditan, el mismo derecho a registrar por inscripción, lo mismo que se le permite al heredero único?

El artículo 209 del Reglamento hipotecario da lugar a que se trunque el tracto sucesivo: Dice que la cancelación de la anotación preventiva del derecho hereditario tendrá lugar: 1.º Cuando se haya practicado la partición de la herencia en los términos expresados en el artículo 83 (en este caso no se rompe el tracto). 2.º Cuando la finca o derecho real anotado haya sido transmitido conjuntamente por todos los herederos. En ambos casos, si no hubiere en el Registro asiento que lo impida se cancelará la anotación pre-

ventiva en el mismo asiento en que se inscriba la partición o *transmisión*, sin necesidad de solicitud expresa y extendiéndose al margen de la anotación preventiva la oportuna nota de referencia.

Los autores del artículo 209 creemos que no se dieron cuenta de que dejan sin soporte o causa el derecho del adquirente de la finca o derecho real transmitido por los herederos, por mandar que se cancelen las anotaciones a nombre de los trasmitentes, suprimiendo con tal cancelación la relación registral que debe haber entre causante y causahabiente; lo que no sucedería si en vez de preceptuar la cancelación se ordenase la conversión de las anotaciones en inscripciones. Ya decía a este respecto la Resolución de 26 de junio de 1916 que «es operación contraria al sistema del Registro de la Propiedad español cancelar un asiento dejando subsistentes otros posteriores que traen causa de él». Supongamos por vía de ejemplo que, por lo que fuere, se declarase nula la transmisión hecha por los coherederos y que por tal nulidad se ordenase la cancelación de la inscripción que se había efectuado a nombre del adquirente; ¿no quedaba el derecho de los herederos sin constancia registral, sin dejar soporte entre el causante de la herencia y la inscripción a favor del que adquiere de los herederos? Pues bien, si se cancela esta inscripción y vuelve el derecho transmitido a los herederos éstos tienen que volver a solicitar la registración de su derecho, lo que no sucedería si las anotaciones hubieran sido convertidas en inscripciones.

Resultaría mucho más práctico que la legislación se adaptara al criterio de CHAMORRO PIÑERO, estableciendo respecto de cada finca un derecho hereditario de comunidad romana, con aplicación del artículo 399 del Código civil, y admitir, como sucedía antes de 1944, que el derecho de los coherederos sobre cada finca del causante es a la comunidad romana lo que el derecho del heredero único es al dominio del causante según el Registro. El pasivo de la herencia afectará a los bienes heredados, lo mismo que sean varios los herederos que si es uno solo.

**ANOTACIONES PREVENTIVAS DE DEMANDA DE INCAPACIDAD
O DE PROHIBICIÓN DE ENAJENAR.**

Estas anotaciones las establece la legislación hipotecaria: 1.º Para cuando se discuta judicialmente la capacidad del titular registral o del sujeto de los derechos inscribibles o resulte de situaciones que afectan a la capacidad, como en el caso de quiebra y así no sea burlada la resolución judicial. 2.º Para cuando la facultad dispositiva integrante del derecho inscrito está limitada por una prohibición. La anotación, en uno y otro caso, previene al tercero sobre la falta de capacidad o de legitimación dispositiva del sujeto del derecho y no sea luego sorprendido con la declaración de anulabilidad o de nulidad del acto realizado.

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE LEGATARIOS.

Hay algunas anotaciones que están en completo desuso, y las de legatarios están en este caso.

Las anotaciones a favor de los legatarios se dividen en específicas y de género. Las específicas son las que se refieren a inmuebles determinados o a créditos o pensiones impuestos sobre ellos cuando pertenecían al testador. Son anotaciones inútiles, porque el legatario no puede sufrir riesgo alguno, toda vez que los herederos no pueden poner tales bienes a su nombre sin presentar al testamento en el que figura el legado.

Las anotaciones de género, o aquellas respecto de las cuales no hay bienes inmuebles adscritos concretamente para ser anotados, producen efectos contra los herederos y contra los acreedores de éstos, atribuyendo a los anotantes un derecho de realización de valor.

Hay algunas que pueden ser convertidas en inscripción de hipoteca, que son las de legatarios de rentas o pensiones periódicas impuestas por el testador determinadamente a cargo de alguno de los herederos o de otros legatarios, pero sin declarar personal esta obligación, o sea cuando el testador impone afección a la parte del

heredero o del legatario gravados, pero sin constituir el testador concretamente derecho real alguno.

Luego tenemos las anotaciones de género o cantidad propiamente dichas, incluidas las relativas a bienes muebles determinados y las de inmuebles, también determinados, que no eran propios del testador.

LAS ANOTACIONES A FAVOR DE LOS ACREEDORES REFACCIONARIOS.

Estas anotaciones, no obstante la importancia que ofrecían, tampoco se usan apenas. Se establecieron en la Ley Hipotecaria de 1861 para sustituir la hipoteca legal tácita que el Derecho antiguo venía atribuyendo al crédito refaccionario sobre la finca refaccionada.

La Ley hipotecaria ha instaurado esta anotación con una doble forma de garantía: 1.º La anotación para el tiempo que transcurra desde la entrega de la cantidad prestada para ser destinada a las obras y la terminación de las mismas, surtiendo la anotación mientras dura el efecto de hipoteca expresa; y 2.º Convirtiéndose la anotación en hipoteca cuando se haya invertido totalmente la cantidad prestada para las obras y no haya sido pagada.

ANOTACIONES PREVENTIVAS POR FALTAS SUBSANABLES EN LOS TÍTULOS O POR IMPOSIBILIDAD DEL REGISTRADOR.

1.ª Las anotaciones por faltas en los títulos se establecen en los artículos 19 y 65 de la Ley Hipotecaria, que preceptúan que el Registrador suspenderá el asiento que se interesa (que puede ser una inscripción, una anotación, una cancelación o una nota marginal) si observase alguna falta subsanable, y que extenderá la anotación preventiva a que se refiere el número 9.º del artículo 42 de la misma Ley, si la pide el que presentó el título, o el interesado.

2.ª El Registrador tiene que practicar anotación preventiva cuando existan causas o razones que le impidan extender el asiento interesado: a) por falta de índices; b) por presentación simultánea de títulos contradictorios; c) por consulta de duda a la Dirección,

que impida practicar el asiento, pero sin que la consulta se refiera a objeto de calificación; *d*) en el supuesto de que se hayan destruido los libros del Registro y no hubiese sido reinscrito el título; *c*) por falta de previa inscripción, en el caso del artículo 103 del Reglamento Hipotecario; *f*) por acumulación de títulos que impidan inscribirles todos dentro del plazo legal; *g*) en el caso de inmatriculación, según el párrafo tercero del artículo 20 de la Ley Hipotecaria; *h*) por falta de firma de un asiento anterior.

La anotación preventiva en nuestra legislación es como si en un cajón de sastre se buscara un botón, que aparece casi siempre. O sea, que, además de las anotaciones a que expresamente nos hemos referido, se encuentran muchas otras, no sólo en la Ley Hipotecaria y en su Reglamento, sino en disposiciones especiales como la Ley de Arrendamientos Urbanos, la de reconstitución de Registros, las disposiciones de Concentración Parcelaria, la legislación de Montes, el Estatuto de Recaudación, la Compilación de Cataluña, la legislación de Expropiación Forzosa, el mismo Código civil.

La Ley Hipotecaria se refiere en varios artículos, además de los indicados antes, a anotaciones preventivas: artículos 17, 25, 45, 49, 52, 66, 107, 171, 309.

El Reglamento también hace mención en otros varios artículos, no expresados antes, de la anotación preventiva: los 25, 27, 28, 32, 67, 69, 70, 80, 86, 87, 140, 142, 144, 145, 162, 164, 169, 170, 180, 200, 204, 236, 274, 276, 298, 300, 306, 312.

En fin, que la anotación preventiva, si no constituye un premio, como en las carreras de caballos, para el que llega el primero, quizá por más duro y exigente, como decían los redactores de la Ley de 1861, podemos afirmar plenamente que completan con las inscripciones la fisonomía de cada inmueble, reflejando su historia, su estado jurídico, su libertad, y se ofrecen al público con entera diaphanidad, para la confianza de los adquirentes del dominio y demás derechos reales en calidad de terceros, a cuyo favor se generan los efectos de la publicidad del Registro.

Algunos aspectos de la “Lex commissoria” (*)

SUMARIO: Introducción.—I. La representación del precio aplazado por letras de cambio.—II. Consideraciones generales sobre el artículo 1.504 del Código civil.—III. Las letras de cambio y el pacto comisorio.—IV. La ampliación del plazo al comprador y la naturaleza del «requerimiento» del artículo 1.504.—V. El protesto, el artículo 1.504 y el pacto «sin necesidad de requerimiento».—VI. El pacto de retención por el vendedor de los plazos cobrados.—VII. La posposición de la «Lex commissoria».—VIII. El pago del precio aplazado y la cancelación de la «Lex commissoria».

En este brillante ciclo de Conferencias que está desarrollando el Centro de Estudios Hipotecarios no podía faltar una a cargo de un Notario sin más títulos que éste; la elección, permitidme que sinceramente lo diga, no ha sido muy afortunada; hecha esta salvedad, agradezco públicamente la invitación que se me hizo, que yo de ninguna manera podía rechazar.

El tema que voy a tratar es muy antiguo; se refieren a él numerosos textos del Corpus Juris y demás fuentes del Derecho Romano; que sigue planteando problemas nos lo ponen de manifiesto numerosas y recientes Resoluciones de la Dirección General de los Registros (1); una exposición completa del mismo sería de todo punto imposible; he preferido, en consecuencia, un enfoque predominantemente práctico, y dentro de él me limitaré a unos cuantos problemas actuales, que todos conocéis y sobre los que

(*) Conferencia pronunciada en el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad el día 17 de marzo de 1967.

(1) Vid. las Resoluciones de 3 de junio de 1961; 13 y 18 de junio y 27 de septiembre de 1962; 16, 23 y 29 de diciembre de 1963, y 11 de enero de 1964.

tenéis formada opinión, sometiendo gustosamente a los vuestros mis criterios.

Comprendo que no es un tema cómodo; no se trata de una de esas instituciones, verdaderos fantasmas jurídicos, en que puede defenderse alegremente todo, hasta que no existen; es una institución, no sólo viva, sino precisamente la que contribuye, sobre todas, a facilitar el acceso de extensas capas de la población a la propiedad más íntimamente ligada a la persona, la de su propio hogar. El jurista no puede menos de sentirse cohibido, de llenarse de sentido de la responsabilidad al enfrentarse con ella; tiene que rechazar originalidades y dedicarse, modestamente, a sostener las líneas fundamentales del edificio, a cubrir, incluso, las grietas que pudiera observar; es lo que paso a hacer ante vosotros.

I.—LA REPRESENTACIÓN DEL PRECIO APLAZADO POR LETRAS DE CAMBIO.

En la práctica actual es muy frecuente que los diversos plazos en que se fracciona el precio se representen por otras tantas letras de cambio, generalmente libradas por el vendedor y aceptadas por el comprador, cuyos datos esenciales (clase y número de la letra, fechas del giro, del vencimiento y de la aceptación, importe, datos personales e incluso, en ocasiones, domicilio de pago) se hacen constar en la escritura.

El «rigor cambialis» de la letra funciona como una garantía para el vendedor, si la venta está hecha en documento privado; hecha en escritura, el reconocimiento de deuda del precio goza ya de acción ejecutiva y el pacto comisorio proporciona una garantía real, de forma que la finalidad de la emisión de las cambiales es más bien la económica de permitir al vendedor la obtención inmediata del precio mediante el descuento o negociación de las letras; sin que ello quiera decir que no se busquen, además, otras finalidades accesorias, a que nos referiremos, y que incluso se persiga también, barrocamente, una finalidad de garantía en esa «obsesión de seguridad» propia de los tiempos, que tan bien describía FLORES MICHEO (2).

(2) FLORES MICHEO, R.: *Formas indirectas o atípicas de garantía*, en «Estudios de Derecho Privado», coordinados por A. de la Esperanza Martínez-Ra-

Para estos supuestos, el artículo 1.170 del Código civil dispone que la entrega de los documentos de giro «sólo producirá efectos de pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso». Las letras, en efecto, no son dinero, sino sustitutivos del dinero. La relación entre el precio aplazado y las cambiabiles que lo representan con tanta frecuencia es el primer problema que quiero plantear.

El artículo 1.170 del Código civil, al ordenar el efecto solutorio del perjuicio de la letra, ha producido, sin duda, serios temores en algunos acreedores. Estos temores no son fundados, en cuanto que se exige para que el perjuicio de la letra produzca efectos de pago que sea debido a «culpa» del acreedor mismo, sin que pueda afectar al vendedor, acreedor del precio, la culpa del que normalmente la tendrá, el tenedor de la letra en virtud del último endoso, que es solamente acreedor cambiario mientras que no se le haya hecho cesión del crédito del precio aplazado. Pero, sobre todo, porque aunque el Código civil calle, el Código de Comercio no deja desamparado al librador de la letra perjudicada.

El vendedor-librador no solamente está autorizado expresamente para librar la cantidad de que dispuso, esto es, tiene la llamada provisión imaginaria (art. 458, I, *in fine*, del C. de C.) con las naturales consecuencias en materia de gastos por no haber sido aceptada o pagada la letra, sino que, y el mismo documento de venta lo acredita, al tiempo del vencimiento del efecto el librado es deudor frente al librador del importe del giro, es decir, tiene hecha verdadera provisión de fondos en la modalidad jurídica recogida en el artículo 457 del Código de Comercio. En consecuencia, perjudicada la letra, el vendedor-librador pierde la acción cambiaria

dio, Madrid, 1962, t. I, págs. 588 y sigs.—La sentencia de 15 de abril de 1963 reconoce esa finalidad económica de la emisión de las letras y el juego del artículo 1.170 del C. c.: «El precio pendiente de pago está representado por un efecto cambiario con renovación periódica, lo que indudablemente afecta al pago por ser el módulo o forma convenida el que ha de mantenerse como obligación de cumplimiento sucesivo mientras no se haga efectiva la cambial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.170 del C. c., con trascendencia o alcance de valor económico, porque mediante su negociación bancaria obtiene el acreedor una disponibilidad dineraria para el desenvolvimiento del negocio de construcción a que se dedica». También en el caso resuelto por la sentencia de 19 de diciembre de 1963 el precio aplazado estaba representado por letras de cambio.

ejecutiva, pierde también, si el perjuicio ha sido por su culpa, la acción causal (art. 1.170 del C. c.), esto es, en nuestro caso, la «actio venditi», pero tiene la acción de enriquecimiento, de Derecho cambiario, frente al comprador-librado que conserva en su poder la provisión; e incluso, si el perjuicio de la letra ha sido por culpa de otra persona—generalmente, el último endosatario—, el librador queda libre de responsabilidad en vía de regreso demostrando tener hecha la provisión (3), lo que automáticamente logra si ha vendido a precio aplazado en escritura pública; salvo, claro es, si ha ejercitado, al llegar el impago, el pacto comisorio, recuperando así la provisión.

Junto a este efecto solutorio del perjuicio de la letra, el artículo 1.170 señala un efecto suspensivo de su emisión, que hace que, en nuestro caso, el vendedor no pueda ejercitar la «actio ex vendito» hasta el vencimiento de la cambial; pero ello tampoco puede causar inconvenientes al vendedor, que nunca podría reclamar el pago del precio aplazado mientras no ha llegado el día fijado para el mismo, y el artículo 1.170, III, que lo establece, no puede obstaculizar los efectos del pacto, perfectamente válido, de que el impago de alguno de los plazos produzca automáticamente el vencimiento, y consiguiente exigibilidad, de los plazos futuros.

Finalmente, no atendida la letra a su vencimiento, y no perjudicada, cesa el efecto suspensivo, y el vendedor-librador puede optar entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación: cumplimiento, mediante el ejercicio de la acción ejecutiva nacida de la cambial, o de la acción causal, la «actio venditi» para el cobro del precio, que, si está en escritura, será también ejecutiva; y resolución, sea en base a la norma general del artículo 1.124 del Código civil, o, si expresamente se pactó la «lex commissoria», en base al artículo 1.504 del mismo Código. Hagamos algunas consideraciones generales sobre este precepto, las indispensables para situarle y poder orientarnos en su problemática.

(3) Vid. los artículos 483, 515 y 525 del C. de C., en relación con el 460, y además de las obras generales, GIRÓN TENA (José): *Una forma de interpretar los artículos del Código de Comercio sobre la provisión*, en «Revista de Derecho Mercantil», núm. 25, 1950, recogido en sus *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, págs. 375 y sigs.

II.—CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ARTÍCULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL.

Comencemos por situarle en el tiempo, para apreciar el sentido de su introducción en el Código civil.

El artículo 1.504 procede, como es sabido, directa e inmediatamente del artículo 1.656 del Código de Napoleón; su prehistoria es, por tanto, francesa. El rigorismo de la «*lex commissoria*» se había excesivamente debilitado en el «*ancien régime*» al introducirse en ella criterios de la llamada condición resolutoria tácita; «los tribunales—nos dice modernamente BORRICAND—consideraban que el pacto comisorio expreso dejaba subsistir la necesidad de una acción judicial, y que el juez podía, según las circunstancias, conceder al deudor plazos para cumplir y aun rehusar el pronunciamiento de la resolución. Esta jurisprudencia era aprobada por la doctrina» (4). Veamos, en efecto, dos citas que hace TROPLOG de los máximos juristas de aquella época: «El comprador puede, pues, dice FORTIER, hasta que haya recaído la sentencia, aun después de la expiración del término, impedir la resolución del contrato con sus ofertas»; «las cláusulas resolutorias...—dice DOMAT—no tienen el efecto de resolver inmediatamente la venta por el defecto de cumplimiento, sino que se concede un plazo para lo que ha sido prometido» (5). Ambas cosas, la posibilidad del comprador de pagar hasta el día de la sentencia, y la posibilidad del juez de concederle un nuevo plazo para ello, son—sigue TROPLOG (6)—las que quiso evitar el Código de Napoleón con su artículo 1.656: «Si se ha estipulado, en la venta de inmuebles, que por falta de pago del precio en el término convenido, la venta quedará resuelta de pleno derecho, el adquirente puede, sin embargo, pagar después de la expiración del plazo, en tanto que no haya sido puesto en mora por un requerimiento; pero, después de este requerimiento, el juez no puede concederle plazo».

La situación vigente en España, al introducirse, con el Código

(4) BORRICAND (Jean): *La clause résolutoire expresse dans les contrats*, en la «*Revue Trimestrelle de Droit Civil*», 1957, págs. 437-8.

(5) TROPLOG (M.): *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, De la Vente, 4.^a ed., t. 2.^o, Paris, 1845, págs. 141-2.

(6) Op. cit. en nota anterior, págs. 142 y sigs.

civil, el artículo 1.504 era, precisamente, la contraria; en Francia, el pacto, al no venir a producir otros efectos que los de la condición resolutoria tácita, había llegado a ser inútil; entre nosotros, el rigor de sus efectos quizá se consideraba excesivo; he aquí cómo una norma sustancialmente idéntica puede tener un sentido distinto, que incluso llevará a una interpretación en parte diferente. Veamos brevemente los precedentes españoles.

El Derecho romano (7) había reconocido a la «lex commissoria» el máximo rigor, que pone bien de manifiesto la fórmula generalmente usada en la práctica, según reiteradamente nos transmiten las fuentes: «ut fundus inemptus sit», «inemptus fierit», «et inemptae villae essent», etc. (8); lo que hoy llamamos resolución se producía de pleno derecho, y, como nos dice ULPIANO (9), sin necesidad de «interpellatio».

En nuestro Derecho, este rigor fué admitido, al tiempo que la «lex commissoria», por el Código de Eurico, el Liber Judiciorum, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y otros Cuerpos legales (10), hasta lle-

(7) Vid. ARANGIO-RUIZ (Vincenzo): *La compravendita in Diritto Romano*, vol. II, Napoli, Jovene, 1954. En la doctrina española son especialmente interesantes: FUENMAYOR CHAMPIN (Amadeo de): *La revocación de la propiedad*, Madrid, 1941, y D'ORS PÉREZ-PEIX (Alvaro): *In diem addictio*, Madrid, 1945, separata del «Anuario de Historia del Derecho Español».

(8) *Digesto*, XVIII, 3, De lege commissoria, 2, 4 y 8, respectivamente; los ejemplos podrían multiplicarse.

(9) «Marcellus libro vicensimo dubitat. commissoria utrum tunc locum habet. si interpellatus non solvat, an vero si non optulerit, et magis arbitrator offerre eum debere, si vult se legis commissoriae potestate solvere: quod si non habet cui offerat, posse esse securum» (ULPIANUS, libro trigensimo secundo ad edictum, en *Digesto*, XVIII, 3, 4, 4).

(10) La historia de la lex commissoria en España está sin hacer, y no es éste el momento de intentarlo; sobre la España visigoda, vid. MERÊA (Paulo): *Sobre a compra e venda na legislação visigótica* en sus *Estudos de Direito visigótico*, Coimbra, 1948, págs. 83 y sigs.; en nuestra doctrina, el mejor trabajo es el de FERNÁNDEZ ESPINAR (Ramón): *La compraventa en el Derecho medieval español*, en el «Anuario de Historia del Derecho Español», t. XXV (1955), págs. 293 y sigs., pero no hace otra cosa, en nuestro tema, que seguir la exposición de MERÊA. Los textos referidos son:

CÓDIGO DE EURICO, 296: «Si pars pretii data est, pars promissa, non propter hoc venditio facta rumpatur; 2 sed si emptor ad placitum tempus non solverit pretii reliquam portionem, pro parte quam debet solvat usuras; nisi hoc forte convenerit ut res vendita reformetur» («a no ser que se conviniere resolver la venta», traduce Alvaro D'Ors); en estas palabras finales ven MERÊA y FERNÁNDEZ ESPINAR el pacto comisorio. Vid. D'Ors (Alvaro): *Estudios visigóticos*, II, «El Código de Eurico, Edición Palingenesia, Índices», Roma-Madrid, 1960, especialmente págs. 28-29 y 216.

LIBER JUDICIORUM: Antigua. Si pars pretii data non fuerit. «Si pars pretii data est, et pars promissa non adimpletur, non propter hoc venditio facta

gar a las Partidas, que constituian, en este punto, el único Derecho vigente a la publicación del Código civil: «Otrosi dezimos, que si el vendedor, e el comprador ponen pleyto (11) entre sí, que el comprador pague el precio a día señalado, e si non lo pagare aquel día, que sea desfecha por ende la vendida; que tal pleyto como éste es valedero: e gana por ende el vendedor la señal, o la parte del precio que le fué dado, si al plazo non le fué fecha la paga, toda, o la mayor parte della: e desfazese la vendida. Pero con todo esto, en su escogencia es del vendedor, de demandar todo el precio, e fazer que vala la vendida; o de reuocarla, teniendo para sí la señal, o la parte del precio, segund que de suso es dicho. E después que quiere escogido una destas cosas sobredichas, non se puede después arrepentir, de manera que dexe aquella, por auer la otra», y continúa esta Ley (V-V-38) regulando, a la manera romana, los problemas de frutos y riesgos, en que no vamos a entrar.

Que esta Ley de Partidas establecía una resolución de pleno derecho a favor del vendedor, que podía, claro es, como en Derecho Romano (12), pedir el pago del precio, pero sin necesidad de nin-

rumpatur. Sed si emptor ad placitum tempus non exhibuerit pretii reliquam portionem, pro pretii parte quam debet, solvat usuras; nisi hoc forte convenit, ut res empta venditori debeat reformari» (V-IV-5).

FUERO JUZGO: Ley antigua. Si alguna parte del precio fincar por pagar. «Si la una partida del precio es pagada, y el otra partida finca por pagar, non se deve por ende desfazer la vendición. E si el comprador non pagare el otra partida del precio al plazo, pague las usuras daquella partida que deve, fueras si fuere parado, que la vendición fuesse desfecha si non pagas el precio al plazo» (V-IV-5).

FUERO REAL: III-X-2. Cómo después que el comprador, o el vendedor, tomare señal, no se puede desfazer la vendida: «Si el home alguna cosa vendiere, é tomare señal por la vendida, no pueda dasfazer la vendida; é si el comprador no quisiere pagar el precio, pierda la señal que dió, é no vala la vendida; é si el comprador no diere señal por la vendida, é diere alguna partida del precio, no se pueda desfazer la vendida, fuera por avenencia de amas las partes».

El pacto o convenio de que hablan todas estas leyes no es el ulterior al incumplimiento, sino el concertado al tiempo de la venta, es decir, la «lex commissoria».

(11) «Pleyto», como es sabido, no tiene el sentido actual, sino el de «pacto», del latín «placitum».

(12) Pero sin posibilidad de variación una vez hecha la elección, al igual que vimos en las Partidas: «Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus»; «Eleganter Papinianus libro tertio responsorum scribit statim atque commissa lex est statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere an potius pretium petere, nec posse, si commissariam elegit, postea variare»; «Post diem commissoriae legi praestitutum si venditor pretium petat, legi commissoriae

guna notificación o requerimiento, es evidente, y siempre ha sido afirmado por la doctrina española; Gregorio LÓPEZ nos dice que la «lex commissoria» tiene «vim resolutivam principii contractus» (13); Antonio GÓMEZ, que con ella «si praedicto tempore non solvatur, statim ipso jure rescinditur venditio, et dominium rei retransfertur in venditorem, ac si nunquam venditio esset celebrata» (14); lo mismo afirman los autores inmediatamente anteriores al Código civil: para el FEBRERO, «por el pacto de la ley comisoría prefijan ambos contrayentes un término, dentro del cual ha de pagar el comprador el precio; y no haciéndolo, se deshace el contrato; y vuelve la cosa vendida a poder del vendedor» (15), y para GUTIÉRREZ, «la cláusula “que sea desfecha” da a entender que es como si la cosa no hubiese sido comprada» (16). La práctica señalaba con rigor el efecto resolutorio de pleno derecho; basten dos citas de formularios notariales, una del siglo XVIII y otra de las vísperas del Código civil: MELGAREJO: «Que si para tal día en que se destina el plazo, no se hiciere la paga, sin que haya menester pedirsela. ni hacer ninguna diligencia judicial, esta venta sea en sí ninguna» (17); y el mismo FEBRERO: «... y pasado dicho término sin hacerse su total solución, queda por el mismo hecho cómo desde ahora la tengo anulada esta venta, y ha de ser visto no habersele transferido el dominio de dicha casa o heredad, ni haberse celebrado este contrato, sin que yo pueda ser compelido a restituir ni aun en parte tanto que me entrega en señal, y si intentare que se lo devuelva, no ha de ser oído en tribunal alguno, sino antes bien repelido y condenado en costas» (18).

Esta tradición ininterrumpida fué rota por el artículo 1.504 del

renuntiatur videtur, nec variare et ad hanc redire potest»; *Digesto*, XVIII, 3, «De lege commissoriae», 3, 4 y 7.

(13) Vid. la nota 3 a la citada Ley, Partidas V-V-38.

(14) «*Variae Resolutiones Juris Civilis, Communis et Regii*», Lugduni, MDCCI, pág. 213

(15) *Febrero, o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, por don Florencio GARCÍA GOYENA y don Joaquín AGUIRRE, corregida y aumentada por don Joaquín AGUIRRE y don Juan Manuel MONTALBÁN, 4.ª ed., por don José DE VICENTE Y CARAVANTES, tomo II, Madrid, 1852, pág. 412.

(16) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (Benito): *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 1.ª ed., tomo IV, Madrid, 1869, pág. 324.

(17) MELGAREJO (Pedro): *Compendio de contratos públicos, autos de particiones executivos y de residencias*, Madrid, 1733, pág. 23

(18) Loc. cit, *supra*, nota 15.

Código civil, al exigir, para que la resolución tenga lugar, un requerimiento del vendedor al comprador, y al prorrogar, entre tanto, las posibilidades de pago de éste: «En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, interin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el juez no podrá concederle nuevo término». Nada más ha cambiado, y, desde luego, no han sido alterados los efectos de pleno derecho de la resolución; ni siquiera es seguro que se estimara demasiado dura la posición del comprador, como antes dije; es muy posible que la innovación se deba a razones técnicas; el artículo 1.139 del Code había arrumado el principio romano «dies interpellat pro homine» estableciendo la necesidad de requerimiento para la puesta en mora del deudor; y muchos autores franceses explicaban el requerimiento de su artículo 1.656 como aplicación del 1.139 (19); GARCÍA GOYENA, después de reconocer que en el Derecho Romano y en el de Partidas, pactada la «lex commissoria», «la venta se resolvía *ipso jure* no pagándose el precio al plazo o tiempo convenido», nos dice: «En Derecho Romano y Patrio el día o plazo vencido “interpellabat”, hacía las veces de requerimiento y constituía en mora: nosotros hemos establecido lo contrario en el artículo 1.007 y lo aplicamos al caso de este artículo» (20).

Ya que me he extendido en exceso en estos aspectos históricos, voy a ser breve al tratar de la naturaleza jurídica de la resolución derivada del pacto comisorio, pues además, a mi entender, es clara: ocupa un lugar intermedio entre la producida por el cumpli-

(19) LAURENT (F.): *Principes de Droit civil français*, tomo XXIV, 2.^a edición, Bruxelles-Paris, 1878, págs. 331-2; AUBRY ET RAU: *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*; cito por la 5.^a ed., tomo V, Paris, 1907, pág. 153, nota 30, y tomo IV, Paris, 1902, pág. 131, nota 85; estas afirmaciones arrancan de los primeros comentaristas del Code.

(20) GARCÍA GOYENA (Florencio): *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, Madrid, 1852, pág. 413, comentario al artículo 1.433. precedente, en el Proyecto de 1851, de nuestro artículo 1.504: «Aunque en la venta de bienes inmuebles se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar la resolución del contrato de pleno derecho, el comprador puede pagar aun después de expirar el término, interin no haya sido puesto en demora por un requerimiento; pero si éste ha sido hecho, el Juez no puede concederle nuevo término».

miento de una verdadera condición resolutoria y la derivada de la llamada condición resolutoria tácita.

La tradicional ha sido la teoría de la condición resolutoria; ya la seguía el Derecho romano; no nos dejemos engañar por las discusiones de los romanistas sobre si el juego del pacto comisorio era el de una condición suspensiva, o el de una condición resolutoria, o, como es más probable, hay que distinguir épocas; sin desconocer las ventajas prácticas que pudiera tener la condición suspensiva, que en este mismo Centro expuso nuestro compañero GIMÉNEZ-ARNÁU (21), las oscuridades de los textos romanos no derivan de ahí, sino que son reflejo de un problema más amplio: si el Derecho romano, y desde cuándo, admitió una verdadera condición resolutoria, o si, por el contrario, entendía que a un negocio puro se le añadía una convención en sentido contrario bajo condición suspensiva, «negotium purum, quod sub condicione resolvitur» (22); de hecho, la teoría de lo que hoy llamamos condición resolutoria fué la romana, y la nuestra antes del Código civil.

Sin embargo, es difícil entender como condición propiamente dicha el impago del precio aplazado, que no es un evento externo, sino que está «in obligatione», de manera que elevarlo a condición sería tanto como dejar el contrato al exclusivo arbitrio del comprador, cuando siempre, desde el Derecho Romano, ha sido el vendedor el que ha podido optar entre exigir el pago o ejercitar el pacto comisorio; esta opción suprime todo automatismo y nos aleja del mecanismo de la verdadera condición; más aún hoy, con el artículo 1.504, en que el impago del comprador es sólo un elemento más del supuesto de hecho, que no produce por sí la resolución, en que es el requerimiento el que de manera inmediata la origina.

(21) GIMÉNEZ-ARNÁU (Enrique): *Las condiciones en el Registro de la Propiedad*, en «Centro de Estudios Hipotecarios Curso de Conferencias de 1951 (sobre Derecho Inmobiliario Registral)», Madrid, 1951, págs. 89 y sigs.

(22) En la discusión entran, precisamente, algunos textos relativos a la «Lex commissoria», aunque, como veremos, no es verdadera condición; entre ellos el de Ulpiano, D XVIII-III-1: «Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvitur emptio quam sub condicione contrahi videatur», y el de Paulo, XLI-IV-2: «Sabinus, si sic empti sit, ut, nisi pecunia intra diem certa soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia, sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvitur quam implebitur»; además de los opúsculos citados *supra*, nota 7, vid. SCIALOJA (Vittorio): *Negocios jurídicos*, trad. esp. de Pelsmaeker. Sevilla, 1942, págs. 84 y sigs.

En este sentido se produce nuestra doctrina actual, lo mismo que la francesa (23) y la italiana (24).

Ya en Resolución de 8 de enero de 1921, la Dirección General de los Registros declaraba que «las estipulaciones contractuales relativas a prestaciones esenciales, como es la del precio en la compraventa, no producen los efectos de las condiciones propiamente dichas, y si bien se suelen denominar así, deben ser relegadas al campo de las condiciones impuras y producir en cada caso las consecuencias específicas determinadas por los preceptos legales aplicables al tipo contractual»; añadamos la posibilidad de

(23) Señalan el carácter no automático del pacto comisorio BAUDRY-LACANTINERIE (G.) y SAIGNAT (Léo): *Traité théorique et pratique de Droit civil. De la vente et de l'échange*, 3.^a ed., París, 1908, pág 583, y en general, todos los autores; más explícito es LAURENT, que afirma no hay condición resolutoria expresa, por el derecho de opción del vendedor; vid. op. cit., en nota 19, página 331.

(24) Es doctrina común, al tratar de la cláusula resolutoria expresa y del término esencial; citaremos algunos ejemplos: BARBERO (Domenico): *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 5.^a ed., Torino, 1958, págs. 488-9: «Porque la estipulación de la cláusula no forma más que el presupuesto de la eficacia inmediata de la declaración de valerse de ella»; «la resolución no tiene lugar de derecho por el verificarse del incumplimiento mismo, sino por la declaración de valerse de la cláusula resolutoria; el incumplimiento, como tal, que debería representar el evento puesto en condición, no explica por sí el efecto resolutorio, sino que deja siempre subsistente la facultad de elección, en la otra parte, entre el cumplimiento y la resolución, facultad que sólo decae con la efectuación de la elección mediante la declaración de valerse de la cláusula. El efecto resolutorio está propiamente ligado a esta "declaración", que constituye la "sentencia", pero no constituye "condición"; ella es, más bien, un requisito legal, *condicio iuris*, de la eficacia de la cláusula» (pág. 499); NATOLI (Ugo): *Il termine essenziale*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 1947, I, pág. 229: «El interesado, a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, adquiere un derecho potestativo a provocar la resolución, o, para ser más precisos, un derecho de separación (*recesso*) unilateral»; el mismo NATOLI, en *Condizione risolutiva espressa e rapporto enfiteutico*, en «Il Foro Italiano», vol. LXIX, 1944-6, pág. 571: «El normal mecanismo de la condición (en sentido técnico) debe ser puesto en movimiento por un acto de la parte interesada, no obra automáticamente. La condición resolutoria expresa, en suma, no produce, verificándose el hecho previsto (incumplimiento), la resolución de la obligación, sino que crea a favor de la parte que ha cumplido un derecho potestativo a provocar la resolución»; NICOLÓ (Rosario): *Termine essenziale e mora debendi*, en el mismo tomo II de «Il Foro Italiano», pág. 933: «La resolución no es, en efecto, una sanción que opere automáticamente (con el mecanismo de la condición resolutoria en sentido técnico)»; MOSCO (Luigi): *La resolución de los contratos por incumplimiento*, trad. esp., de José Salas-Cardo, Barcelona, 1962, pág 3 del cap. IX: «Mientras la condición resolutoria produce automáticamente la resolución al verificarse el suceso futuro e incierto previsto en el caso de estipulación resolutoria, la existencia del incumplimiento previsto no es sino el presupuesto necesario para que la declaración de voluntad del acreedor produzca su efecto resolutorio», etc., etc.

opción del vendedor, y la necesidad del requerimiento como causa irmediata de la resolución; la teoría de la condición es insostenible. En contra de TRAVIESAS y como muy bien sostuvo RUIZ MARTÍNEZ (25), ni siquiera es admisible en nuestro Derecho, al ser de orden público el requerimiento del artículo 1.504, ir más allá de este precepto y elevar a propia condición resolutoria el impago del precio.

(25) TRAVIESAS (M. Miguel): *Obligaciones recíprocas*, en «Revista de Derecho Privado», septiembre y octubre 1929, págs. 273 y sigs. y 321 y sigs.: «No me parece dudoso que las partes puedan pactar, con eficacia, que el contrato quede resuelto por incumplimiento de una de las partes (art. 1.255). Pero este pacto puede ser una pura cláusula del contrato, o una condición resolutoria. En el primer caso, significa simplemente que el incumplimiento faculta al contratante, fiel al contrato, para exigir su resolución. Este contratante, entonces, tiene el derecho de arrepentirse de la conclusión del contrato; tiene un *ius poenitendi*. Ahora, que este derecho depende exclusivamente de su voluntad de hacerlo efectivo. Para ejercitarlo le bastará con comunicar a la parte contraria que da por resuelto el contrato.—Si el pacto constituye una condición resolutoria, entonces, la realización de la condición resolverá el contrato sin más. No será necesaria declaración de voluntad, ulterior al cumplimiento de la condición, para que la resolución se opere.—En suma: si el pacto de que se trata constituye una cláusula condicional, la resolución se opera por la notificación expresada; si el pacto constituye una condición resolutoria, la resolución se opera por el cumplimiento de la condición» (pág. 329).

Por el contrario, RUIZ MARTÍNEZ (Francisco): *Precio aplazado. Artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento* (en esta REVISTA, octubre 1948, páginas 601 y sigs.), separa claramente el pacto resolutorio expreso del artículo 1.504 de la venta con verdadera condición resolutoria de falta de pago de precio, y presenta, para ésta, dos soluciones: «o denegar la inscripción de tal condición por tratarse a lo sumo de una condición impropia, que no puede actuar como las demás condiciones o implica además un pacto comisorio prohibido por la Ley, o considerar tal cláusula como un simple pacto de resolución convencional», es decir, el del 1.504; «esto quizá sea lo más acertado», concluye (pág. 616). Del mismo RUIZ MARTÍNEZ puede consultarse su *Sobre la condición y sus aledaños*, en esta misma REVISTA, diciembre 1950, págs. 787 y sigs, y enero 1951, págs. 1 y sigs.

En la moderna doctrina italiana, SCOGNAMIGLIO considera admisible solamente en tal caso, el contrato está destinado a caer de derecho y por el simple verificarse del incumplimiento, que operaría en todo como una condición verificarse del incumplimiento, que operaría en todo caso como una condición resolutoria. Pero nuestro legislador no acoge semejante solución, que, aun plenamente admisible en abstracto, podría dar lugar a alguna preocupación en vista de la eficacia automática, y por tanto, demasiado brusca, del mecanismo condicional». Vid. SCOGNAMIGLIO (Renato): *Contratti in generale*, Milano, 1961, página 269; en mi opinión, ni abstractamente cabe elevar a verdadera condición el incumplimiento por una de las partes de su obligación fundamental. El Tribunal Supremo rechaza la posibilidad, en nuestro Derecho, de una propia condición resolutoria, porque el artículo 1.504 «viene a eliminar toda posibilidad de pacto comisorio en la venta de inmuebles permitiendo el pago, aun cumplido el plazo estipulado para realizarlo, en tanto no haya sido requerido el comprador, notarial o judicialmente, para el pago del mismo» (sentencia de 11 de noviembre de 1943).

En el otro extremo se encuentra la llamada—mal llamada—condición resolutoria tácita. Desde un punto de vista formal, nuestro artículo 1.124 no exige la demanda judicial para obtener la resolución, a semejanza del Derecho alemán y a diferencia de los Derechos francés e italiano, sin perjuicio, claro es, de que si la contraparte no se allana a esta resolución extrajudicial y persiste en el mantenimiento del contrato, hay que acudir a la vía judicial, para que los Tribunales declaren si la resolución era o no procedente; en consecuencia, la sentencia dando lugar a la resolución es simplemente declarativa, y no constitutiva, como en los Derechos francés e italiano; ello hace que desde este punto de vista formal se aproximen, en nuestro Derecho, la resolución general del artículo 1.124 y la específica del 1.504; pero las semejanzas acaban aquí. Y las diferencias son evidentes; en cuanto al incumplimiento, la resolución del artículo 1.124 exige dos requisitos, uno objetivo y otro subjetivo, que no son precisos para la resolución del artículo 1.504: que se trate de un incumplimiento grave y culpable; grave, porque, como ha declarado el Tribunal Supremo, dicho precepto «ha de ser interpretado no de manera automática, hasta el punto de que cualquier infracción, por mínima que sea, conduce a la resolución del contrato, sino en sentido racional, lógico y moral» (S. de 5-V-1953), como ocurre con el simple retraso que no implique que el fin de la obligación quede frustrado (Sentada por el Tribunal Supremo, «una voluntad deliberadamente tencia de 12-V-1955); y culpable, exigiendo, según la fórmula más rebelde al cumplimiento de lo convenido». Y respecto de los efectos, bien conocida es la diferenciación entre la mal llamada acción de resolución del artículo 1.124 del Código civil, personal, del tipo de las rescisorias, y la verdadera resolución, de carácter real, del artículo 1.504; la polémica doctrinal que preparó la reforma del artículo 11 de la Ley Hipotecaria de 1944, y el precepto entonces introducido, hacen la materia suficientemente conocida como para no detenernos en ella. Si quiero, por el contrario, señalar el reducido ámbito de la intervención judicial en materia de pacto comisorio, frente al amplísimo que tiene respecto a la acción de resolución derivada del 1.124; me limitaré a una significativa cita. BORRICAND: «Si el juez está obligado a respetar las convenciones, tiene también por misión hacerlas respetar por los contratantes

mismos, y dispone de los medios de constreñirlos a ello. Puede, pues, a demanda del deudor, efectuar un cierto control sobre el ejercicio por el acreedor de su derecho de resolución. Puede también, a demanda del acreedor, ordenar las medidas conducentes a hacer efectiva la ruptura del lazo contractual» (26). «Si la resolución opera de manera cuasi-automática, no debe intervenir de manera arbitraria y privar al deudor de toda protección. La cláusula resolutoria no podría retirar al juez todo poder de apreciación. Sin duda no puede apreciar si la resolución está justificada en equidad... El control judicial—que se efectúa aquí *a posteriori*—no es ya un control de oportunidad, sino solamente, podría decirse, un control de legalidad» (27).

En nuestro Derecho, el confusionismo anterior a la reforma hipotecaria de 1944, alimentado por la expresión del artículo 1.504, que al decir «aun cuando se hubiera estipulado» pudiera entenderse que su norma es también aplicable cuando no se ha estipulado pacto comisorio de manera expresa, aunque lo que quiere marcar es precisamente el carácter imperativo, de orden público, de la posibilidad del comprador de pagar hasta que hubiese sido requerido, hace que todavía no estén todo lo deslindadas que fuera de desear la llamada resolución del artículo 1.124 de la verdadera resolución del artículo 1.504; en casación ambos preceptos se suelen alegar como infringidos conjuntamente por los recurrentes, y el mismo Tribunal Supremo en algún caso ha aplicado a la reso-

(26) Op. cit., *supra*, nota 4, pág. 453.

(27) Op. cit., *supra*, nota 4, pág. 454.

En el mismo sentido, la doctrina italiana; así, en cuanto a la entidad del incumplimiento, BARBERO: «La valoración del Juez es prevenida (y excluida) por la valoración de las partes en forma negocial» (op. cit., en nota 24, página 499, nota 2); SCOGNAMIGLIO: «La cláusula expresa viene a asumir principalmente el valor de una predeterminación de las hipótesis de incumplimiento que, según los pactos de los interesados, pueden provocar la resolución; y bien se explica entonces que, concurriendo dicha cláusula, no sea consentido indagar a este efecto sobre la mayor o menor entidad del incumplimiento» (op. cit. en nota 25, pág. 269); Mosco: «La valoración de la gravedad del incumplimiento queda, sustraída a la decisión del Juez» (op. cit. en nota 24, página 19 del cap. IX), «la función del Juez llamado a decidir sobre una controversia nacida de contrato con cláusula resolutoria, se limitará normalmente a determinar si se ha verificado el incumplimiento previsto, y consiguientemente a declarar por sentencia resuelto o no el contrato sin indagar la gravedad del incumplimiento» (ibidem). Es también irrelevante que ese incumplimiento sea o no culpable por parte del deudor; vid. SCOGNAMIGLIO, op. cit. en nota 24, página 270, y, claro es, GIORGIANNI (Michele): *L'indadempimento*, Milano, 1959.

lución del 1.504 criterios de equidad de la acción del 1.124. Sin embargo, la distinción entre ambas acciones se marca en la sentencia de 28 de enero de 1944, refiriéndose a «el matiz diferencial que entre los mismos se da», «que prácticamente se traduce en la imposibilidad de pagar—en el caso del 1.504—, una vez que transcurre el término convenido, si media el acto solemne que obsta a la eficacia del pago»; y al poco tiempo, la sentencia de 1 de mayo de 1946 declaró que «esta facultad de tal suerte genérica reconocida—la del artículo 1.124—, se eleva de rango y categoría, convirtiéndola en resolución de pleno derecho cuando los contratantes la recogen en un pacto perfectamente válido y de indudable licitud como es el establecido en la compraventa» por el artículo 1.504 del Código civil.

Entre ambos extremos, por arriba la verdadera y propia condición resolutoria, y por abajo la condición resolutoria tácita del artículo 1.124, la doctrina española actual encuadra el pacto comisorio del artículo 1.504 del Código civil como un supuesto de cláusula resolutoria expresa; así especialmente mis compañeros Domingo IRURZUN y Celestino MÁS ALCARAZ (28); esta es también la posición dominante en Francia, en que la expresión es bien antigua (29), pudiéndose citar modernamente el trabajo de BORRICAND encuadrando el 1.656 del Code dentro de un estudio general de la cláusula resolutoria expresa (30); y por lo que hace a la doctrina italiana, la inexistencia de un precepto semejante al 1.656 francés y 1.504 español en su Código de 1865, dió lugar a una elaboración doctrinal, que ha cuajado en el artículo 1.456 del Código vigente, que, bajo la rúbrica de «Cláusula resolutoria expresa», dispone: «Los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso de que una determinada obligación no sea cumplida según las modalidades establecidas. En este caso, la re-

(28) Vid. IRURZUN GOICOA (Domingo): *La cláusula resolutoria y el pacto comisorio (Notas para un ensayo de diferenciación)*, y MÁS ALCARAZ (Celestino): *El pacto comisorio*, ambos en los «Estudios de Derecho Privado», coordinados por A. de la Esperanza Martínez Radio, tomo II, Madrid, 1965, págs. 1-55 y 56-93, respectivamente. El trabajo de IRURZUN ha sido también publicado en la «Revista Internacional del Notariado», núm. 52 (cuarto trimestre de 1961), páginas 27-58, y núm. 53 (primer trimestre de 1962), págs. 61-86.

(29) Vid. TROPLONG: *Notre article nous conduit au cas où la clause résolutoire est expresse*, pág. 137 de op. cit. *supra*, nota 5.

(30) Vid. op. cit. *supra*, nota 4.

solución se verifica de derecho, cuando la parte interesada declara a la otra que entiende valerse de la cláusula resolutoria». Fue, quizá, el primero RUIZ MARTÍNEZ en señalar «la identidad sustancial» de este precepto italiano con el 1.504 de nuestro Código (31), y ciertamente la tiene, siempre que se tenga en cuenta que el 1.504 supone una disciplina especial de aquella institución general, con cuya salvedad puede utilizarse con provecho la doctrina italiana sobre la cláusula resolutoria expresa para interpretar nuestro artículo 1.504.

III.—LAS LETRAS DE CAMBIO Y EL PACTO COMISORIO.

Una vez sentadas estas ideas generales sobre el pacto comisorio, volvamos al supuesto, tan frecuente, de que el precio aplazado esté representado por letras de cambio. La exégesis que al principio hicimos del artículo 1.170 del Código civil no es suficiente, porque en buena medida este precepto es norma simplemente dispositiva; nada obsta, por ejemplo, a que en lugar de «pro solvendo», según el 1.170 dispone, la entrega de las letras se pacte como verdadera «datio in solutum» (32), de forma que con ella el precio quede totalmente pagado, y únicamente subsistan, entre las partes, relaciones cambiarias; esto nos lleva a plantear si es posible un juego más radical de las letras en nuestro supuesto.

En materia de hipoteca, que tan íntimas relaciones guarda con el pacto comisorio, es posible, desde luego, constituirla como cobertura o superposición de garantía de un crédito representado por letras de cambio, con opción para el acreedor de ejercitar en su día las acciones cambiarias, las causales o las hipotecarias; pero también creemos posible la constitución de la hipoteca cambiaria propiamente dicha, garantizando directamente la hipoteca el pago del crédito derivado de la cambial, y no sólo como hipoteca de má-

(31) Vid. op. cit. *supra*, nota 25, pág. 608. Para un estudio detenido, vid. BONET RAMÓN (Francisco): *La resolución de la compraventa de inmuebles en los Derechos español e italiano*, en la «Revista del Instituto de Derecho Comparado», núm. 1, julio-diciembre 1953, págs. 89 y sigs.

(32) Vid. HERNÁNDEZ GIL (Antonio): *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1960, pág. 419.

ximo, a la manera indicada por GUIMERÁ (33). Así ha sido defendido por SAPENA y por ROCA SASTRE (34), y así ha venido a ser reconocido por la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (art. 7.º).

En mi opinión, se rompe, sin embargo, aquí el paralelismo, que pudiéramos calificar de normal, entre la hipoteca y la «lex commissoria»; no es posible que el pacto comisorio garantice directamente el pago de las letras que representan el precio aplazado, sencillamente porque tiene que garantizar el pago del precio; cuando se pacta la resolución por falta de pago de alguna de las letras, se utiliza una manera abreviada de hablar, lo mismo que se pueden fijar los plazos con referencia a los vencimientos de las cambiales.

El Tribunal Supremo ha mantenido firmemente los principios de que el artículo 1.504 es una especialidad típica de la compraventa de inmuebles y que garantiza precisamente el pago del precio. Ha de tratarse, en efecto, de una verdadera compraventa, aunque lo sea con reserva de dominio (S. de 9 de noviembre de 1944), o aunque las partes la hubieran, equivocadamente, denominado «compromiso de venta» (S. de 28 de enero de 1948); pero no es aplicable a la mera promesa, incluso bilateral, de comprar y vender (Ss. de 7 de octubre de 1896, 28 de octubre de 1931 y 11 de noviembre de 1943). Y la obligación del comprador que así se garantiza ha de ser el pago del precio aplazado, no otras posibles obligaciones del mismo, como las de hacer obras, construcciones y mejoras en la finca comprada (S. de 21 de mayo de 1948), o pagar por cuenta de la vendedora el arbitrio de plusvalía (S. de 7 de junio de 1963), principio que exagera notoriamente la sentencia de 7 de febrero de 1950 al rechazar la aplicación del artículo 1.504, «ya que el incumplimiento del comprador no afectaba solamente a la falta de pago, sino a otra obligación de hacer, como la de facilitar y concurrir al otorgamiento de la escritura cuando el vendedor le instaba a efectuarlo»; bien es verdad que esta sentencia

(33) GUIMERÁ PERAZA (Marcos): *Hipoteca de máximo en garantía del pago de letras de cambio*, en la «Revista Jurídica de Cataluña», 1954, págs. 139 y sigs.

(34) SAPENA TOMÁS (Joaquín): *Hipoteca cambiaria*, en la «Revista de Derecho Mercantil», 1946, II, págs. 249 y sigs., y ROCA SASTRE (Ramón M.ª): *Variaciones sobre la hipoteca cambiaria*, en «Centenario de la Ley del Notariado, Sección 3.ª, Estudios Jurídicos Varios», vol. I, Madrid, 1964, págs. 235 y sigs.

se refiere a Cataluña, que concedía la resolución al amparo del artículo 1.124, alegado por el vendedor, y que fué el comprador quien recurría, basándose, entre otros motivos, en la inaplicación por la Sala de instancia del artículo 1.504.

Esta íntima e inescindible conexión entre el pacto comisorio y la obligación del comprador de pago del precio, tan bien marcada por la Jurisprudencia, es lo que impide que la «lex commissoria» garantice directamente la obligación del comprador-aceptante de pagar las cambiales que representan el precio aplazado, pues aunque exista una vinculación entre ellas tan estrecha que el pago de las letras es pago del precio, hasta el momento final, del pago o del perjuicio de las cambiales, la *actio venditi* y el correspondiente derecho subsisten, aunque sin poder ejercitarse mientras dure el efecto suspensivo, con autonomía de las acciones y derechos cambiarios. El pacto por el cual la entrega de las letras aceptadas por el comprador al vendedor produjera, por sí, el efecto del pago del precio, como *datio in solutum*, tampoco posibilitaría la conexión entre el pacto comisorio y las letras, sencillamente porque, al estar ya pagado en tal forma el precio, el pacto comisorio no cabría.

Otra consecuencia de interés tiene esta separación entre la «lex commissoria» y las cambiales; el endoso, no ya de una letra aislada, sino incluso de todas ellas, o de la única existente, no puede producir la cesión del crédito de precio aplazado con su garantía de pacto comisorio; esto es, la «lex commissoria» no puede constituirse «a favor de los tenedores presentes y futuros» de las cambiales, como dispone el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, en cuanto a la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador; el tenedor, legitimado por la cadena de endosos, no puede ejercitar la opción, no puede verificar el requerimiento del artículo 1.504 resolviendo la venta, ni a fin de adquirir él mismo la finca vendida, ni a fin de que la readquiera el primitivo vendedor. La cesión tiene que ser necesariamente extracambiaria, y aun así no deja de plantear serios problemas.

Ahora bien, como dijimos, la desconexión entre el pacto comisorio y las cambiales desaparece en el momento final, en el del pago, porque al pagar las letras se paga el precio garantizado con la «lex commissoria». Esto hará posible un mayor juego de las

cambiales en la cancelación del pacto comisorio, según más adelante veremos.

IV.—LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO AL COMPRADOR Y LA NATURALEZA DEL «REQUERIMIENTO» DEL ARTÍCULO 1.504.

Es frecuente en la práctica notarial prorrogar de alguna manera el plazo al comprador, de forma que, aun después del requerimiento del artículo 1.504, tenga algunos días para pagar; buenos ejemplos de ello nos dan algunas de las escrituras que originaron los recursos al principio indicados; según ellas, el comprador podría pagar durante el plazo reglamentario para contestar al acta (R. de 13 de junio de 1962), los quince días siguientes (R. de 18 de junio de 1962) o los treinta días hábiles (R. de 27 de septiembre de 1692); como todos sabéis, ello no fué apreciado como defecto por el Registrador que las calificó, ni, por tanto, se ocupó de estos problemas la Dirección; fué otro Registrador, Buenaventura CAMY, prestigioso comentarista en la «Revista de Derecho Privado» de las Resoluciones de la Dirección, el que planteó la cuestión (35); según él, el requerimiento del artículo 1.504 del Código civil y 59 del Reglamento Hipotecario es una pura notificación que «no puede recoger manifestación alguna del comunicado»; «no se pregunta al comprador por qué no ha pagado. No se le conmina a que pague. No se le pide, en suma, nada, sino solamente se le notifica una decisión para que no se oponga. Y si el comprador podía oponer alguna excepción, debió ejercitarla ante el Tribunal oportunamente o hacerlo ahora»; «una vez realizada la notificación no se puede abonar ninguno de los plazos pendientes» (36); la ampliación del plazo supone, para él, o que se ha pretendido crear una condición resolutoria distinta, cosa que considera admisible en Derecho, pero que no puede tener acceso al Registro, o se ha pretendido ampliar la de aquellos preceptos con nuevos requisitos, de forma que al requerimiento de pago previsto en la cláusula habrá de seguir la notificación del artículo 1.504 del Código civil y 59 del

(35) Comentario a la Resolución de 13 de junio de 1962, en «Revista de Derecho Privado», julio-agosto 1962, págs. 681-4.

(36) Op. cit. en nota anterior, pág. 683

Reglamento Hipotecario, y el comprador podrá pagar entre tanto ésta no se le verifique, aunque haya caducado el plazo concedido en aquél, y entonces, por oscuridad en la redacción, tampoco puede tener la cláusula acceso al Registro. CAMY insiste en esta postura en su comentario a la Resolución de 18 de junio de 1962, si bien precisando, con acierto, que en el caso de que no se haya querido añadir un requisito más, sino sustituir por el requerimiento pactado el ordenado en la Ley, la cláusula no solamente no sería inscribible, sino que sería nula de conformidad con el artículo 1.504 en relación con el 4.º, ambos del Código civil (37). Por el contrario, estima válida la cláusula de la escritura que dió lugar a la Resolución de 27 de septiembre de 1962 (38), con arreglo a la cual el pago puede hacerse en los treinta días hábiles siguientes al requerimiento, que, para él, tiene una «profunda diferencia» con las anteriores: «Pacto—nos dice—que no contradice en modo alguno lo dispuesto en el artículo 1.504 del Código civil, ya que sólo se propone añadir un requisito más a lo dicho por él, o sea, el transcurso de los treinta días, al cual no hay nada que objetar, pues puede obedecer a muy distintos motivos, en los que no podemos entrar, y que no hace otra cosa que robustecer la idea de aquel precepto y ello quizá en beneficio del deudor» (39).

La defensa doctrinal de tales cláusulas de ampliación de plazo se hizo al poco tiempo en la misma Revista por un Notario, Angel MARTÍNEZ SARRIÓN (40): «Ciertamente que la jurisprudencia ha interpretado con dureza el requerimiento a que dicho artículo se refiere, en el sentido de que aquél produce automáticamente la resolución sin posibilidad de ulterior pago. Precisamente por eso muchos Notarios procuramos darle elasticidad y evitar que un deudor, que se confiase en las promesas de benevolencia del vendedor, pudiera después ser sorprendido por éste, con irreparables efectos resolutorios y comisorios. Es decir, que si un requerimiento puede producir un efecto automático, también puede producirlo condicional-

(37) «Revista de Derecho Privado», octubre de 1962, págs. 913-6.

(38) «Revista de Derecho Privado», enero de 1963, págs. 90-1; la cita como de 9 de septiembre de 1962.

(39) Op. cit. en nota anterior, pág. 91.

(40) *Repercusiones prácticas de escrituras notariales*, en la «Revista de Derecho Privado», marzo de 1964, págs. 183 y sigs., especialmente págs. 186 y siguientes.

mente si así se pacta. De ese modo, lo mismo que se puede requerir sin más al comprador moroso para que tenga por resuelta la compraventa, se le puede también requerir para que la tenga por resuelta sólo en caso de que no cumpla el requerimiento de pago que a la vez se le hace, señalándole un término para realizarlo. No admitirlo sería volver contra el comprador una norma que sólo trata de impedir el efecto automático de la resolución pactada en contra de él, facultándole para que pueda pagar, aun vencido el plazo, hasta que se le requiera. Norma que prohíbe que la resolución tenga lugar antes, pero que no trata de impedir que pueda tener efecto después» (41); en la construcción de CAMY, añade, hay por lo menos dos postulados inexactos, «porque el requerimiento... sin duda puede recoger la contestación del requerido, que, verbigracia, puede afirmar haber pagado e incluso exhibir justificantes de ello», y «porque el comprador requerido puede pagar si al requerirle se le pone en la alternativa de pagar en un plazo dado o de sufrir la resolución en caso contrario: ese plazo no se lo puede conceder el juez, pero nada prohíbe que se lo conceda el acreedor condicionando el efecto resolutorio a su transcurso sin pagar. Impedirlo, repetimos, sería contrariar la moral; entenderlo de tal forma equivaldría a facilitar resultados poco éticos» (42).

Es mérito indudable de MARTÍNEZ SARRIÓN haber planteado su defensa de las cláusulas de ampliación de plazo en el terreno más difícil, admitiendo que el «requerimiento» de que nos habla el artículo 1.504 no es un «requerimiento de pago», lo que habría facilitado su labor, sino una «notificación». Es este uno de tantos problemas teóricos, de trascendencia práctica, que presenta el artículo 1.504, el de la naturaleza jurídica del «requerimiento» que preceptúa.

La antigua doctrina francesa veía, en general, un requerimiento de pago en la «sommation» del artículo 1.656 del Code; así debía entenderlo el mismo TROPLOG, para quien 'este precepto permite «al comprador purgar su mora en tanto que no ha sido requerido de pagar» (43), mientras que ya no podrá hacerlo «cuando ha sido puesto en mora por un requerimiento al que no ha obede-

(41) Op. cit. en nota anterior, pág. 188.

(42) Op. cit. *supra*, nota 40, pág. 189.

(43) Op. cit. *supra*, nota 5, pág. 140.

cido» (44); más claramente, COLMET DE SANTERRE (45); llegando esta doctrina hasta PLANIOL Y RIPERT: «Es un requerimiento de pagar el precio que constituye al deudor en mora; solamente si el comprador no se atempera a este requerimiento, es cuando el vendedor podrá ejercitar su opción y, si bien le parece, hacer jugar la resolución» (46). Hechas estas citas para demostrar que no ha habido unanimidad en el país vecino, es preciso hacer constar que de Francia es de donde nos ha venido la teoría de la notificación; «no es propiamente—nos dicen BAUDRY-LACANTINÈRE y SAIGNAT (47)—un requerimiento de pagar que el vendedor dirige al comprador; es un requerimiento en el que manifiesta la voluntad de usar del derecho que le pertenece de resolver la venta, porque el comprador está en retraso de pagar»; y más claramente LAURENT: «El comprador puede, sin embargo, pagar después de la expiración del plazo, en tanto que no ha sido puesto en mora por un requerimiento; luego a partir del requerimiento no puede ya pagar. Por consiguiente, el requerimiento no tiene por objeto requerir al comprador a pagar; tiene, al contrario, por objeto constatar el momento en que la venta está resuelta, y en que, por consiguiente, no puede ya tratar de pagar» (48); en el mismo sentido, GUILLOUARD ve en el requerimiento una declaración por la que el vendedor hace conocer su intención de usar el pacto comisorio (49). En la doctrina italiana, en que, a falta de precepto específico para las ventas de inmuebles, únicamente cabe alegar el artículo 1.456, no puede presentarse duda ninguna: se trata de una notificación del acreedor al deudor.

El artículo 1.504 del Código civil nada dice expresamente, pero la proximidad del verbo «pagar» a la palabra «requerimiento» sugiere la idea de que trata de un requerimiento de pago, y así empezó siendo interpretado el precepto; fué MANRESA el que señaló la contradicción que ello suponía y al mismo tiempo indicó la manera

(44) Op. cit. *supra*, nota 5, pág. 141.

(45) Cit. por BAUDRY-LACANTINÈRE y SAIGNAT, op. cit., *supra*, nota 23, página 584, y por LAURENT, op. cit. en nota 19, págs. 332-4.

(46) PLANIOL (Marcel) y RIPERT (Georges): *Traité pratique de Droit civil français*, tomo X, con el concurso de Joseph HAMEL en la parte de la venta, París, 1932, pág. 174.

(47) Op. cit. en nota 23, pág. 584.

(48) Op. cit. en nota 19, pág. 333.

(49) Cit. por PLANIOL-RIPERT, op. cit. en nota 46, pág. 174, nota 3.

de salvar la dicción del Código: «Pero cabe preguntar: ¿requerimiento a qué o para qué? ¿Es que se trata quizá de un requerimiento de pago? La lectura del art. 1.504 deja esa impresión; pero apenas formada en el ánimo del que lee, surge la consideración de lo anómalo y paradójico que resulta el requerir de pago a una persona precisamente para impedirle que pague y para fundar en ese requerimiento una eficaz negativa de aceptación del precio. Esta sencilla reflexión entendemos que es más que suficiente para comprender que en el art. 1.504 no se trata de un requerimiento de pago o para pago, sino más bien de una notificación auténtica de que el vendedor opta por la resolución del contrato, o, si se quiere, para mejor armonizar el espíritu con la letra del Código, con un requerimiento que el vendedor hace al comprador para que se allane a resolver la obligación y a no poner obstáculos a este modo contractual de extinción» (50).

Nuestro Tribunal Supremo ha seguido esta doctrina de MANRESA, en los dos términos de su disyuntiva; en el primero, la sentencia de 7 de julio de 1911 declaró que el comprador puede pagar «hasta que el vendedor haya manifestado su voluntad de resolver el contrato, poniendo su propósito en conocimiento del comprador por requerimiento judicial o por acta notarial», «requerimiento que se refiere a la manifestación del propósito del vendedor para resolver el contrato de venta»; una serie de sentencias pueden citarse en esta misma línea: la de 8 de julio de 1933, que habla expresamente de «notificarle auténticamente», y las de 1 de mayo de 1946, 9 de marzo de 1950, 4 de junio de 1958, 23 de septiembre de 1959, etc., etc. (51); el segundo término de la disyuntiva de

(50) MANRESA Y NAVARRO (José María): *Comentarios al Código civil español*, tomo X, 3.^a ed., Madrid, 1919, pág. 298.

(51) *Sentencia de 8 de julio de 1933*: «Para, expirado el plazo de pago, requerir judicialmente o por acta notarial al deudor, al objeto de notificarle auténticamente que no concede prórroga para el cumplimiento de aquella obligación, y que opta por la resolución del contrato».—*Sentencia de 1 de mayo de 1946*: Además del impago es preciso que «producido este hecho, el vendedor haya manifestado al comprador su propósito decidido de resolver el contrato, manifestación que habrá de realizarse mediante requerimiento judicial o notarial, es decir, auténticamente acreditado».—*Sentencia de 9 de marzo de 1950*: «Requerimiento hecho por el vendedor al comprador, o sea, declaración de voluntad del primero, expresada en forma auténtica y que haga patente su propósito de optar por la resolución».—*Sentencia de 4 de junio de 1958*: «Requerimiento, o sea, su declaración de voluntad expresada en forma auténtica que haga patente su decisión de optar por la resolución».—*Sen-*

MANRESA, que pretendía acallar los escrúpulos que pudiera originar la letra del Código, es acogido por la sentencia de 3 de julio de 1917 «rectamente interpretado este precepto, no puede afirmarse que el requerimiento de que se habla se refiera al pago del precio convenido, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinción»; como vemos, las palabras de MANRESA son casi literalmente seguidas, confirmandose expresamente esta posición en las sentencias de 30 de mayo de 1942, 11 de noviembre de 1943, 28 de enero de 1948 y 30 de diciembre de 1955, entre otras (52). Especialmente interesante es la sentencia de 30 de mayo de 1942, que acabamos de citar, porque precisamente la cuestión sometida al Tribunal era si los vendedores habían hecho o no el requerimiento del artículo 1.504 a los compradores; el requerimiento se había practicado judicialmente; en el escrito en que se solicitaba de la autoridad judicial la práctica del requerimiento parece que se citaba el ar-

tencia de 23 de septiembre de 1959: «Una previa declaración de voluntad del vendedor, expresada en forma auténtica, judicial o notarial, recepticia para el comprador, de tener por resuelto el vínculo por tal causa» (la falta de pago).

La primera de estas sentencias, la de *8 de junio de 1933*, admite incluso que el vendedor pueda hacer la notificación de resolución después de haber sido emplazado en virtud de demanda del comprador para que otorgase la escritura y cobrase el precio, pero antes de contestar y reconvenir; precisamente en la reconvencción pidió la resolución, que obtuvo.

(52) *Sentencia de 30 de mayo de 1942*: «Requerimiento éste que, atendido su fin, que es el de obstar formalmente al pago hecho fuera del término convenido, y por constituir antecedente de la disolución del vínculo contractual, tiene el valor de una intimación concreta que, como ha dicho la sentencia de este Tribunal de 3 de julio de 1917, no se refiere al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla».—*Sentencia de 11 de noviembre de 1943*: «Esta Sala tiene declarado en sentencias de 3 de julio de 1917 y 30 de mayo de 1942, que dicho requerimiento, atendido su fin, que es el de obstar formalmente al pago hecho fuera del término convenido, y por constituir antecedente de la disolución del vínculo contractual, tiene el valor de una intimación, referida, no al pago del precio, sino a que se allanase el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla».—*Sentencia de 28 de enero de 1948*: «Como ha dejado declarado esta Sala, entre otras sentencias, en las de 3 de julio de 1917 y 30 de mayo de 1942, el requerimiento a que se refiere el artículo 1.504 del Código civil tiene la finalidad de obtener que el comprador se allane a dar por resuelto el contrato».—*Sentencia de 30 de diciembre de 1955*: «Aquel requerimiento, atendido su fin, que es obstar formalmente al pago hecho ya fuera del término convenido, ha de ser diferente y previo a la demanda, ya que constituye antecedente de la disolución del vínculo contractual y tiene el valor de una intimación, referida no al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no oponer obstáculo a este modo de extinguirla».

ículo 1.504, pero la cédula con que fué cumplimentado decía simplemente: «para que en el acto satisficiesen a doña y don la parte de precio no pagada aún y convenida en el contrato de compraventa que el escrito expresa, con el apercibimiento legal correspondiente»; el Tribunal Supremo declara que la conducta de los requeridos debió determinarse por el texto de la cédula, que nada decía de resolver, y que «aun en otro aspecto implica, inicialmente al menos, voluntad de no resolver» (53).

El artículo 59 del Reglamento Hipotecario de 1947, al sustituir la palabra «requerimiento» que, siguiendo la letra del Código, empleaba el artículo 97 del Reglamento de 1915, por la palabra «notificación», se basaba, por tanto, en una jurisprudencia fuertemente asentada, y que ha sido, como hemos visto, ulteriormente confirmada con reiteración.

Pues bien, volviendo al problema práctico que habíamos planteado, los autores que parten del requerimiento de pago lógicamente admiten que el comprador puede pagar en el acto del requerimiento, como TROPLONG (54), e incluso tienden a concederle un plazo mayor; así, COLMET DE SANTERRE sostuvo que había que conceder al comprador el plazo moralmente necesario para atemperarse al requerimiento, un día o tres; «no sería razonable—añá-

(53) Con respecto a las *formas notariales* del requerimiento del 1.504, el Tribunal Supremo tiene declarado que «al practicar el Notario autorizante del acta el requerimiento a la compradora en la forma que aparece del acta, o sea, entregando a un vecino inmediato cédula de notificación por haber encontrado cerrada la puerta de la casa de la persona que había de ser requerida y no contestar nadie a los repetidos llamamientos, se ajustó a las disposiciones legales..., debiendo surtir todos los efectos la notificación en tal forma hecha a la compradora» (*Sentencia de 30 de octubre de 1922*).—Los Tribunales de instancia, en los casos resueltos por las *sentencias de 5 de julio de 1933 y 23 de septiembre de 1959*, entendieron bien hecho el requerimiento del 1.504 «por acta notarial de entrega de carta» y «por carta certificada, con la garantía de la fe notarial de su texto y dirección», respectivamente, pronunciamientos en que no entró el Tribunal Supremo. *Forma judicial* es, además de la demanda, el acto de conciliación, según reiterada jurisprudencia (7 de julio de 1911, 3 de julio de 1917, 30 de octubre de 1956, 25 de septiembre de 1950, 15 de abril de 1963, etc.).

En cuanto al *fondo*, creemos que tiene razón MIRABELLI: es «una declaración unilateral, de naturaleza negocial recepticia»; «el efecto resolutorio se tendrá en el momento en que la declaración llega al incumplidor» (págs. 491 v 492, respectivamente); mejor, cuando se practica la diligencia. Vid. MIRABELLI (Giuseppe): *Commentario del Codice Civile*, libro IV, tomo 2.º, título II, Torino, 1958.

(54) Op. cit. en nota 5: «Cuando ha sido puesto en mora por un requerimiento al que no ha obedecido» (pág. 141).

de—que el acto que compele al comprador a pagar le privara inmediatamente del derecho de ejecutar el hecho que se le compele a cumplir», «el olvido, la negligencia, la inercia del deudor, quizá incluso una confianza inspirada por la falsa complacencia del acreedor, podrian causar al comprador un daño considerable» (55). En cambio, los que sostienen que es una notificación, no pueden admitir el pago ulterior, pero incluso, pareciéndoles un poco dura su postura, suelen admitir el pago en el acto mismo del requerimiento; así BAUDRY-LACANTINÈRIE y SAIGNAT: «Admitimos, sin embargo, que el comprador tiene el derecho de pagar en el momento en que recibe el requerimiento, pues ejecutándolo en el mismo momento en que ha sido puesto en mora, no ha estado un solo instante en retraso, o, al menos, en retraso oficialmente comprobado» (56).

Esto, en los puros términos del artículo 1.656; veamos las posibilidades del pacto de prórroga. Si se parte de la teoría del requerimiento de pago, no cabe duda la respuesta afirmativa; así PLANIOL-RIPERT no solamente lo consideran posible, sino que expresamente lo aconsejan para evitar las dudas que podrian surgir de la teoría de la notificación: «Para que ninguna dificultad pueda nacer, es prudente que el contrato dé al comprador un cierto plazo después del requerimiento (ocho días o quince) para pagar sin que juegue la resolución; solamente si el comprador no ha pagado dentro de este plazo es cuando la venta será resuelta» (57). Es más, partiendo de la teoría de la notificación, BAUDRY-LACANTINÈRIE y SAIGNAT también lo admiten y nos dicen que era práctica en su época: «En la práctica, se redacta habitualmente la cláusula en términos que no permiten plantear esta cuestión: se dice que la venta será resuelta de pleno derecho tantos días después de un simple requerimiento; entonces el comprador tiene el derecho de pagar en el plazo convenido después del requerimiento, y la venta no se resuelve de pleno derecho más que después de la expiración de este plazo» (58).

En nuestro Derecho de ninguna manera puede defenderse ac-

(55) Cit. por LAURENT, op. cit. en nota 19, pág. 332

(56) Op. cit. en nota 23, pág. 584.

(57) Op. cit. en nota 46, pág. 174, nota 3

(58) Op. cit. en nota 23, pág. 584.

tualmente la teoría del requerimiento de pago; se trata de una gura notificación, pero sin que las consecuencias lógicas de esta construcción puedan aplicarse en todo su rigor, sino con la medida que en Francia hemos visto exponer a BRAUDY-LACANTINÈRIE y SAIGNAT; creemos con Joaquín SAPENA (59) que, por razones de equidad, el principio de conservación del contrato y el «favor debitoris», debiera admitirse el pago al comprador en el momento mismo del requerimiento, e incluso en los dos días laborables que el Reglamento Notarial establece para contestar, en general, a todo requerimiento, que no es un término de gracia, que es lo que el artículo 1.504 impide, sino el tiempo estimado legalmente necesario para igualar al requerido ausente en el momento de la práctica de la diligencia con el presente, y, en cierto modo, con el requirente, que ha podido meditar y asesorarse todo lo que quiso antes de proceder al requerimiento (60).

De la misma forma nos parece perfectamente válido que, sea espontáneamente en el requerimiento, sea en virtud de pacto contenido en la escritura de compraventa, el vendedor conceda un plazo superior al comprador, mediante el mecanismo del requerimiento de pago y, subsidiariamente, para el caso de que no sea atendido en el término señalado, la notificación de resolución; fórmula de validez general, que no hay por qué negar en nuestro supuesto, y que pudiera encontrar apoyo en nuestra Jurisprudencia (61).

(59) SAPENA TOMÁS (Joaquín): *Actualidad de la «fiducia cum creditore» (Problemas de la carta de gracia)*, en la «Revista de Derecho Notarial», tomo XVII-XVIII, julio-diciembre 1957, pág. 201.

(60) En la práctica es frecuente admitir el pago en el acto del requerimiento; puede verse la fórmula del caso sobre el que recayó la sentencia de 10 de marzo de 1966: «Tendrá lugar de pleno derecho la resolución del presente contrato, previo el requerimiento notarial infructuoso exigido por el artículo 1.504 del C. c.»; la validez de esta cláusula, para mí indudable, no fué discutida en el pleito *El Notario*, para evitar toda oficiosidad por su parte, debe procurar que en el requerimiento que a él se le hace se le diga expresamente si debe aceptar el pago del comprador en el acto de la diligencia, o en el plazo reglamentario, o si debe rechazarlo.

(61) La sentencia de *30 de mayo de 1942*, la de la *cédula incompleta ya citada*, rechazó un motivo de recurso fundado en que «el requerimiento hecho implicaba al par el designio de lograr el pago inmediato y de anunciar formalmente, si no se hacía, el propósito resolutorio de la obligación, basándose en el modo subsidiario en que eventualmente pueden ejercitarse ambas acciones», pero lo fué sólo como cuestión nueva, no planteada en instancia. La sentencia de *30 de octubre de 1956*, ante un supuesto de requerimiento notarial al comprador para que comparezca en determinada Notaría para otorgar la es-

V.—EL PROTESTO, EL ARTÍCULO 1.504 Y EL PACTO «SIN NECESIDAD DE REQUERIMIENTO» (*).

En el deseo de abrir nuevos cauces a la práctica jurídica, que es una de las más altas misiones de la función notarial en su dimensión profesional, que tantos maravillosos resultados ha conseguido, junto con los inevitables tanteos y hasta fracasos, se ha querido en ocasiones llenar el requisito del requerimiento del artículo 1.504 mediante el acta notarial de protesto por falta de pago de la letra representativa del precio aplazado o de parte de él. Fue también CAMY, en su comentario a la Resolución de 18 de junio de 1962, el que levantó la cuestión, opinando en sentido negativo: «Pues no se nos pretenderá decir que al exigirse por aquel precepto una notificación judicial o notarial, esta exigencia ha quedado cumplida con el protesto, ya que por mucho que retorciéramos su contenido no habría modo de encajar dentro de él que consista también en una notificación de haber optado por la resolución y no por la acción de petición de precio, máxime cuando la acción ejecutiva nacida del protesto de tener alguna similitud, más tendría con esta última acción de petición de precio que con

critura y pagar el precio, advirtiéndole que si no accedía al requerimiento quedaría resuelta la venta, casa la sentencia de instancia, que no había concedido la resolución, y declara resuelta la venta, apoyándose en el precepto genérico del artículo 1.124, que admite pedir la resolución aun después de solicitado el cumplimiento; pero esta sentencia no es decisiva, ya que con posterioridad al requerimiento notarial se notificó la resolución mediante acto de conciliación.

Frente a estas fórmulas no creo que quepa alegar los precedentes romanos y de Partidas que impedían al vendedor variar, una vez hecha su elección; véase nota 12.

Confirma la interpretación benigna, defendida en el texto, incluso para aquellos supuestos en que no exista pacto especial ni concesión del vendedor, el carácter de adhesión que estas ventas con frecuencia presentan, y que ha reconocido el T. S. en sentencia de 23 de abril de 1964: «dado el aspecto de contrato de adhesión que tienen los de referencia».

Claro es que con estas fórmulas se podría circunvenir el artículo 1.504, a base de un plazo breve para el vencimiento y un largo plazo para pagar después de la notificación, con resolución automática a su terminación; entonces habría nulidad por fraude a la Ley.

(*) Recuérdese que esta conferencia es anterior a la Ley 47/1967, de 22 de julio, de modificación de algunos artículos del Código de Comercio sobre protesto de letras de cambio; la argumentación puede verse afectada en algún punto, pero la conclusión sería hoy la misma. (N. del A.)

la que a nosotros nos interesa de la notificación de la resolución» (62).

La postura afirmativa fue defendida por MARTÍNEZ SARRIÓN: «El protesto—que no es primigenia ni fundamentalmente un requerimiento de pago, sino la constatación del impago de una cambial—¿por qué no puede cumplir la función del requerimiento notarial a los efectos del artículo 1.504 del Código civil, si expresamente se conviene en ello? ¿No cabe completar su significado con el pacto que le atribuya esa función, que si es inscrito no podrá tercero alguno alegar su ignorancia? Y, aun de no admitirse, ¿podría ello impedir la inscripción de la condición resolutoria o tan sólo la del pacto de la «innecesidad de otra intimación?», y ¿por qué esa intimación no va a poder ser agregada al protesto?, ¿qué lo impide? Nos inclinamos por estimar que el requerimiento notarial que el protesto es, puede cumplir la función del previsto en el artículo 1.504, siempre y cuando expresamente los otorgantes hayan convenido en atribuirle dicha función; es decir, en estimar que el protesto significa la opción por la resolución si no se paga la letra. De lo cual, una vez transcrito en el Registro, insistimos en que no podrá alegar tercero alguno su ignorancia» (63).

Tiene razón, desde luego, MARTÍNEZ SARRIÓN al pensar que la intimación del artículo 1.504 puede ser «agregada» al protesto; no hay aquí ninguna unidad de acto, en el sentido de unidad de asunto, que impida llevar ambos requerimientos a un mismo instrumento; pero el verdadero problema está en si el protesto puede llenar la función del requerimiento del 1.504, por sí mismo, o en virtud de pacto.

Ello nos lleva a tratar del problema inverso al antes desarrollado, a si es válido el pacto de que la resolución se produzca sin necesidad de requerimiento, porque no hay duda de que, si esto fuera posible, también lo sería el sustituirle por el acta de protesto, porque estando permitido lo más, *a fortiori* estaría permitido lo menos.

La antigua doctrina francesa, frente a una jurisprudencia contradictoria, se inclina en general por la admisibilidad de la «lex commissoria» *sans sommation*; para LAURENT, el derecho de op-

(62) Op. cit. en nota 37, pág. 915.

(63) Op. cit. en nota 40, pág. 190.

ción que se concede al vendedor es perfectamente renunciabile (64); pero los más de los autores piensan que establecido el pacto *sans sommation* en interés del vendedor no puede deducirse de él que el vendedor pierda su derecho de opción, su posibilidad de exigir el cumplimiento al comprador, y de ello deducen que, para que produzca sus plenos efectos, es preciso que, además, se pacte que el lugar del pago será el domicilio del vendedor, porque si, con arreglo a las normas generales, hubiere de hacerse el pago en el domicilio del deudor—el comprador—, el vendedor tendría que probar, para obtener la resolución, que ha reclamado el pago en dicho domicilio; podría intentarlo por cualquier medio de prueba, pero el más normal sería precisamente el requerimiento del que el pacto había querido librarle (65).

Pero con esto solamente se elimina uno de los obstáculos que se oponen a la admisibilidad del pacto «sin necesidad de requerimiento», esto es, el interés del vendedor, que hay que respetar, pues puede tenerlo todavía en el cumplimiento. Existe otro interés en juego, el del comprador, de poder pagar aun después del vencimiento del plazo, lo que eliminan fácilmente los autores franceses afirmando que el requerimiento impuesto por su artículo 1.656 no es de orden público, o más suavemente, «ne tient pas assez á l'ordre public» (66).

En nuestro Derecho, la validez del pacto «sin necesidad de requerimiento» fue admitida por GARCÍA GOYENA, pues al fundar el actual artículo 1.504 en las normas de la mora, era lógico deducir que en virtud de pacto, *dies interpellat* (67). Pero se trata de opi-

(64) Op. cit. en nota 19, núm. 348, págs. 335-7.

(65) AUBRY et RAU, op. cit. en nota 19, pág. 153, nota 30; BAUDRY-LACANTINÈRE et SAIGNAT, op. cit. en nota 23, pág. 586; PLANIOL-RIPERT, op. cit. en nota 46, págs. 174-5, y nota 1 de la pág. 175; en las dos obras últimamente citadas se argumenta, en el sentido indicado en el texto, la necesidad práctica de que se fije, como domicilio de pago, el del vendedor.

(66) BAUDRY-LACANTINÈRE y SAIGNAT, op. cit. en nota 23, pág. 585, y PLANIOL-RIPERT, loc. cit. en nota anterior; las palabras citadas en el texto entre comillas son de TROPLONG, op. cit. en nota 5, pág. 139.

(67) Loc. cit. en nota 20: «Pero si además concurrese la circunstancia prevista en el número 1 del artículo 1.007, se observará lo dispuesto en el mismo»; el núm. 1.º del artículo 1.007 del Proyecto de 1851 (actual art. 1.100) decía: «Para que el obligado a entregar una cosa incurra en mora debe mediar requerimiento de parte del acreedor, excepto en los casos siguientes: 1.º Cuando en el contrato se haya estipulado expresamente que el sólo vencimiento del plazo lo produzca, sin necesidad del requerimiento».

Es indudable la relación de nuestro tema con el de la mora, pero teniendo

nión aislada; la generalidad de la doctrina, sin detenerse en ello, entiende que es de orden público la necesidad del requerimiento, y el Tribunal Supremo así lo ha confirmado; la sentencia de 16 de octubre de 1961, referida a Cataluña, pero aplicando el artículo 1.504, declaró «que si bien es cierto que esta Sala, al encontrarse con la aparente colisión de los preceptos contenidos en el artículo 1.255 (esto es, la autonomía de la voluntad) y 1.504 del Código civil, pareció inclinarse por la prevalencia de aquél sobre éste, y llegó a proclamarlo así en la sentencia de 10 de diciembre de 1910, en la que daba a entender que por convenio de las partes podía soslayarse la necesidad de aquel previo requerimiento, lo cierto es que posteriormente, y ya de modo reiterado, vino declarando lo contrario», citando las diversas sentencias que, incidentalmente, y desde diversos puntos de vista, habían ido señalando la necesidad de tal intimación (68); esta doctrina es, a mi manera de ver, in-

siempre en cuenta que el 1.504 es una norma especial; el T. S. así lo proclama en la sentencia de 9 de noviembre de 1944, que sienta doctrina contraria a la de GARCÍA GOYENA, si bien no contempla la excepción del pacto, sino la de la *compensatio morae* de las obligaciones recíprocas: «El precepto general del artículo 1.100..., en el último párrafo de su número segundo, en el sentido de no ser necesario el requerimiento previo al deudor..., carece de aplicación al caso por estar regulado en la venta de inmuebles por una disposición especial como la del artículo 1.504..., ante la que debe ceder la de carácter general».

Precisamente por aplicación de la doctrina de la mora entendió el Tribunal Supremo, en esta sentencia, inoperante el requerimiento del vendedor, cuando estaban vigentes las disposiciones dictadas a partir de la Ley de 27 de agosto de 1938, sobre moratoria en las plazas recién liberadas.

(68) Además de las sentencias citadas en ésta de 16 de octubre de 1961 y de la de 11 de noviembre de 1943, citada *supra*, nota 25, pueden verse la sentencia de 8 de julio de 1933: «por motivos de orden público, no tiene otra finalidad (el art. 1.504) que obligar a los contratantes en las compraventas de inmuebles a procurar la firmeza y seguridad en los contratos y suministrar medios para que lleguen a efectuarse en los términos convenidos», y la de 23 de septiembre de 1959, que incidentalmente declara: «pues sin este último requisito (el requerimiento), aunque se hubiese convenido lo contrario, podrá efectuarse válidamente el pago fuera del plazo señalado».—Entre las citadas en aquélla es de especial interés la de 1 de mayo de 1946, para la que en el artículo 1.504 «y por las razones de orden público a que constantemente se refiere la reiterada jurisprudencia que ha motivado su interpretación, y para procurar la firmeza y seguridad de los contratos de tales naturaleza y objetividad, impidiendo anormales alternativas en la transmisión de los inmuebles con mengua del crédito territorial y facilitando los medios de que lleguen a realizarse estas transmisiones en los términos pactados sin menoscabo de los intereses que representan, se define la mora para este incumplimiento mediante una limitación de los efectos inmediatos a que habría de conducir la aplicación del comiso convenido, y se establece una forma especialísima de resolución de tales contratos, no obstante lo pactado, en cuya vista y contem-

dudable, y viene impuesta por el mismo tenor literal de la norma que, al permitir al comprador pagar en todo caso, a pesar de cualquier estipulación, hasta que hubiera sido requerido, hace indispensable el requerimiento para conseguir el efecto de que el comprador no pueda ya pagar, y, por tanto, para conseguir la resolución; la opinión contraria que, sobre un texto sustancialmente idéntico, prevalece en la doctrina francesa, no debe inducirnos a error, porque el sentido de la introducción del precepto en el Código francés y en el nuestro fué, como vimos, también contrario; allí, reforzar la autonomía de la voluntad, admitiendo la resolución de pleno derecho; entre nosotros, limitar esa autonomía, autorizando, sin perjuicio de esa resolución, el pago del comprador hasta un requerimiento que, por tanto, resulta, imperativamente, indispensable; he aquí un ejemplo concreto de cómo el contrario contexto histórico imponen una interpretación también contraria de normas en sí idénticas.

Esta era, para mí, la máxima posibilidad de sustituir por el protesto el requerimiento del artículo 1.504; rechazada, me inclino por la negativa; ni el protesto en sí equivale al requerimiento del artículo 1.504, ni puede obtener la misma virtualidad por pacto expreso, aunque esté inscrito en el Registro de la Propiedad. Para reforzar la analogía entre ambas instituciones habría que concebirlas esencialmente como requerimientos de pago: el acta del 1.504 no es requerimiento de pago, sino notificación de resolución, y el protesto tiene un aspecto de requerimiento de pago, pero no es sustancialmente eso, aunque por una deformación doctrinal, que parece tiende a corregirse, haya pasado a primer término; el protesto es, ante todo, como su nombre indica, protesta del tenedor de la letra de conservar sus acciones ante el impago, especialmente en vía de regreso (69); es testimonio que acredita el estado de la

plación se pronuncia el precepto, haciendo derivar el incumplimiento en tal caso, no sólo de la nueva falta de pago en la forma y plazos estipulados, sino además en que, producido este hecho, el vendedor haya manifestado al comprador su propósito decidido de resolver el contrato, manifestación que habrá de realizarse mediante un requerimiento judicial o notarial, es decir, auténticamente acreditado y previo a la interposición de la demanda», y, precisamente por no haberse hecho, casa la sentencia de instancia, que había dado lugar a la resolución.

(69) MONTERROSO Y ALVARADO (Gabriel): *Práctica Civil y Criminal, y Instrucción de Escribanos*, Madrid, 1591, nos da dos formularios de protestos que así lo confirman. En el primero comparecen ante el Escribano el tenedor y el

letra al tiempo de producirse el impago, aspecto sobre cuya importancia práctica nunca se insistirá demasiado; y es también medio de acreditar la falta de pago, para lo que podría bastar el hecho concluyente de estar la letra en poder del acreedor al día siguiente del vencimiento, pero legalmente no basta, sino que es preciso un requerimiento de pago al librado, no sólo para que pueda tachar de falsedad la firma de la aceptación o alegar lo que tenga por conveniente—para lo que bastaría una mera notificación—, sino para darle una última oportunidad de pagar y demostrar así, una vez más, el impago. Hay, pues, una gran diferencia conceptual entre ambos; hay, además, grandes diferencias de regulación, en materia de domiciliación, en materia de pago (70), en materia de circulación de la letra (71). Pero, sobre todo, se daría a la resolución un automatismo no querido por la Ley, ya que el vendedor tiene, no la obligación, pero sí la carga de protestar la letra necesariamente al día siguiente del vencimiento, si no quiere que ésta se perjudique. Ahora bien, la nulidad es meramente parcial, y sigue siendo necesaria, en su día, la notificación, en una de las formas del artículo 1.504, la cual puede «agregarse», como decía MARTÍNEZ SARRIÓN, al acta de protesto por falta de pago.

VI.—EL PACTO DE RETENCIÓN POR EL VENDEDOR DE LOS PLAZOS COBRADOS.

Ejercitada la «lex commissoria», el vendedor recupera, automáticamente, la propiedad de la finca; pero la resolución de la compraventa da origen a una serie de relaciones obligacionales entre las partes para liquidar las consecuencias de esa disolución del

librado, se testimonia la letra, y hace el tenedor el siguiente requerimiento al librado: «Luego el dicho fulano dixo, que pedía y pidió, y requirió al dicho fulano cumpliesse la dicha cédula, y le diese y pagasse los dichos tantos ducados en ella contenidos, donde no, que protestava y protestó de cobrar del que le dió la cédula» (pág. 204). Más claro aún, por marcar la prelación en el tiempo del protesto al requerimiento, el segundo formulario, en el que el tenedor dice al librado «que si sobre el protesto que estava hecho quería pagar la dicha cédula» (pág. 204).

(70) El librado puede pagar en el acto del protesto y después, siempre que lo haga antes de las veinte horas del mismo día (art. 506 del C. de C.), posibilidad legal que de hecho se amplía en la práctica.

(71) El protesto se efectúa, normalmente, a requerimiento del Banco tenedor; la notificación del 1.504 sólo puede hacerla el vendedor mismo.

vínculo contractual. En nuestro Derecho, a falta de normas específicas, es preciso acudir a las de las obligaciones condicionales, y, entre ellas, claro es, a las que regulan las consecuencias del cumplimiento de la condición resolutoria, por razones de evidente analogía y por la misma colocación sistemática del artículo 1.124 sobre la condición resolutoria tácita, de la que el pacto comisorio no es, al fin y al cabo, más que un reforzamiento convencional. Así lo ha entendido la Dirección General de los Registros, que en Resolución de 3 de junio de 1961 considera aplicable a nuestro supuesto el artículo 1.123 del Código civil.

En consecuencia, el vendedor tiene que restituir al comprador la entrada, si la hubo, y los plazos cobrados con anterioridad (artículo 1.123); si el precio aplazado producía intereses se compensarán con ellos los frutos, pero si no los producía, el comprador tendrá que entregar los frutos, retroactivamente, al vendedor (artículo 1.120), si bien éste tiene que satisfacer los gastos hechos por aquél para su producción, recolección y conservación (art. 356); el comprador responde de los deterioros de la cosa de que sea culpable, pero no de aquellos de que no tenga culpa (art. 1.122, 4.ª y 3.ª, a que remite el 1.123, III); el vendedor resulta favorecido por las mal llamadas mejoras provenientes de la naturaleza de la cosa o del tiempo (art. 1.122, 5.ª), y si la mejora se ha efectuado a expensas del comprador, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario (art. 1.122, 6.ª), esto es, solamente ejercitar el *ius tollendi*, si fuere posible, y compensarlas con los desperfectos, pero sin ningún derecho a indemnización (arts. 487 y 488), salvo el debido a reparaciones extraordinarias (art. 501); la misma aplicación de las normas, tan duras, del usufructuario que impone el artículo 1.122, 6.ª, hace más favorable la posición del comprador en cuanto a las mejoras jurídicas, especialmente las cantidades que haya desembolsado para cancelar o ir amortizando las hipotecas o cargas que graven la finca, que deberán serle reembolsadas por el vendedor (art. 509), gozando entre tanto el comprador, para este caso y el de las reparaciones extraordinarias, del derecho de retención (art. 522).

Frente a la normativa que acabamos de resumir, es frecuente el pacto de que el vendedor no tiene que hacer ninguna restitución ni abonar ninguna indemnización al comprador, sino que éste pier-

de automáticamente, en beneficio de aquél, la entrega inicial, los plazos anteriormente satisfechos, las cantidades que haya pagado para cancelar o ir amortizando cargas o hipotecas y las impensas que en la finca haya podido efectuar, incluso las cantidades invertidas en la edificación de un solar o en la puesta en regadío de una finca rústica. Los conceptos que, generalmente de manera cumulativa y sin la debida separación, suelen alegarse para justificar estas retenciones del vendedor son, principalmente, la contraprestación por el uso que el comprador ha hecho de la finca, la indemnización por los deterioros de la misma o, en general, por los daños y perjuicios sufridos por el vendedor y la sanción o cláusula penal al comprador por su incumplimiento. Claro es que, junto a ellas, existen cláusulas razonables, que fijan la parte del precio pagado que puede retener el vendedor; o la gradúan según el tiempo en que se produzca el incumplimiento y las cantidades que el comprador haya pagado hasta entonces; o determinan el mínimo de retención, que puede o no coincidir con la entrada, y los incrementos que sobre él proceden por razón del tiempo; o, en caso de solares, se dan normas para la valoración de la parte de edificación realizada por el comprador, tanto por ciento que de este importe hará suyo el vendedor, y plazos que al vendedor se le conceden para restituir al comprador el resto. Diremos algunas palabras sobre ello, no sin antes hacer constar que no es problema específico del artículo 1.504 y que la doctrina generalmente lo examina respecto de la venta con pacto de reserva de dominio (72).

Nuestra sensibilidad jurídica se subleva frente a aquellas cláusulas rigurosas; mas al acudir a la historia, comprobamos, no ya que se hayan juzgado válidas y lícitas, sino que han sido innecesarias, porque la apropiación por el vendedor de los plazos cobrados era efecto natural de la «lex commissoria», sin que fuera preciso

(72) Así lo hace también el Código civil italiano, que en tema de venta con reserva de dominio, establece que no tiene lugar la resolución por falta de pago de un solo plazo que no supere la octava parte del precio, conservando el comprador el beneficio del término para los plazos sucesivos (art. 1.525); ordena, en caso de resolución, la restitución por el vendedor al comprador de los plazos percibidos, «salvo el derecho a una equitativa compensación por el uso de la cosa, además del resarcimiento del daño» (art. 1.526, I); y dispone que «cuando se haya convenido que los plazos pagados permanezcan adquiridos por el vendedor a título de indemnización, el Juez, según las circunstancias, puede reducir la indemnización convenida» (art. 1.526, II)—Véase el artículo 11 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos.

pactarlo. El Derecho romano, en efecto, permitió al vendedor retener «quod arrae vel alio nomine datum esset» (73), y sólo si el vendedor reclamaba al comprador los frutos que éste hubiese percibido, le hacía restituir la parte de precio cobrado (74); y las Partidas recogen estas doctrinas, con atenuaciones para el supuesto de que el comprador hubiese pagado la mayor parte del precio (75), pero sin necesidad de pacto especial (76).

Estos precedentes históricos nos deben llevar a considerar con mayor frialdad las cláusulas de apropiación, a no condenarlas en bloque, sino caso por caso; a hacernos cargo de su fundamento, aunque sea insuficiente o erróneo, y, en suma, a graduar su ineficacia. Normalmente, salvo cuando la entrega inicial por parte del comprador es muy elevada, no es posible afirmar, al tiempo de la venta, si al llegar el incumplimiento la cláusula será o no excesiva; y, desde luego, el problema no se presenta en la realidad, generalmente, con los negros caracteres con que suele pintarse, ya que el comprador no se arriesgará a incurrir en la resolución por falta de pago de un último y pequeño plazo, cuando tiene satisfecha la casi totalidad del precio, y menos si en la finca ha invertido cuantiosas sumas, teniendo, por ejemplo, casi terminado un edificio; en estas condiciones no le será, en principio, difícil encontrar el dinero que le falte para aquel último y pequeño pago. Haré también constar, aun a riesgo de que alguien crea que trato de justificar cláusulas

(73) D. XVIII, 3, «De lege commissoria», 6 (SCAVEOLA, libro secundo respondentium).

(74) «Sed quod ait Neratius habet rationem ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit: igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit» (D. XVIII, 3, «De lege commissoria», 4, 1; ULPIANUS, libro trigensimo secundo ad edictum).

(75) Partidas, V-V-38: «... e gana por ende el vendedor la señal, o la parte del precio que le fué dado, si al plazo no le fué fecha la paga, toda, o la mayor parte della; e desfazese la vendida. Otrosí dezimos, que si el comprador ouiesse rescibido algunos frutos de la cosa, que assí ouiesse comprada, que los deue tornar al vendedor; fueras ende, si el que la vendió no quisiesse tornar la señal, o la parte del precio que ouiesse rescibido: ca estonce non deue auer los frutos». El inciso referente al supuesto de que el vendedor hubiese recibido la mayor parte del precio no le he visto comentado en los autores anteriores al Código civil; pudiera significar que, en tal caso, no habría lugar a la resolución, pero me inclino por entender que el vendedor tendría que restituir.

(76) Gregorio LÓPEZ: «etiamsi de hoc non fuisset pactum expressum» (nota 4 a la Ley de Partidas citada en la nota anterior).

que, en ocasiones, hasta hacen daño a los ojos, que, en la intención del vendedor, tienen un doble fundamento, el dotar del máximo automatismo a su readquisición de la propiedad, sin que en aquel momento puedan plantearse ningún género de cuestiones, y el reforzar el efecto psicológico, preventivo, del pacto comisorio, que no tiende a expropiar al comprador, sino a asegurar su cumplimiento (77).

Creo suficientes estas consideraciones para inclinarnos a pensar que tales cláusulas no desnaturalizan la «lex commissoria», no afectan a la validez de ésta. Ciertamente es que, en su virtud, el pacto comisorio adquiere ciertas semejanzas con su homónimo (78), el pacto comisorio de los derechos reales de garantía, radicalmente nulo, que podrían ofrecer mayor base para la construcción de una teoría general que abarcara ambos supuestos, a la manera, por ejemplo, de la defendida por mi compañero MONEDERO GIL (79), que ve en la «lex commissoria» de la compraventa una enajenación en garantía hecha por el deudor (comprador) al acreedor (vendedor), suspensivamente condicionada en cuanto a su eficacia al hecho de que el deudor incumpla su obligación de pagar el precio y a que el acreedor ejercite su facultad de apropiarse de la cosa en satisfacción de su crédito, en paralelismo con la teoría de la enajenación en garantía defendida por BIANCA (80) sobre la naturaleza del pacto comisorio en los derechos reales de garantía.

(77) En la práctica, la finalidad del pacto comisorio de las ventas no es otra que la de garantía; el lograr que sea el comprador quien vaya detrás del vendedor para pagarle, en lugar de tener que buscar el vendedor al comprador para intentar cobrar; por ello muchos vendedores se inclinan por las cláusulas rigurosas, pero sin intentar quedarse, al fin, con la cosa y con buena parte del precio, y sabiendo perfectamente que aunque lo intentasen nunca lo lograrían; incluso llegado el impago, es frecuente que los vendedores practiquen la notificación resolutoria sin intención de recuperar la propiedad de la finca, sino para prevenirse frente a los acreedores del comprador y para forzar a éste al pago; por ello muchas veces aceptan el ofrecimiento de pago del comprador después de la notificación del artículo 1.504.

(78) Sobre la cuestión etimológica, vid. LAJACONO (Vicenzo): *Il patto commissorio nei contratti de garanzia*, Milano, 1952, págs. 2-3; y entre nosotros, RUIZ MARTÍNEZ: *Precio aplazado...*, cit. en nota 25, págs. 608-9.

(79) La conferencia de Francisco JAVIER MONEDERO GIL en la Academia Matritense del Notariado no está aún publicada; vid. referencias en los trabajos de IRURZUN y de MÁS ALCARAZ, citados en nota 28, págs. 25-6 y 88-9, respectivamente. Se trata de una teoría general de la «lex commissoria», no limitada al supuesto de existencia de pacto de apropiación.

(80) BIANCA (C. Massimo): *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957.

En tesis general, y pese a todas las semejanzas que quieran encontrarse, las diferencias entre la «lex commissoria» de la compraventa y el pacto comisorio de los derechos de garantía son esenciales, con la fundamental consecuencia de la nulidad de éstos y de la validez de aquélla. Las diversas teorías que se han formulado sobre el fundamento de la sanción de nulidad del pacto comisorio en los derechos reales de garantía (81) no son alegables para la «lex commissoria» de la compraventa; lo mismo si contemplan la relación interna, acreedor-deudor, y ven la *ratio* de la prohibición en la tutela de la voluntad del deudor, constreñido por el estado de necesidad de obtener un préstamo, o en evitar un enriquecimiento injusto, incluso usurario, de parte del acreedor; que si se fijan en la relación externa, tratando de proteger a otros acreedores, o si se piensa que más bien se trata de imponer a las partes formas más perfectas de derechos reales de garantía, evitando una regresión a la «fiducia cum creditore» mediante cláusulas que devendrían de estilo, porque, como decían las Partidas, «no querrían los omes rescibir de otra guisa los peños» (V-XIII-12); por ello, la rigurosa persecución legal del pacto comisorio en los derechos de garantía a partir de Constantino nunca alcanzó, ni en el Derecho canónico, a la «lex commissoria» de la compraventa (82). Es muy distinta la naturaleza jurídica de la adquisición del acreedor en los derechos reales de garantía con pacto comisorio, de la del vendedor, acreedor del precio, en la compraventa con «lex commissoria»; lo primero ha sido poco estudiado (83), como advierte BIANCA, por «el escaso relieve atribuido al problema de la calificación jurídica de una convención sancionada con nulidad radical» (84); las principales doctrinas ven en ella una venta (85), una dación de pago, o una enajenación en garantía efectuada por el deudor en favor de su acreedor; en todo caso existiría una adquisición nueva por

(81) Vid. LOJACONO, op. cit. en nota 78, págs. 22 y sigs.; BIANCA, op. cit. en nota anterior, págs. 202 y sigs.; y IRURZUN, op. cit. en nota 28, págs. 34 y sigs.

(82) Vid. LOJACONO, op. cit. en nota 78, págs. 8 y sigs.

(83) Vid. BIANCA, op. cit. en nota 80, págs. 105 y sigs., y MÁS ALCARAZ, op. cit. en nota 28, págs. 65 y sigs.

(84) Op. cit. en nota 80, pág. 105.

(85) Así el Derecho Romano en la época permisiva: «Creditor a debitore pignus emit sive in exordio contractus ita convenerit, sive postea; nec incerti pretii venditio videtur, si convenerit, ut, pecunia fenoris non soluta, creditor jure empti dominium retineat cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit» (PAPINIANO, *Fragmenta Vaticana*, 9).

parte del acreedor, la adquisición de un bien que antes no era suyo; mientras que en nuestro supuesto (86) no hay adquisición, sino readquisición; allí, si el pacto comisorio fuese válido, habría un título de adquisición por el acreedor, cuya naturaleza jurídica es lo que se discute; aquí el vendedor no adquiere la cosa por un título nuevo, sino que es de nuevo suya en virtud del título primitivo, que hace que la cosa le siga perteneciendo al haberse resuelto la enajenación que, en base de él, había efectuado; como bien dice LA RICA, la nueva inscripción a favor del vendedor que preceptúa el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, es, realmente, una «re-inscripción» (87). En el pacto comisorio de la venta hay, desde luego, una finalidad de garantía, pero la institución tiene su encuadre en la figura más general de la resolución de los contratos; se trata de mantener el sinalagma funcional de los recíprocos, de dar a la parte que ha cumplido la posibilidad de recuperar su prestación, en lugar de obligarla a perseguir, en concurrencia con otros acreedores, la contraprestación del incumpliente o la subsidiaria indemnización, frecuentemente en vano. El derecho del vendedor a recuperar la propiedad de su finca tiene que ser automático e incondicionado, totalmente independiente de las retenciones que por Ley o por pacto pueda hacer y de las restituciones que deba efectuar, separando radicalmente el efecto jurídico-real de las consecuencias puramente obligacionales entre las partes; su readquisición, al ser producida por el incumplimiento del comprador, no ha de tener más requisitos que este incumplimiento, y no puede ser enervada por la existencia de pactos que regulen las relaciones obligatorias entre las partes; sólo los derechos de los terceros adquirentes merecerán una especial protección.

Las diferencias de principio entre la «lex commissoria» de la venta y el pacto comisorio de los derechos reales de garantía subsisten, como vemos, aun en el supuesto de que se haya pactado la retención del precio cobrado por el vendedor; ni siquiera cabe, salvo a efectos sistemáticos, distinguir, como hace IRURZUN, dos categorías de «lex commissoria»: la cláusula resolutoria (no habla de pacto comisorio para huir del juego de palabras) sin pacto co-

(86) Vid. BIANCA, op. cit en nota 80, págs. 224 y sigs.

(87) DE LA RICA Y ARENAL (Ramón): *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 2.^a parte, Madrid, 1949, pág. 94.

misorio—sin apropiación del precio—, y la cláusula resolutoria con pacto comisorio—con apropiación del precio pagado— (88). Si de esta clasificación se quisieran deducir las consecuencias lógicas, buscando la identidad o la analogía de la última categoría con el pacto comisorio de los derechos reales de garantía, y declarando nula la «lex commissoria» con pacto de apropiación, el resultado sería terrible; no cabría defender la nulidad parcial que privaría al vendedor, que consintió en el aplazamiento del precio, de toda garantía; la nulidad tendría que extenderse a la venta toda, o, al menos, a la forma de pago del precio, suprimiendo el plazo, y el principal perjudicado sería el comprador, al que se intentaba proteger, que se vería privado de la finca en el primer caso, y de la posibilidad económica de consolidar su dominio en el segundo.

La validez, hasta aquí defendida, de la «lex commissoria» a pesar del pacto de apropiación me parece clara; más dudosa es la validez del pacto de apropiación en sí, a que también me inclino. Aquí sí sería posible la nulidad puramente parcial, limitada a la cláusula de apropiación, con validez de la venta y de la «lex commissoria»; razones para defender la nulidad no faltarían, incluida la usura; pero, según vimos, es difícil prejuzgar *ab initio* su exorbitancia; en bastantes casos concretos, de temprano incumplimiento por el comprador, de daños causados por éste en la cosa cuya propiedad y posesión se le ha transmitido desde luego, y de considerables perjuicios para el vendedor, la compensación de éste no resultará de hecho, o puede no resultar, excesiva; piénsese también en la posición del vendedor que concedió plazos al comprador, y no los tendría para la restitución, que tendría que ser simultánea, o más bien previa (art. 175 del R. H.), a su readquisición, obligándole así, indirectamente, a no invertir los plazos que fuera cobrando, y obligándole también a una acción ordinaria de daños y perjuicios, con todas las dificultades de prueba, para resarcirse de los que le ha producido el incumplimiento del comprador; la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones fué rota en el momento de la venta, verificando el vendedor su prestación, en espera de la prestación, en parte o en todo futura, del comprador; nada hay más lógico que siga el mismo rumbo la resolución, que el

(88) Op. cit. en nota 28, págs. 23 y sigs

vendedor recupere, desde luego, la propiedad, y que sea ahora el comprador el que tenga que reclamar *a posteriori* sus derechos, «y no se olvide que la posición del comprador, que tiene la posesión del inmueble, a pesar de no haberle pagado, no es tan lamentable como se dice» (LA RICA) (89).

Validez, pues, incluso de la cláusula de apropiación por el vendedor, pero reducibilidad en todo caso, por arbitrio judicial, de la misma; lo que confirma, además, la validez del pacto, porque la validez es el presupuesto lógico de la reducibilidad, y que encuentra su fundamento legal en el artículo 1.154 del Código civil: el comprador que ha pagado la entrada o algún plazo—en otro caso no se plantearía problema de retención—ha incumplido su obligación de pagar el precio, pero lo ha hecho «en parte». La regulación de nuestro Código civil en la materia (90) es muy amplia; el artícu-

(89) Op. cit. en nota 87, pág. 95. ¿Podrá el vendedor, de nuevo titular registral, acudir al procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria para recuperar la posesión de la finca? En el supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1963 era precisamente el comprador, contra quien se había declarado la resolución y decretado el lanzamiento, el que articulaba uno de los motivos de la casación fundado en que se trataba de un juicio declarativo, mientras que para condenarle a desalojar la finca sería procedente una acción de desahucio o la del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso, pero de sus palabras pudiera deducirse que el procedimiento del artículo 41 es viable: «porque la acción ejercitada no es doble, sino única, la de resolución del contrato de compraventa del piso, con el reintegro a la vendedora del dominio de éste, lo que lleva consigo, como mera consecuencia de este reintegro a la propiedad, la entrega de la finca hoy en poder del reconvenido, y por ello no cabe considerar que se ejercitó una acción independiente de desahucio, o real, al amparo del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que pudiera ser incompatible con la resolución del contrato materia del pleito, y por otra parte, es alegado, con evidente contradicción con el anterior fundamento, que la parte reconviniente precisaba haber ejercitado dichas acciones, sumaria de desahucio, o real del citado artículo 41, para obtener el fin de lanzamiento, lo que no ha efectuado, fundamento que es igualmente rechazable, ya porque, según queda expuesto, la acción ejercitada es una, dentro de la cual se comprende adecuadamente el reintegro de posesión a la accionante, ya porque, conforme a reiterada doctrina de esta Sala...-el juicio ordinario es cauce adecuado para que el dueño obtenga la entrega de la cosa, pues al fin y al cabo el procedimiento sumario de desahucio se halla establecido en beneficio del propietario, y con sus mayores garantías, no restringe los derechos del demandado, doctrina perfectamente aplicable a la acción real del artículo 41 de la Ley Hipotecaria». Parece, sin embargo, admisible la demanda de contradicción del comprador, basada en la causa segunda del artículo 41, cuando la resolución de la venta no haya sido judicialmente declarada.

(90) Vid. ROCA SASTRE (Ramón M.): *La cláusula penal en las obligaciones contractuales*, en sus *Estudios de Derecho Privado*, I, Madrid, 1948, págs. 269 y sigs., y ESPÍN CÁNOVAS (Diego): *La cláusula penal en las obligaciones contractuales*, «Revista de Derecho Privado», 1946, págs. 145 y sigs.

io 1.152, II, puede ser eludido, pactando expresamente la retención, aunque no exista culpa del comprador (art. 1.105) y sin necesidad de probar los daños y perjuicios, por tanto, aunque éstos, de hecho, no existan; está admitida, además de la cláusula penal propia, sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, la verdadera pena privada, que agrava la posición del deudor, constriéndole a cumplir, porque el Código civil admite la pena cumulativa (artículos 1.152, II, y 1.153), y el Juez pasará por ella mientras se mantenga dentro de los límites de lo razonable. Mas, pese a esta amplitud, el artículo 1.154 es imperativo, y es aplicable a todos los tipos y modalidades de cláusula penal; imperativo para las partes, que nada pueden pactar en contra, e imperativo para el Juez (91); y lo mismo aplicable a la verdadera pena privada que a la cláusula penal sustitutiva (92). La natural reacción contra el carácter leonino que puede tener, o aparentar, la cláusula, hará peligroso para el vendedor ese arbitrio judicial (93), por lo que son mucho más seguras las cláusulas razonables que las rigurosas, consideración que debería bastar para barrer éstas de nuestra práctica jurídica, aunque en el fondo más que de «apropiación» sean, como las he denominado, de «retención», ya que en definitiva será un nuevo acuerdo de las partes, o, en su defecto, soberanamente el Juez, quienes

(91) Sentencia de 21 de mayo de 1948: «Que el artículo 1.154 del Código civil establece de modo imperativo y no meramente facultativo que el Juez moderará equitativamente la pena cuando la obligación principal haya sido en parte o irregularmente cumplida»; en el pleito se había alegado el artículo 1.504, pero el incumplimiento no era la falta de pago del precio.

(92) En el sistema tradicional franco-italiano la cláusula penal propia, como liquidación convencional y preventiva del daño, no admitía reducción ni aumento por arbitrio judicial, a diferencia del sistema alemán y suizo; por ello, DEGNI, al tratar de la apropiación por el vendedor de los plazos cobrados en caso de venta con reserva de dominio, defiende, *de jure condito*, la irreducibilidad, aunque *de jure condendo* piense que debieran establecerse limitaciones, como ha hecho el nuevo Código civil italiano en su artículo 1.384: «La pena puede ser disminuida equitativamente por el Juez si la obligación principal ha sido cumplida en parte, o bien si el montante de la pena es manifiestamente excesivo, habida siempre cuenta del interés que el acreedor tenía en el cumplimiento»; en España el problema presenta interés especial en casos de incumplimiento total, dado que para el parcial existe la norma especial del artículo 1.154 del Código civil, aplicable a todos los tipos que la cláusula penal puede tener según sus diversas funciones; y en nuestro supuesto, de apropiación de parte del precio, el incumplimiento es, por definición, parcial. Véase DEGNI (Francisco): *La compra-venta*, trad. esp. de Francisco BONET RAMÓN, Madrid, 1957, págs. 244 y sigs.

(93) Buen ejemplo de estos peligros es la sentencia de 19 de mayo de 1958.

decidan lo que el vendedor puede apropiarse, y lo que tiene que restituir.

Las conclusiones hasta aquí defendidas—validez de la venta; validez de la cláusula resolutoria, y validez de la cláusula penal, con reducibilidad en todo caso por arbitrio judicial—son unánimemente sostenidas en la doctrina española; me limitaré a la cita de algunos trabajos monográficos: LA RICA: «El artículo 59 del Reglamento sólo alude a la revocación registral del derecho del comprador que no ha pagado, aplicando correctamente los postulados del sistema en punto a las condiciones autenticadas por el Registro; pero no prejuzga lo relativo a la revocación efectiva (entrega de la finca) ni a las consecuencias de índole obligacional (perjuicios, reintegro de plazos pagados, daños en la finca, etc.), todos los cuales problemas quedarán sometidos, a falta de acuerdo, a la resolución de los Tribunales. El Reglamento Hipotecario no preceptúa que, por falta de pago del último plazo, se pierdan todos los demás que se hayan pagado. Eso corresponderá decidirlo a los Tribunales, que incluso pueden admitir la acción por enriquecimiento torticero» (94); MÁS ALCARAZ: «En nuestro Derecho es obvio que la retención por el vendedor de las cantidades satisfechas sólo podrá tener lugar si así se hubiere convenido, ya que el artículo 1.504 nada previene al respecto; estimando CASTÁN y PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER que dicha estipulación, dado su carácter de pena convencional, quedará sujeta a la facultad de moderación que a los Tribunales concede el artículo 1.154 del Código civil. Evidentemente, dada la falta de regulación legal de la estipulación que examinamos, y habida cuenta además (del posible derecho del vendedor, en su caso al resarcimiento de daños, si se estima aplicable supletoriamente el artículo 1.124), y del diverso rigor con que dicho pacto puede ser formulado, no parece que puedan formularse *a priori* en esta materia soluciones generales, sino que habrá que estar al análisis de cada caso concreto (así también GOMÁ)» (95); el mismo IRURZUN, a pesar de la terminología que, como vimos, emplea para calificar nuestro supuesto—«cláusula resolutoria con pacto comisorio»—, le «parece muy alejada de la figura jurídica del pacto comisorio en los contratos de garantía..., sin que ello suponga que no advirta-

(94) Op. cit. en nota 87, pág. 95.

(95) Op. cit. en nota 28, págs. 91-2.

mos las consecuencias inicuas a que su aplicación puede dar lugar..., también la Ley de la usura parece fuera de aplicación, pero ante un caso de evidente injusticia, no sería extraño que los Tribunales recurriesen a cualquiera de ambos remedios para evitar el resultado contrario a la equidad», y acaba propugnando la fórmula de la cláusula penal, que «permitiría, en su caso, a los Tribunales ejercitar la facultad moderadora que el artículo 1.154 del Código civil les concede..., con lo que quedaría automáticamente a salvo de cualquier sanción de nulidad» (96); y, para terminar, quien más profundamente ha atacado la «lex commissoria», RUIZ MARTÍNEZ, concluye: «En todo caso, el Juez puede moderar la pena si la juzga excesiva» (97).

Podría alegarse, sin embargo, la regla 6.^a del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, que parece exigir en todo caso para que pueda practicarse la reinscripción a favor del vendedor, «que acredite... que se ha consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto»; al ser precisa la consignación, parece que las deducciones nunca pueden igualar al reintegro. No voy a criticar aquí este precepto, tan defectuoso en sus sucesivas redacciones a partir del Real Decreto de 20 de mayo de 1880; nuestros mejores hipotecaristas ya lo han hecho sobradamente. En mi opinión, la exigencia de la consignación debiera haberse limitado al supuesto de la existencia de terceros adquirentes, de dominio o de derecho real, de bienes anteriormente sujetos a condiciones resolutorias o rescisorias, sin intentar proteger al que fué parte en el acto en que la condición se estipuló, sobre todo cuando, como en nuestro caso, la resolución tiene lugar por su incumplimiento; para él hay cancelación automática—de aquí su inclusión en el precepto—, pero no debiera exigirse la consignación, sino, a lo sumo, un ofrecimiento de pago, aparte de que, como expuso MORELL, la consignación sólo sería procedente «en el caso de no prestarse el comprador o el acreedor a recibir la cantidad que se le hubiera de devolver» (98); en cambio, respecto de terce-

(96) Op. cit. en nota 28, pág. 28.

(97) Op. cit. en nota 25, pág. 611.

(98) MORELL Y TERRY (J.): *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, t. III, Madrid, 1928, pág. 425.

ros, es conveniente exigir la consignación del reintegro no sólo, como dice LA RICA, cuando «se hubiese negado a recibirlo la persona a quien legalmente deba hacerse» (99), sino también cuando ésta quisiera cobrar, precisamente para proteger, contra ella, a los terceros inscritos; piénsese que fundamentalmente se tuvo en cuenta, para redactar la norma, a los acreedores hipotecarios, y la extensión de la hipoteca a las indemnizaciones (art. 110, 2.º, L. H.); bien sé, sin embargo, que esta opinión, con el actual texto, a diferencia del originario, apenas es defendible. Solamente quiero poner de manifiesto tres puntos: que si no hay terceros inscritos, el documento primario a exigir es el que acredite el pago al comprador; que si hay terceros, especialmente acreedores hipotecarios, debe seguirse la letra del artículo y exigir la consignación, a fin de que queden protegidos; y sobre todo, que es lo que aquí fundamentalmente interesa, que el pago, o la consignación, sólo son precisos, aunque existan terceros, cuando con arreglo a las normas sustantivas haya algo que devolver, pero nunca, por ejemplo, cuando el comprador nada pagó que deba restituirse, o cuando, en virtud de pacto, el vendedor pueda retener, como cláusula penal, las partes de precio satisfechas; la reinscripción a favor del vendedor, hecha la notificación, debe ser automática, sin perjuicio del derecho del comprador a reclamar la restitución judicialmente, para que los Tribunales lleven a cabo su moderación; el que la pena pactada pueda resultar, a juicio de los Tribunales, excesiva, no fundamenta el que el comprador conserve, en el interregno, la titularidad registral, ni puede forzarse tampoco al vendedor, para evitarlo, a una consignación *ad cautelam* de todo el importe y a iniciar él mismo el procedimiento judicial cuando ha sido la otra parte la incumpliente. La Resolución de 3 de junio de 1961 expresamente declaró que la consignación del artículo 175, 6.ª, debe hacerse «siempre que proceda el reintegro del precio», pero no cuando se haya estipulado expresamente, como cláusula penal, un derecho del vendedor para retener y hacer suyas las cantidades que como precio o parte de él se le hubiesen entregado, incluso para la cancelación de una hipoteca (100).

(99) Op. cit. en nota 87, pág. 225.

(100) Esta doctrina había sido sostenida por LA RICA: «En cuanto a la consignación en Banco o Caja oficial del valor de los bienes o importe de

VII.—LA POSPOSICIÓN DE LA «LEX COMMISSORIA».

La condición resolutoria expresa del artículo 1.504 funciona como un derecho real de garantía del pago del precio aplazado; de aquí que, como la hipoteca, tenga un rango registral que, en principio, es negociable; juzgo, pues, admisibles las cláusulas de posposición del pacto comisorio en garantía del precio aplazado, sobre todo frecuentes cuando se trata de un solar vendido en tal forma, que va a ser hipotecado para obtener medios económicos para su edificación, y el acreedor, especialmente una entidad oficial de crédito, exige primera hipoteca y absoluta libertad de cargas y gravámenes de la finca. Merece, sin embargo, la pena el profundizar un poco más sobre tal posibilidad, refiriéndonos a la naturaleza e inscribibilidad del derecho del vendedor a plazos garantizado con pacto comisorio.

En la doctrina española la cuestión apenas ha sido tratada. ROCA SASTRE se limita a decir que «esta condición resolutoria estipulada, una vez inscrita, constituye también una reserva autenticada o causa resolutoria registrada» (101) y que «el vendedor en rigor tiene registrado un derecho sujeto a condición suspensiva, que es perfectamente transmisible» (102); y SANZ, que «el vendedor conserva una expectativa de readquisición del dominio para el caso de cumplimiento de la condición resolutoria, es decir, para el caso de falta de pago del precio. Podrá, por tanto, transmitir su derecho

los plazos que deban devolverse, cabe decir que no en todo caso será procedente esa devolución, y que habrá de estarse a lo estipulado en la venta. El caso típico es el de venta a plazos, asegurando el pago con condición resolutoria de pleno derecho; caso de que la resolución proceda, puede haberse estipulado la devolución total o parcial de los plazos satisfechos» (op. cit. en nota anterior, página 224); más bien puede haberse estipulado su no restitución.

La Resolución de la Dirección citada en el texto ha sido desfavorablemente comentada por Ginés CÁNOVAS COUTIÑO (en esta REVISTA, noviembre-diciembre 1961, págs. 1.150 y sigs.), quien es partidario de que la consignación debe hacerse en todo caso, citando en su apoyo a MORELL; sin embargo, MORELL (op. cit. en nota 98, págs. 422-5) no considera siempre necesaria la consignación, por la razón evidente de que, dado el alcance general del precepto, el acto que se resuelva puede ser, por ejemplo, una donación, pero cuando es acto oneroso no hace constar, en efecto, ninguna excepción a la necesidad de la consignación.

(101) ROCA SASTRE (Ramón M.^a): *Derecho Hipotecario*, tomo II, Barcelona 1948, pág. 351.

(102) Op. cit. en nota anterior, pág. 354.

y la transmisión será inscribible en el Registro» (103). Ambos hipotecaristas plantean, como puede verse, la cuestión de la naturaleza no en relación con la posibilidad de la posposición, de que aquí tratamos, sino de la cesión del crédito garantizado con la «lex commissoria» y con la inscribibilidad de la misma a favor del cesionario, que admiten, como ya admitían los hipotecaristas clásicos, y que en general se considera consagrada por la Resolución de 17 de enero de 1933 y por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1934 (104).

(103) SANZ FERNÁNDEZ (Angel): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Madrid, 1955, págs. 434-5.

(104) La cuestión es, sin embargo, más complicada de lo que aparentemente parece. A falta de pacto comisorio, es palmario que cabe la cesión; pero tratándose de un derecho de crédito, no es inscribible; así la Orden de 8 de junio de 1866 y la Resolución de 17 de enero de 1933, en el mismo sentido, la Resolución de 12 de julio de 1909 rechazó la posibilidad de anotar el embargo del crédito por precio aplazado. Pero la Resolución de 1933, además de resolver negativamente el problema planteado de inexistencia de pacto comisorio expreso, hizo un planteamiento sistemático de los otros dos supuestos posibles: que el precio aplazado estuviese garantizado con hipoteca, caso en que era indudable la inscribibilidad de la cesión, y que estuviese garantizado con pacto comisorio expreso, deduciendo de las consideraciones sobre su naturaleza jurídica que se transcriben a continuación en el texto, que en este último caso «la cesión del derecho a percibir el precio aplazado con todos sus efectos constituye, en verdad, un contrato legítimo que modifica para lo futuro el ejercicio de facultades del dominio inscrito sobre bienes inmuebles o derechos reales, y que puede tener entrada en el Registro al amparo del artículo 14 (hoy 7.º) del citado Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, con tanta mayor razón cuanto que es indispensable para los terceros conocer, al efecto de salvaguardar sus derechos, quién es el titular de la acción resolutoria que puede afectar a la estabilidad y permanencia del dominio inscrito»; la admisión es, pues, tajante, pero quiero advertir una vez más que no era el supuesto a que la Resolución se contraía, en que no existía pactada «lex commissoria»; lo mismo ocurre con la sentencia de 23 de octubre de 1934, que cita la Resolución de 1933 y recoge su clasificación trimembre, pero que se limita al supuesto planteado de inexistencia de pacto comisorio expreso, sin hacer ninguna afirmación ocasional sobre el supuesto de que existiera. No hay, pues, verdadera jurisprudencia sobre la materia. En nuestro caso, podrían incluso aducirse, en contra, algunas expresiones de la Resolución de 1933 para el supuesto de inexistencia de «lex commissoria»: «aparecen acusadísimas dificultades para el ejercicio de la acción resolutoria, ya que cedida sólo la parte del precio aplazado y recibida la restante por el vendedor cedente, surge el inconveniente de determinar si el cesionario podría, sin la concurrencia de aquél, pretender la resolución, y en caso de que ésta tuviese lugar, imponiéndose la devolución de la cosa y de la parte de precio recibida, cómo habría de dividirse la cosa misma vendida en proporción al interés de cedente y cesionario», «todas estas dificultades habrían de ser, en su caso, ventiladas y resueltas por los Tribunales». En mi opinión, es, con todo, inscribible la cesión, siempre que no se limite al crédito del precio aplazado con su garantía, sino que comprenda toda la posición jurídica del cedente, a manera de cesión del primitivo contrato de venta con cláusula resolutoria, y por el precio total de la finca, del que el cesio-

La Dirección General se refirió ampliamente a esa naturaleza en la misma Resolución de 17 de enero de 1933, que declaró que a pesar del pacto comisorio «no surge aún la figura jurídica del derecho real, porque la cosa vendida no queda especialmente ni de modo directo afecta al pago del precio aplazado, ni aquélla puede perseguirse eficazmente contra cualquier tercer poseedor», si bien añadía que «no es dable desconocer que el pacto comisorio ocasiona una acción que alcanza a todo tercero, por constar claramente en el Registro», para acabar, *obiter dictum*, afirmando que la cesión era inscribible en el Registro de la Propiedad.

En la doctrina italiana sobre la cláusula resolutoria expresa en general, MIRABELLI afirma que «se atribuye a la parte cumpliente la facultad de resolución» (105), pero la opinión dominante no habla de «facultad», sino de «derecho»; así, para BARBERO es, «si así quiere decirse, un derecho potestativo del acreedor de valerse de la cláusula» (106); también para Mosco es un «derecho potestativo» (107), y la misma opinión sustenta NATOLI, si bien para él parece que no surge hasta el incumplimiento de la otra parte (108).

En mi opinión, las expresiones que de pasada usan ROCA y SANZ se resienten del parentesco de nuestra institución con la verdadera y propia condición resolutoria; si se tratase, en efecto, de verdadera condición, con arreglo a la teoría del doble efecto, suspen-

nario descontaría la parte ya satisfecha al cedente por el comprador, sin que fuera necesario el consentimiento de éste cuando el vendedor-cedente hubiese cumplido con anterioridad todas las obligaciones frente al mismo, y sin liberarse en cuanto a las de garantía. La cesión, en todo caso, deberá hacerse en escritura pública, jugando la notificación al comprador el mismo papel que en la cesión de créditos hipotecarios, sin que sea admisible, como repetidamente he dicho en el texto, la cesión por el mero endoso de las letras que representen el precio aplazado.

(105) Op. cit. en nota 53, pág. 490.

(106) Op. cit. en nota 24, pág. 500.

(107) Véase op. cit. en nota 24, págs. 23 y 24 del cap. IX.

(108) «La condición resolutoria expresa, en suma, no produce, verificándose el hecho previsto (incumplimiento), la resolución de la obligación, sino que crea a favor de la parte cumpliente un derecho potestativo a provocar la resolución. En tal sentido podría decirse que el efecto de la verificación de la condición resolutoria expresa está representado, no por la automática resolución de la obligación, sino por una facultad de separación (*recesso*) unilateral a favor de la parte cumpliente» (*Condizione risolutiva...*, cit. nota 24, pág. 571), «el interesado, a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, adquiere un derecho potestativo a provocar la resolución, o, para ser más precisos, un derecho de separación (*recesso*) unilateral» (*Il termine essenziale*, cit. en nota 24, pág. 229).

sivo y resolutorio, de las condiciones, el comprador tendría un dominio bajo condición resolutoria, y el vendedor un derecho, también de dominio, bajo condición suspensiva, o una expectativa o derecho de readquisición del dominio en caso de cumplimiento de la condición. Pero las diferencias entre el pacto comisorio y la condición resolutoria son, como expusimos, muy grandes; llegado el incumplimiento del comprador, el vendedor no recupera el dominio, sino que únicamente tiene, como pone de manifiesto la doctrina italiana, un derecho potestativo o de modificación jurídica, de obtener la resolución y consiguiente readquisición de la propiedad de la finca; este derecho está sujeto a una *condicio juris* de tipo resolutorio, dado que se extingue por el pago del comprador, que el artículo 1.504 permite en todo caso hasta que se haya verificado la notificación resolutoria (109) e incluso por el mero ofrecimiento de pago (110); a mi parecer, es un derecho real, como en el fondo viene a reconocer la Resolución de 1933, aunque terminantemente lo niegue, ya que produce efectos *erga omnes* y se ejerce directa e inmediatamente sobre la cosa misma, cualquiera que sea su poseedor, según pone de relieve la cancelación automática de los asientos ulteriores que ordena el artículo 175, 6.ª, del Reglamento Hipotecario; y es, finalmente, inscribible, figurando inscrito o, mejor, transcrito (111) en la inscripción a favor del comprador. Antes del incumplimiento, el derecho del vendedor tiene la misma natu-

(109) La jurisprudencia y la generalidad de la doctrina italiana también admiten, en cuanto a la cláusula resolutoria expresa, que el deudor puede ofrecer válidamente su prestación al acreedor después de su incumplimiento y antes de la declaración de éste de valerse de la cláusula; lo niega BARBERO (op. cit. en nota 24, pág. 500), fundándose en que, con el incumplimiento, surge un derecho subjetivo de parte del acreedor que no puede ser suprimido por un acto del deudor; en realidad, como diremos en el texto, este derecho subjetivo ya existía antes del incumplimiento, si bien suspensivamente condicionado al mismo. En nuestro Derecho, la especial concreción de la cláusula resolutoria expresa que regula el artículo 1.504 admite, por imperativo del texto legal, la posibilidad ulterior de pago.

(110) Sentencia de 30 de diciembre de 1955; el comprador había hecho, antes de la notificación resolutoria, ofrecimiento notarial de pago al vendedor, depositando en poder del Notario las sumas debidas para su entrega al vendedor en el acto del requerimiento, quien no las aceptó; la sentencia de instancia dió lugar a la resolución; el Tribunal Supremo casa la sentencia y declara no haber lugar a la resolución en virtud del anterior ofrecimiento, considerando documento auténtico, a efectos del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el acta notarial.

(111) Art. 51, 6.ª, del R. H.; vid SANZ, op. cit. en nota 103, pág. 419.

raleza, salvo que está sujeto, suspensivamente, a la *condicio juris* del incumplimiento del comprador; en el Registro de la Propiedad no consta, siquiera, si el comprador sigue cumpliendo al vencimiento de los plazos, o si ya ha incumplido. No quiero insistir, sin embargo, en esta naturaleza jurídica del derecho del vendedor, pues lo que no cabe duda es que figura inscrito en el Registro, lo que le da un rango registral, una preferencia sobre todos los asientos de inscripción o anotación ulteriores, como lo demuestra el que éstos se cancelan automáticamente en caso de ejercicio de la «*lex commissoria*»; y este rango puede ser negocialmente alterado, conforme al artículo 1.255 del Código civil, aunque la expresión «*posposición*» no sea, quizá, demasiado correcta tratándose del pacto comisorio, por no marcar las diferencias con la de la hipoteca.

Llevada a cabo la *posposición*, el acreedor hipotecario queda perfectamente garantizado, pues aunque se ejercite el pacto comisorio, la hipoteca, como derecho preferente, queda subsistente, sin poderse aplicar, en cuanto a ella, las normas de cancelación automática del artículo 175 del Reglamento Hipotecario; la subsistencia en este y en otros casos que veremos, o el pago de la hipoteca por el vendedor, habrán de ser tenidos en cuenta por el Juez cuando tenga que «*moderar*» la cláusula penal, si el pacto comisorio permitía al vendedor retenciones de precio e inversiones hechas por el comprador.

En cambio, la situación jurídica y económica del vendedor es mucho menos firme; si se ejercita antes la «*lex commissoria*», acabamos de ver que la hipoteca subsiste, de manera que el vendedor recupera su propiedad gravada, con los consiguientes perjuicios de índole económica y jurídica; la situación es más complicada si se ejercita primero la hipoteca, surgiendo numerosos problemas, incluso de carácter procesal, que no es momento de tratar en forma exhaustiva; me limitaré a algunas observaciones sobre el caso tipo y más frecuente de ejercicio de la hipoteca por el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. La posición del vendedor es distinta según sea o no tercer poseedor de la finca hipotecada.

El vendedor es tercer poseedor de la finca hipotecada cuando ha ejercitado su facultad resolutoria e inscrito la readquisición de su dominio antes de iniciarse la acción hipotecaria, o antes de

haberse expedido la certificación registral y tomarse constancia, mediante la nota marginal, de la existencia del procedimiento, conforme a la regla 5.ª del artículo 131. En ambos casos tiene el vendedor todos los derechos que en la sustanciación del procedimiento y respecto a la adjudicación de la finca, competen a todos los terceros poseedores; en esencia, tiene forzosamente que ser notificado de la existencia del procedimiento; puede pedir que se le exhiban los autos y se entiendan con él las diligencias posteriores; puede satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas asegurados con la hipoteca, la que quedará extinguida por consolidación; puede intervenir, de diversas formas, en la subasta; y tiene, finalmente, derecho a percibir la parte del precio del remate que, en su caso, quede sobrante, sin plantearse problemas de concurrencia con causahabientes del comprador, porque los derechos de éstos se habrán cancelado, automáticamente, al ejercitar el vendedor la resolución.

En los demás casos, el vendedor es titular de una carga o gravamen anterior al crédito hipotecario, pero postpuesto a él, por lo que, con arreglo al artículo 225 del Reglamento Hipotecario, que interpreta el espíritu de la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley, debe notificársele la existencia del procedimiento; y tiene derecho a satisfacer, antes del remate, el importe del crédito, intereses y costas, subrogándose en el crédito hipotecario—aquí no hay consolidación, porque el vendedor no es dueño—a tomar parte en la subasta y a percibir el sobrante del precio del remate, si lo hubiere, después de satisfecho el crédito del actor.

Si antes del remate satisface el crédito hipotecario, deviene, pues, el vendedor, titular de dos garantías reales sobre la misma finca que garantizan créditos distintos: la acción resolutoria del artículo 1.504 en garantía del precio de venta aplazado, y la hipoteca en que se ha subrogado, en garantía, normalmente, de un préstamo. Tiene opción entre ambas, cuando se den sus respectivos supuestos; pero si ejercita la acción resolutoria, la hipoteca, que como preferente debería subsistir, se extingue por consolidación, y si lo que ejercita es la acción hipotecaria, se extingue la posibilidad de resolución sobre la misma finca, como carga de rango inferior, con derecho a percibir el sobrante del precio de remate, si lo hubiere.

Esta misma extinción del pacto comisorio, y el consiguiente derecho al sobrante del precio del remate, en su caso, tienen lugar si consumándose el ejercicio de la acción hipotecaria, remata la finca el vendedor o la remata un tercero.

De esta visión panorámica de los diversos supuestos que procesalmente pueden presentarse hay que destacar, desde el punto de vista del vendedor, los siguientes grupos:

1. El vendedor llega a recuperar la propiedad de la finca, con el gravamen de la hipoteca; o recupera la propiedad de la finca, pero pagando él el importe del principal, intereses y costas garantizados con la hipoteca. El perjuicio económico que el vendedor puede sufrir es patente.

2. El pacto comisorio se extingue sobre la finca misma, según el sistema de purga, con derecho por parte del vendedor al sobrante, en su caso, del precio del remate. Si el vendedor era tercer poseedor, tiene derecho, como vimos, a todo el sobrante, sin concurrencia posible de titulares posteriores que traigan causa del comprador; los perjuicios económicos que puede sufrir son también evidentes. Pero si no es tercer poseedor, su posición es aún más delicada; antes tenía opción entre una acción de cumplimiento para el cobro del precio y una acción de resolución para recuperar la propiedad de la finca; ahora esta acción de resolución sobre la finca se ha extinguido; en cambio, adquiere un derecho al sobrante del precio, si lo hubiere, pero muy distinto del que tiene el tercer poseedor, pues su derecho, como de garantía que es, no tiene un valor sustantivo, en sí mismo, y podrán pretender absorber dicho sobrante los titulares de derechos de rango inferior a la condición resolutoria; no es posible aplicar aquí las mismas normas de la segunda hipoteca; la única posible defensa del vendedor, aparte, claro es, de su acción de cumplimiento, posiblemente ilusoria, sería defender la extensión de la misma a las indemnizaciones procedentes de los bienes sujetos a la condición, a la manera de la hipoteca, lo que, sinceramente, no me parece posible; y, en tal caso, practicar inmediatamente la notificación resolutoria, para tener así derecho a todo el sobrante del precio del remate, como subrogado en lugar de la finca, con eliminación de los titulares que traigan causa del comprador.

Tiene, pues, la posposición graves inconvenientes para el vendedor; únicamente deberá consentirla cuando el préstamo garantizado con la hipoteca antepuesta se invierta efectivamente y en su integridad en la finca, aumentando su valor, y llevándose a cabo otras inversiones en ella por el comprador mismo; es la manera de que la finca incremente notablemente su valor, incluso por encima del importe de la hipoteca, de manera que no perjudique económicamente al vendedor el tener que sufrirla o el tener que pagarla (112); deberá, además, seguir vigilante los avatares de la hipoteca, para asegurarse, a ser posible, la posición de tercer poseedor, y si no lo consigue, satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, subrogándose en él, y practicar acto seguido la notificación resolutoria, para recuperar la propiedad de la finca, con extinción de la hipoteca por consolidación, extinción que, como dijimos, no le perjudicará económicamente si las inversiones llevadas a cabo en ella han hecho aumentar notablemente su valor; lo que no puede es dejar que se consume la acción hipotecaria, con remate de la finca, por él mismo o por un tercero, pues sus derechos al sobrante del precio del remate serán, seguramente, inexistentes.

VIII.—EL PAGO DEL PRECIO APLAZADO Y LA CANCELACIÓN DE LA «LEX COMMISSORIA».

Las normas generales sobre cancelación, en virtud de pago del precio aplazado, de la «lex commissoria», son bien conocidas: es precisa escritura pública, en que preste su consentimiento para la

(112) Las normas del usufructo, a que remite el artículo 1.122, 6.ª, hacen innecesario pactar expresamente la extensión de la resolución a las mejoras que tenga la finca en el momento de ejercitarse, pues el *ius tollendi* del artículo 487 difícilmente podrá llevarse a cabo, por sufrir detrimento los bienes; con todo, será prudente hacerlo constar. ¿Y si las mejoras, en el caso más frecuente la edificación, no las verifica el comprador, sino un tercer poseedor? La regulación de los derechos del tercero que traiga causa del comprador es una de los mayores vacíos normativos de la «lex commissoria»; ya MORELL opinaba que sería conveniente exigir el mismo requisito de la notificación o requerimiento del 1.504 con relación al tercero (op. cit. en nota 98, tomo III, página 752); en el punto que ahora nos ocupa, el artículo 1.122 no es aplicable, porque se refiere expresamente a la «mejora a expensas del deudor»; parece deberán aplicarse las normas de la accesión.

cancelación el acreedor o sus herederos, y, en su defecto, resolución judicial (113). Ese acreedor será prácticamente siempre el vendedor, pero también el cesionario, si se admite la posibilidad e inscribibilidad de la cesión; mas, según repetidamente hemos dicho, no, en su caso, el mero tenedor de las cambiales legitimado por la cadena de endosos.

Estas normas generales creo deben ser interpretadas, en el supuesto de que tratamos, con la posible amplitud, dada la inmensa frecuencia del pacto, si no se quiere que el Registro quede plagado de una serie de cargas inexistentes que, a la vuelta del tiempo, les parecerán a nuestros sucesores lo que a nosotros ahora, por ejemplo, los censos de farol y sereno. La cancelación se dificulta, en efecto, con el transcurso del tiempo y los eventos que trae, y puede llegar a ser totalmente imposible, como ocurrirá en el caso de que el vendedor sea una Sociedad Inmobiliaria que, terminadas sus operaciones y cobrados todos sus créditos, se haya disuelto (114).

A) *La cancelación y las letras de cambio.*

Por ello me parece un acierto la cláusula, hoy tan frecuente en las escrituras, de que, en el caso de que el precio esté representado por letras de cambio, se podrá hacer constar en el Registro el pago del precio y cancelar la «lex commissoria» mediante acta notarial que acredite estar recogidas y en poder del comprador las cambiales, para lo que el vendedor presta desde luego su consentimiento en la escritura de venta.

(113) Las recuerda la Resolución de 30 de abril de 1958, cuya tesis general es indiscutible; otra cosa ocurre con su aplicación al problema concreto planteado; véase GUIMERÁ PERAZA (Marcos): *Precio aplazado: Su cancelación (Notas a la Resolución de 30 de abril de 1958)*, en el «Anuario de Derecho Civil», tomo XII, fasc. I, enero-marzo 1959, págs. 341-8

(114) Más radicalmente, el artículo 17 de la Ordenanza para el Registro de venta a plazos de bienes muebles (Orden de 8 de julio de 1966), establece la caducidad del asiento. Sobre la situación a que intentó poner remedio la última reforma hipotecaria, vid. FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ (Vicente): *La extinción de cargas y la nueva Ley Hipotecaria*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo III, págs. 121 y sigs., especialmente págs. 165 y sigs.; o su resumen, con el mismo título, de GONZÁLEZ PALOMINO (J.), en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», septiembre de 1945, páginas 11 y sigs.

Claro es que no alego en favor de esta tesis la Resolución de 8 de enero de 1921, que admitió en un caso concreto la cancelación por acta notarial, pues, aparte de las particularidades del mismo, hay que hacer constar que comparecía el acreedor, que es lo que aquí se trata de evitar, y se consignaban por el Notario el juicio de capacidad y la fe de conocimiento de los comparecientes, lo que hace pensar que, bajo la forma de acta, en realidad se trataba de una escritura.

El verdadero fundamento se encuentra en las razones prácticas que forzaron la admisión de medios especiales de cancelación de las hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso y al portador, actualmente recogidos en los artículos 156 de la Ley Hipotecaria y 211 y siguientes de su Reglamento; y en las razones de analogía con el expresamente admitido para la cancelación total o parcial de las últimamente citadas: el acta notarial que acredite estar recogidos y en poder del deudor, debidamente inutilizados, los títulos al portador. Se me dirá que la letra es título a la orden, y que en nuestro caso no existe la indeterminación registral del acreedor, que es lo que, unido al con frecuencia elevado número de acreedores, ha llevado a la admisión del acta cancelatoria; aquí, en efecto, el acreedor está perfectamente determinado en el Registro, pero la analogía subsiste desde el punto de vista económico, y hasta desde el jurídico, por el efecto suspensivo de las letras de cambio, que su pago consolida. Al constar la clase y numeración de las cambiales en la escritura y en el Registro (115), quedan perfectamente identificadas, y el procedimiento no tiene peligros.

El mayor argumento en contra radica en el evidente carácter

(115) Para cumplir lo ordenado por el artículo 10 de la Ley Hipotecaria basta, según SANZ, que se haga constar en la inscripción que el pago del precio se ha efectuado mediante letras, sin necesidad de especificar las cambiales; pero para la aplicabilidad del procedimiento cancelatorio que propugnamos, es preciso que las letras estén perfectamente identificadas en la inscripción; el procedimiento no será utilizable cuando se haya pactado la renovabilidad de las letras, ya que la numeración de las nuevas no puede figurar en la escritura ni en la inscripción; cuando, sin haberse pactado, el vendedor admita la renovación y se haya previsto el especial procedimiento cancelatorio, deberán tomarse las debidas precauciones; la mejor, la destrucción de las letras primitivas; la cancelación ya sólo podrá obtenerse por los medios ordinarios. Vid. SANZ FERNÁNDEZ (Ángel): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Madrid, 1955, pág. 418.

de orden público que tienen los medios cancelatorios admitidos por la Ley, de forma que, como declaró la Resolución de 19 de noviembre de 1908, establecido legalmente «un procedimiento especial para la cancelación de las hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso, no es posible que por voluntad de los interesados puedan fijarse reglas distintas para llevar a efecto de cancelación», lo que puede aplicarse al supuesto de la condición resolutoria; pero, en mi opinión, el consentimiento del titular registral exigido por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria queda perfectamente cumplido, al haberlo prestado en la escritura de venta; una cosa es que no quepa la condición en la cancelación, porque, como escribió Roca Sastre, «la cancelación equivale a la muerte de un asiento, y la muerte no admite grados» (116), y otra muy distinta que el consentimiento formal del artículo 82, como en principio todo consentimiento, no pueda afectarse a una condición suspensiva, que, en definitiva, se resuelve en la disyuntiva entre una voluntad positiva, para la cancelación, y una negativa; el hecho futuro e incierto, la recogida de las letras en poder del deudor, se puede probar fehacientemente mediante acta notarial, sin más riesgos que los de una falsificación de las mismas.

B) *Innecesidad del consentimiento «uxoris».*

Ninguna duda cabe de que la cancelación de la «lex commissoria», tratándose de bienes reales o presuntamente gananciales, precisa el consentimiento de la mujer. Pero las dudas pueden plantearse en el supuesto, el más normal, de la cancelación por consecuencia del pago del precio que el pacto comisorio garantizaba.

Ya antes de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959 se había planteado en la doctrina el problema respecto a la cancelación de hipotecas gananciales, defendiéndose por LACAL y por BORRACHERO (117), respectivamente, las posturas negativa y posi-

(116) Roca Sastre (Ramón M.^a): *Derecho Hipotecario*, tomo III, Barcelona, 1948, pág. 586; en páginas 586-7 trata ampliamente de la inadmisibilidad de la cancelación condicional, supuesto distinto del que aquí defendemos

(117) Vid. LACAL (Pascual): *La presencia de la mujer casada en las escrituras de cancelación de hipoteca*, en esta REVISTA, enero-febrero 1959, páginas 31-41; y BORRACHERO (Miguel): *La mujer casada y las escrituras de cancelación de hipotecas*, en esta misma REVISTA, marzo-abril 1959, págs. 243-250.

tiva en cuanto a la necesidad del consentimiento uxorio. El último párrafo que al artículo 178 del Reglamento añadió la reforma del 59, «basta el consentimiento del marido para la cancelación por pago de hipotecas inscritas a su nombre, que garanticen créditos gananciales», no solucionó totalmente el problema porque al exigir que las hipotecas estuviesen inscritas a nombre del marido, «sólo tiene—según opinión de LA RICA (118)—una importancia en cierto modo transitoria, puesto que únicamente ha de afectar a las hipotecas constituidas e inscritas con anterioridad a la promulgación de la reforma del Reglamento», ya que, en adelante, conforme a la regla 1.ª del artículo 95, se practicará la inscripción a nombre de ambos cónyuges, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal; postura de LA RICA que tuvo como principales contradictores a CÁMARA y a SANZ (119). Actualmente, y como es bien sabido, la cuestión está resuelta en el sentido de la no necesidad del consentimiento de la esposa por las Resoluciones de 23 de mayo, 3 de junio y 8 de junio de 1964 y 23 de febrero de 1966, generalmente bien acogidas, aunque con la crítica de LA RICA (120).

Cae fuera de los límites de esta Conferencia el estudio de la cancelación por pago de hipotecas gananciales, y tampoco voy a estudiar a fondo la cancelación por pago del precio, del pacto comisorio expreso de naturaleza ganancial, en la que fundamen-

(118) DE LA RICA Y ARENAL (Ramón): *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 133.

(119) Vid. CÁMARA (Manuel de la): *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, en el «Anuario de Derecho Civil», 1959, págs. 451 y sigs. y 847 y sigs., y 1960, págs. 361 y sigs.; especialmente, en este último, págs. 439 y sigs.; SANZ FERNÁNDEZ (Ángel): *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*, en Sección 3.ª, vol. I de los tomos conmemorativos de la Ley del Notariado, Madrid, 1964, págs. 267 y sigs.; especialmente págs. 336 y sigs.

(120) DE LA RICA Y ARENAL (Ramón): *La mujer casada y la cancelación de créditos hipotecarios gananciales*, en esta REVISTA, marzo-abril 1965, páginas 245 y sigs. LA RICA, que ha defendido con tanto rigor lógico como reiteración la aplicación de los principios hipotecarios, no lo ha hecho tanto con los notariales: «¿Será indispensable que en el documento público cancelatorio se constate la efectividad del pago, es decir, se otorgue por acreedor y deudor, y en el acto del otorgamiento, éste entregue a aquél el importe del crédito? Creemos que no y que será suficiente, como hasta ahora, que el acreedor confiese haber recibido el importe del crédito, otorgue carta de pago y exprese su consentimiento para la cancelación de la hipoteca» (op. cit. en nota 118, página 132). Sin embargo, con arreglo al artículo 1.218 del Código civil, sólo puede perjudicar a la mujer ausente el cobro realizado por el marido en el acto del otorgamiento, no el meramente confesado (arts. 1.232 y 1.239 del Código civil).

talmente se barajan los mismos argumentos. Sólo quiero apuntar que las razones que la Dirección General ha reiteradamente esgrimido para eliminar la necesidad del consentimiento «uxoris» en la hipoteca son igualmente aplicables en nuestro caso: que, sin desconocer su naturaleza de acto dispositivo y la distinta importancia y normación de los actos por los que se constituyen, modifican y extinguen las relaciones jurídicas obligatorias y aquellos otros que engendran disposiciones con efectos jurídicos reales, la reforma del artículo 1.413 del Código civil ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.412, que expresamente reconoce al marido el carácter de administrador de la sociedad de gananciales, con facultades, en nuestro caso, de cobro del precio; la accesoriedad del pacto comisorio al crédito del precio aplazado que garantiza, por lo que debe extinguirse aquél al cobrarse éste; el facilitar la armonía entre las declaraciones de los libros del Registro y la realidad jurídica extra-registral, y el evitar perjuicios al propietario de la finca gravada. Es más, la Resolución de 2 de noviembre de 1959, que antes no he alegado porque, aunque dictada después de la reforma del Reglamento, aplicaba el Derecho anterior, y sólo a mayor abundamiento citaba el párrafo último del artículo 178 recién introducido, habla, en general, de que el marido, al estar facultado para cobrar créditos gananciales, «podrá consentir válidamente la cancelación de los derechos reales de garantía que los aseguren».

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS,

Notario de Madrid.

LEGISLACION

Crónica legislativa

SUMARIO: *Ley sobre tarifas y sistematización del Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas*: 1. Su alcance y finalidad.—2. Tarifa, límite de la cuota, casos en que sólo se exigen los impuestos a cuenta y no computación de los rendimientos del Patrimonio Familiar.—3. Sistematización de los tipos de gravamen: reducción gradual de los Impuestos a Cuenta, retribuciones que se someten al Impuesto de Rendimientos del Trabajo Personal y reglas sobre los dividendos obtenidos en territorio nacional.—4. Desgravaciones de la base imponible correspondiente a rentas de trabajo personal, por esposa e hijos del contribuyente y por inversiones.—5. Gastos deducibles por primas o cuotas de seguros de vida.—6. Baja en la base liquidable del rendimiento del Patrimonio Familiar.—7. Deducción de las cuotas al Tesoro de los Impuestos a Cuentas.—8. Normas especiales para determinar la base imponible respecto a los rendimientos de propiedad intelectual, sobre regulación de signos externos y sobre formalidades de las declaraciones de los contribuyentes.—9. Normas de gestión tributaria.—10. Capital de las Sociedades de inversión mobiliaria.—11. Créditos para la difusión de la propiedad mobiliaria.—12. Personas obligadas a presentar declaración.—13. Ingresos computables de las distintas clases de renta.

I

El *Boletín Oficial del Estado* de 11 de abril de 1967 publicó la Ley 18/67, de 8 de abril, sobre sistematización y tarifas del Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas.

La Ley de Reforma Tributaria reguló dicho Impuesto, pero no fijó la Tarifa correspondiente, disponiendo que la misma debía ser aprobada mediante Ley votada en Cortes. En cumplimiento de tal disposición, se ha dictado la Ley que se comenta, y que no se limita a determinar los tipos de gravámenes, sino que regula otros extremos importantes relativos a la imposición directa, acomodándose a las realidades de la nueva concepción del Impuesto y facilitando su más exacto cumplimiento.

Dada la importancia de la Ley, intervino en la discusión de la misma en las Cortes el Ministro de Hacienda, y resulta inexcusable recoger, a los efectos de fijar el alcance y finalidad del texto legal, las más esenciales de las razones invocadas en defensa de la reforma.

La Ley constituye la última etapa de un proceso histórico, y en ella se acredita la capacidad contributiva en función de todas las rentas percibidas por los contribuyentes, permitiendo tener en cuenta sus condiciones personales. Las dos etapas anteriores de la imposición sobre la renta consistieron: la primera en una serie de impuestos del producto o de carácter real sobre las distintas clases de rentas que funcionaban con total autonomía unos de otros, y la segunda se produce cuando a los distintos impuestos del producto se superpone un impuesto complementario sobre la renta, solución intermedia que se inicia en 1932 y que supone ya un principio de personalización del Impuesto y permite la introducción limitada a la progresividad.

Mediante el mecanismo de las desgravaciones se establecen normas especiales respecto a las rentas de trabajo y se tienen en cuenta las obligaciones de carácter familiar que deba atender el contribuyente.

La desgravación en cuanto a las rentas de trabajo se funda en dos razones: la propia naturaleza de las mismas, ya que son inherentes al esfuerzo humano y cesan cuando éste concluye, y que requieren la amortización de las inversiones que fueron necesarias para alcanzar el grado preciso de aptitud para realizar un trabajo remunerador.

En la desgravación por atenciones familiares se aumentan sensiblemente las deducciones en favor de familias numerosas, a efectos del Impuesto sobre los Rendimientos del Trabajo Personal; se admite por primera vez en nuestra Patria una desgravación por la esposa del contribuyente; la desgravación por hijos operará sobre la renta total, mientras que antes de la deducción no afectaba a los impuestos de productos, permitiéndose, además, que no se pierda dicha deducción, aunque los hijos perciban rentas de trabajo, siempre que la cuantía no exceda del mínimo exento del Impuesto sobre los Rendimientos del Trabajo Personal y, por últi-

mo, se aumenta en un cien por cien la desgravación por aquellos hijos que padezcan determinadas incapacidades.

Otra característica esencial del Impuesto es la progresividad de la Tarifa, que responde a la preocupación por conseguir la equidad entre los contribuyentes situados en distintos niveles económicos y con el propósito de realizar una redistribución de las rentas.

La progresividad, tema polémico de la ciencia financiera, recibió en el siglo XIX el apoyo de las teorías marginalistas y constituye un medio para disminuir injustificadas desigualdades económicas.

La tarifa fijada refunde sustancialmente los tipos de los anteriores impuestos de producto y de la Contribución General sobre la Renta.

La Ley también establece un sistema de desgravaciones suficientemente generoso para aumentar la propensión al ahorro de los contribuyentes, ampliando la desgravación concedida en favor de la parte de la renta que se invierta en la forma prevista, conservando en el Impuesto General las desgravaciones reconocidas en los impuestos a cuenta, y admitiendo, como gasto deducible las primas o cuotas satisfechas por razón de contratos de seguros de vida.

II

La base liquidable del Impuesto será gravada a los tipos correspondientes a la siguiente escala: porción comprendida entre 0 y 100.000, 15 por 100; entre 100.000 y 200.000, 18,2 por 100; entre 200.000 y 300.000, 20,6 por 100; entre 300.000 y 400.000, 23 por 100; entre 400.000 y 500.000, 25,4 por 100; entre 500.000 y 600.000, 27,8 por 100; entre 700.000 y 800.000, 33,4 por 100; entre 800.000 y 900.000, 36,3 por 100; entre 900.000 y 1.000.000, 39,2 por 100; entre 1.000.000 y 1.100.000, 42,1 por 100; entre 1.100.000 y 1.300.000, 47,2 por 100; entre 1.300.000 y 1.600.000, 56,1 por 100, y más de 1.600.000, 61,4 por 100.

La cuota resultante por la aplicación de la escala anterior tendrá como límite máximo el 50 por 100 de la correspondiente base liquidable.

Cuando la base liquidable no excede de 200.000 pesetas no se exigirán más que los impuestos a cuenta a que por su origen estén sujetas las rentas. El límite anterior se elevará hasta 300.000 pesetas cuando las rentas del contribuyente, o juntamente con las de su cónyuge, procedan exclusivamente del trabajo personal. No se computarán a estos efectos los rendimientos de Patrimonio Familiar Nobiliario o Agrícola.

III

Durante un plazo de cinco años, contados a partir de 1 de enero de 1968, y en la medida que las necesidades presupuestarias del Estado lo permitan, el Gobierno, a propuesta del Ministro de Hacienda, y previo informe del Consejo de Economía Nacional, podrá reducir gradualmente los tipos de gravámenes de los Impuestos a cuenta, con objeto de homogeneizar dichos tributos.

A partir de 1 de enero de 1968 se exigirá el Impuesto sobre Rendimientos de Trabajo Personal sobre las retribuciones que perciban: primero, los suboficiales, clases de tropa y asimilados de los tres ejércitos que tengan reconocida igual consideración; segundo, los trabajadores manuales por cuenta ajena. El tipo de gravamen de 14 por 100 para estos contribuyentes se bonificará reduciéndose al 3 por 100 para 1968, al 6 por 100 para 1969 y al 9 por 100 para 1970 y 1971, hasta quedar unificado a partir de 1 de enero de 1972 con el que rija para todos los contribuyentes sujetos a dicho Impuesto. Para obtener la base imponible se deducirá de la misma la cifra de 100.000 pesetas anuales; esta cifra se referirá a los ingresos del año natural y, consecuentemente, será prorrateable por días, como mínimo, cuando los ingresos o rendimientos gravados correspondan a periodos de tiempo inferiores a un año, en la forma que se determine reglamentariamente.

También respecto al Impuesto sobre los Rendimientos del Trabajo Personal se autoriza al Gobierno para elevar el límite exento y las deducciones por razón de familia numerosa, actualmente en vigor, así como para establecer nuevas tarifas de Licencia Fiscal de Profesionales, todo ello ateniéndose a las cifras fijadas en la Ley.

En cuanto a los dividendos obtenidos en territorio nacional, se

fija la competencia de la Dirección General de Impuestos Directos; se exceptúa del Impuesto a las Sociedades o entidades jurídicas residentes en el extranjero que no realicen negocios en España por medio de establecimiento permanente y se determina quiénes tienen la condición de residentes en España como sujetos pasivos de los Impuestos sobre los Rendimientos del Trabajo Personal y sobre las Rentas de Capital.

IV

La base imponible que corresponda a rentas de trabajo personal se desgravará el 25 por 100 de la porción que no supere las 500.000 pesetas y, además, el 20 por 100 del exceso, con el límite máximo desgravable de 325.000 pesetas. Los contribuyentes sujetos a la obligación de contribuir tendrán derecho a dicha desgravación por las rentas de trabajo personal que hayan obtenido en territorio español.

Se desgravará la parte de la base liquidable que corresponde a las siguientes cantidades: primero, 40.000 pesetas por la esposa del contribuyente, salvo que medie sentencia de divorcio o separación judicial, no aplicándose esta desgravación a los contribuyentes cuya base liquidable excede de 1.000.000 de pesetas; segundo, 25.000 pesetas por cada hijo legítimo, legitimado, natural, reconocido o adoptado, elevándose esta cifra a 50.000 pesetas cuando el hijo sea invidente, gran mutilado o gran inválido, física o mentalmente, o subnormal, no computándose a dichos efectos los hijos mayores de veinticinco años, salvo los expresados invidentes, mutilados o subnormales; los hijos menores de veinticinco años y las hijas solteras que tengan por sí peculio con renta superior a 25.000 pesetas anuales o al mínimo exento del Impuesto sobre Rendimientos de Trabajo Personal, si se trata de rentas de trabajo, salvo en el caso de que la renta de dichos peculios haya sido computada en los ingresos del cabeza de familia; los hijos casados o religiosos profesos de uno y otro sexo. La desgravación por esposa e hijos no se aplicará cuando el contribuyente esté sujeto a la obligación real de contribuir de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley de Reforma Tributaria.

: Las expresadas desgravaciones se practicarán deduciendo de la cuota total la cifra que resulte de aplicar a la cantidad objeto de la desgravación el tipo medio de gravamen. Se entiende por tipo medio de gravamen el resultado de dividir la cuota total obtenida por la aplicación de la escala por la base liquidable.

: Se desgravará la parte de renta invertida durante el periodo de imposición que corresponda: primero, al desembolso por la suscripción de valores mobiliarios que expresamente acuerde el Ministerio de Hacienda, en armonía con las normas establecidas por el Gobierno; segundo, a la adquisición y suscripción de valores públicos o privados de renta fija o variable, con cotización calificada en cualquiera de las Bolsas oficiales de Comercio; tercero, a mejoras para aumento de la productividad en las explotaciones agrarias cuyos ingresos se hayan computado al contribuyente; cuarto, a dotación para el fondo de previsión para Inversiones y Reserva para Inversiones en el extranjero para llevar a cabo con comerciantes e industriales que sean personas físicas. La totalidad de las inversiones afectadas por dichas desgravaciones no podrán superar, en conjunto, el 25 por 100 de la base imponible determinada en función de los ingresos declarados. La cuantía de la desgravación se determinará aplicando el tanto por ciento que represente la renta invertida sobre la diferencia entre la cuota total y los impuestos a cuenta devengados. Las inversiones desgravadas en los impuestos a cuenta serán compatibles con las que la Ley regula.

V

: Constituirán gastos deducibles para los contribuyentes sujetos a la obligación personal de contribuir las primas o cuotas satisfechas por razón de contratos de seguros de vida celebrados con entidades legalmente establecidas en España, cuando el beneficiario sea el propio contratante, su cónyuge o descendientes legítimos.

VI

Será baja en la base imponible del Impuesto el rendimiento del Patrimonio Familiar.

VII

De la cuota obtenida por la aplicación de las normas que regulan el Impuesto se deducirán las cuotas del Tesoro de los impuestos a cuenta, devengadas en el periodo de la imposición. Se exceptúan las correspondientes a ingresos que hubieren sido baja en la base imponible. A los efectos de esta deducción, el Ministro de Hacienda regulará la distribución en las cuotas del Tesoro de la Contribución Territorial, Rústica y Pecuaria, en los casos de fincas arrendadas o en aparcería.

VIII

Los Jurados Tributarios serán competentes para estimar, dentro de un periodo de cinco años las bases procedentes de rendimientos de la propiedad intelectual cuando el dominio de las obras pertenezca a sus autores, si se aprecia irregularidad temporal en la obtención de dichos rendimientos. Esta norma se aplicará a los solos efectos del Impuesto y, en todo caso, a instancia de los interesados.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Reforma Tributaria, se imputarán como signos externos de la renta gastada a la persona natural que los use o disfrute de manera habitual las embarcaciones y caballerías de lujo, los automóviles de potencia fiscal superior a ocho caballos, las aeronaves, las viviendas y los cotos de caza y pesca deportiva que pertenezcan a Sociedades, entidades o personas físicas interpuestas. La misma imputación se realizará de los automóviles con potencia fiscal inferior a nueve caballos cuando sean utilizados o disfrutados de manera habitual por quienes no tengan relación personal y directa de trabajo o administra-

ción con las Sociedades o entidades a que pertenezcan aquéllos. De la misma forma se procederá cuando dichas Sociedades o entidades sean titulares de derechos que confieren el uso de los bienes citados o éstos figuren a nombre de aquéllas en Registros fiscales o en otros de carácter público. Todas las Sociedades y entidades estarán obligadas a presentar declaración en la forma que determine el Ministro de Hacienda, de las personas naturales que usen bienes o disfruten servicios calificados como signos externos. Se computará como alquiler de inmuebles de esparcimiento y recreo o de viviendas, a los efectos del Impuesto, la cantidad total que satisfaga el arrendatario o inquilino por utilización de aquéllos, incluidos el mobiliario y demás servicios. El Decreto de 29 de diciembre de 1967, publicado en el *Boletín del Estado* del siguiente día, 30, dicta normas sobre valoración y aplicación de los signos externos.

La Administración no podrá admitir las declaraciones tributarias en las que se omita el número del Documento Nacional de Identidad que exijan los modelos reglamentarios. Constituirá simple infracción la reiterada omisión o consignación inexacta de Documento Nacional de Identidad en dichas declaraciones. Estas infracciones se individualizarán por cada anotación u omisión y serán responsables solidarios de ellas con las personas titulares del Documento, sus representantes voluntarios o legales que actúen en su nombre ante la Administración o el sustituto de contribuyente; pero cuando se pruebe que la infracción no es imputable a alguna de dichas personas quedará exenta de responsabilidad. Si las personas naturales fueran menores o incapacitadas legalmente, serán únicos responsables sus representantes o administradores legales.

IX

Cuando los sujetos pasivos de este impuesto impugnen la declaración de competencia de los Jurados Tributarios, la Administración practicará de oficio liquidaciones cautelares con arreglo a las siguientes normas: primera, la base imponible será la declarada o aceptada por el interesado, más el 10 por 100 de la diferencia entre la base resultante de la propuesta por la Inspección

y la cifra anterior; segunda, cuando no existe base declarada ni aceptada se tomará el 50 por 100 de la base total propuesta por la Inspección de Hacienda.

Los Jurados Tributarios serán competentes para resolver las controversias que se susciten entre la Administración y los contribuyentes respecto a la imputación a personas físicas de signos externos que como resultado de las presunciones establecidas sean procedentes.

X

A partir de la entrada en vigor de la Ley, las Sociedades de inversión mobiliaria que pretendan acogerse a los beneficios de la Ley de 26 de diciembre de 1958 deberán tener un capital desembolsado no inferior a doscientos millones de pesetas.

XI

Los créditos para difusión de la propiedad mobiliaria podrán facilitarse también a las personas que estén obligadas directamente a presentar declaración por contribución general sobre la Renta o Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas, si destinan su importe a la adquisición, individual o colectiva, de valores, siempre que sus bases liquidables en el Impuesto General no sean superiores a 250.000 pesetas.

La concesión de estos créditos se realizará en las condiciones y con las formalidades que el Ministerio de Hacienda determine.

XII

Estarán obligadas a presentar declaración sobre el Impuesto: primero, las personas cuya base liquidable determinada por ingresos sujetos a los impuestos exceda de 200.000 o de 300.000 pesetas, si se trata exclusivamente de rentas de trabajo personal; segundo, las personas que posean o utilicen alguno de los signos externos determinados en la Ley de Reforma Tributaria, con las caracte-

risticas que se establezcan reglamentariamente, si bien la posesión de un automóvil de potencia fiscal inferior a nueve caballos no determinará por sí misma la obligación de declarar; tercero, las personas a quienes individualmente se requiera para hacerlo por los órganos de la Administración.

Sin perjuicio de lo anteriormente dispuesto, el Ministro de Hacienda, con carácter general, podrá extender la excepción de presentar declaraciones a las personas cuya base liquidable sea superior a la antes citada, siempre que reúnan los requisitos que se señalen.

XIII

Los ingresos computables de las distintas clases de renta se estimarán por un importe igual al que haya prevalecido como base imponible en los siguientes impuestos a cuenta: Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, Contribución Territorial Urbana, Impuesto de los Rendimientos de Trabajo Personal, Impuesto sobre las Rentas de Capital e Impuesto sobre las Actividades y Beneficios Comerciales e Industriales.

FRANCISCO DE COSSÍO Y CORRAL.

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

CALIFICACIÓN REGISTRAL.—LOS DEFECTOS DE QUE ADOLEZCA EL TÍTULO DEBEN HACERSE CONSTAR EN FORMA CLARA Y PRECISA (ART. 106 REGLAMENTO HIPOTECARIO), ASÍ COMO EL PRECEPTIVO INFORME EN EL RECURSO.

SUBSANACIÓN POR PROVIDENCIA DEL AUTO CALIFICADO.—ES FACTIBLE AL NO IMPLICAR ADOPCIÓN DE ACUERDOS DE FONDO QUE VARIARÁN EL MANDATO JUDICIAL ANTERIOR, SINO ÚNICAMENTE COMPLEMENTAR EL MISMO.

TRATÁNDOSE DE UN PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO, EN EL QUE SE ADJUDICAN LAS FINCAS AL ACTOR, ES INSCRIBIBLE EL TESTIMONIO DEL AUTO DE ADJUDICACIÓN LIBRADO POR EL SECRETARIO JUDICIAL (ARTÍCULO 224 R. H.).

PRELACIÓN DE CRÉDITOS Y CONSIGUIENTE CANCELACIÓN.—NO PROCEDE RESOLVER, POR SER MATERIA PLANTEADA EN OTRO RECURSO; PERO ELLO NO SUPONE OBSTÁCULO PARA LA INSCRIPCIÓN DE DOMINIO DE LAS FINCAS ADJUDICADAS.

Resolución de 23 de septiembre de 1967 («B. O.» de 23 de octubre de igual año).

Por escritura pública autorizada por el Notario de La Orotava, don Vicente Leís Vidal el 26 de julio de 1962, don A. G. L., casado con doña

M. P. y P., concertó con doña M. G. A., de estado viuda, un préstamo de 650.000 pesetas, que fue luego garantizado con hipoteca sobre varias fincas de la deudora, fijándose para costas y gastos la cantidad de 130.000 pesetas más. Al no haber sido reintegrado en su momento, el acreedor presentó en el año 1963 ante el Juez de Primera Instancia de Icod demanda ejecutiva por el total importe señalado; tramitado el apremio, se aportó al procedimiento certificación registral de cargas de las fincas afectadas, entre las que figuraban la hipoteca del acreedor y la anotación preventiva del embargo derivado del juicio ejecutivo, y, señalado día para la celebración de la subasta, no hubo postor, por lo que el acreedor ejecutante solicitó la adjudicación de todas las fincas subastadas por las dos terceras partes del avalúo, o sea, 250.000 pesetas en total. De conformidad con lo establecido en los artículos 1.504 y 1.519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (modificado por la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria) y 175 y 233 del Reglamento Hipotecario, se dictó el 20 de marzo de 1965 auto de adjudicación de las fincas objeto del procedimiento al actor del mismo, don A. G. L., por la cantidad global de 520.000 pesetas, inferior al valor adeudado, en el que se indicaban las cargas, que por ser posteriores al crédito ejecutado habrían de ser canceladas, sin que se hiciera liquidación de aquellas a que se refiere el artículo 1.511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no existir ninguna; en el auto se ordenó se librase mandamiento cancelatorio al Registrador de la Propiedad, en el que se harían constar las circunstancias prevenidas en el artículo 233 del Reglamento Hipotecario y expresarse que el importe de la adjudicación no bastó a cubrir el crédito del acreedor, y que las cargas no canceladas continuaban subsistentes, quedando, en consecuencia, subrogado el actor en la responsabilidad de las mismas; y una vez firme el auto se expidió el 29 de marzo de 1965 testimonio en que constaban los indicados antecedentes para que sirviera de título de adjudicación.

Presentado en el Registro el anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente mandamiento por los siguientes defectos: a), no constar ser firme el auto de 20 de marzo de 1965, origen del mismo; b), ejercitándose una acción ejecutiva para el cobro de un crédito hipotecario, acción real—no personal—, no consta la fecha de la escritura de hipoteca y su inscripción, origen del procedimiento; c), no se dice la clase de procedimiento ejecutivo entablado, si es el de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, etc., importante para determinar si se han seguido formalmente los trámites legales adecuados, y cuál sea la clase de título apto para producir los asientos en el Registro de la Propiedad, aunque parezca deducirse a través del auto que el empleado es el primero; d), siendo necesario para realizar la calificación registral que consten las líneas generales del procedimiento, aparte de los defectos antes señalados, no constan las diligencias sobre notificaciones y citaciones a los acreedores posteriores ni dónde ni cuándo se efectuaron, y que son garantía de su derecho a intervenir en el proceso, y tampoco constan la forma, lugar y fecha de la subasta; e), no consta la fecha ni la firmeza de la sentencia de remate; f), conforme a la única certificación del Registro de la Propiedad que se transcribe, hay que determinar cuáles son los créditos preferentes a la hipoteca—no al crédito—del actor, y éstos son los de don F. G. C., don J. V. G. G. y don M. S. G., dado que las anotaciones preventivas de embargo de ellos son anteriores a la fecha de constitución y nacimiento de la hipoteca de don A. G. L., antes de la cual no tiene existencia

legal, en ejercicio de cuya acción real, en el procedimiento ejecutivo ha llegado el acreedor a la adjudicación de las fincas de la común deudora y, por tanto, única preferencia que a efectos registrales hay que tener en cuenta, sin que pueda ser admitida la establecida sin justificación en el auto, calificado a base de argumentación derivada del crédito personal y no de la hipoteca, que fue la que ejercitó en el juicio ejecutivo; g), que no se expresa ni se justifica con el considerando oportuno, no obstante parecer ser el procedimiento ejercitado el de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no sea necesario otorgar escritura de venta y sea bastante el auto de adjudicación para producir los asientos en el Registro. Todos los defectos son subsanables, sin haberse tomado anotación de suspensión por tales, ya que no se solicitó.—Granadilla de Abona, 11 de junio de 1965». A su vista, el interesado solicitó del Juzgado de Icod, y éste acordó por providencia de 15 de junio de 1965, la expedición de un testimonio, que fue librado el 21 de dichos mes y año, en el que constasen los antecedentes precisos. En este testimonio se decía:

A) Que el procedimiento en el cual se dictó auto de adjudicación, de fecha 20 de marzo de 1965, auto cuyo número es 96 del año 1963, fue el de juicio ejecutivo ordinario, regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones concordantes y modificativas, y que la sentencia de remate fue dictada con fecha 16 de diciembre de 1963, sentencia que quedó firme por no haberse interpuesto contra la misma recurso alguno.

B) Que de la certificación librada por el señor Registrador de la Propiedad de Granadilla, con fecha 16 de marzo de 1964, cuyo contenido es el que consta en el resultando segundo del auto de adjudicación de 20 de marzo del año actual, aparece que los bienes embargados no se hallaban gravados con posteriores hipotecas no canceladas, y, por tanto, al no existir tales acreedores, no se practicó notificación alguna, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

C) Que la primera y única subasta fue la celebrada ante este Juzgado de Icod el día 11 de junio de 1964, previa la publicación con la antelación legal de los edictos anunciadores en el *Boletín Oficial de la Provincia* número 57 del año 1964, correspondiente al día 11 de mayo de 1964, el lugar donde se hallan situadas las fincas y donde y la forma que determina el artículo 1.495 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

D) Que la fecha de la escritura pública por la cual se concertó el préstamo objeto de la acción ejecutiva ordinaria ejercitada en los autos es de 26 de julio de 1962, otorgada en la villa de Orotava ante el Notario don Vicente Leis Vidal, bajo el número 783 de su protocolo, y por cuya escritura y como pacto accesorio, se constituyó hipoteca para garantizar el pago de tal préstamo, sus intereses y demás responsabilidades; inscrita en el Registro de la Propiedad de Granadilla, con fecha 27 de noviembre de 1962, hipoteca cuya inscripción consta en la certificación de cargas librada por el señor Registrador de la Propiedad de Granadilla y copiada literalmente en el auto de adjudicación, de fecha 20 de marzo de 1965.

E) Que el mencionado auto de 20 de marzo de 1965 es firme por imperativo legal al no haberse interpuesto contra el mismo recurso alguno.

F) Que en el mencionado auto de 20 de marzo de 1965 se invocaron los artículos pertinentes como fundamento y efectos de dicho auto de adjudica-

ción, y entre ellos el artículo 233 del vigente Reglamento de la Ley Hipotecaria.

G) Que la acción que se ejercitó fue la ordinaria del juicio ejecutivo que regula el artículo 1.429 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para cobro de la deuda principal de préstamo y accesorias que resultan del título ejecutivo de la escritura pública ya referenciada de 26 de julio de 1962».

Presentado en el Registro este testimonio, con solicitud de inscripción de fecha 7 de julio de 1965, recayó en el mismo la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente mandamiento y sus complementarios por los defectos: a), no haberse subsanado la totalidad de los señalados en la nota de calificación, de fecha 11 de junio último; b), no ser adecuada la resolución judicial dictada (providencia) para completar y modificar el auto de adjudicación, siendo además improcedentes e incorrectas las alegaciones contenidas en la misma. Tomada anotación de suspensión por tales defectos y conforme se interesa en escrito complementario del adjudicatario en los tomos, libros, folios, números y letras, conforme resulta de los cajetines que anteceden y por plazo de sesenta días.—Granadilla, 7 de octubre de 1965».

Interpuesto recurso, en el que informó el Juez que intervino en el procedimiento, la Dirección confirma el Auto del Presidente de la Audiencia, revocatorio de la nota del Registrador, en méritos de la doctrina siguiente:

Que en el presente caso se observa que la nota extendida por el funcionario calificador en la providencia aclaratoria adolece de vaguedad al no señalar concretamente los defectos que observa en el título y limitarse a expresar que «no se ha subsanado la totalidad de los señalados en la nota de 11 de junio último», omitiendo así el cumpliendo de lo establecido en el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, que exige se hagan constar los defectos en forma clara y precisa, e idéntica vaguedad se produce en el preceptivo informe, del que parece deducirse que la mayor parte de los defectos estarían subsanados si no fuese porque se contienen en una providencia a la que no se considera medio idóneo o adecuado.

Que ha de reputarse idóneo el procedimiento seguido en la subsanación de defectos mediante providencia cuando, como en el presente supuesto, los datos omitidos obraban en autos, sin que implicara la adopción de acuerdos de fondo que variaran el mandato judicial contenido en el título, sino únicamente complementar el mismo, a tenor de la exigencia contenida en la nota de calificación registral, para permitir la práctica de los asientos ordenados y, en consecuencia, de acuerdo con el informe del Registrador, habrá que considerar como aclarados y subsanados los comprendidos en las letras a) a la e), ambas inclusive.

Que en cuanto al defecto señalado bajo la letra g), claramente el artículo 224 del Reglamento Hipotecario establece que si se trata de un procedimiento ejecutivo ordinario—que es el seguido por el actor, conforme resulta de la lectura del auto dictado—y se adjudican al acreedor la finca o fincas hipotecadas, será inscribible el testimonio del auto de adjudicación librado por el Secretario judicial, sin que sea necesario otorgar escritura pública de

venta, que sólo deberá hacerse en los restantes casos que el propio artículo 224 contempla.

Por último, que el defecto *f)*, que es el central y primordial de todos los señalados—prelación o no de otros créditos y su consiguiente cancelación—, deberá ser resuelto en el segundo recurso planteado por el mismo interesado, ya que en éste se ha limitado a solicitar la inscripción de dominio en el Registro de la Propiedad de las fincas adjudicadas, y para ello no supone ningún obstáculo la existencia de las cargas que sobre las mismas pesen.

REGISTRO MERCANTIL.—ESCRITURA DE PRÓRROGA DE SOCIEDAD ANÓNIMA.

ES INSCRIBIBLE LA AUTORIZADA ANTES DEL VENCIMIENTO DE PLAZO QUE DEBÍA OBRAR COMO CAUSA DE EXTINCIÓN, AUNQUE PRESENTADA EN EL REGISTRO CON POSTERIORIDAD A LA FECHA DE SU VENCIMIENTO.

Resolución de 17 de octubre de 1967 («B. O.» de 30 de igual mes y año).

Por escritura autorizada en Madrid, el 14 de diciembre de 1943, se constituyó la Sociedad Anónima «Crédito Popular Santa Lucía», la duración de la cual se fijó en veinte años, a partir de 1 de enero de 1944, fecha de comienzo de sus operaciones, y por otra escritura autorizada el 25 de octubre de 1963, el Presidente de la indicada Sociedad, en ejecución de acuerdos unánimemente adoptados por la Junta general de accionistas, con asistencia de la totalidad del capital social, en reunión celebrada el 20 de septiembre del mismo año, declaró prorrogado indefinidamente el plazo de duración de la Compañía a partir del citado día 1 de enero de 1964 y refundió los Estatutos por los que habría de regirse la Sociedad en lo sucesivo.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento, que comprende la prórroga por tiempo indefinido del plazo de duración de la Sociedad «Crédito Popular Santa Lucía, S. A.», por el defecto insubsanable de haber sido presentada la escritura en este Registro después de vencido el plazo estatutario de duración de la Sociedad, la que, por tanto, ha quedado disuelta de derecho, conforme a lo que preceptúan los artículos 150 y 152 de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, y el 141 del Reglamento del Registro Mercantil.—No se ha solicitado ni procede tomar anotación preventiva.»

Interpuesto recurso por don Florencio Porpeta Clérigo, Notario autorizante de las dos escrituras relacionadas, la Dirección revoca la nota del Registrador mediante la doctrina siguiente:

Que la cuestión a resolver en este recurso consiste en si es inscribible una escritura de prórroga de una Sociedad Anónima, autorizada antes del vencimiento del plazo que debía obrar como causa de extinción, y que fue pre-

sentada en el Registro Mercantil con posterioridad a dicha fecha de vencimiento.

Que el cumplimiento del término fijado en los Estatutos constituye una causa de disolución de la Sociedad, que deriva de una situación prevista en el acto fundacional que el mismo Registro Mercantil publica y, por tanto, es oponible a terceros, aun sin necesidad de una nueva inscripción; mas como quiera que es una causa basada exclusivamente en la voluntad de los socios, puede ser eliminada cuando éstos—con las formalidades requeridas—decidan la subsistencia de la Compañía, situación que puede producirse en diversos momentos y que pueden resumirse así:

a) Que el acuerdo de la Junta, la escritura pública de prórroga y la inscripción en el Registro Mercantil se realicen antes del vencimiento del plazo, en cuyo caso no puede, desde luego, haber cuestión alguna acerca de la prórroga y subsistencia de la Sociedad.

b) Que tanto la mencionada escritura como la inscripción sean posteriores al día fatal del vencimiento de la Sociedad, problema tratado ya en relación con una posible reactivación del ente social extinguido y en el que este Centro, en base a la literal redacción del artículo 152 de la Ley de Sociedades Anónimas, y a no hallar solución técnica satisfactoria ordenadora de la realidad de los hechos cuando éstos, sin disfrazar posibles fraudes fiscales o de otra índole, merecieran protección, se ha mostrado, en general, contrario a tal posibilidad, según las Resoluciones de 6 de junio de 1952 y 18 de enero de 1958.

c) Que la escritura se otorgue antes del vencimiento del plazo, pero la inscripción en el Registro se pretenda practicar después, en cuyo supuesto, tratándose de Sociedades de Responsabilidad Limitada, las Resoluciones de 4 y 19 de octubre de 1965 admiten la validez e inscribibilidad de tal prórroga.

Que en el presente caso, al cubrir la fe notarial—otorgamiento de la escritura dos meses antes del vencimiento—el acuerdo de prórroga, queda patente la voluntad de los socios de que la Sociedad perdure y continúe desarrollando su actividad, por lo que si al pretenderse la inscripción del acuerdo una vez transcurrido ahora el plazo estatutario, se aplicará, con excesivo celo y rigor, la letra del artículo 152 de la Ley, apoyándose en el desacreditado e injusto brocardo *in claris non fit interpretatio*, de una parte se anularía el acuerdo de los socios, contrario a la disolución de la Sociedad, y de otra se impondría ésta de pleno derecho y a todos los efectos, produciéndose, pues, sin presumible ventaja para nadie y contradiciendo la realidad, una situación anómala entre lo querido por los interesados, que actuaron lícitamente en su momento oportuno, y una tajante consecuencia legalista, que obligaría a la liquidación y a la correspondiente cancelación registral.

Que en toda aplicación ponderada de la norma no ha de olvidarse el relieve que, además del elemento gramatical, con frecuencia en los textos desatendido y desacertado—insuficiente por sí solo para alcanzar el verdadero sentido de la norma—adquiere el elemento lógico, siempre inducible, el cual, debidamente apreciado y junto con los demás criterios interpretativos, puede llegar a extender la aplicación del principio más allá de los términos aparentemente fijados en la Ley, o bien restringir rigurosamente su contenido, sin llegar nunca a una interpretación abrogante, que conduciría a excluir la aplicación del precepto al caso concreto contemplado, por lo que se debe extremar el cuidado y tratar de ver, cuando tantas otras ventajas prácticas lo abonan, y ningún riesgo de indefensión lo contradice, si puede cohones-

tarse la voluntad social de prórroga con el contenido del artículo 152, para lo cual procede examinar los efectos que produce el acuerdo de la prórroga en relación con la propia Sociedad, con los accionistas individualmente considerados y, por último, con los terceros y acreedores.

Que en cuanto a la propia Sociedad, es indudable, como se ha dicho, su derecho a decidir la continuación de la vida social, mediante la modificación de sus Estatutos y con sujeción al principio mayoritario—en este caso reforzado—y demás formalidades legales, todo ello en base a que durante la vida de la Sociedad, en caso de conflicto entre el interés colectivo—prórroga—y el individual—derecho a la cuota de liquidación en caso de no acordarse la prórroga—, la Ley opta por el primero, y somete a aquél a todos los accionistas que ya participan en la formación de la voluntad social con su derecho de voto, conforme a lo cual cabría pensar que al disidente pudiera corresponderle un derecho de separación, como el que la Ley le confiere en ciertos casos—así en el artículo 85 o el 135 y el 144—, pero que en este supuesto ni la Ley ni la jurisprudencia—así la sentencia de 5 de octubre de 1956—les reconocen.

Que adoptando el acuerdo de prórroga dentro del tiempo hábil y por unanimidad, no puede suponer un obstáculo a la misma el derecho individual de los accionistas a la cuota de liquidación que tendrían en caso de no haberse prorrogado, ya que tal derecho no puede concebirse más que como una limitación de los poderes de la Sociedad, y facultada la Junta para llevar a cabo la prórroga, sería excesiva la tutela de aquel derecho al encontrarse con una clara voluntad social contraria a éste, cuestión que sería diferente—lo que aquí no ocurre—si el acuerdo se adoptase una vez transcurrido el término de duración de la sociedad, porque entonces, al hallarse la Sociedad en fase de liquidación, la Junta no tendría más facultades que las señaladas en los artículos 154 y 159 de la Ley, y sólo podría disponer de los bienes sociales a los fines de la liquidación, más no dar un destino particular a la cuota del socio sin su consentimiento.

Que al no haberse inscrito la escritura de prórroga antes del transcurso del término, se produce, es cierto, la anormal situación de que, siendo válido el acuerdo y obligatorio para la Sociedad y accionistas, por la publicidad del Registro Mercantil, aquélla aparece, virtualmente al menos, disuelta frente a terceros y acreedores, y de conformidad con los términos literales del artículo 152 de la Ley, debería entrar en fase de liquidación y, con arreglo al artículo 159, cesar la representación de los Administradores para nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones, bajo la sanción de la consiguiente responsabilidad, situación que recuerda y reproduce, sólo hasta cierto punto, la que existe en el momento fundacional entre la constitución de la Sociedad por escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil, problemática que trata de resolver el artículo 7.º de la Ley, y aunque, y ello es obvio, no quepa la aplicación analógica de este precepto, en tanto dure esta situación transitoria y la escritura se inscriba, cabrá aplicar siempre—conforme declaró la citada Resolución de 4 de octubre de 1965—el artículo 24 del Código de Comercio, de manera que de lo no inscrito no resulte perjuicio para tercero, quien podrá, sin embargo, invocarlo en lo favorable, con lo que la situación de terceras personas, especialmente de los posibles acreedores sociales, es evidentemente, más favorable que si se hubiere producido una forzosa liquidación de la Sociedad, por nadie deseada.

A mayor abundamiento—y son circunstancias de hecho muy dignas de ser

tenidas en cuenta porque, en definitiva, forzoso es reconocerlo, vienen a acusar imperfecciones del sistema, cuyas consecuencias, aunque sólo fuera en beneficio del mismo, no deben ser más agravadas—, que si bien los Administradores pudieron haber hecho uso del derecho que confiere el artículo 33 del Reglamento del Registro Mercantil, de retirar el título una vez extendido el asiento de presentación, a fin de verificar el pago del Impuesto, como quiera que el acuerdo se adoptó con bastante anterioridad a la fecha del vencimiento del plazo, era lógico suponer que se procedería por la Oficina Liquidadora a su liquidación antes de ese día, lo que no ocurrió.

Después de lo decidido por nuestro Ilustre Centro en sus Resoluciones de 4 y 19 de octubre de 1965, aunque referente a Sociedades de Responsabilidad Limitada, y con la cautela o salvedad que lo declarado «no prejuzgaba la cuestión en cuanto a otra clase de Sociedades», no nos ha sorprendido lo que proclama la presente. Es más, lo esperábamos.

La invocación para aquéllas del artículo 24 del Código de Comercio, ¿por qué no había de ser válida también para la presente, o sea, al tratarse de una Anónima?

Claro que había que ¿orillar, interpretar? el valladar (para un Registrador insalvable) del artículo 152 de la Ley fundamental.

Pero acaso, como indica el Considerando cuarto, «sea con frecuencia desatendido en los textos (legales) el verdadero sentido de la norma» y su interpretación literal haga chocar el elemento gramatical con el lógico, conduciendo, llevados del primero, a conclusiones no razonables (esto lo añadimos nosotros).

Se dan por vistas las Resoluciones de 6 de junio de 1952 y 18 de enero de 1958, y aunque en ambas se trata de escrituras de prórroga otorgadas después del *día fatal del vencimiento de la Sociedad* (son palabras de nuestro Centro), se pasa por alto que en la última bien claro expresó el mismo que «si los socios no tuvieron cuidado de *prorrogar e inscribir en tiempo* esta prórroga, la disolución era una consecuencia que se podía prever y que de antemano y en principio constaba publicada» (segundo Considerando). Expresión que repite el tercero, al decir que «surge, como obligada consecuencia, la necesidad de *acuerdo e inscripción en tiempo hábil* de toda prórroga que venga a modificar la publicidad anterior».

Pero indudablemente la flexibilidad de que hace gala nuestra Superioridad es notable, con la alusión al injusto y desacreditado

brocardo *in claris non fit interpretatio* (1), siquiera echamos de menos que hubiese también refutado aquel viejo apotegma *dura lex sed lex*, por más que ello se deduzca de la conjugación que hace de los diversos elementos interpretativos.

Ahora bien, ¿quedarán convecidos los Registradores mercantiles? Para el que de éstos no lo conozca recomendamos la lectura del trabajo del Notario de Madrid (y Registrador de la Propiedad también) don Enrique Giménez Arnáu: *Alcance de la calificación del Registrador Mercantil*, especialmente su parte primera, «Exordio un poco divagante», y aún más concretamente sus párrafos cuarto, quinto, octavo y noveno (*Revista de Derecho Privado*, número de octubre de 1967).

Por lo demás, nos remitimos a nuestras notas a las citadas Resoluciones, sin olvidar la que no ha tenido en cuenta en sus Vistos nuestro respetado Organismo Rector, o sea, la de 21 de marzo de 1947.

REGISTRO MERCANTIL.—CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.—SU REUNIÓN CON VALIDEZ PARA TOMAR ACUERDOS.—INTERPRETACIÓN DEL INCISO PRIMERO DEL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 78 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

Resolución de 19 de octubre de 1967 («B. O.» de 4 de noviembre de igual año).

Por escritura otorgada el 30 de marzo de 1965 se constituyó la Sociedad Anónima «Nieri, S. A.», estableciéndose en el artículo 21, dedicado a las reuniones del Consejo de Administración, en su párrafo tercero, que «en un libro especial se llevarán las actas de la reuniones del Consejo, entendiéndose que éste se reúne con validez para tomar acuerdos siempre que asistan o estén representados la mayoría absoluta de los Consejeros, debiendo ir tales actas firmadas por el Presidente y Secretario».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del

(1) El elemento gramatical presupone siempre la interpretación, pues el afirmar que una cláusula es clara, ello implica ya una valoración de las palabras y de la congruencia que guardan con la voluntad, por lo que es falso el axioma *in claris non fit interpretatio*.

Sentencia de 27 de octubre de 1966 (en «Anuario de Derecho Civil», tomo XX, fascículo III, colaboración de GABRIEL GARCÍA CANTERO).

documento que antecede..., por cuanto el tercer párrafo del artículo 21 de la Sociedad fundada, que dice: «En un libro especial se llevarán las actas de las reuniones del Consejo, entendiéndose que éste se reúne con validez para tomar acuerdos siempre que asistan o estén representados la mayoría absoluta de los Consejeros...», infringe el primer párrafo del artículo 78 de la Ley de 17 de julio de 1951, sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, que ordena que para la válida constitución del Consejo de Administración han de concurrir, presentes a representados, la mitad más uno de sus componentes.

No se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado.»

Interpuesto recurso por don Pedro Sols García, Notario autorizante de la escritura, la Dirección revoca la nota del Registrador mediante la doctrina siguiente:

Que el único problema planteado consiste en si la expresión utilizada en la escritura para fijar el *quórum* de asistencia en las reuniones del Consejo de que «asistan o estén representados la mayoría absoluta de los Consejeros» equivale a la que emplea el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas en el primer inciso de su párrafo primero, cuando dice que para dicho *quórum* en la constitución del Consejo «han de concurrir, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes» o, por el contrario, infringe este precepto, como sostiene el Registrador.

Que la Ley de Sociedades Anónimas, en su artículo 78, ha pretendido, sin duda, que el número de Consejeros presentes sea superior al de ausentes, lo que se logra siempre con la asistencia de la mayoría absoluta de sus miembros, que coincide con la mitad más uno de éstos cuando el número de Consejeros es par, pero que difiere de dicha mitad más uno cuando su número es impar, ya que en este caso la aplicación literal de la expresión de la Ley nos daría una cifra decimal inaplicable a las personas físicas y que debería ser redondeada, bien por defecto—con lo que coincidiría con la mayoría osabluta—, bien por exceso—con lo que el número de Consejeros presentes excedería en tres unidades del de ausentes—, por lo que la minoría, en forma negligente o maliciosa podría impedir la válida constitución del Consejo, resultado claramente contrario a los principios dominantes en la Sociedad Anónima y evidentemente no deseado por el legislador.

Para el Registrador, el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, al expresar que para la válida constitución del Consejo «han de concurrir, presentes o representados, la mitad más uno de los componentes», establece una norma de derecho constitucional que no permite la admisión de la frase «la mayoría absoluta»; y como el mismo artículo dice a continuación, al referirse a los acuerdos, que se adoptarán por la «mayoría absoluta de los Consejeros concurrentes a la sesión», es claro que se establece un criterio distinto al anterior, por lo que se deduce que cuando el legislador

ha sentado terminantemente dos criterios distintos hay que observarlos rigurosamente.

Para el Notario, la interpretación de que mayoría absoluta y mitad más uno sean cosas distintas llevaría a consecuencias absurdas cuando se opera sobre un número impar, como se aprecia si se entiende que la mayoría absoluta de cinco son tres y la mitad más uno cuatro, en cuyo caso basta con que una minoría se quede siempre en casa para que haga imposible al resto tomar acuerdos válidos. Añadiendo que este criterio de considerar equivalentes mayoría absoluta y mitad más uno ha sido sancionado tanto por el legislador—artículo 226, Reglamento 17 mayo 1952 sobre Corporaciones Locales—como por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de marzo de 1960 (la mayoría—dice ésta—siempre implica, por lo menos, la mitad más uno de los votantes; puede verse en página 168, apartado B), *Revista de Derecho Privado*, año 1961).

La Dirección, soslayando la interpretación literal de la Ley, acoge con flexibilidad, a nuestro juicio razonable, los argumentos del Notario impugnante, a los que añade los que pueden leerse en el segundo de los transcritos Considerandos.

G. C. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

FOR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI.

DERECHOS REALES Y OBLIGACIONES

SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1967.—*Congruencia. Acción rescisoria por lesión «ultra dimidium»: Nace en el momento de perfección del contrato. Perfección del contrato de opción.*

Se pactó un arrendamiento con derecho de opción a compra. Se intentó ejercitar ésta. El demandado se opuso alegando estar caducado el plazo concedido para ello. Además, reconvino alegando que, dada la revalorización del terreno, si se ejerciese la opción en el precio convenido, existiría, una lesión para el vendedor de más de la mitad del justo valor de los bienes, por lo que el demandante debía elegir entre el pago del precio que resulte justo o la rescisión de la opción.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, por la que, estimando en parte la demanda formulada por don G. F. contra don A. X., declaró el derecho que asiste al señor F. a obligar a cumplir al señor X. lo convenido en el pacto 6.º del documento privado por ambos, suscrito el día 1 de abril de 1954, y en su consecuencia condenó al señor X. a otorgar escritura pública de segregación, venta y continuación de servidumbre, respecto a los elementos de la finca descritos en el primer Considerando de su resolución y tal como se hallan en la actualidad, después de la expropiación forzosa realizada sobre parte de dicha finca y por el precio que se dirá. Y estimando, asimismo, la reconvencción, declaró que el precio fijado para la descrita compraventa de 450.000 pesetas, es lesivo para el vendedor en más de la mitad del justo precio que se estima en 1.281.000 pesetas, condenando en su consecuencia al demandado reconvenido, señor F., bien a satisfacer el justo precio señalado, bien a desistir de consumir la compraventa preparada, en el repetido documento de 1 de abril de 1954, sin expresa condena en costas.

La Audiencia confirmó este fallo.

El Tribunal Supremo no accedió a la Casación, en méritos de las siguientes razones:

Considerando: Que es cierto que, según el artículo 359, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las sentencias deben ser congruentes con las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito; pero también es doctrina jurisprudencial que la congruencia no supone que el juzgador haya de atenerse literalmente a las palabras que expresan los pedimentos de las partes, sino que ha de ponerlas en conexión con los antecedentes de hecho y los razonamientos jurídicos que éstas expongan en el cuerpo de sus escritos, por lo que, habiéndose ajustado el Tribunal *a quo* a esta conocida doctrina, al determinar el recto sentido y verdadero alcance de la pretensión reconvenicional formulada por el recurrido al contestar la demanda, acogida en el fallo precisamente con ese sentido y alcance, procede rechazar el motivo 1.º

Considerando: Que la acción rescisoria de la compraventa por lesión *ultra dimidium*, prevista en el libro IV, título I, capítulo II, de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, nace en el momento de perfección del contrato, no necesariamente en el de su consumación, como lo revela con meridiana claridad el último párrafo del artículo 323 en relación con el 2.º del artículo 324 de dicho texto legal.

Considerando: Que a ello no puede oponerse. Primero, lo dispuesto en el artículo 325 de la Compilación, en conexión con el 1295 del Código civil, dado que estos preceptos no regulan los requisitos que dan vida a la acción, sino los efectos del éxito de la misma, y no todos los efectos, sino solamente los restitutorios en el supuesto específico del contrato consumado, que en el orden lógico son secundarios respecto al efecto primario—implícito en la Ley, tanto común como especial, pero que es inherente al concepto mismo de «rescisión», consistente en la ruptura o desintegración del contrato sinalagmático y en la consiguiente desaparición de la causa justificante de las recíprocas obligaciones contraídas por las partes, ora estén pendientes de cumplimiento, ora ya estén cumplidas totalmente al declararse la rescisión, efecto primario—, especialmente relevante en el caso de que la rescisión se oponga por el vendedor como excepción o por vía reconvenicional a la *actio empti*, ejercitada por el comprador, que será el único que se producirá en la hipótesis de contrato perfecto e inconsumado, si bien, en obsequio al principio de conservación del contrato, podrá ser evitado por el comprador mediante el pago en dinero al vendedor del justo precio total, sin interés alguno, a cambio de la entrega de la cosa objeto del contrato. Segundo, la inexistencia de lesión para el vendedor en la fase de pendencia de cumplimiento de las obligaciones dimanantes del negocio, porque no puede negarse que, jurídicamente hablando, resulta menoscabado el patrimonio del vendedor desde el instante en que, por la perfección de la compraventa, entra a formar parte del pasivo patrimonial una obligación, cual la de entregar la cosa que con el cumplimiento de la obligación dejará de ser de su propiedad, sin que la carga se nivele simultáneamente en el activo con un derecho de crédito el relativo al precio—de cuantía equivalente—.

Considerando: Que, por otra parte, en el supuesto de formación sucesiva del contrato de compraventa civil mediante el ejercicio del llamado derecho de opción, la perfección de aquel negocio jurídico se produce—salvo en el caso insólito de opción referida a un contrato preliminar de compraventa—desde el momento en que llega a conocimiento del concedente-vendedor la declaración unilateral, por la que el optante exterioriza su voluntad de comprar la cosa por el precio preestablecido, tesis que constituye la verdadera doctrina legal por ser la única reiterada por esta Sala, particularmente en sus sen-

tencias de 10 de julio de 1946 y 22 de julio de 1966, sin que lo sea la que exige la posterior conformidad del concedente, con la declaración de compra del optante, ni la que interpone entre la declaración de voluntad recepticia del optante—y la perfección del contrato de compraventa—un contrato de promesa bilateral de compraventa, perfeccionado con la consumación del contrato de opción y consumado con la perfección del de compraventa.

Considerando: Que, en virtud de las razones hasta aquí expuestas, debe estimarse que la fecha decisiva para el ejercicio de la acción rescisión por lesión *ultra dimidium* y para el cómputo del plazo cuatrienal de caducidad es la de la perfección del contrato de compraventa, y que tal fecha, cuando medió un pacto de opción de compra, es aquella en que llegó a conocimiento del concedente-vendedor la declaración de voluntad recepticia del optante comprador, como ya declaró esta Sala, aplicando el derecho anterior a la Compilación, en la sentencia siguiente a la de casación de 18 de mayo de 1955, razones que imponen la desestimación del motivo 2.º, que acusa la infracción, por aplicación indebida, del artículo 323, y, por interpretación errónea, del artículo 325 de la Compilación y del artículo 1.295 del Código civil, así como la del motivo 4.º, que denuncia la infracción, por violación, del artículo 300, párrafo 3.º, de dicha Compilación, por entender sin fundamento que el plazo de caducidad debe computarse a partir de la fecha del contrato de opción.

Considerando: Que, en torno a la exclusión del contrato discutido del ámbito de la rescisión por lesión, la única cuestión alegada y controvertida en instancia fue si el precio de 450.000 pesetas, fijado en la cláusula de opción, tenía carácter aleatorio, con perjuicio posible para el concedente-vendedor, porque éste corría el riesgo de que el valor de las fincas se incrementara con el transcurso del tiempo y fuese, en la fecha del eventual ejercicio del derecho de opción, superior al importe del precio fijado en la de celebración del pacto preparatorio, con lo que se suscitaba un interesante tema sobre el carácter aleatorio del contrato de opción de compra, ya apuntado en esta Sala, en su sentencia de 6 de junio de 1959, mientras que la cuestión que se plantea en el motivo 3.º es la de si existe infracción por interpretación errónea del artículo 323, párrafo 2.º, de la tan repetida Compilación, fundándose la tesis afirmativa del recurrente en que el precio tenía carácter aleatorio, con posible perjuicio para el optante-comprador, porque, sujetas las fincas a expediente expropiatorio y a un litigio con la Administración, estaba expuesto a tener que pagar las 450.000 pesetas por la porción no expropiada de las fincas, cuyo valor podría ser muy inferior a tal cantidad, cuestión que por ser nueva se halla excluida del recurso de casación, conforme a la constante doctrina de este Supremo Tribunal.

Considerando: Que, en atención a lo prevenido en el artículo 1.668 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe condenarse al recurrente al pago de todas las costas y a la pérdida del depósito que constituyó oportunamente.

SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1967—*Servidumbre de paso de corriente eléctrica. Tiene que estar sometida a los artículos 537 y siguientes del Código civil.*

Cuando la finca era rústica se instaló la línea eléctrica sin apoyo en la finca objeto del pleito, por tanto, el discutido gravamen era sólo aéreo. Los actuales dueños de la finca, que la habían adquirido como libre de cargas, se

propusieron edificar sobre ella, e incluso comenzaron la edificación y construyeron un piso. la obra tuvo que paralizarse para no tocar con la línea. Gestiones (anteriores y posteriores) para que la instalación eléctrica se desviara y permitiera seguir la construcción. Buenas palabras..., y, por fin, el pleito.

Se pidió en la demanda que se dictase sentencia, por la que se declarase libre de cargas la finca en cuestión y se condenase a la sociedad eléctrica demandada a estar y pasar por la expresada declaración y a indemnizar a los actores de los daños y perjuicios causados, con imposición de costas a la parte demandada.

La sociedad demandada solicitó la absolución en base a que se había obtenido autorización administrativa, a que la variación del trazado de la línea no podía hacerlo por sí sola la entidad demandada que tenía que obtener rectificación de la concesión, etc.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, por la que, estimando en parte la demanda, declaró que la finca urbana descrita en el hecho 1º de la demanda, se hallaba libre de cargas, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, desestimando las demás pretensiones contenidas en el escrito inicial, absolviendo de las mismas a la demandada, sin hacer especial imposición de las costas causadas.

La Audiencia confirmó dicha resolución, sin hacer expresa imposición de costas.

El Tribunal Supremo no dio lugar a la Casación.

Considerando: Que, a tenor de lo establecido en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el escrito interponiendo el recurso, no sólo se expresará el párrafo del artículo 1.792 en que se halla comprendido, y se citará con claridad y precisión la Ley o doctrina legal que se crea infringida, sino que igualmente habrá que citar «el concepto en que lo haya sido» de entre los diversos que señala el mencionado artículo 1.692, precepto que es forzoso reputar, incumplido cuando, como sucede en los motivos figurados con los números 3, 4 y 5 del presente recurso, el recurrente se limita a denunciar infracción de determinados textos y doctrina legales, sin expresar el concepto de la misma, a causa de lo cual, incurren en el supuesto de inadmisión del número 4 del artículo 1.729 de la Ley procesal que en el actual trance decisivo, lo es de desestimación.

Considerando: Que la carga o gravamen del dominio que aquí se discute, es decir, la de conducción de corriente eléctrica a que la entidad recurrente pretende tener derecho sobre la finca de los recurridos y con absoluta independencia del nombre que se emplea para su designación—ya se diga que es una servidumbre o bien se afirme que se trata de una limitación de la propiedad—tiene necesariamente que estar regulada por las disposiciones contenidas en los artículos 537 y siguientes del Código civil, relativos a los modos o procedimientos de su adquisición, de los que dicho precepto señala dos específicos, que son el título y la prescripción de veinte años, ambos a tener en cuenta por tratarse en el caso a que el recurso se refiere, de una servidumbre o limitación continua y aparente, susceptible, por tanto, de posesión continua y pública que permita el funcionamiento de la prescripción, modos ambos que, lógicamente, necesitan de una indispensable base de hecho—existencia del título, transcurso del tiempo requerido—para que jurídicamente puedan haber dado lugar al nacimiento del gravamen, que la sentencia recurrida declara probada en sentido negativo y en contra de la tesis de

quien ahora recurre, en cuanto que afirma que no se adquirió por prescripción, tampoco se presentó título alguno, del mismo modo que no se intentó acreditar la voluntad de los sucesivos propietarios del fundo que se dice sirviente, ni se justificó el cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley de 23 de mayo de 1900 y su Reglamento para su aplicación de 27 de marzo de 1919, en que el recurrente pretende basar su derecho, que no corresponde, sin embargo, con la realidad de las cosas, tal y como resulta de aquellos hechos que dicho recurrente no ha intentado desvirtuar por el único cauce adecuado del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que sus alegatos no pasan de ser simples afirmaciones no probadas, todo lo cual conduce al crecimiento de los dos primeros motivos del recurso en que, por la vía del número 1.º del mismo artículo 1.692 de la Ley procesal, se denuncia, respectivamente, violación por inaplicación del artículo 348 del Código civil y la Ley de 23 de mayo de 1900, y violación de la doctrina legal que cita, siendo por ello obligada la desestimación del recurso en su totalidad, con los consiguientes pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1967.—*La responsabilidad de los empresarios, prevenida, en el artículo 1903 del Código civil, es directa, no subsidiaria. Culpa «in vigilando».*

La carga de un camión tropezó con un árbol, se salió de aquél, y fue a caer sobre una furgoneta que circulaba por la misma carretera, causando daños en ésta y la muerte del conductor de la furgoneta.

El conductor del camión fue condenado en Juicio de Faltas a la pena de reprensión privada, multa y pago de costas, reservándose a los perjudicados la acción civil correspondiente para el procedimiento y Juzgado que corresponda.

Los perjudicados instaron procedimiento en vía civil y suplicaron en la demanda se dictase sentencia, por la que se declarase:

A) Que don A. A., sufrió daños en su patrimonio como consecuencia del accidente referido en el hecho 1.º de esta demanda, por un importe de 38.445 pesetas, importe de la reparación de la furgoneta de su propiedad, así como perjuicios por la paralización de dicha furgoneta durante el tiempo preciso para tal reparación, del orden de las 21.555 pesetas. B) Que, asimismo, los hijos, M. del P. y J. N. A., y la esposa, M. del R. A. I., del fallecido don R. N., sufrieron un daño moral y material directo por tal fallecimiento, valorable en 500.000 pesetas o cantidad similar que fije el Juzgado. C) Que el demandado don J. A. P., como propietario del vehículo P-6.396, conducido a su servicio y en el cumplimiento específico de sus funciones por don A. P., causante culposo del accidente referido en el hecho 1.º de la demanda, es responsable y viene obligado a satisfacer a don A. A. la cantidad de 60.000 pesetas, y a los herederos de don R. N. es decir, a sus hijos, M. del Pilar y J. N. A., y a su esposa, M. del R. A., la cantidad de 500.000 pesetas o cifra similar que discrecionalmente fije el Juzgado D) Que la Compañía de Seguros «El Porvenir de los Hijos», con la cual el demandado tenía concertada una póliza, está obligada a responder de los daños y perjuicios sufridos por los actores hasta el límite en dicha póliza. Y, en consecuencia, que se conde-

ne a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones y a que satisfagan a los actores la suma de 60.000 pesetas a don A. A., y la suma de 500.000 pesetas a los herederos de don R. N., limitando tal condena respecto a la Compañía de Seguros «El Porvenir de los Hijos», a la suma fijada en la póliza que dicha Compañía tiene o tenía concertada con el demandado don J. A. P., el día que ocurrió el accidente referido en el hecho 1.º de la demanda para responder de los daños y perjuicios que originase el vehículo causante del mismo, propiedad del citado demandado, en el supuesto de que dicha suma fuera inferior a las cantidades reclamadas o concedidas a los actores, o en otro caso que se condene al pago de dichas cantidades al demandado J. A. P. y subsidiariamente a la Compañía de Seguros «El Porvenir de los Hijos», hasta el límite de la suma fijada en la póliza que ambos demandados tienen concertada.

La parte demandada solicitó la absolución.

La sentencia del Juzgado estimó en parte la demanda. Declaró: Que el primero de los demandados sufrió daños en su patrimonio como consecuencia del hecho de autos, en suma de 38.445 pesetas, importe de la reparación de la furgoneta averiada y de su propiedad, sin que haya lugar a conceder suma alguna por perjuicios de paralización de negocio; que la esposa del difunto don R. N. S. E., llamada doña M. del R. A. I., en unión por igual, de sus hijos menores y del muerto, llamados M. del P. y J. N. A., sufrieron un perjuicio material directo por fallecimiento de su padre dicho y esposo de la primera, por importe de 500.000 pesetas, declarándose responsable civil directo en concepto de empresario del conductor del camión, causante del accidente a don J. A. P. L., de todas las dichas sumas; asimismo, declaró que la Compañía Aseguradora «El Porvenir de los Hijos» es responsable subsidiaria hasta la suma de 300.000 pesetas de las cantidades indemnizatorias anteriormente mencionadas, condenando a los demandados dichos a estar y pasar por tales declaraciones y a hacer efectivas en la forma dicha las sumas expresadas, para cada parte actora y entrega a esposa e hijos, su cantidad, por partes iguales, a salvo derechos administrativos propios de la posible patria potestad materna, mientras ésta dure. Todo ello sin expresa declaración en materia de costas.

La Audiencia, en apelación, dictó sentencia, por la que declaró que don A. A. sufrió daños, como consecuencia del hecho de autos, en la suma de 38.445 pesetas que doña M. del R. A. I., y sus hijos, doña M. del P. y don J. N. A., sufrieron un perjuicio material directo por fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, que se fija en 500.000 pesetas, de cuyos daños y perjuicios declara responsable directo, en concepto de empresario del conductor del camión causante del accidente, a don J. A. P. L. y a la Compañía Aseguradora «El Porvenir de los Hijos» la declaramos responsable subsidiariamente hasta la suma de 300.000 pesetas de las cantidades indemnizatorias antes mencionadas, condenando a dichos demandados a estar y pasar por tales declaraciones y a hacer efectivas, en la forma dicha, las sumas expresadas a don A. A. H. y a doña M. del R. A. I. I., por sí y en representación de sus menores hijos; todo ello sin hacer expresa condena de las costas causadas en ambas instancias.

Se interpuso Recurso de Casación, basado, principalmente, en que no se demandó al conductor del camión, y la culpa del empresario, añadían, no puede ser directa. También se alegaba que en el proceso penal—Juicio de Faltas—se condenó a don A. P., conductor del camión, con reserva de acciones civiles, por entender que la cuantía de la posible indemnización era

superior a la que podía imponer el Juzgado que entendió en dicho juicio, y los demandados, en el proceso civil, eran personas distintas, contra los cuales nada se pidió en el Juicio de Faltas por el Fiscal ni por el acusador particular.

No prosperó el Recurso de Casación.

Son Considerandos de la sentencia que lo denegó:

Considerando: Que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado con reiteración que la responsabilidad exigible a los empresarios, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1903 del Código civil, por la conducta culposa o negligente de sus empleados que hubiere ocasionado daños a un tercero, no tiene en nuestro Derecho positivo el carácter de *subsidiaria* respecto de la que reconoce el artículo 1902 de la Ley sustantiva, sino el de *directa*, como surgida de la relación jurídica material producida entre el primero y el agraviado, y derivada de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, en que el mismo ha incurrido, distinta de la *in operando*, cuya imputabilidad corresponde exclusivamente al autor del evento determinante de la indemnización reclamada (sentencias de 30 de abril de 1960 y 14 de febrero de 1964). Por lo que para lograr su efectividad ante los Tribunales no es preciso dirigir la demanda contra el último, según, entre otras, indican las sentencias de 9 de marzo de 1957 y 25 de octubre de 1966, y como así lo ha entendido el Tribunal *a quo* al emitir su fallo, estimando la acción emanada de los dos preceptos mencionados, es indudable que no los ha infringido por «interpretación errónea», como al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, se pretende en el primer motivo del recurso. A lo sumo, y en el supuesto de que fueren atinentes al caso controvertido las razones aducidas por el recurrente, habría incidido en la «aplicación indebida» de dichas normas legales, concepto de transgresión, que por no haber sido invocado, no puede acogerse en esta fase del procedimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que el motivo debe rechazarse sin que a tal pronunciamiento se opongan con éxito la alegación que se hace de la «falta de aplicación de los artículos 19, 22 y concordantes del Código penal y doctrinal legal, que se cita» por no apoyarse la misma en el artículo 1.092 del primer Cuerpo legal mencionado, como sería preciso para su prosperabilidad.

Considerando: Que igualmente decae el segundo motivo, dirigido por la vía formal del anterior, porque, aun cuando sea cierto que a los Tribunales civiles no les es lícito subsanar las deficiencias ni rectificar las omisiones en que sobre la materia aquí estudiada hubieren incurrido los de otro orden (sentencias de 13 de noviembre de 1934 y 9 de febrero de 1961), no lo es menos, que la doctrina legal que se dice infringida, por partir de la base de que por los Organos judiciales de lo penal, se condenó al autor de un delito o falta a la responsabilidad civil que le era inherente, conforme al artículo 19 del pertinente Código, es totalmente inaplicable a la hipótesis aquí debatida, por no haberse adoptado por el Juzgado de Paz correspondiente, decisión alguna en tal sentido, y limitarse a reservar al perjudicado en su integridad las acciones que a dicho fin pudieran corresponderle en la forma que prevén los artículos 112 y 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con lo que pasaron a la jurisdicción ordinaria las facultades a que, entre otras, aluden las sentencias de esta Sala de 25 de febrero de 1963, 13 de octubre de 1965 y 15 de junio de 1966.

Considerando: Que tampoco puede prosperar el tercero y último motivo del

recurso, apoyado en el número 7 del repetido artículo 1.692, en el que se acusa al Tribunal de instancia de haber incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba, porque ni las diligencias de reconocimiento judicial, ni el informe de un Ingeniero de Obras Públicas, contenido en el oficio que el mismo dirigió a un Juzgado de instrucción, ni el plano que se le acompañaba, que a tal efecto se citan como documentos auténticos, gozan de tal carácter para la casación, ni, en todo caso, dichos elementos probatorios demuestran por sí mismos, y menos de modo evidente, lo contrario de lo que la resolución impugnada afirma.

SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1967.—*Tendencia a la «Responsabilidad por riesgo». Aplicación del artículo 1.902 del Código civil. La responsabilidad, derivada de la posesión de un vehículo de motor por los daños que el mismo cause al ser utilizado, se considera como una responsabilidad por riesgo; es decir, derivada del simple hecho de aquella posesión o utilización, prescindiendo de la culpa de la persona que lo maneja.*

La demanda se dirigió contra don V. L., la S. A. de Transporte «La Carretilla» y la Compañía Anónima de Seguros Generales «Plus Ultra», sobre reclamación de cantidad.

Exponía: Que el 10 de julio de 1959, don A. C. R., esposo de la demandante, caminaba por la acera de los pares del Paseo de las Delicias, cuando un camión, propiedad de Transportes «La Carretilla», S. A., conducido por el demandado señor L., que circulaba por dicha calle en dirección a la Plaza de Legazpi, y al llegar a la confluencia con la calle de Tarragona, intentó frenar; pero al fallarle los frenos de pie, se precipitó contra el taxi matrícula M-152.653, propiedad de don J. M. G. G., el cual, a su vez, embistió en su parte trasera al taxi matrícula M-1.523, propiedad de don F. M. V., que, invadiendo la acera, causó lesiones a varias personas y la muerte al esposo de su patrocinada. Los vehículos anteriores se hallaban parados ante un disco o semáforo en rojo, y el camión causante del accidente iba cargado con 3.000 kilos de cemento. Incoado el oportuno sumario por el Juzgado de Instrucción número 15 de los de Madrid, la Audiencia dictó sentencia en 22 de julio de 1960, por la que se absolvía al procesado de los cargos que se le imputaban, en base a que el fallo de los frenos se produjo de forma causal e inopinada. Sentencia confirmada en 10 de mayo de 1963 por la Sala 2.^a de nuestro más Alto Organismo Judicial. Entre las actuaciones llevadas a cabo por el Juzgado de Instrucción número 15, de los de esta capital, se encuentra el informe de un Perito Ingeniero Industrial, don Antonio Ramos Domínguez, que asegura, sin lugar a dudas de ninguna clase, que la maniobra efectuada por el conductor del camión, en el siniestro origen del mismo, no está justificada bajo ningún concepto, ya que la rotura, aun casual del bombín de los frenos, no determina fatalmente la producción de unos daños de la entidad de los causados. Estimaban que los hechos acaecidos, si bien no pudieran constituir el tanto de culpa necesario para determinar una sentencia penal condenatoria, no es menos cierto que entrañan una deficiencia en la diligencia de un buen padre de familia que debe observar todo conductor que lleva en sus manos un vehículo de la envergadura y peligrosidad del causante del fallecimiento del esposo de la demandante. Se intentó por vía amistosa la compensación de la sensible e irreparable pérdida experimentada por la familia de la actora, sin que se

consienta llegar a un acuerdo, tanto con el conductor del camión como con la entidad propietaria del vehículo o la Compañía Aseguradora, habiéndose intentado el acto de conciliación preceptivo, que no tuvo efecto por la incomparecencia de los demandados. Suplicó se dictara sentencia por la que se condenara a los demandados solidariamente a satisfacer a la demandante la cantidad de 204.465 pesetas en concepto de indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de la muerte de su esposo, en accidente de circulación, y expresa imposición de costas a los demandados.

La contestación a la demanda decía, en resumen: Que el día de autos, don V. L. conducía, al servicio de Transportes «La Carretilla», S. A., el camión por el Paseo de las Delicias en dirección a Legazpi. El camión iba cargado con 3.000 kilos de cemento y al llegar a las proximidades de la calle Tarragona, su conductor se dio cuenta de que el disco cambiaba a color rojo, por lo cual pararon bastantes coches ante él, en cuyo momento hizo uso de los frenos para parar a su vez, encontrándose con que los frenos no funcionaban, por lo cual el camión seguía su marcha, a pesar de que el procesado intentó frenar con el freno de mano, y procuró aminorar la marcha mediante el cambio de velocidades, sin que pudiera conseguir su propósito, porque debido a la velocidad que iba tomando el camión, no obedecían los mandos. Al no poder pararse, se precipitó contra los vehículos que lo estaban ante el disco, yendo a colisionar con un taxi, que impulsado por el golpe, lo hizo contra otro, y a su vez, dicho primer taxi entró en la acera, donde arrolló al peatón don A. C. R., al que causó lesiones que determinaron su fallecimiento. El procesado había estado circulando con toda normalidad con el camión por las calles de la capital, hasta el momento de ocurrir el accidente, sin que en todo ese tiempo notara algo extraño en el motor y mandos, por lo que el fallo de los frenos se produjo de manera brusca e inesperada, debido a la rotura casual del bombín de los frenos que manda el líquido a las ruedas; por lo que aquéllos quedaron inutilizados. Este fue el relato de hechos que la Sección Quinta de la Audiencia Provincial dejó sentados como probados por su sentencia de 22 de junio de 1960, y que después la Sala Segunda del Tribunal Supremo dejó invariables. La actitud del demandado don V. L. G. fue en todo momento atemperada a la más estricta y exquisita prudencia. Conformes con que entre las actuaciones sumariales que se llevaron a cabo ante el Juzgado número 15 de Madrid, se encontraba el informe del Ingeniero Industrial, pero también lo es cierto que dicho informe no se refería tan sólo a una interpretación técnica y a una explicación científica de la causa del fallo de frenos del vehículo y a su mayor o menor influencia en el accidente, sino que después, y a lo largo del mismo, el Ingeniero Industrial firmante se dedicaba a suposiciones y aclaraciones sobre la conducta del procesado y sobre la que él consideraba obligada actuación profesional, extremos éstos que además de no ser de la competencia de la pericia del informante, han quedado después suficientemente rebatidos en el resultado de hechos probados de la sentencia que puso fin a la tramitación penal del asunto. Sienta una afirmación tan extravagante como la de que debe ser siempre dueño de la velocidad del vehículo, lo cual estaría bien si el accidente se hubiera producido por un erróneo cálculo de distancias o una maniobra incorrecta, o incluso por no haber tenido tiempo para frenar ante un obstáculo imprevisto o determinado el conductor del camión, pero nunca si yendo a una velocidad moderada se encuentra de improviso su conductor con que el mecanismo con que cuenta para dominar el camión no le responde de modo súbito y que los que le pueden coadyuvar a ello son ineficaces ante la velocidad que va adquiriendo el vehículo

por efecto de la carga y de la pendiente, circunstancias ambas ajenas por completo a la conducta del demandado señor L. En cuanto a las hipótesis vertidas al final del informe, sobre las posibilidades de encintar el camión al bordillo de la acera del Paseo de las Delicias o empotrarlo contra uno de los árboles allí existentes, entienden que no pueden ser tomadas en consideración, pues ignoran e ignora el Perito, si junto al bordillo discurrían peatones a los que pudiera haber causado el camión perjuicios irreparables e incluso la muerte y si en su trayectoria existía algún árbol contra el que pudiera detener su marcha. La parte actora, en el correlativo de su demanda, deja sentado que los hechos acaecidos entrañan una deficiencia en la diligencia de un buen padre de familia, que debe observar todo conductor que lleve en sus manos un vehículo de la envergadura y peligrosidad del causante del fallecimiento del esposo de la demandante. Pero en cuanto a las razones demostrativas de esa deficiencia, no dice nada. El demandado intentó frenar con el freno de mano y procuró aminorar la marcha con el cambio de velocidades, maniobras ambas que demuestran a ultranza la suficiencia técnica y la actitud delicada del demandado. Ante todo ello, no es extraño que los intentos de obtener en vía amistosa la compensación económica de la irreparable desgracia sufrida por la actora no dieron resultado positivo y tampoco el acto de conciliación intentado a tal fin. Con motivo del fallecimiento de don A. C. R., sobrevivieron al mismo, según se desprende de la documentación aportada al escrito interponiendo la demanda de pobreza, su esposa, hoy demandante, doña T. A. A., y seis hijos. La declaración de herederos *ab intestato*, al haber fallecido sin testamento el causante, era trámite obligatorio para poder invocar por cualquiera de ellos, la condición de herederos; e invocando los fundamentos legales de derecho que estimó aplicables, terminó con la súplica de que en su día, y previos los demás trámites legales y el recibimiento a prueba de los autos, se dictara sentencia por la que en estimación de la excepción de falta de legitimación activa, deducida, o de la prescripción igualmente establecida, se declare no haber lugar a la demanda interpuesta, o bien, entrando ya en el fondo del asunto y en virtud de lo alegado y probado, se dictara sentencia por la que se absolviera de la petición deducida en la demanda.

El Juzgado dictó sentencia desestimatoria de las excepciones alegadas por la parte demandada y desestimatoria también de la demanda, absolviendo, en su consecuencia, a los demandados, sin hacer expresa imposición de costas.

En apelación, la Audiencia dictó sentencia por la que revocando la sentencia apelada y desestimando las excepciones de falta de personalidad de la actora, y de prescripción de la acción, deducidas por las partes demandadas, estimó la demanda formulada por doña T. A. A., y condenó a los demandados don V. L. G., Empresa de Transportes «La Carretilla», S. A., y a la Compañía aseguradora «Plus Ultra, S. A.», a pagar solidariamente a la actora la cantidad de 204.465 pesetas, como perjuicios sufridos por la muerte de su esposo, sin hacer expresa imposición de las costas de ambas instancias.

Se interpuso Recurso de Casación que no triunfó. El primero y principal motivo que el recurrente formuló sostenía:

Primer motivo: Al amparo del número 1º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Infracción por aplicación indebida del artículo 1.902 del Código civil, y por interpretación errónea del artículo 1.903 del propio texto legal. El artículo 1.902 del Código civil se integra en dos factores; el supuesto de hecho contemplado por el precepto y la consecuencia jurídica a que el mismo da lugar. Supuesto de hecho «el que por acción u omisión cause daño a otro,

interviniendo culpa o negligencia...»; consecuencia jurídica: «está obligado a reparar el daño causado». El primero se integra en tres requisitos la acción u omisión culposa no negligente, los daños o perjuicios realmente causados, y por último, la relación de causalidad entre ambas premisas. Se ha de partir en primer lugar del análisis de la conducta del recurrente don V. L. G., en el momento de autos La voluntariedad es presupuesto previo para que una acción pueda tipificarse de culposa o negligente. El demandado V. L. fue víctima de circunstancias por completo ajenas a su voluntad, circunstancias reflejadas precisa e inequívocamente en las diligencias probatorias practicadas en autos, conforme ha quedado acreditado en autos, que tanto la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial como la Sala 2.ª de este Tribunal Supremo, consideran que no existía culpa penal alguna en la conducta del entonces procesado. Se estableció y ha quedado ratificado y establecida en los autos que el demandado V. L., cuando conducía el camión propiedad de la Entidad demandada, Transportes «La Carretilla», S. A., por el Paseo de las Delicias con la carga, ni mucho menos excesiva ni inadecuada, de 3.000 kilos de cemento, se dio cuenta de que los frenos no funcionaban, situación que le surgió a escasísimos metros de un semáforo que se encontraba rojo, ante lo cual el demandado intentó frenar con el de mano y procuró aminorar la marcha mediante el cambio de velocidades, sin que pudiera conseguir su propósito, porque debido a la velocidad que iba tomando el camión, no le obedecían los mandos, yendo con tal motivo a estrellarse contra un taxi que había parado, ante lo cual se introdujo en la acera, causando la muerte del esposo de la demandante. La sentencia dictada por el Magistrado Juez de Primera Instancia número 21 de los de Madrid, ilustra y demuestra lo irrelevante de la solución propugnada por el Ingeniero Industrial señor R, en su informe. Efectivamente, tras analizar la diligencia de confesión judicial en que absolvía posiciones el señor L., trae a colación la circunstancia de si la maniobra realizada por el mismo es correcta o pudo detener el camión por otros medios al alcance del demandado, estableciendo tal Considerando que si bien el artículo 215 del Código de Circulación señala que todo vehículo tendrá como mínimo dos mecanismos de frenos independientes, que sean suficientes para detenerlo en las pendientes más fuertes, en la realidad ello no es factible de realizar con un camión con 3.000 kilos de cemento, aludiendo como base de su tesis el informe emitido por el Ingeniero Jefe de Industria en cuanto señala que el freno de mano es un freno puramente de estacionamiento y debe impedir el movimiento del vehículo una vez parado. Está probado que la velocidad en que el camión llegó al punto de colisión la fue adquiriendo a lo largo de su recorrido, una vez averiado su sistema de frenado, quedará acreditado cumplida y suficientemente que no puede tener consideración suficiente a efectos de aplicación de la culpa civil, por lo cual es esto una prueba más de la falta de voluntad del señor L. G., en el accidente que ahora les convoca. Establecido esto, queda acreditado por completo la falta de virtualidad de la argumentación vertida por la Sala de Instancia en el segundo Considerando de la sentencia atacada, pues no existió acción ni omisión culposa, y aunque tiene virtualidad el daño a tercera persona, al no existir el primero de sus elementos, no puede darse la existencia de la culpa contractual o quilliana. No existió posibilidad alguna en la conducta de don V. L. para detener el vehículo que conducía, ante la súbita e inesperada y no anunciada avería de su sistema de frenado. Es irrelevante a todas luces la afirmación contenida en el primer Considerando de la sentencia dictada por la Audiencia Territorial, en cuanto debió tener prevista tal eventualidad al circular con la

carga que lo hacía por la pendiente del Paseo de las Delicias, afirmación que tildan de irrelevante, al no haberse acreditado que la carga fuera excesiva para las características del camión, no puede hablarse de que existió ni siquiera simple negligencia y, por tanto, no puede el conductor tener prevista eventualidad alguna ante la forma súbita e inesperada en que se le averió el sistema de frenado, según se determina y dictamina en la actuación sumarial traída como prueba argumental a los autos. Y en vista de ello tampoco puede hablarse de la diligencia del buen padre de familia que como exculpación valora el artículo 1903 del Código civil, pues esa diligencia ha quedado más que acreditada con la actuación mecánica, técnicamente perfecta, del conductor hoy demandado. En la actuación del señor L no existió negligencia alguna, y antes bien, obró con la diligencia de un buen padre de familia; viene fundamentada en la ausencia de voluntariedad en el accidente que les ocupa y al no existir éste desaparece el factor de hecho del precepto contemplado, esto es, el artículo 1902 del Código civil.

Al resolver, como queda expresado, el Tribunal Supremo que no había lugar a la Casación, rebatió los argumentos del recurrente así:

Considerando: Que el segundo motivo del recurso formulado por error de hecho bajo el amparo del número 7.º del artículo 1.692 e invocando como documento auténtico el informe de la Delegación de Industria de la provincia de Madrid, unida al folio 105 del sumario, no puede ser estimado, porque la eficacia de dicho informe no puede pasar, en el supuesto más favorable de la de una prueba pericial, a las que, una constante jurisprudencia de esta Sala, niega carácter de autenticidad a efectos de casación, presupuesto indispensable para que el motivo pudiera prosperar.

Considerando: Que el primer motivo, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con alegación de la indebida aplicación del artículo 1.902 del Código civil y la errónea interpretación del artículo 1903 del mismo Cuerpo legal, ha de correr idéntica suerte desestimatoria por las siguientes razones: Primera, porque teniendo en cuenta los estragos que un camión cargado puede producir, dada la densidad del tráfico dentro del casco de las poblaciones, deben extremarse las previsiones normales y en especial las referentes a los frenos del vehículo, que deban ir perfectamente revisados, conforme a las prescripciones del artículo 243 del Código de la Circulación y merece la especial atención del conductor, de tal forma que se consiga la máxima garantía de que, por motivos inherentes a su propio mecanismo, no fallen jamás, y en el presente caso no se ha demostrado ni que se hubiera adoptado aquellas garantías ni que el fallo obedeciese a causas extrañas al vehículo, que es donde se ha de catalogar lo imprevisible. Segundo: Porque ocurrido el evento no se ha puesto de relieve la eficaz diligencia del conductor del vehículo para evitar el estrago; pues el freno de mano no fue accionado y debió de utilizarse; ya que, aunque sea fundamentalmente apto para el estacionamiento, también tiene una misión que cumplir como de reserva. Si se actuó y tampoco respondió, debido a su mal estado, como su mecanismo es totalmente distinto del de pie, ello acusaría una doble imprevisión; aparte de haber podido utilizar las marchas cortas como sistema de frenazo; lo que tampoco se puso en práctica. Tercero: Porque, aunque las anteriores razones configuran por sí solas la culpa civil, la jurisprudencia de esta Sala cada vez va inclinándose más a una situación más objetiva de esta clase de responsabilidad, ponderando factores como el del riesgo profesional, la compensación de beneficios, la inversión de la carga de la prueba, etc., tendencia que no podrá des-

arrollarse plenamente mientras no sean aceptados sus principios en toda su integridad, por la legislación positiva, pero que si algún día lo es, nos llevará, como se ha llegado ya en la legislación laboral, a estimar sólo el factor de la causalidad con abstracción del factor psicológico de la culpa. Entre tanto, y dentro de los límites de lo posible, la tendencia a que aludimos se pone de manifiesto en las sentencias de 8 de abril de 1958; 30 de junio de 1959 y 9 de abril de 1963, esta última citada en la de 15 de junio de 1967, en la que se llega a decir: «Que la responsabilidad derivada de la posesión de un vehículo de motor, por los daños que el mismo cause al ser utilizado, se considera como una responsabilidad por riesgo, es decir, derivada del simple hecho de aquella posesión o utilización, prescindiendo de la culpa de la persona que lo maneja».

SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1967.—*Concepto de precario. El hecho de que se paguen determinadas cargas y contribuciones por el supuesto precarista, no excluye su condición de tal.*

Se dijo en el primer motivo del Recurso de Casación que se había aplicado indebidamente el artículo 1.565, 3.º de la Ley Procesal Civil, porque se había estimado en la parte demandada la condición de precarista. La esencia del precario, alegaban, se halla en la gratuidad. Es decir, la tenencia de la finca sin la adecuada contraprestación económica o la asunción de cualquier otra carga fijada con carácter periódico por razón de dicha ocupación. Naturalmente, seguía diciendo el que recurria, si por razón de la ocupación controvertida se paga merced en el sentido de sostener unas determinadas cargas sólo exigibles y sólo asumidas en función de la ocupación, no puede hablarse de precario ni hacer aplicación del referido artículo 1.565, 3.º, doña D. y doña F. R. G. por haberlo así estipulado con doña M. G.—como lo reconoce ésta al absolver la posición 14—, asumieron el pago de las contribuciones y cargas hipotecarias incidentes sobre dicha finca, en función de su ocupación contractual establecida, y así se llevó a término a ciencia y paciencia de todos los contratantes, luego es claro que ni las señoras R. G. pueden ser calificadas de precaristas ni hacerse aplicación, en su contra, del artículo 1.565, tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo que al no hacerlo así el Tribunal *a quo* aplicando, al contrario, el referido precepto legal, incidió en el vicio denunciado.

No hubo lugar a la casación. El primer Considerando de la sentencia del Tribunal Supremo dice:

Considerando: Que la Sala de instancia con plena aceptación de los razonamientos del Juzgado, estimó la demanda al entender con acierto que la parte actora justificó con la presentación de la escritura pública de compraventa del inmueble, inscrita en el Registro de la Propiedad, su derecho a la posesión de la finca discutida como dueña actual, según lo dispuesto en el artículo 1.564 de la Ley procesal civil, así como también que la parte demandada no paga merced alguna, premisas éstas que llegan al Tribunal *a quo* a declarar que habiendo transcurrido el plazo de cuatro años que a las vendedoras demandadas se les concedió en la cláusula tercera de la aludida escritura, para seguir ocupando la finca, al ser requeridas para la dejación del inmueble, sin atenderlo, ostentaban la condición de precaristas de conformidad con el artículo 1.565, número 3.º, de la Ley citada, lo que origina el presente recurso, en cuyo primer motivo se aduce en apoyo de las infracciones que denuncia, que el hecho de pagarse por las demandadas unas determinadas cargas

y contribuciones por razón de la ocupación contravertida, excluye el precario, argumentación ésta inaceptable que origina que el motivo que la sustenta no puede ser estimado, y ello, porque el recurrente no tiene en cuenta, en primer término, que la afirmación de hecho que la sentencia contiene en cuanto al no pago de merced alguna por parte de las demandadas, mientras no sea combatida en forma y con éxito debe ser respetada en casación, y en segundo lugar, porque ya la doctrina jurisprudencial ha sentado reiteradamente que el hecho del pago de la renta o merced que excluye la condición de precarista no está constituida por el abono del importe de la contribución, ni aun por la entrega de dinero, si tales pagos no se hacen a título de merced por arrendamiento constituido o presunto o por cualquier otro que dé derecho al disfrute, y a nombre del que paga, y aun aceptados en tal concepto por el poseedor real, y como ello no consta se estableciera así, se hace indudable que las demandadas, ahora recurrente, no se hallan respaldadas por otro título que la mera condescendencia del poseedor, por lo que la Sala sentenciadora se atuvo en todo caso a los hechos que estimó carentes de prueba por el lado de las demandadas y a los demostrados por la adversa con su título de dominio inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que lleva en sí la inviabilidad del motivo primero.

SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1967.—*Retracto de comuneros. Para que el acto de conciliación surta efectos en cuanto al ejercicio de la acción de retracto, ha de ir acompañado de la consignación del precio y demás gastos legítimos. El plazo para ejercitar el retracto de comuneros es de caducidad, no de prescripción.*

Todo el problema debatido en la litis gira en torno a si el acto de conciliación solicitando el retracto, instado dentro de plazo, pero *sin* consignación, prolongaba la viabilidad de la acción de retracto durante los dos meses que duran los efectos de dicho acto de conciliación—tesis del recurrente—.

No triunfó el recurso.

Son Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo:

Considerando: Que el recurrente, en el primer motivo de su recurso, formulado al amparo de igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye a la sentencia que impugna la violación de los artículos 1.518, 1.522, 1.524 y 1.525 del Código civil, y de los 1.619 y 1.620 de la Ley Procesal, así como también de la doctrina legal proclamada en numerosas sentencias que citaba, según las cuales, a su juicio, el simple hecho de que hubiese intentado la conciliación contra el comprador, dentro de los nueve días siguientes al en que tuvo (lugar) conocimiento pleno de la venta, basta para prolongar la viabilidad de la acción de retracto durante los dos meses siguientes a dicha conciliación, aunque en ésta no se hubiese realizado la consignación del precio conocido, y, por tanto, si en ese plazo de los dos meses se presenta la demanda con todos los requisitos legales—incluido el de la consignación del precio—, la acción de retracto tiene que prosperar.

Considerando: Que para que este motivo debiera prosperar sería preciso: en primer lugar, que, por lo menos, dos de las sentencias que el recurrente invoca en su apoyo, proclamaran, de manera clara e inequívoca, esa tesis que él les atribuye; y en segundo término, que, además, tal tesis no estuviera desvirtuada por algunas otras resoluciones de este Tribunal, que el propio recurrente cite y por otras muchas más que, en tal sentido, se han dictado.

Considerando: Que por ello se hace necesario examinar las sentencias que el propio recurrente invoca, para comprobar cuál es la doctrina que sustentan; y en relación a ellas, conviene señalar: a) que la sentencia de 16 de octubre de 1920, se limitó a proclamar «que el acto conciliatorio, aunque era un procedimiento legal adecuado y aun necesario para el ejercicio del derecho de retracto, lo en él convenido sólo tiene eficacia jurídica para las partes convenidas, pero no para terceros que en la convención no hubieran intervenido; por lo que no pudo surtir efecto frente a un segundo retrayente, lo que con el primero había convenido el demandado; b) que la sentencia que se dice de fecha 25 de noviembre de 1920 no aparece publicada en la Colección Legislativa; c) que la de 13 de junio de 1921 recayó en proceso en que previamente a la demanda se había intentado la conciliación *consignando* en este acto *el precio de la venta* y el importe de los gastos legítimos, y proclamó que en el supuesto de haberse consignado y no conseguido avenencia, «aquel acto interrumpe la prescripción de la acción, por el tiempo y en la forma que autorizan los artículos 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.947 del Código civil; d) que la sentencia de 4 de octubre de 1927 no hizo más que reiterar la tesis establecida por la ya citada de 16 de octubre de 1920, porque, al igual que en este caso, en aquél también había habido avenencia en el acto conciliatorio previo, y el interpelado en ella se había conformado con resolver la venta, lo cual no podía perjudicar a terceros que en la conciliación no habían intervenido; e) que la sentencia de 14 de febrero de 1928 puso fin a un proceso en que se ejercitaban acciones derivadas del contrato de transporte, que eran meramente prescriptibles; f) que la sentencia de 30 de abril de 1940 no establece la tajante doctrina que el recurrente la imputa, pues aunque reconoce «que el acto de conciliación es uno de los medios que la Ley concede para el ejercicio de los derechos, entre ellos el de retracto, según de manera expresa tiene declarado esta Sala...», tiene buen cuidado de puntualizar que ese derecho de retracto no era prescriptible, sino «que caducaba al transcurrir los nueve días fijados por la Ley», y si bien proclamó «que por haberse interpuesto la demanda dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación celebrado antes de que hubiesen transcurrido nueve días desde que el actor tuvo conocimiento de la enajenación», había que reputar no caducada la acción, no reconoció que en tal conciliación no se hubiese consignado dicho precio, ni ello se deduce del rollo 320 de 1935, en el que recayó esa sentencia de 30 de abril de 1940, en el que el demandante aparece afirmando—sin contradicción del demandado—que de la certificación que acompaña del acto conciliatorio celebrado sin avenencia «resulta haberse el demandante sujetado al cumplimiento de las demás prescripciones que en derecho fueran procedentes», y g) que la sentencia de 10 de marzo de 1945, de manera rotunda y terminante, sienta la tesis de que, aun admitido por la Sala en sus sentencias de 13 de junio de 1921, 21 de febrero de 1931, 12 de junio de 1936 y 30 de abril de 1940, que la conciliación sirve para ejercitar el derecho de retracto «este ejercicio se hallara desprovisto de la eficacia que persigue, si únicamente se observa en él el requisito relativo al tiempo en el que ha de serlo y *se incumple el de la consignación del precio exigido*, para que se cumpla conjuntamente con aquél, en el artículo 1.718 de la Ley Procesal...» Por tanto, «habiéndose omitido por la parte hoy recurrente la consignación del precio de la venta... hasta que presentó su demanda de retracto después de transcurrido el plazo de nueve días..., aunque dentro del mismo se hubiese celebrado sin cumplimiento de aquel requisito ni avenencia el acto conciliatorio que instó... no incidió la sentencia recurrida

acertadamente desestimatoria de la demanda, en las infracciones de Ley y de doctrina que supone el recurrente..., pues para el efecto interruptor del plazo señalado al ejercicio de la acción de retracto, *no basta*, según los preceptos y doctrina normativos del mismo, *la conciliación*, ni que en la jurisprudencia que también invoca, se halle reconocida la eficacia de aquel acto en casos en los que no se haya debatido acerca del requisito de la consignación».

Considerando: Que ya en este terminante sentido se había pronunciado esta Sala en la sentencia de 12 de junio de 1936, en la que estableció que en el acto conciliatorio que sustituye a los efectos que se persiguen a la interposición de la demanda «debe cumplirse, por parte del retrayente, la obligación ineludible de consignar el precio»; y posteriormente en multitud de sentencias ha vuelto a reiterarse esta doctrina, mereciendo citarse las de 27 de enero de 1950, 21 de febrero, 8 de julio y 30 de octubre de 1953, 30 de mayo y 5 de noviembre de 1955, 4 de febrero de 1957, 11 y 12 de febrero de 1959, 11 de febrero y 3 de junio de 1960, 6 de mayo de 1961 y 31 de octubre de 1965.

Considerando: Que realmente al admitir este Tribunal que el acto conciliatorio es un medio hábil para ejercitar la acción de retracto, viene a otorgar a dicha institución, el carácter que la doctrina científica y la Ley le otorgan, de ser un tipo especial de proceso dirigido a obtener del Juez una actividad de avenencia entre el sujeto positivo de la solicitud que a tal fin se formule, que constituye, salvo excepciones, un presupuesto de admisibilidad de cualquier proceso posterior.

Considerando: Que la circunstancia de que el ejercicio del derecho de retracto se incide mediante intento de acto conciliatorio con consignación y cumplimiento de los demás requisitos legales no altera la naturaleza de la acción, ni la convierte, por tanto, en prescriptible, sino que lo único que sucede es que en tal supuesto el proceso de ese modo incoado sigue su curso normal si la demanda se presenta dentro de los meses siguientes al acto, y, por el contrario, si no se deduce dicha demanda, todo lo actuado pierde eficacia, como si hubiera estado sometido al cumplimiento de una condición resolutoria que, al sobrevenir, hace ineficaz la intentada conciliación, como si no se hubiese efectuado y queda automáticamente extinguida la acción por caducidad.

Considerando: Que en el motivo segundo del recurso se atribuye a la sentencia recurrida incongruencia, que se hace consistir en que aquélla introduce en el pleito la novedad de utilizar para la decisión de él un argumento distinto al que había puesto de manifiesto el demandado señor Calderón, que se limitó a sostener, en su contestación a la demanda, que ésta había sido presentada fuera del plazo de los nueve días contados a partir del en que el retrayente tuvo conocimiento de la venta, sin que nadie hubiese alegado, como base para la tesis absolutoria, que fuese necesario consignar el precio en el momento de celebrar el acto conciliatorio, o si se quiere, dentro de los nueve días siguientes a tal celebración de dicho acto, a pesar de todo lo cual—concluye el recurrente—la Sala tomó como base la desestimación de la demanda, el defecto de la consignación en cuanto al momento en que se llevó a efecto, que fue el de presentación de la demanda inicial del pleito y que tuvo lugar antes de que hubiesen transcurrido dos meses desde la celebración del acto conciliatorio previo.

Considerando: Que también procede la desestimación de este motivo, en primer término, porque el requirente, digo, requisito de la consignación lo establece la norma con carácter imperativo y lo sustrae al principio dispositivo de las partes, cuando ordena en el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil que no puede «darse curso a las demandas de retracto» si no se cumplen los requisitos que allí se señalan; y en segundo lugar, porque el plazo de viabilidad para que el ejercicio de la acción de retracto de comuneros establece el artículo 1.522 del Código civil, en relación con el 1.524 del mismo Cuerpo legal, no es un plazo de prescripción susceptible de interrupciones y que sólo puede estimarse prescrito cuando tal prescripción se alegue por quien salga por ella favorecido, sino que es un plazo de caducidad, como ha declarado esta Sala en multitud de sentencias—30 de abril de 1940, 4 de julio de 1947, 8 de abril de 1948, 7 de abril de 1956, 8 y 20 de noviembre de 1958 y 6 de mayo de 1961—que no puede ser objeto de prórrogas, y que debe ser estimado incluso de oficio.

Considerando: Que la desestimación de los dos primeros motivos del recurso hace ya innecesario el examen y decisión del tercero, porque precisamente se funda en el supuesto—que rechaza la sentencia impugnada—de que la acción de retracto se ejercitó en tiempo y forma, es decir, en que se cumplieron en su ejercicio todos los requisitos que la Ley impone, incluso el de la consignación oportuna; si la sentencia hubiera admitido que dicha consignación no se había efectuado extemporáneamente, entonces en tal supuesto todos los preceptos que el recurrente cita como infringidos en este tercer motivo deberían haber sido aplicados por la Sala sentenciadora, que, al no hacerlo, los violaría, y tendrían que ser tenidos en cuenta por este Tribunal de Casación, al dictar la segunda sentencia que nuestro Ordenamiento—a diferencia de otros—le obliga a dictar; y lo mismo ocurriría si el recurso, por las vías adecuadas, hubiese impugnado y desvirtuado eficazmente con apreciación o calificación que hace la Sala de instancia, respecto a que la simple manifestación del recurrente de que en el acto conciliatorio pone a disposición del demandado-comprador el precio, «no equivale a la consignación que la misma exige»; mas como ello no ha sido así, y esas afirmaciones de la sentencia han quedado inalteradas resulta evidente que, siendo la verdad legal, «que no se realizó la consignación en tiempo oportuno», no podían ni debían ser aplicadas al caso controvertido las normas que imponen la estimación de la acción de retracto, para lo cual era requisito esencial, entre otros, el de consignación dentro de plazo, supuesto de hecho que, como queda reiteradamente expuesto, la Sala de instancia no ha admitido.

Considerando: Que en último término conviene destacar: Primero: Que el demandante, faltando a la obligación que la lealtad procesal le exige, y que la jurisprudencia le recuerda—sentencia de 18 de junio de 1949—, omitió señalar, con claridad y precisión, la fecha concreta en que tuvo conocimiento de la venta que impugna, limitándose a decir, en la demanda inicial, que «he podido averiguar recientemente... la transmisión de la porción de finca objeto de la presente acción... y que cuando ha tenido conocimiento de los antecedentes... promovió con carácter inmediato el oportuno acto de conciliación..., en el que ponía a disposición del señor C. el importe del precio», por lo cual se carece del conocimiento del día preciso en que debió comenzar el plazo de caducidad de la acción. Segundo: Que el propio demandado, con referencia a este esencial extremo le objetó «que no sirve indicación de cuándo tuvo conocimiento el retrayente de la venta», y «que es precisamente, digo, preciso que dicho retrayente concrete la fecha en que tuvo conocimiento de la compraventa..., para que de esta forma pueda determinarse si el cómputo del tiempo pasado le permite o no ejercitar el derecho de retracto. Tercero: Que tampoco en el apuntamiento figura testimoniada la papeleta de conciliación, en la que podía

comprobarse si aparecía concretada aquella importante fecha, ni certificación del día en que tal papeleta se presentó, ni nada de ello se puede deducir de la certificación del acto conciliatorio, en la que se limitan a transcribir las peticiones que se formulan en la súplica, diciéndose—con la misma vaguedad de siempre—que «enterado el demandante *muy recientemente* de todo el proceso ejecutivo que permitió la transmisión de la porción de finca—no fue, realmente, porción, sino participación indivisa—en favor del señor C. se propone... ejercitar el derecho de retracto.

B. M. B.

SUCESIONES

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1967.—*Testamento en peligro de muerte. Capacidad del testador. Su valoración, como cuestión de hecho, corresponde al Tribunal «a quo». Artículos 662, 663, número 2.º, 664, 666, 700 del Código civil.*

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Francisco Bonet Ramón, confirma la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Pola de Lena, en base a los siguientes razonamientos:

«Que por ser el objeto de discusión en las actuaciones que dan lugar al presente recurso de casación, la validez de un testamento otorgado en peligro inminente de muerte, del que se impugna la capacidad mental de la persona que lo otorgó, es necesario—como declara la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 1966—partir de las normas contenidas en el Código civil que con carácter genérico regulan la materia, de las cuales resulta que, según el artículo 662, “pueden testar todos aquellos a quienes la Ley no lo prohíbe expresamente”, que se complementa a estos efectos con lo establecido en el número 2.º del 663, a cuyo tenor “están incapacitados para testar. los que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio”, regla ésta que debe ponerse en relación con lo preceptuado en el 664, según el que “el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”, y en el 666, donde decide que “para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento”, reglas todas ellas que, como ya dijo la jurisprudencia de esta Sala—especialmente en las sentencias de 18 de diciembre de 1958 y 19 de enero de 1960—, implican una cuestión de hecho, cuya valoración es de la competencia exclusiva de la Sala sentenciadora, a cuya apreciación ha de estarse, sin que contra ella pueda prevalecer otra impugnación que la, fundada en el número 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, determinando los preceptos legales infringidos referentes a la prueba, si se alegare error de derecho, o los actos o documentos auténticos reveladores de la evidente equivocación del juzgador al apreciar la prueba, si el alegado error es de hecho.»

«Que en el caso de autos, declarado por el Tribunal *a quo* como resultado de un ponderado y conjunto análisis probatorio, que los antecedentes relativos a las facultades mentales de la testadora, con referencia a los cuales la prueba testifical, unánime y conteste practicada a instancia de la parte actora, acredita un evidente extravío psíquico, concretado en un largo periodo de

tiempo que abarca casi su vida entera—aunque permanezca en la nebulosa su estado de razón en la niñez—, en numerosas acciones anormales que van desde hacer la instrucción con una escoba, hasta reirse a carcajadas en la Iglesia, pasando por decir que todo lo que se alcanzaba con la vista era el marquesado y ella era la marquesa, aseverativa de que aquélla no estaba en su cabal juicio, hasta el extremo de merecer el calificativo de “loca de la Fuente”, con que se la conocía, probanza ésta no destruida con virtualidad bastante por los testigos propuestos por el demandado, que incluso reconocen la existencia de tal apelativo demencial, así como el hecho también revelador de que nunca vieran a la testadora verificar ninguno de los actos normales en la vida de relación, sobre todo en la rural, tales como realizar pagos o cobros, compra o venta de artículos, etc., por lo que la presunción *juris tantum*, favorable a la capacidad para testar de toda persona que no ha sido declarada judicialmente incapaz, cede en este caso por la prueba cumplida y convincente en contrario, desplegada en el procedimiento (Considerando 2.º de la Audiencia), el motivo 5.º, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de derecho en la apreciación de las pruebas con violación del artículo 662 en relación con el 666 y 1.250 del Código civil, que no puede prosperar por no tener ninguno de los preceptos invocados el carácter de normas de valoración de prueba, como sería necesario para que en ellos pudiera fundarse el error alegado.»

«Que la firmeza en casación de los hechos declarados probados acarrea la inexcusable desestimación del motivo primero, máxime cuando la ausencia de Notario—por cierto, tampoco justificada—priva al testamento de la presunción derivada de la fe notarial, en cuanto a la capacidad de la testadora, corriendo la misma suerte el motivo segundo, ya que al estimar el Código civil válidos y eficaces los testamentos otorgados en la forma y solemnidades que establece, presupone la capacidad legal del testador, y concretamente, tratándose de testamento en peligro inminente de muerte, las facilidades que concede el artículo 700, en el motivo invocado, no excluyen, como indica la doctrina contenida en la jurisprudencia dictada por esta Sala, iniciada desde la sentencia de 5 de mayo de 1897, y reiterada después en las de 3 de febrero de 1952, 4 de octubre de 1957 y 10 de junio de 1966, que se dé cumplimiento a los demás requisitos esenciales que para el acto de disponer de los bienes se exigen en la Sección del Código, dedicada al testamento abierto, siempre que sean racionalmente compatibles con las peculiaridades que distinguen a esta forma especial de testar, a fin de que no pongan en peligro su autenticidad, por una posible confabulación exterior, lo que ocasiona la desestimación del recurso en su totalidad.»

SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1967.—*Interpretación de disposiciones testamentarias. Legado. Testamento ológrafo. Artículo 675 del Código civil. Ha de estarse al sentido literal de las palabras empleadas, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador.*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, casa la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, aceptado en la segunda los fundamentos de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Cangas del Narcea, que da por reproducidos.

«Considerando: Que todo el problema litigioso se circunscribe, conforme establecen las dos sentencias de instancia, y se centra en el recurso, a determinar la interpretación del testamento ológrafo de doña B. F. de A., causante de ambas partes litigantes, la que dueña de las minas denominadas "Valmayor Segunda" y "Piedra Preciosa Segunda", construyó el cable-tolva litigado, que utilizó por sí o por sus arrendatarios para la explotación de ambas minas, y que ordenó por dicho testamento ológrafo, en párrafos separados, que a su fallecimiento, entre otras disposiciones que no interesan a los fines del pleito, la mina "Piedra Preciosa" la legaba a su hermana doña S., y que la mina "Valmayor", con sus instalaciones—en un 75 por 100 al pertenecerle ya el otro 25 por 100—, a su otra hermana doña D., añadiendo en párrafos separados, y como cláusula independiente de las anteriores, la siguiente: "La mina "Piedra Preciosa Segunda", que dejo a doña S., es también con su instalación, y solamente tendrá que pagar la contribución de Utilidades de lo que percibe sin que le atañe lo anterior, por no haber disfrutado de su renta. La instalación es de cable-tolvas".»

«Considerando: Que es norma de interpretación de los testamentos, como ordena el artículo 675 del Código civil, complementado por lo dispuesto en sus 1.281 y siguientes, la de que deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; y como quiera que, según queda antes expuesto, doña B., en su testamento, estatuye los legados a favor de sus hermanas totalmente diferenciados, y en párrafos separados, a manera de cláusulas distintas, dejando a doña D. la mina "Valmayor" con sus instalaciones, y a doña S. la "Piedra Preciosa", añadiendo, en párrafo o cláusula distinta, que esta última mina es también con su instalación, aclarando en el mismo párrafo o cláusula, separado únicamente con el signo de punto y seguido, que la instalación es de cable-tolva; aparece evidente que, ateniéndose al sentido literal y sintáctico del testamento, el cable-tolvas lo adscribió la testadora a la mina "Piedra Preciosa", y lo legó con ella a su hermana doña S.»

«Considerando: Que no hay elemento alguno en los autos por los que pueda deducirse que la intención de la testadora fuera otra y distinta al sentido literal de las palabras que empleó en su redacción, ya que, de lo contrario, al hablar del legado de la mina "Valmayor" con sus instalaciones, hubiera hecho también la aclaración de que éstas consistían también en el cable-tolvas, o, por lo menos al reseñar éste, hubiera empleado el término instalación en plural, al referirse a ambas minas, y no en singular, como lo hace, y además porque si su voluntad hubiera sido que ambas minas utilizaran el cable-tolvas, lo lógico y natural es que así lo hubiera hecho constar expresamente, y hasta hubiera regulado su aprovechamiento conjunto, sin que sea obstáculo para ello el hecho de que, con anterioridad y durante la vida de la testadora propietaria de ambas minas, se beneficiaran las dos del cable debatido, por ser ello lógica consecuencia del dominio que ejercía, y que le permitió separar y atribuir a una sola de las minas el mecanismo en uso de su propiedad y de su libertad de testar.»

«Considerando: Que, en consecuencia de todo ello, procede declarar que el cable-tolva de referencia fue legado con la mina "Piedra Preciosa" a doña S., sin participación en su propiedad de la mina "Valmayor", legada a doña D.; por lo que la sentencia recurrida, al entender lo contrario, infringe los preceptos citados por el concepto de violación, como se denuncia en el primer motivo del recurso encauzado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, y procede casarla y anularla en el extremo estudiado, sin necesidad de entrar en el examen del segundo de los motivos articulados.»

«Considerando: Que sentada la anterior doctrina procede declarar haber lugar al tercer motivo del recurso, ya que si el cable-tolvas pertenece a los cemandantes y ha sido utilizado contra su voluntad por los demandados, éstos deber resarcirles del beneficio obtenido y del perjuicio experimentado por aquéllos, en virtud del principio de derecho; “a nadie es lícito enriquecerse en perjuicio de otro” sancionado por la doctrina de esta Sala, contenida, entre otras muchas, en las sentencias de esta Sala de 12 de abril de 1955 y 28 de enero de 1956, alegadas en el recurso.»

SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1967.—*Interpretación de disposiciones testamentarias. Artículo 675 del Código civil. Corresponde a los Tribunales de instancia fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias. Sustitución vulgar. Facultades dispositivas «mortis causa» del instituido.*

Doña R. A. A. murió bajo testamento, en el que dispuso: «Instituyo heredero mío universal y libre a mi esposo S. T. V., con sustitución vulgar para el caso de que por premorirme o por cualquier otra circunstancia no llegara a heredarme, en favor de mi hermano don J. A. A., o, en su caso, en el de sus descendientes en su representación. Esta sustitución se dará también con respecto a los bienes de mi herencia de que no haya dispuesto mi heredero en su fallecimiento.» El marido heredero, don S. T. V., murió nombrando heredero a sus hermanos, la actora doña P. T. V. y don R. T. V., representado éste por sus hijos, doña B., don S. y don E. T. M., asimismo demandantes. Los actores suplican, frente a don J. A. A. y la hermana donataria del mismo, doña D. A. A., se declaren ser de su propiedad los bienes que don S. T. V. había heredado de su esposa, por estimar que se trata de una sustitución vulgar, y subsidiariamente, para el supuesto de que se considerase que don S. T. V. no era más que fiduciario de los bienes de su esposa, se condenara a los demandados a satisfacer a los actores, en concepto de cuarta trebellánica, la suma de 75.000 pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia de Tarrasa desestimó la demanda; sentencia que fue revocada por la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, al declarar la propiedad de tales bienes a favor de los actores. El Tribunal Supremo, en ponencia del excelentísimo señor don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados y apelados, en virtud de las siguientes consideraciones:

«Que la cuestión debatida en el pleito radica en la interpretación de una cláusula del testamento de doña R. A. A., por virtud de la cual instituyó heredero universal y libre a su esposo don S. T., con sustitución vulgar para el caso de premorir a la testadora o por cualquier otra circunstancia no llegara a heredarla, en favor de su hermano o descendientes, agregando que esta sustitución se dará también con respecto a los bienes de su herencia de que no hubiera dispuesto su heredero en su fallecimiento, cláusula que este segundo extremo fundamental es interpretada con criterio opuesto por los litigantes, limitándola al uno al supuesto de disposición de bienes por actos *inter-vivos*, y entendiéndola la otra en el sentido estimado por la sentencia

recurrída a toda clase de disposición, incluso la hecha por el testamento que otorgó el heredero, y que conduce a que los bienes que, por virtud de dicho testamento dispuso, hayan de pasar a los actores señores T. y no al hermano de la testadora, señor A., o descendientes de éste, y esta interpretación, con las consecuencias que quedan señaladas, es objeto de impugnación en el recurso, cuyo primer motivo, seguido por la vía procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción, por interpretación errónea y aplicación indebida, del artículo 675 del Código civil, y de la doctrina legal que cita, incurriendo tal planteamiento en el vicio formal que previene el artículo 1.720 de la Ley procesal civil, al acumular, respecto al mismo precepto y doctrina, dos conceptos de infracción que tienen carácter de independiente, lo que conduce a la causa de inadmisión 4.ª del artículo 1.729 del citado texto legal, y en este momento a la desestimación del aludido motivo, más independizados ambos conceptos de infracción, atendiendo a los razonamientos desarrollados en el motivo, debe notarse que el primero, interpretación errónea del precepto y jurisprudencia que se citan, ha de limitarse, conforme a la doctrina constante de esta Sala, a la exégesis de dichas normas, según el sentido gramatical y lógico que deba atribuírseles, que a juicio del recurrente no se ajuste al que les asigna el juzgador, sin posible confusión, como en este caso ocurre, con la interpretación del negocio jurídico, al cual ha sido dicho precepto aplicado, sin plantear, por tanto, cuestión alguna respecto al propio sentido que al precepto corresponde, interpretación que cabe combatir por la violación de las normas legales pertinentes, en este supuesto las del citado artículo 675 del Código civil, a las que es aplicable la doctrina de esta Sala, que, en sentencias de 1 de diciembre de 1944, 11 de enero de 1950 y 29 de enero de 1955, expresa que la interpretación de los negocios jurídicos, en cuanto toma como punto de partida los indiscutibles términos, modo o forma en que ha sido hecha la declaración de voluntad, y tiende a investigar su sentido o significación, es cuestión censurable por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo, asimismo presente, la doctrina de esta Sala, que proclama que corresponde a los Tribunales de instancia la facultad de fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo su criterio prevalecer sobre el del recurrente, siempre que no aparezca evidenciado el error de aquéllos, en términos que contraríen la voluntad expresa del testador (sentencia de 10 de junio de 1954), que ésta es equivocada por contrariar de modo manifiesto dicha voluntad (sentencia de 21 de mayo de 1942), y que dicho error se patente de modo claro y manifiesto, circunstancia que no concurre cuando se ponen en pugna dos criterios defendidos con razones muy atendibles (sentencia de 10 de octubre de 1951), de todo lo cual ha de concluirse, que el concepto de infracción que se denuncia, limitado a la interpretación del precepto y doctrina en que se apoya, no encuadra en la de la cláusula testamentaria debatida, y, en segundo término, que, tratándose de un problema de interpretación de cláusulas testamentarias, es evidente la adecuación, para resolver dicha cuestión del citado artículo 675 del Código civil, sea cualquiera la conclusión que de ésta hubiere de deducirse, por lo que no cabe estimar que no es este precepto el aplicable para decidir dicho problema, sino otra norma legal distinta, razones que hacen decaer el motivo que se examina.»

«Que el segundo de los motivos, articulado conforme al número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, alega la existencia de error de derecho en la apreciación de la prueba, señalando como norma interpretativa in-

fringida al mismo artículo 675 del Código civil, base del anterior motivo, más afectando éste, como aquél, a la interpretación de la cláusula testamentaria debatida, el problema tiene, según ya se señala anteriormente, un contenido estrictamente jurídico, y no de fijación de hechos, y su adecuado encaje dentro del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de trámites, pues no se trata de una declaración fáctica en contradicción con el valor que a determinada prueba le sea atribuida por una disposición legal, sino de la indagación de la voluntad de la testadora, conforme al recto sentido de las cláusulas del testamento, cuyo contenido no se discute, lo que hace inadecuado el cauce elegido en este motivo y da lugar a su desestimación.»

SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1967.—*Revocación de testamento ológrafo.*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto con la de la Audiencia Territorial de Las Palmas, que entendió quedaba revocado el testamento ológrafo de fecha de 1 de agosto de 1949 por la nota autógrafa puesta en el margen superior izquierdo del mismo, consistente en «Anulado 6-6-61. A. Velázquez S.», procediendo la apertura de la sucesión intestada.

«Considerando: Que aparte de los problemas de índole procesal concretados en los pedimentos primero y segundo de la demanda origen del pleito que ha motivado el presente recurso, la única cuestión suscitada dentro de la fase preclusiva de alegaciones, propia del periodo expositivo de la primera instancia, quedó centrado en la autoría de la nota escrita, que dice: «Anulado 6-6-61. A. Velázquez S.», y que figura en el ángulo superior izquierdo del testamento ológrafo otorgado por el causante, con fecha de 1 de agosto de 1949, a favor de sus cuatro sobrinos, cuestión que dividió a las partes en ambas instancias, pues mientras el actor sostuvo insistentemente que tal nota era auténtica y puesta de puño y pulso del testador, don A. V. S., tesis que, en definitiva, fue acogida en la sentencia recurrida, la parte demandada, y hoy impugnante, se limitó a alegar la falsedad civil de la referida anotación, siendo las demás peticiones formuladas por las partes simples consecuencias jurídicas de la discutida genuinidad de la nota.»

«Considerando: Que, en cambio, la cuestión planteada en el único motivo de este recurso, sobre la base ya no discutida de la autenticidad de la anotación desvaloradora, gira exclusivamente en torno a su validez y eficacia, alegándose por el recurrente que es nula e ineficaz para revocar el testamento citado: nula, a causa de ser incompleta e informal la declaración de voluntad que contiene, e ineficaz, en razón a no haber sido protocolizada, dividiendo, a su vez, la alegación relativa a la insuficiencia de la declaración de voluntad, en dos subcausas: una, que apunta a la ausencia, en la nota mencionada, de toda disposición positiva concniente al destino *mortis causa* de los bienes del difunto, y otra, que se refiere a la pretendida inexpresión del objeto de la "anulación".»

«Considerando: Que el mero anunciado de las cuestiones suscitadas en instancia y en casación, muestra con evidencia la falta de identidad entre ellas y que la que se plantea ahora es una cuestión nueva e inatendible, de acuerdo con la uniforme doctrina de esta Sala y con lo prevenido expresamente en el

número 5.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en orden a la inadmisión del recurso, causa que llegados ya a la presente fase decisoria, se convierte en fundamento de desestimación, sin que a ello pueda oponerse que los problemas apuntados en el único motivo ya fueron contemplados en el apartado IV del escrito de conclusión de la parte demandada y en la actualidad recurrente, pues también es doctrina jurisprudencial contante que los escritos de tal clase son instrumentos romos e inhábiles para transformar o sustituir lo que venía siendo objeto principal del pleito, así como tampoco puede aducirse en contrario que el Tribunal *a quo*, cediendo, sin duda, a la sugestión oratoria de la parte apelada y adherida a la apelación, aluda, en los Considerandos de la resolución recurrida a uno de los temas tratados intempestivamente en aquel apartado del escrito de conclusión de la misma parte, pues es de sobra sabido que con arreglo al artículo 359 de la expresada Ley la sentencia que ponga fin a la instancia no puede ni debe hacerse cargo de las cuestiones suscitadas por primera vez en el escrito de conclusiones.»

SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1967.—*Impugnación de testamento. Legitimación pasiva. No puede declararse la revocación o vigencia de un testamento sin estar presentes en el proceso todos los interesados.*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Tomás Ogayar y Ayllón, confirma la de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, revocatoria de la del Juzgado número 2 de esa capital, estimando la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario.

«Considerando: Que la sentencia impugnada estima de oficio la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, y contra ella se interpone el presente recurso, que, en su motivo primero, sostiene no ser necesaria la presencia en el proceso de determinados parientes para resolver las pretensiones deducidas, y en el segundo, que puede decidirse sobre la nulidad de la adopción y de la institución hereditaria por no afectar las mismas a los llamados a juicio, y para su resolución es necesario precisar la naturaleza de la relación jurídico-material que en el proceso se actúa mediante la determinación de las pretensiones en él deducidas y de las personas a las que afectan aquéllas»

«Considerando: Que en la demanda formulada por doña C. LL. se postula la nulidad de las cuatro primeras cláusulas del testamento otorgado por su hermano don J. y la validez de la quinta, que, al ser revocatoria del testamento otorgado el 11 de abril de 1933, obliga a la declaración de herederos *ab intestato*, mientras que en la segunda demanda acumulada se insta la nulidad total del testamento de 2 de octubre de 1944, por lo que se pretende la vigencia del citado de 1933, y tanto en una como en otra demanda es evidente que los instituidos herederos en el primer testamento tienen interés en impugnar las pretensiones, dado que por la primera existe la posibilidad de declararlo revocado, y por la segunda de estimarlo vigente, y en ambos supuestos hay que llamar a juicio a todos los interesados en el bien controvertido, que son los instituidos herederos en el testamento cuya revocación o vigencia se discute.»

«Considerando: Que la figura jurídica del litis consorcio pasivo necesario se caracteriza por su finalidad de obtener una resolución única para todos, por tratarse de una única pretensión que a todos afecta, no sólo porque el

principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el proceso de todos los que debieron ser parte en él, sino en evitación de resoluciones contradictorias sobre el mismo asunto si el demandante pudiera dirigirse por separado contra cada uno de los interesados, con el peligro de condenar a una persona sin ser oída, por lo que no puede declararse la revocación o vigencia de un testamento sin estar presentes en el proceso todos los interesados, lo que hace perecer el motivo primero, y como no es posible decidir sobre la nulidad de la institución de heredero sin determinar, a la vez, a quién corresponde la herencia, porque no puede ésta quedarse transitoriamente vacante, decae también el motivo segundo, y con él la totalidad del recurso, con los pronunciamientos del artículo 1748 de la Ley procesal.»

SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1967.—*Institución de heredero. Modo. Condición. El artículo 798, párrafo 2.º del Código civil se refiere tanto a la obligación modal como la simplemente condicional.*

Fallecido el 12 de octubre de 1953 don J. O. M., bajo testamento en el que instituía heredero a aquél de sus sobrinos, don S., don R., y don A. O. F., que hasta la muerte del instituido viva permanentemente en la casa que habitó el testador, los tres hermanos llevaron a cabo el 9 de diciembre de 1955 un contrato de transacción en documento privado, en el que, entre otros extremos, reconocían R. y A. como sucesor de su tío a su hermano S., quien a primeros del año siguiente dejó de vivir en la casa que había habitado el testador. A. pretende que su hermano S. ha perdido todo derecho en la herencia de su tío por haber incumplido la condición testamentaria de residir permanentemente durante toda su vida en el lugar donde está enclavada la citada casa, al propio tiempo que se declare la nulidad del convenio transaccional por haber sido hecho bajo el presupuesto de que S. habría de cumplir fielmente la condición testamentaria.

Alegado por el demandado S. que la casa no era propiedad del testador, sino de un hermano del mismo, padre de los litigantes, siendo ésta una de las razones por las que celebraron la transacción ante la imposibilidad práctica de cumplir literalmente la condición, y que el no residir en la casa ni en el pueblo se debió a que durante una ausencia temporal suya su hermano demandante A. se fue a vivir a la misma casa con su familia, siendo imposible la convivencia entre ambos, el Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela desestima la demanda.

Contra la sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña recurre el actor. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso conforme a la siguiente doctrina:

«Que las cuestiones a examinar en este trance, conforme a lo solicitado en la demanda, a lo debatido en el pleito, a lo resuelto en la instancia y a lo propugnado en el recurso, son únicamente dos: Primera: Si el contrato de "transacción", suscrito por las partes, en documento privado, de 9 de diciembre de 1955, es inexistente o radicalmente nulo, como sostiene la parte actora, o debe producir efectos jurídicos, entre quienes lo suscribieron, según entiende el demandado y proclaman los juzgadores de instancia. Y segunda: Derivada de la anterior y hasta donde sea posible con independencia de ella, si el deman-

dado ha de perder los derechos hereditarios, a su favor deferidos en la herencia de su tío, por haber dejado de cumplir la obligación que se le impuso de residir, de por vida, en la casa designada en su testamento por aquél.»

«Que el principio general contenido en el artículo 4.º del Código civil, y según el cual son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo que la Ley misma ordene su validez, tiene su complemento, a efectos de la contratación, en el artículo 1.255 del mismo Cuerpo legal, en que tras de reconocer ampliamente la libertad de contratación, “autorizando a las partes para establecer los pactos, cláusulas y condiciones, que tengan por conveniente”, añade que ello será “siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”, habiendo, por tanto, de entenderse que en estos casos no sólo cesa la libertad de contratar, sino que lo pactado será radical o absolutamente nulo; pero no ha de confundirse esta causa de nulidad que determina tan tajante consecuencia invalidatoria del contrato, con la llamada “relatividad” de los efectos del mismo, según postulado establecido en el artículo 1.257, al decir que “los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos”, y respecto a éstos, aun con las limitaciones que a seguido establece, de todo lo que deduce que cuando la titularidad jurídica sobre bienes o derechos determinantes, corresponden, por entero, a ciertas personas, únicas a quienes puede afectar su situación jurídica presente, éstas son libres de regular tal situación, estableciendo para ello los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente y no sean ilícitos, inmorales o atentatorios al orden social, y ello aun cuando por algún evento jurídico posterior pudieran advenir a aquella titularidad, personas que, por no ser herederas de los intervinientes en el convenio, quedarían inmunes, al menos en principio, a sus consecuencias legales, pudiendo incluso acudir, desde luego, a juicio para postular aquellas medidas necesarias de garantía, para la eficacia, en su día, de su potencial derecho.»

«Que, a esta doctrina, se ajusta la Sala sentenciadora, al proclamar la validez del contrato transaccional, suscrito entre las partes y en el que se dan los requisitos esenciales que exige el artículo 1.261 del Código civil, puesto que existió “consentimiento”, sin vicio denunciado y que incluso se subyugó en simultáneo acto conciliatorio; “objeto” cierto, que eran los bienes y derechos concurrentes tanto en la herencia del padre de los litigantes como en la del hermano de éste, otorgante del testamento aludido, siendo tales herederos mayores de edad y los únicos llamados a las herencias referidas; “causa”, insiña en las recíprocas prestaciones convenidas y que tuvieron su debida efectividad, e incluso el “móvil” que caracteriza, por ministerio de la Ley, al pacto transaccional, pues entre los contratantes existía un estado pre-litigioso, ante las fundadas dudas y atisbados inconvenientes que se ofrecían, sobre el alcance y puesta en práctica de lo ordenado en el testamento del tío, ya que la obligación impuesta al heredero primeramente designado y a sus posibles sustitutos de vivir, hasta su muerte, en una casa determinada, podía discutirse si constituía una condición suspensiva o resolutoria o una simple cláusula modal, y para su efectividad práctica se presentaba el inconveniente de no ser tal casa del dominio del testador, sino la llamada “petrucial”, perteneciente a la herencia de su hermano, que, como dicho queda, era el padre común de todos los hoy litigantes; el convenio transaccional orilló a su manera tales dudas y dificultades, siendo puesto en práctica mediante la consumación de las recíprocas concesiones pactadas y no le es lícito ahora al actor, interviniente en el mismo, postular la nulidad radical o absoluta del pacto, pese a su libre

consentimiento prestado y al aprovechamiento de sus ventajas, a pretexto de una hipotética, problemática o remotamente posible lesión, de eventuales derechos de supuestos terceros, que no fueron llamados a su herencia por el testador y que, en todo caso, no podrían ser perjudicados, dada la relatividad inherente a los efectos del contrato, en que no tomaron parte; en suma: la Sala entiende que, al haber renunciado, el hoy actor, a todos los derechos que pudiera tener en la herencia de su tío, carece de todo interés legítimo en aquélla, y por eso acoge la excepción de falta de legitimación activa, propuesta en tiempo oportuno y que se basa y fundamento único de la absolución de la demanda, por lo que, al acordarlo así, no puede haberse incidido en las infracciones de Ley que, en los diversos motivos del recurso, se denuncian.»

«Que la segunda cuestión carece de interés al haberse resuelto la primera en el sentido que se expone: no obstante, y ante las afirmaciones contenidas en el escrito de formalización del recurso y reproducidas en el acto de la vista, subrayando que la Sala no recogió las afirmaciones de la sentencia dictada por el Juzgado de que el hoy actor, dueño a virtud del convenio de transacción que ahora impugna, de la finca a que afectaba la obligación impuesta al demandado, expulsó a éste de la casa, conviene observar que la sentencia de segunda instancia acepta los Considerandos de la apelada, en cuanto no se oponga a los suyos propios, y si guarda silencio sobre tal punto es por resultarla ocioso ocuparse del mismo, al acoger la excepción propuesta, pero nada en contra contiene sobre lo que afirmó el Juzgado, como resultante de la prueba practicada y que, en todo caso, impondría aplicar, al de autos, lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 798 de dicho Código civil, que, dada su redacción, abarca tanto la obligación condicional como la simplemente modal, lo que haría improsperable la otra petición, de pérdida del derecho hereditario, que en la demanda se contiene.»

SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1967.—*Reconocimiento de deuda. Legado. Los herederos pueden descontar al legatario (así considerado fiscalmente) el impuesto sucesorio.*

Fallecido don A. E. R., cuñado de la incapacitada por enajenación mental doña M. O. L., quien había reconocido en su testamento adeudar a ésta 250.000 pesetas, el tutor de la incapacitada reclama a los herederos de aquél la expresada suma, reducida en el importe de lo abonado por dichos herederos al sanatorio psiquiátrico en que estaba internada la incapaz a 214.109,30 pesetas. Los demandados admiten la deuda, pero reducida además en la cantidad que habían satisfecho por el impuesto sucesorio a 64.604,05 pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valladolid estimó la demanda y condenó a los demandados a satisfacer las 214.109,30 pesetas, sentencia confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid. El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Emilio Aguado González, declara haber lugar al recurso y en la segunda sentencia reduce la condena a las 64.604,05 pesetas.

«Considerando: Que son hechos reconocidos por las partes y aceptados por las sentencias de instancia: Primero: Que el cuñado de la demandante incapaz, a cuyo nombre acciona su representante legal, murió en el año 1958, bajo testamento, en una de cuyas cláusulas reconocía deber a aquélla la cantidad

de 250.000 pesetas. Segundo: Que la Oficina liquidadora del Impuesto de Derechos Reales, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 31, número 16, en el 59, número 1.º, regla 8.ª del Reglamento del Impuesto, en razón a no existir documento fehaciente, acreditativo de la deuda reconocida, estimó que se trataba de un legado de metálico y procedió, en tal concepto, a practicar la oportuna liquidación, a cargo de la legataria favorecida, pero exigiendo el pago directamente de los herederos que lo efectuaron, según consta debidamente acreditado en los autos. Tercero: Que en la demanda origen del juicio se reclama el pago de la cantidad reconocida como deuda en el testamento, con deducción de lo satisfecho por los herederos, al abonar ciertas facturas devengadas por el establecimiento psiquiátrico, en que está recluida la beneficiaria, y, por su parte, los demandados manifiestan su conformidad inicial con lo pedido en la demanda, si bien estiman que del importe de la deuda debe también deducirse, en justa compensación, lo abonado por los mismos, con motivo de la liquidación practicada a cargo de la actora y cuyo pago les fue exigido, no habiendo accedido a esta pretensión las sentencias recaídas en la instancia.»

«Considerando: Que contra la dictada por la Audiencia, en la que se estimó que el impuesto satisfecho sólo es repercutible en la proporción del 0,50 por 100, que debió únicamente abonarse con arreglo a los artículos 27, número 1.º, y 69, número 1.º, del Reglamento del Impuesto, se ha interpuesto el presente recurso de casación, fundado en tres motivos en los que se alega, en síntesis, la infracción, por falta de aplicación, equivalente a su violación, de los artículos 1.089, 1.090, 1.158, 1.195 y 1.202 del Código civil, en relación con el 31, número 16, y con el 59, número 1.º regla 8.ª, del Reglamento del Impuesto»

«Considerando: Que el análisis del recurso, en relación con los fundamentos que tuvo en cuenta la Sala sentenciadora, para dictar su fallo, pone de relieve: A) Que el Tribunal se basó principalmente en lo dispuesto en el artículo 27, número 1.º, del Reglamento del Impuesto, en que textualmente se dispone que “los contratos de préstamos, los *de reconocimiento de deuda*, cuentas de crédito sin otra garantía que la personal del prestatario y depósito retribuido, cualquiera que sea su importe, *el documento en que consten* y la obligación de que procedan, así como las prórrogas expresas y las renovaciones totales o parciales de la misma clase de *contratos*, satisfarán el 0,50 por 100 del capital fijado, con arreglo al artículo 69 de este Reglamento”. B) Que de tal precepto se infiere que su ámbito de aplicación se reduce a los negocios jurídicos que tengan carácter de “contratos” y que además se exige su documentación, por lo que, al no tener las deudas reconocidas en testamento, aquel carácter contractual, si así no resulta inicialmente acreditado, ha de entrar en juego el artículo 31, número 16—como entiende el recurrente—, por el que se exige, para la eficacia de la manifestación del testador, la concurrencia de los requisitos siguientes: Primero: Que se justifique la deuda por documento fehaciente. Segundo: Que éste sea adecuado a los bienes que se trata de excluir. Tercero: Que su fecha sea anterior a la de la apertura de la sucesión. C) Que en el caso de autos ningún documento aparece que, con las condiciones exigidas, apoye la manifestación del testador, pues ni éste señala su existencia, ni los herederos lo aportaron a la Oficina liquidadora, ni la parte actora arguye, tan siquiera, que haya tenido realidad, por lo que al estar la liquidación que se giró, de acuerdo con las normas reglamentarias y ante el expresivo y especial texto del artículo 59, número 1.º, regla 8.ª, del Reglamento, según el que “en los legados de metálico, efectos públicos u otros valores mobiliarios, alhajas, créditos y bienes muebles, en general, se liquidará el impuesto a cargo del

legatario, pero será exigible directamente de los herederos, representantes y administradores del caudal hereditario, quienes quedan facultados para descontar su importe, a los legatarios, al hacerles la entrega del legado”, está en el caso de autos, bien efectuado el pago, por cuenta de la favorecida que ahora reclama la entrega de su legado, cuya naturaleza jurídica tiene el reconocimiento de deuda, no justificado en la forma exigida, resultando procedente el resarcimiento que, por vía de compensación, se solicita por los demandados, con arreglo a las disposiciones de índole civil y fiscal que se citan en el recurso como infringidas y al no haberlo entendido así la sentencia de instancia no hay duda de que incide en los motivos de casación que el recurso contiene, lo que determina el acogimiento del mismo con las consecuencias y pronunciamientos consiguientes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.745 de la Ley Procesal Civil.»

SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1967.—*Legado de cosa inmueble determinada. Legado de cosa litigiosa. Entrega y posesión. Artículos 883 y 885 del Código civil.*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Jacinto García Monge y Martín, desestima el recurso de la parte demandada y apelante en base a las siguientes condiciones:

«Que el primero de los motivos del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se basa en la interpretación errónea de los artículos 883 y 885 del Código civil, en la aplicación indebida del artículo 455 y en la violación de los artículos 667 y 434 del propio texto legal, así como la de la jurisprudencia que cita, haciendo derivar los vicios denunciados, de modo fundamental, de la declaración de poseedores de mala fe de los recurrentes de la finca cuestionada, que la sentencia declara desde determinada fecha, de la cual extrae las consecuencias jurídicas que en el motivo se combaten; mas tal declaración, como cuestión de hecho, sólo puede ser atacada por el preciso cauce procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, y no por el aquí elegido, de acuerdo a la constante doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en sentencias de 25 de abril de 1918, 11 de febrero de 1946 y 10 de abril de 1956, siendo, según ésta, apreciada libremente por la Sala, conforme a su propia jurisdicción, la buena o la mala fe de la posesión, a lo que cabe agregar que nunca podría existir el vicio de interpretación errónea de preceptos legales cuando éstos no fueron objeto por el Tribunal de exégesis, que diera lugar a asignarles un sentido que el recurrente estimase inadecuado según las reglas gramaticales y lógicas ni el de aplicación indebida, si los preceptos base de la resolución impugnada son los que han de regir la cuestión que se plantea, ni en suma el de violación, si el juzgador —partiendo de hechos no combatidos adecuadamente y de la interpretación de las cláusulas del testamento, tampoco desvirtuadas—se ajustó al recto sentido de dichas normas, en este caso especialmente al artículo 882 del Código civil, que decide el supuesto fáctico y legal de modo terminante, en el sentido en que lo hace la sentencia recurrida, todo lo que conduce a la desestimación del motivo que se examina.»

«Que el segundo de los motivos, articulado por la misma vía procesal que el anterior, alega la violación del artículo 890 del Código, refiriéndose al civil, la aplicación indebida del artículo 1.214, la violación del 1.253 y la interpreta-

ción errónea del 798, todos del mismo Cuerpo legal, y para razonar la existencia de los vicios denunciados parte el recurrente de unos hechos diametralmente opuestos de los que han sido declarados por el Tribunal de instancia, sin combatir estos últimos por el cauce adecuado del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de trámites, interpretando por otra parte el testamento de forma parcial e interesada, en contradicción con el sentido que la sentencia recurrida le asigna, conforme a la función que al juzgador le corresponde, sino oponiendo sus propias presunciones, no apoyadas en hechos que a él le incumbían probar, puesto que son por éste alegados, todo lo que, según su parcial criterio, da lugar a calificar el legado fundamento de la acción y otros ajenos, de modo totalmente inadecuado, pero conforme a sus intereses, con lo que pretende sustituir con su criterio el más objetivo y ponderado de la Sala sentenciadora, razones que conducen al parecimiento del referido motivo del recurso.»

«Que el tercero de los motivos, que se ampara en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega que la sentencia otorga y declara extremos que no figuran en la réplica de la demanda, motivo que omite el fundamental requisito que la doctrina de esta Sala exige para su viabilidad, citar la infracción del precepto sustantivo en que había de basarse el vicio que se denuncia, esto es, el del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tiene a estos efectos el mentado carácter, señalando su infracción por alguno de los conceptos que establece el artículo 1.692 de la Ley de trámites, tratando aquí el recurrente de basar un hipotético derecho de retención que se opone, no sólo a la calificación de poseedores de mala fe que la sentencia declara, sino a la falta de justificación que la misma proclama sobre el mal estado de la finca al recibirla los demandados y de la realidad de los gastos que afirman haber realizado éstos en su mejora y reparación, sin combatir eficazmente la apreciación del juzgador respecto a la no sujeción de la finca discutida a los gastos de la testamentaria, conforme a la interpretación de las cláusulas del testamento, que de modo correcto efectúa el Tribunal, lo cual conduce a la desestimación del referido motivo del recurso.»

«Que el cuarto de los motivos, seguido por el cauce procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la violación del artículo 453 del Código civil, por cuanto el recurrente estima que la entrega inmediata de la finca que la sentencia ordena, con lógica consecuencia de no estar ésta sometida a plazo ni condición, privaría a los demandados del derecho de retención que el citado precepto concede hasta que sean abonados los gastos necesarios o los meramente útiles; mas para la virtualidad de tal derecho, no instado por la parte demandada reconventionalmente, cual sería en su caso preciso, olvida que la sentencia, lejos de afirmar la buena fe de la posesión de los recurrentes, les declara poseedores de mala fe, en términos tan enérgicos como justos, poniendo de relieve la tenaz resistencia de los recurrentes a entregar a la legataria la finca, con total ausencia de fundamento fáctico y jurídico que amparase dicha posesión, y como el referido hecho de la posesión de mala fe de los demandados no fue adecuadamente combatido, ello hace que falte el requisito esencial que el citado artículo requiere para dar lugar al derecho que se invoca, por lo que ha de perecer el motivo del recurso.»

«Que el quinto de los motivos, articulado conforme al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de trámites, alega la violación del artículo 667 del Código civil y de la doctrina legal que cita, así como la aplicación indebida del artículo 455 del mismo Cuerpo legal, infracciones que no cabe estimar, porque el precepto inicialmente invocado contiene únicamente la definición del testa-

mento, y no cabe duda alguna, ni el recurrente la plantea, que el que sirve de base a la acción ejercitada, en virtud del cual ostentan los demandados la condición de albaceas, tiene dicha conceptualización legal, siendo esta cuestión totalmente ajena de la interpretación de sus cláusulas, que es la que en este motivo trata el recurrente de llevar a efecto, sin acogerse a las normas que han de regir dicha materia, interpretación que está en evidente contradicción con la que, conforme a su función en este aspecto, llevó a efecto el Tribunal sentenciador, en perfecta armonía con los hechos declarados y con el recto sentido del testamento y respecto a la alegada infracción del artículo 455 del Código civil, que partiendo de la declaración de poseedores de mala fe que la sentencia atribuye a los demandados, que ha de ser mantenida, es perfectamente aplicable el citado precepto legal, y así lo hace la sentencia recurrida, lo que conduce a desestimar dicho motivo.»

«Que el último de los motivos, seguido por la vía procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se basa en la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, formulándose *ad cautelam* del tercero de los motivos, citando al efecto, como documento auténtico, fundamental, el propio testamento de cuyo cumplimiento se trata, lo que hace decaer puesto que se apoya en un documento que ha sido examinado y ponderado por la Sala sentenciadora, lo que, conforme a la doctrina de esta Sala, le priva del necesario carácter para servir de soporte al error que se invoca, y de otra parte, porque el fundamento en que se apoya el recurrente se dirige a combatir la interpretación del testamento hecha por el juzgador, cuestión no fáctica, la cual sólo puede encuadrarse en la denuncia de la infracción de las normas legales regidoras de esta interpretación, razones que conducen a la desestimación del motivo y con ésta a la de la totalidad del recurso, con las consecuencias legales que impone el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1967.—*Reserva viudal. Extensión cuantitativa de la facultad de mejorar atribuida al reservista. Artículos 823 y 972 del Código civil. La facultad de mejorar comprende sólo la tercera parte de los bienes reservables, debiendo distribuirse las dos terceras partes restantes igualmente entre los reservatarios.*

Debatiéndose exclusivamente en este pleito el alcance de la facultad de mejorar en los bienes reservables atribuida al reservista, de la que éste había hecho uso exclusivamente y en su totalidad a favor de una de las hijas de su primer matrimonio, el Juzgado de Primera Instancia número 23 de Madrid estimó la demanda interpuesta por los demás reservatarios, que nada habían percibido de los bienes reservables, y declaró «que es ineficaz en derecho y, por tanto, inoficiosa la cláusula del testamento de don R. P. P. en lo relativo a la mejora sobre los bienes reservables establecida exclusivamente en favor de la demandada C. P. D.; que asimismo es ineficaz la partición de bienes realizada en el particular relativo a la hijuela de bienes reservables, adjudicados exclusivamente a la demandada; que los demandantes M. R. y F. P. D. han sido preteridos en el testamento de su padre R. P. P., exclusivamente, en lo relativo a la institución sobre los bienes reservables; que, en consecuencia, los demandantes tienen derecho a una cuarta parte de

las dos terceras partes, cada uno, en concurrencia con la demandada, a la que corresponde otra sexta parte y además, una tercera parte por vía de mejora».

La Sala 3.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, resolviendo la apelación de la demandada, absolvió a ésta y revocó la sentencia del Juzgado, con lo que vino a dar por buena la disposición testamentaria de don R. P. P., que mejoraba en la totalidad de sus bienes reservables a su hija C. P. D.

El Tribunal Supremo, en ponencia del excelentísimo señor don Antonio Cantos Guerrero, cercena al máximo la libertad distributiva del reservista y casa la sentencia de la Audiencia aceptando en la segunda dictada la del Juzgado. Han servido de base al fallo las siguientes consideraciones:

«Considerando: Que ha existido en este pleito, y desde su comienzo, un perfecto acuerdo entre los litigantes en lo referente a la apreciación de la concurrencia en la herencia de que se trata de todos los elementos personales y reales que la Ley exige para que se produzca la situación jurídica de la reserva ordinaria a que se refiere el artículo 968 del Código civil, así como también, ha existido conformidad sobre la realidad del hecho, distintamente valorado por cada parte, de haber dispuesto el reservista, en su testamento de 27 de febrero de 1959, de todos los bienes reservables en beneficio de una sola de sus hijas del primer matrimonio; supuestos de hecho consignados en la sentencia de instancia, firmes ya para la casación; y, por tanto, ésta ha de reducirse, analizando los dos únicos motivos del recurso, a resolver sobre la posibilidad de que el padre reservista disponga para después de su muerte de todos los bienes reservables en beneficio de uno solo de los reservatarios, o si esta facultad ha de ser limitada y en qué cuantía.»

«Considerando: Que la verdadera naturaleza de la institución de la reserva, desconocida en la generalidad de los códigos europeos y de honda raigambre en el Derecho patrio, y en cuanto a la forma de la que tratamos tomada del Derecho romano, ha sido muy discutida, tanto en el terreno científico como en la doctrina de esta Sala; estimándose ya superada aquella tendencia recogida en las sentencias de 21 de marzo de 1861, 16 de junio de 1862, 18 de junio de 1880 y 22 de junio de 1895, ésta posterior al Código civil, que asimilaban los derechos del reservista a los del usufructuario, las cuales confundían dos especies jurídicas distintas, ha sido sustituida, a partir de la importante sentencia de 6 de julio de 1916, por aquella otra teoría que la considera como una variedad, de características propias, de las limitaciones de la autonomía de la voluntad en las sucesiones *mortis causa*, o sea, de aquellas en las que el legislador ha señalado un orden de suceder de obligado acatamiento, del tipo de las legítimas, aunque diferenciada de ellas, porque su contenido no se marca por una cuota parte, sino que se concreta a determinados bienes, teñidos por su origen, y cuya calidad de reservables depende de una complejidad de circunstancias, en cuyo detalle no hemos de entrar, pues no es su condición de reservables lo que se discute en este recurso; pero sí hemos de anotar, ya que se discuten facultades del reservista, que en la vida de la reserva hay que distinguir dos periodos: uno de contingencia y de inseguridad mientras vivan reservistas y reservatarios, y otro de perfección o efectividad, que se abre a la muerte del reservista cuando sobreviven los reservatarios; durante el primer periodo, las posibilidades de los reservatarios son bien precarias, todos sus derechos se reducen a una mera expectativa asegurada; por el contrario, las facultades sobre los bienes del obligado a la reserva son

amplias, tanto de disfrute como de disposición *inter vivos* como verdaderos dueños, aunque sujetos, estos últimos actos, a la posible revocación, incluso frente a tercero en virtud de las garantías establecidas en favor de sus ulteriores beneficiarios en los artículos 977 del Código civil y 184 de la Ley Hipotecaria; los actos de disposición *mortis causa*, en cambio, les están vedados, con la sola excepción establecida en el artículo 972 del Código civil, a la que seguidamente nos referiremos.»

«Considerando: Que esta predeterminación sucesoria supone una distribución por igual entre los reservatarios cuando son varios los titulares, que se habrá de regir por las reglas de la comunidad de coherederos creada, según el artículo 921 del Código civil, invocada como supletoria en el artículo 973, que determina que los parientes que estén en el mismo grado hereden por partes iguales, siendo esta igualdad preocupación del legislador hasta el punto que en el párrafo segundo del artículo últimamente citado se dispone que en la reserva hereden por igual los reservatarios, aunque en el testamento del padre o madre premuerto hubieran heredado desigualmente; pero esta proporción puede ser alterada por obra del único acto dispositivo *mortis causa* que puede realizar el reservista en cuanto a los bienes reservables al amparo del artículo 972 del Código civil: el de mejorar a uno o varios de sus hijos beneficiarios de la reserva; cuyo alcance en su relación con el 823, es lo que se trata de limitar en el primer motivo de este recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al combatir la amplitud con que fue interpretado por la Sala de instancia, y que es procedente acoger por las siguientes razones:

1.ª Que de cuanto venimos exponiendo se deduce que la reserva constituye una limitación de la autonomía de la voluntad dispositiva *mortis causa* del reservista, dentro de la cual este precepto es una excepción, que debe ser interpretada en forma restrictiva, además de estar inspirada en la voluntad presunta del cónyuge premuerto, del que los bienes proceden, y ambos principios se contrarían si se le diera una total facultad de disposición al reservista, aunque reducida al círculo de los beneficiados, fundándose en una dudosa y amplísima interpretación gramatical del precepto.

2.ª Que no hay que perder de vista que la palabra “mejora”, empleada por la Ley, lleva en sí la idea de limitación; pues si el legislador hubiera querido ampliar las facultades dispositivas del tenedor temporal de los bienes reservables para después de su muerte, aunque fuera sólo dentro del círculo de sus hijos, hubiera empleado la frase “disponer de”, en vez de emplear la de “reservar en”, y sobre todo no se hubiera remitido al artículo 823 del Código civil, en cuyo artículo se define el contenido cuantitativo de la mejora como equivalente a la tercera parte del haber hereditario.

3.ª Que aun los más decididos partidarios de la interpretación gramatical amplia del artículo que comentamos reconocen las consecuencias injustas a las que con tal solución se puede llegar, arguyendo alguno “que una institución creada para favorecer a los descendientes de la primera unión puede perjudicar a la mayoría en beneficio de uno solo, en el disfrute de bienes que, sin la reserva les hubiere, en parte al menos, correspondido en la herencia del binubo”, o sea, que al consagrarse aquel principio el binubo tendría en los bienes reservables mayor amplitud dispositiva que en los suyos propios.

4.ª Que la protección de un régimen de sucesión forzosa dentro de un sistema sucesorio, está en la regulación de las consecuencias de la preteri-

ción (art. 814) y en la exigencia de que sean expresadas las causas de la desheredación (art. 849), las cuales son ampliamente detalladas por el Código, en los artículos 756, 853 y 854, aplicables a los bienes reservables según el párrafo segundo del artículo 973; pues bien, de admitirse la preterición sin consecuencias de un hijo reservatario, al socaire de una mejora en la totalidad de los reservables, a favor de otro, se llegará a una desheredación sin expresión de causa, y de peor condición que la desheredación común; ya que si en ésta los hijos del desheredado ocuparan su lugar (art. 857), en aquélla tendrían los hijos del desposeído ningún derecho: llegándose a la injusta conclusión de que si un reservatario comete contra su padre algún hecho grave que merezca la desheredación, sus hijos no perderán el derecho a la reserva; pero los hijos de los que, sin haber pecado, son sencillamente ignorados por el padre reservista, éstos no tendrían ningún derecho a percibir la parte de la que les privó a su padre o madre»

«Considerando: Que en el segundo motivo del recurso se denuncia la violación, por inaplicación, de los artículos 806, 814, 823 y 972, y también merece ser acogido porque aunque no es uniforme la doctrina científica sobre el contenido que, en cada caso, ha de darse a la palabra "mejora", o sea, en *el quantum*, con relación al todo, el padre puede mejorar: ello es debido a que se hace entrar en juego a un tercer factor, llamado "tercio de libre disposición", en función del cual, unos, sumándolo al de mejora, componen dos tercios, y otros dividiéndolo entre los dos restantes, llegan a la conclusión de que el padre puede disponer como mejora de la mitad; sin duda olvidan, los que propugnan una u otra solución, que en los bienes reservables hay tercios de mejora, por la expresa referencia que a ella hace el artículo 972 del Código civil; pero a ningún efecto hay para qué hablar de otras porciones específicas, a las que la Ley en este caso para nada se refiere, y, por tanto, cuando se habla de mejorar en la reserva, ha de interpretarse como posibilidad de favorecimiento en un tercio, que es lo que la Ley autoriza bajo esa palabra.»

SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1966.—*Legado condicional. Legado de residuo. Facultades dispositivas «mortis causa» del fiduciario. Interpretación de testamento. Artículos 675, 781 y 783 del Código civil. El testador puede conceder al fiduciario la facultad de disponer por actos «mortis causa». Ha de estarse al sentido literal de las disposiciones testamentarias que no sean oscuras, ambiguas o inexpressivas.*

Doña M. L. C. murió bajo testamento, en el que, tras ordenar diversos legados de inmuebles determinados a favor de doña F. S. G., y D. y don J. C. M., dispone: « Octavo: Percepción de legados. Todos los legados hechos a la F. S. G., D. y J. C. M., los percibirán a la muerte del esposo de la testadora, don J. H. O., si él no hubiera dispuesto de los inmuebles legados, pues en este caso no tendrán derecho alguno al legado o legados ni a su importe, teniéndose por no hechos. Noveno: Que del remanente de todos sus bienes, acciones y derechos, instituye heredero en pleno dominio a su repetido esposo don J. H. O., para que libremente pueda disponer de ellos por actos *inter vivos* y los goce con la bendición de Dios y la suya.»

Don J. H. G. dispuso, efectivamente, de los bienes legados, pero no por actos entre vivos, sino en su testamento, en favor de su segunda esposa, de

doña F. S. G. y de don F. C. M. (estos dos últimos, la misma legataria anterior y hermano de los anteriores legatarios, respectivamente).

El Tribunal Supremo, en ponencia del excelentísimo señor don Victoriano Juvencio Escribano Ruipérez, declara no haber lugar al recurso, confirmando la sentencia de la Audiencia Territorial de Granada, que, a su vez, había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Jaén.

«Considerando: Que, conforme al artículo 675 del Código civil, toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y que en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento; teniendo declarado esta Sala, con reiteración, que es función de los Tribunales *a quo* la de fijar el verdadero alcance de las cláusulas testamentarias, cuyo criterio ha de prevalecer en casación, en tanto no se evidencie que es manifiestamente erróneo o equivocado por contrariar de modo muy patente la voluntad del testador, si bien en todos los casos habrá de estarse al sentido literal de las disposiciones testamentarias, siempre que no sean oscuras, ambiguas o inexpresivas.»

«Considerando: Que en el caso enjuiciado, la testadora dispuso los legados a que se refiere el litigio, adicionando una cláusula complementaria de los mismos, del tenor literal siguiente. "Percepción de legados. Todos los legados hechos a la F. S. G., D. y J. C. M., los percibirá a la muerte del esposo de la testadora, don J. H. O., si él no hubiese dispuesto de los inmuebles legados, pues en este caso no tendrán derecho alguno al legado o legados ni a su importe, teniéndose por no hechos", y por la siguiente, dispuso "que del remanente de todos sus bienes, acciones y derechos, instituye heredero en pleno dominio a su repetido esposo para que libremente pueda disponer de ellos por actos *inter vivos*. "»

«Considerando: Que la Sala de instancia, al ofrecer como ofrece cierta oscuridad la redacción literal de la disposición sobre legados, procedió a su exégesis, relacionándola con los términos de la institución de heredero, llegando a la conclusión de que la voluntad de la testadora fue la de conferir a su esposo la facultad de disponer libremente y sin limitaciones de los bienes objeto de legado, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, y como tal interpretación no se ofrece manifiestamente errónea o equivocada, ni en pugna con las expresiones contenidas en el testamento, debe prevalecer frente al particular criterio del recurrente, con la obligada consecuencia de desestimar el motivo tercero del recurso, en el que, por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la violación del párrafo 1.º del artículo 675 del Código civil, así como la del número 1.º del 1.281 y 1.284 del mismo Cuerpo legal, preceptos que, en todo caso, podrían ser objeto de denuncia por interpretación errónea, pero no por violación, cuando acontece que la Sala de instancia hizo aplicación de los mismos, desestimación que alcanza también a los motivos primero y segundo, en los que, por la vía del número 7.º, se acusa error de hecho y de derecho, respectivamente, en la apreciación de las pruebas, pues en ellos no se hace otra cosa que plantear por cauce inadecuado el mismo problema relativo a la interpretación del testamento.»

«Considerando: Que en el cuarto y último de los motivos del recurso, por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la violación de los artículos 781 y 783 del Código civil, argumentándose que, por tratarse de un legado de residuo que participa de la naturaleza de las disposicio-

nes fiduciarias, debió entenderse que el primer llamado sólo podía disponer por actos *inter vivos*, pero no *mortis causa*; mas sobre ello, es de tener en cuenta que no *se está ante* un fideicomiso de residuo, sino ante *un legado condicional*, pues falta el doble o múltiple llamamiento que caracteriza las disposiciones fideicomisarias, y que incluso en la hipótesis de que, efectivamente, se estuviera ante una disposición del carácter de estas últimas, las consecuencias en orden al fallo impugnado serían las mismas, pues la doctrina relativa a que en tales supuestos la facultad de disposición atribuida al fiduciario sólo le autoriza para disponer por actos *inter vivos*, siempre está supeditada a la voluntad del testador que puede concederle la de disponer por actos *mortis causa*, y como el Tribunal *a quo* ha estimado que la testadora concedió a su esposa esta última, sin que tal apreciación haya sido impugnada con éxito, procedę la desestimación del motivo examinado.»

SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1966.—*Sustitución fideicomisaria de residuo. Adjudicación para pago de deudas. Artículos 657, 659, 661 del Código civil, 45 y 104 de la Ley Hipotecaria.*

Don M. M. B. murió en Madrid el 17 de enero de 1915, bajo testamento cuya cláusula 5.ª disponía: «En el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones y futuras sucesiones, instituye y nombra por única y universal heredera en pleno dominio a su muy querida esposa doña O. R. L., queriendo que los que sean los halle, lleve, goce y disponga de ellos por actos *inter vivos* o por testamento, con entera libertad y sin limitación alguna. Si al fallecimiento de dicha heredera quedaren alguno o algunos bienes, derechos o acciones, de los que no hubiera dispuesto por contrato o testamento la doña O., o ésta falleciera antes que el testador, quiere y designa por heredera de los que en tal caso hubiere de la propiedad del don M., a su señora madre política, doña C. L. R. en usufructo y en nuda propiedad a la Beneficencia Italiana, domiciliada en Madrid.»

Doña C. L. R. premurió a su hija doña O., quien, a su vez, falleció sin dejar parientes con derecho a sucederla *ab intestato*. Entre los bienes relictos, procedentes de la herencia de su marido don M. M. B., figuraba un inmueble, dividido idealmente en 200.000 partes, de las que la heredera doña O. R. L. se había adjudicado 100.500 partes *para* pago, se dice en los «resultandos» (parece que más bien sería *en* pago), de deudas hipotecarias por valor de 100 500 pesetas, las cuales fueron satisfechas por doña O. mediante fondos que obtuvo, concertando posteriormente otros préstamos hipotecarios sobre la misma finca con el Banco Hipotecario.

El Estado español demandó a la Sociedad italiana de Beneficencia, suplicando se declarase a su favor la propiedad de las antedichas partes de la finca, a lo que se opuso la demandada, formulando reconvencción, a tenor del siguiente «suplico»: Que el Estado, por no haber cumplido la obligación que le impuso la sentencia de 15 de noviembre de 1947, de formalizar inventario de los bienes relictos, carece de acción; que tampoco lo es dable, por haber dejado transcurrir los plazos establecidos en el Código civil, solicitar ahora la formación de inventario y que no es posible que el Estado adquiera la herencia, si a ella hubiera tenido derecho, de doña O. R. L., pura y simplemente.

te; que la institución creada en el testamento de don M. M. B. es, por cuanto respecta a la Sociedad italiana de Beneficencia, un fideicomiso de residuo, cuyo pleno dominio ha adquirido la misma al fallecimiento de doña O. R. L.

El Juzgado de Primera Instancia número 15 de la capital estimó la excepción de falta de acción en el Estado, nacida del incumplimiento del deber de formar inventario, absolviendo a la demandada, así como estimó igualmente la reconvencción, declarando la existencia de un fideicomiso de residuo la propiedad de cuyos bienes había adquirido la Sociedad benéfica.

La Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid revocó en parte la sentencia del Juzgado, desestimando la excepción de falta de acción de la parte actora y confirmó los demás extremos de la misma.

Interpuesto recurso de casación por la representación del Estado, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al mismo.

«Considerando: Que en el único motivo del recurso, formulado al amparo del número 1.^o del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia violación por inaplicación de la doctrina legal contenida en las sentencias de esta Sala que se citan, según la que, en los legados de residuo, sólo habrá obligación de entregar al fideicomisario aquellos bienes de que no se hubiese dispuesto por el fiduciario de residuo, estimando que existió un acto de carácter dispositivo con respecto de la mitad aproximada del inmueble urbano que se discute, como consecuencia de haber sido heredado por el fiduciario en forma de adjudicación en pago de deudas del testador que fueron satisfechas por aquél con su peculio particular, lo que impediría que pudiese entrar en el residuo a que tiene derecho el fideicomisario, frente a todo lo cual es preciso tener en cuenta que la cláusula testamentaria que da origen a las presentes actuaciones donde se establece el mencionado fideicomiso residual, de las contempladas en el artículo 45 de la Ley Hipotecaria, debiéndose, por tanto, entender que los bienes fueron transmitidos sin este condicionamiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 657 del Código civil, a cuyo tenor sobradamente conocido; “los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte” y, naturalmente, en la forma y manera determinada en el testamento como auténtica Ley sucesoria particular, sin que a ello pueda ser un obstáculo la circunstancia de que, al recibir posteriormente los bienes, el heredero fiduciario hiciese constar en el acta de notificación y adjudicación que, en pago de las deudas hereditarias, se adjudicaba “100.500 *avas partes* de las 200.000 del valor total” de la finca discutida, porque esto no puede tener otro significado sustantivo civil que el de reconocer el compromiso que contraria con la aceptación de la herencia—no habiendo hecho uso del derecho del beneficio de inventario—que le venia dado por imperativo de lo dispuesto en los artículos 659 y 661 del propio Código civil, en el sentido de que no solamente se le transmitían los derechos, sino también las obligaciones del testador, reconociendo que en el supuesto aquí contemplado era, por otra parte, *superfluo*, desde el instante en que las aludidas deudas estaban garantizadas con sus correspondientes hipotecas que se habían constituido sobre el inmueble transmitido, las cuales, según establece el artículo 104 de la Ley Hipotecaria—acertadamente aplicado por la sentencia recurrida—, sujetan, directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se imponen, cualquiera que sea su poseedor, “al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituyen”.»

«Considerando: Que de acuerdo con todo lo anterior, es evidente que no puede entrar aquí en juego el mecanismo de la adjudicación en pago de deudas hereditarias en su sentido técnico y preciso, ni existe posibilidad de plantear los problemas que entraña su discutida naturaleza jurídica, con la diversidad de postura doctrinales, encaminadas todas ellas a tratar de encontrar la solución que asegura más o mejor el derecho de los terceros acreedores de la masa hereditaria, sino que, por el contrario, la heredera fiduciaria recibió todos los bienes que le son adjudicados con igual título y carácter de plena propiedad, teniendo en cuenta que lo que resta a su fallecimiento pasará a manos de la entidad instituida fideicomisaria y, por supuesto, con la carga o gravamen real de orden hipotecario que permitía la garantía de aquellos derechos crediticios y que forzosamente tenía la obligación de respetar, por lo que en manera alguna puede afirmarse que al producirse la liberación de la misma—que después volvió a establecerse en favor de distinto acreedor—adquiriese la heredera una propiedad particular de que hasta entonces carecía, que vendría a constituir una especie de patrimonio separado, hipotético, irreal o incompatible, con lo que fue la realidad de los hechos que dan lugar al presente recurso y los mandamientos vigentes de nuestra legislación civil, todo lo cual obliga a la desestimación del único motivo articulado y con ello a la del recurso en su totalidad, con los consiguientes pronunciamientos legales.»

SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1967.—*Sustitución ejemplar. Bienes que comprende. Artículos 670 y 776 del Código civil. Sólo comprende los bienes que el ascendiente haya dejado a su descendiente incapaz, con las accepciones y sustituciones en su caso, porque la sustitución ejemplar no entraña una excepción al carácter personalísimo del testamento.*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Olivenza, estableciendo la siguiente doctrina:

«Considerando: Que aunque la cuestión objeto del pleito de que dimana este recurso parece reducirse a un simple problema de interpretación de cláusula testamentaria, para determinar si tal cláusula comprende sólo los bienes que fueron de la testadora o abarca también a los que el incapaz haya adquirido por otros medios, sin embargo, ello no es así, puesto que, como cuestión previa, exige que se precise si cuando el ascendiente instituye por heredero a un descendiente incapaz por enajenación mental y le designa sustituto para el supuesto en que llegue a fallecer sin haber recobrado la razón ni otorgado testamento válido, pasan a dicho sustituto, no sólo los bienes que le dejó aquel ascendiente, sino también cuantos se hayan incorporado al patrimonio del incapaz por cualquier título legal; es decir, si por tratarse de la sustitución que el derecho histórico denominaba *cuasi pupilar* o ejemplar, el testamento del causante del incapaz viene a sustituir el testamento de tal incapaz y lleva consigo el tránsito de todo el patrimonio de éste el sustituto, o, por el contrario, únicamente el de los bienes que le dejó el instituyente, si este problema, tan importante y sugestivo, se resuelve de acuerdo con esta segunda tesis, ya

resuelta superfluo el tratar de la cuestión de la interpretación de la cláusula testamentaria, porque, fuere cual fuere la letra de la misma e incluso la intención de la testadora, nunca podría tener mayor alcance que el de comprender solamente los bienes que fueron de la aludida testadora.»

«Considerando: Que el Derecho romano, para evitar los inconvenientes que se derivan del fallecimiento *ab intestato*, y fundándose en la incompatibilidad de las sucesiones testamentarias y legítima y en la unipersonalidad de la patria potestad y del *pater familias*, creó la figura jurídica de la sustitución, en sus varias formas, y si bien en cuanto a la llamada pupilar estaban conformes todos los textos en que por virtud de ella el *pater familias* otorgaba testamento por su hijo impúber y le nombraba heredero de todos los bienes de éste, que habían de pasar al sustituto si se producía el evento previsto, en cambio, con respecto a la llamada sustitución *cuasi pupilar* o ejemplar, no existía esa misma unanimidad de opiniones.»

«Considerando: Que aunque nuestra legislación de Partidas recogió aquellas tradiciones jurídicas romanas, lo cierto es que a partir de la publicación del Ordenamiento de Alcalá, que admitió la compatibilidad de las sucesiones testamentarias y *ab intestato*, y de las Leyes de Toro, se establecen un derecho, que pudiéramos llamar nacional, que culmina con la promulgación del vigente Código civil, en cuyo artículo 670 se proclama el principio fundamental de que *el testamento es un acto personalísimo* y que su formación no podrá dejarse, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero, ni tampoco la designación de las personas que hayan de suceder cuando varios sean instituidos nominalmente.»

«Considerando: Que contra esta norma general y absoluta del Derecho civil común, únicamente se pueden admitir las derogaciones que de manera expresa y terminante se establecen en el propio Código, a saber: a), la contenida en el artículo 671, cuando haya que repartir cantidades dejadas en general a una clase determinada, y b), la consignada en el artículo 831, que permite al cónyuge superviviente distribuir, a su prudente arbitrio, entre los hijos comunes, los bienes del difunto, si ello se pactó en las correspondientes capitulaciones matrimoniales; fuera de estos casos, en las regiones sometidas al Derecho civil común, no puede formularse testamento por otra persona.»

«Considerando: Que si, pues, con arreglo a nuestro Derecho sucesorio, no puede otorgarse testamento por otro, sino en los casos taxativamente dispuestos por la Ley, se comprende que, en el caso de la sustitución ejemplar, el sustituto no debe heredar más que los bienes que el ascendiente le haya dejado a su descendiente incapaz, incluso con sus accesiones y sustituciones, si las hubo, pero no los demás bienes que dicho incapaz haya adquirido por otros conceptos, los cuales deben seguir el cauce previsto para la sucesión legítima.»

«Considerando: Que si no bastara para fundamentar esta opinión el texto claro y terminante del artículo 670 del Código civil, que proclama, de manera expresa y rotunda, que el testamento es un acto personalísimo, cuya formación no puede dejarse al arbitrio de una tercera persona, otras razones vendrían en apoyo de ella, a saber: Primera: La autorización necesaria por el propio artículo 776 a todos los ascendientes para designar sustituto de su descendiente incapaz permitiría el nombramiento de varios sustitutos, y como la Ley no establece preferencia alguna entre ellos, se daría lugar a problemas irresolubles, no sólo en cuanto a los bienes que el incapaz hubiera recibido de quien no le hubiera nombrado sustituto, sino también respecto a los que procedían de cada uno de los distintos instituyentes, por no existir un

precepto limitativo expreso, análogo al que se contiene en el artículo 207, para el supuesto de que varias personas hubieran dejado a un mismo menor e incapaz diferentes herencias o legados, o a los que figuran en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, para el supuesto de que concurran varias sustituciones en un mismo instituido. Segunda: Esa misma autorización general a todos los ascendientes podría dar lugar a que uno cualquiera de ellos privara al padre del incapaz de toda la parte de libre disposición de la herencia de uno de sus hijos fallecido sin haber recobrado la razón y sin haber otorgado testamento, e incluso posibilitaría que no heredara nada el hermano del incapaz que lo hubiera cuidado y asistido durante su incapacidad. Tercera: Por tratarse de una institución de excepción, debe interpretarse en sentido restrictivo y no de ampliación. Cuarta: Los sistemas legislativos modernos que aún admiten esta arcaica institución, desaparecida en muchos otros, concretan el alcance de la misma, limitándola sólo a los bienes que proceden del ascendiente que hizo la designación, como ocurre con el artículo 2.300 del Código civil portugués, que va a entrar en vigor—en parte—el 1 de junio próximo.»

«Considerando: Que contra la tesis que queda establecida, nada puede significar la doctrina de la sentencia de 6 de febrero de 1907; en primer lugar, por ser única y no formar, por tanto, jurisprudencia, y en segundo lugar, porque en ella se trataba de un testamento otorgado en 4 de abril de 1888 —antes de la vigencia del Código civil—, y aunque en la cláusula objeto de la discusión se disponía por la madre del incapaz que el sustituto le sucedería en todos los bienes del instituido, incluso en los que hubiera heredado por la línea materna, lo cierto es que tal *sentencia* recayó en un recurso interpuesto contra un auto que acordaba el sobreseimiento de un *proceso de prevención de ab intestato*, instado por quien se titulaba heredero legítimo del incapaz fallecido, y se limitó a declarar que “cuando existe, como en el caso del presente recurso, un testamento otorgado por la madre en sustitución de su hijo por causa de su incapacidad, *no se puede estimar que éste haya muerto intestado para los efectos prevenidos en el artículo 960 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, porque tal testamento produce la misma eficacia que si hubiera sido otorgado por el causante de la herencia, sin perjuicio de discutir en el juicio correspondiente su validez absoluta o su extensión y eficacia, sin que, mientras tanto y prejuzgando dicha cuestión, sea lícito proceder como si no existiera.”»

«Considerando: Quienes en el primer motivo del recurso se alega que la sentencia impugnada ha incurrido en interpretación errónea del artículo 776 del Código civil, pero lo que, en realidad, hacen los recurrentes es combatir la exégesis que realiza la Sala sentenciadora de la cláusula discutida, la cual, en tesis de aquéllos, daba a entender que debían pasar al sustituto, no sólo los bienes que la testadora dejaba al incapaz, sino también los que éste adquiriese por cualquier título; mas para razonar la procedencia de tal motivo tiene que incurrir en una petición de principio, dando como supuesto que el mentado precepto permite esa disposición de bienes ajenos, cuando, en realidad, lo único que posibilita es la designación de sustituto del incapaz, sin determinar las clases de bienes que se han de transmitir al aludido sustituto, que no pueden ser más que los que fueron del instituyente; por lo que resulta patente que la Sala sentenciadora no ha cometido la interpretación errónea de ese precepto que el recurso le atribuye»

«Considerando. Que en el segundo motivo del recurso, los recurrentes de-

nuncian la infracción "por aplicación indebida", del artículo 675 del Código civil, y aun suponiendo que el concepto que quiera aludir sea la aplicación indebida, tampoco el motivo puede prosperar, porque lo que el recurso vuelve otra vez a combatir en la interpretación dada por la sentencia a la tantas veces aludida cláusula testamentaria, insistiendo en que la testadora ordenó una sustitución ejemplar referida a todos los bienes que el incapaz tuviera en el momento de su fallecimiento, alcance éste que no cabe conceder a esa sustitución, por imperio de las normas de nuestro Código, que otorgan al testamento la naturaleza de este personalísimo»

«Considerando: Que también en el tercer motivo, aunque se vuelve a denunciar "la aplicación indebida y errónea" del mencionado artículo 775 del Código civil, se insiste en atacar la interpretación de la cláusula testamentaria, pretendiendo darle el amplio alcance que conviene a su tesis impugnatoria, y que no cabe; y aunque se pudiera admitir que era posible combatir, con la invocación de aquel raro concepto de infracción, la exégesis de dicha cláusula, aun en tal supuesto, tampoco el recurso sería estimable, ya que, como razona la Sala de instancia, la testadora, en la tantas veces mencionada cláusula, sólo se refiere a su *herencia*, sin aludir, para nada, a los demás bienes que el incapaz llegue a adquirir por otros títulos distintos, por lo que no resulta errónea la interpretación de tal cláusula que, en último término, no fue combatida en forma y tiene que ser mantenida.»

SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1967.—*Colación. Transacción. Albacea: su legitimación pasiva. Artículos 618 y 901 del Código civil. No son colacionables los bienes objeto de transacción. Está legitimado pasivamente, aun antes de efectuar la partición, el albacea nombrado con amplísimas facultades.*

Los hechos se desprenden de los siguientes «Considerandos»:

«Que no son donaciones, ni a ningún efecto procede que sean consideradas como tales, las transacciones sobre determinados bienes consignadas en los dos contratos, ambos de 20 de octubre de 1961, suscritos por el causante de la herencia D. J. G. P., y sus hijos, únicos aportados a los autos por los demandados, con la pretensión de que, al amparo de la cláusula 3.ª del testamento, que es la que se anula por la sentencia de instancia, los bienes comprendidos en ellos fueron computados como ya recibidos por los hijos, a cuenta de los dos tercios de la herencia, en los que se les instituye herederos por el padre, en concurrencia con la viuda de segundas nupcias, a la que se le instituye en el tercio de libre disposición; pretensión que se reitera en los motivos primero y segundo del recurso, amparados en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocando la errónea interpretación de los artículos 618 y 1282 del Código civil y que deben ser desestimados totalmente; pues, como venimos de decir, no se trata de donaciones, ya que uno de dichos documentos es un contrato de arrendamiento de la finca "La Bayoncilla", de la que el padre era titular del derecho de usufructo, y los hijos nudo propietarios, por precio cierto de 833 Qm. de trigo y sometido, por voluntad de las partes y renuncia de todo privilegio, a la Ley de Arrendamientos de 15 de marzo de 1935, hay que tener, además, en cuenta que a la muerte del padre se consolidó en los hijos la plena propiedad de dicha finca, y tampoco merece la calificación de donación la otra estipulación, de

igual fecha y otorgada por las mismas personas, no sólo porque en su propia letra se le llama "transacción", sino porque, en realidad, se trata de un ajuste de cuentas entre el padre y los hijos, con relación a la explotación, que había sido llevada en común, de una fábrica de pimentón, donada a los hijos por escritura de 27 de junio de 1958, en la que se hacen mutuas concesiones, y, como dice la sentencia de este Tribunal de 5 de mayo de 1896, cuando un acto no es gratuito en beneficio del donatario y cuando es el interés de las partes y no la liberalidad de una de ellas lo que lo determina carece de uno de los requisitos necesarios para que pueda considerarse como donación; pero es que, a mayor abundamiento, en la estipulación 2.ª del documento a que nos venimos refiriendo, se hace constar expresamente que todos aquellos derechos que en él cede el padre a los hijos, deben de entenderse comprendidos en la donación antes aludida, del 27 de junio de 1958, la cual, por haber sido hecha con la cláusula de que en su día no serían traídos a la herencia del donante los bienes comprendidos en ella, no ha sido objeto de litigio en instancia ni en casación.»

«Que tampoco merece ser acogido el motivo tercero del recurso en el que, a) amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 901 del Código, considera prematura la decisión judicial que anuló la cláusula 3.ª del testamento de D. J. G., que debió reservarse, en su caso, para cuando se impugnara la partición, una vez hecha por el albacea, nombrado con amplísimas facultades, y que es el propio recurrente, motivo por el que se plantea de consuno el problema de la acción judicial contra una cláusula testamentaria, después de la muerte del testador y antes de ser llevada a la ejecución, y el de la propia legitimación pasiva del ahora recurrente, como albacea contador-partidor, que aún no ha realizado la partición y que actuó como demandado en el pleito; problemas que deben ser resueltos ambos en sentido afirmativo, pues es indudable, de una parte, que ha de poder ser anulada una cláusula testamentaria, y aun un testamento en su totalidad, sin necesidad de haber sido previamente ejecutado, cuando existan razones legales para ello, es más, la sentencia de 18 de octubre de 1890 llega a eximir, incluso al albacea, de la obligación de cumplir la voluntad del testador cuando sus disposiciones no se ajusten a las Leyes, y de otra parte, está fuera de toda duda que el albacea está legitimado, por el número 3.º del artículo 902 del Código civil, para sostener, siendo justo, la validez del testamento en juicio y fuera de él, habiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo acentuado la obligación de defender en juicio dicha validez antes de haber ejecutado la voluntad testamentaria (sentencia de 11 de enero de 1900), llegando las sentencias de 16 de septiembre de 1910 y la de 4 de mayo de 1927 a afirmar que lo gastado por el albacea en la defensa de la voluntad del testador debe ser pagado con los bienes de la herencia; es, por el contrario, como dice la sentencia de 31 de diciembre de 1909, terminadas las operaciones particionales cuando carece de personalidad el albacea para defender el testamento, si es entonces cuando se impugna la validez.»

«Que, con arreglo a lo expuesto, actuó dentro de sus facultades y fue ajustada a derecho la anulación, declarada por la sentencia de instancia, de la cláusula tercera del testamento otorgado en 25 de junio de 1963 por don J. G. P., ya que en dicha cláusula se afirmaba la preexistencia de unas donaciones que debían ser traídas a la herencia y ser imputadas en el haber de los hijos,

cuando de tales partidas unas no revisten el carácter de donación, sino de contratos onerosos, con recíprocas prestaciones, y otras, por haber sido entregadas a los hijos con carácter de irrevocables por el padre y no afectar a las legítimas, no podían ser detraídas.»

SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1967.—*Partición por comisario. Extralimitación en sus facultades. Dolo civil. Nulidad de la partición. Omisión de objetos y valores. Herencia: bienes que la componen. Transmisibilidad hereditaria del negocio de Agente de Aduanas. Artículos 659, 1.079 del Código civil, Decreto de 21 de mayo de 1943, Reglamento de 19 de julio de 1943 y Orden de 24 de mayo de 1944. El contador-partidor debe atenerse a la voluntad del testador, so pena de ser nula la partición. La aplicación del artículo 1.079 del Código civil supone la existencia de una partición válida, aunque sea incompleta.*

Don A. O. R. murió bajo testamento, en el que designó contador-partidor, y en cuyas cláusulas 3.^a y 5.^a hizo expresa mención del negocio de Agencia y Comisionista de Aduanas y Consignatario de Buques, para cuya continuación desigó a su hijo, el demandado A. O. H, sin perjuicio de lo que por valor del mismo haya de entregar a sus coherederos, disposición testamentaria que, según el hermano del demandado y actor en el pleito, don L. O. H, fue incumplida totalmente, haciendo desaparecer el negocio en cuestión por lo que suplicó se declarase nulo el cuaderno particional redactado por el comisario-partidor don G. O. R. y la viuda del causante, por haberse realizado contra las disposiciones del testador o con evidente dolo y mala fe, debiendo realizarse nueva partición con inclusión de todos los bienes de la herencia, entre ellos el negocio de Aduanas, Comisionista y Consignatario de Buques. Subsidiariamente a ello, la rescisión del expresado cuaderno particional por lesión al actor en más de la cuarta parte con elección para el demandado entre proceder a nueva partición o indemnizar. Y en último lugar, para el caso de no prosperar ninguna de las dos pretensiones anteriores, que se adicione y complete el mentado cuaderno particional con inclusión del dinero en metálico existente al morir el causante y el negocio de Aduanas, Comisionista y Consignatario de Buques.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Sebastián declaró nulo y sin efecto alguno el cuaderno particional por haberse realizado contra las disposiciones del testador, debiendo realizarse nueva partición, en la que se comprenda la totalidad de los bienes de la herencia, con inclusión del negocio de Consignatario de Buques propiedad del causante, exceptuando solamente el de Agente y Comisionista de Aduanas.

Apelada esta sentencia por ambas partes, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, estimando en parte el recurso del actor y desestimando el de los demandados, declaró nulo y sin efecto alguno el cuaderno particional por haberse realizado contra las disposiciones del testador, debiendo realizarse nueva partición en la que se incluya la totalidad de los bienes de la herencia, con inclusión del negocio de Aduanas, Comisiones y Consignación de Buques propiedad del causante.

Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Manuel Lojo Tato, declara no haber lugar al mismo, conforme se expone a continuación:

«Considerando: Que antes de entrar en el particular examen de cada uno de los cuatro motivos en que se asienta el presente recurso, se estima procedente consignar que el pronunciamiento esencial y básico de la sentencia recurrida se declara nulo y sin efecto el cuaderno particional al que la parte dispositiva se refiere, siendo las razones fundamentales del fallo anulatorio, a tenor de la sentencia impugnada, el haberse realizado la partición contra las disposiciones del testador rebasando aquella "simple facultad", a que se contrae el artículo 1.057 del Código civil, y también por maquinaciones dolosas que acreditan la existencia de un dolo civil "que vicia de nulidad la partición efectuada por el comisario" (Considerando cuarto de la sentencia recurrida y quinto y sexto de la de primer grado aceptado por la Audiencia).»

«Considerando: Que el motivo primero del recurso se acoge al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil y en él se denuncia la infracción por violación del artículo 659 del Código civil, alegándose, sustancialmente, que el título de Agente de Aduanas otorga un derecho de carácter público intransferible e intransmisible y que, ante el silencio del Código civil en esta materia, tampoco regulada en el Código de Comercio, es necesario acudir a las normas administrativas que establecen los requisitos exigidos para el ejercicio de esta profesión, con cita al respecto del Decreto de 21 de mayo de 1943, su Reglamento de 19 de julio del mismo año y la Orden de 24 de mayo de 1944, entendiendo el recurrente que conforme a los preceptos de estas disposiciones (no dice cuáles) la profesión de Agente de Aduanas es intransmisible, y que únicamente al fallecimiento del titular se reconoce en favor de los herederos un derecho preferente a obtener la correspondiente autorización administrativa para el ejercicio de la profesión, advirtiéndose que cualquiera que sea el rango jurídico de dichas disposiciones administrativas son de obligada aplicación al caso de autos, por tratarse—dice el impugnante—de las únicas normas reguladoras de la profesión de Agentes y Comisionistas de Aduanas, aparte otros argumentos secundarios que asimismo se exponen; mas, en primer lugar, debe destacarse que ninguno de los argumentos empleados, así como la legislación citada, afectan al negocio de Consignatario de Buques, aunque a ello se haga alusión en el motivo, quedando en realidad imbatidos los razonamientos de la sentencia recurrida, pero, además, debe notarse que el Tribunal *a quo* estima que el negocio de Agencia de Aduanas es transmisible, y por ello aplica el artículo 659 del Código civil rectamente y, por otra parte, las disposiciones que globalmente se citan son de carácter administrativo, y, por ende no aptas, en principio, para basar en ellas la casación civil y conteniendo varios artículos o preceptos, no se mencionan siquiera los que, determinadamente, fueren aplicables, ni se expresa, ni se trata de normas de carácter prohibitivo cual sea en concreto su relación con la norma civil que se invoca como infringida, ni tampoco el concepto en que aquéllas hayan sido vulneradas, por todo lo que es obvio que todo este motivo primero, en su exposición y desarrollo dialéctico, está falto de precisión, lo que bastaría para rechazarlo.»

«Considerando: Que, además, es clara la intención del causante testamentario don A. O. R. de disponer en favor de su hijo A. de lo que el mismo testador llama negocio de Agente y Comisionista de Aduanas y Consignatario de Buques "sin perjuicio de lo que por valor del mismo haya de entregar a sus coherederos conforme a las normas de este testamento", designando a su citado hijo como continuador de la profesión, siendo obvio (Considerando 5.º) que el Tribunal *a quo* no prescinden del Decreto de 21 de mayo de 1943, Orden de 19 de julio del mismo año y disposiciones de la Orden del 24 de mayo de 1949,

sino que tiene en cuenta expresamente todo ese ordenamiento con cita concreta del artículo 4.º, párrafo 3.º, del Decreto básico, así como del artículo 10 de la Orden de 19 de julio del mismo año, desprendiéndose de dichos preceptos la posibilidad de transmisión sucesoria de tales Agencias, en los casos y condiciones previstas en el párrafo 3.º del artículo 4.º del Decreto primeramente mencionado, siendo de advertir que el condicionamiento en el caso actual está cumplido, y que, precisamente, el número 2.º del apartado A) del artículo 9.º de la mentada Orden íntimamente relacionado con el 10, aplicable conforme al apartado D) al caso del fallecimiento del titular de una Agencia individual, se refiere al testimonio notarial del testamento otorgado por el causante, o, en su defecto, de la declaración de herederos, y, en su caso, de la correspondiente partición de bienes por todo lo que es indudable que el comisario-partidor debió sujetarse a la voluntad del testador y cumplirla tal y como se le había encomendado lo cual no hizo, razones que unidas a las antes dichas, conducen también a la desestimación del motivo primero.»

«Considerando: Que en el segundo motivo, igualmente amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la infracción por violación del artículo 675 del Código civil, precepto legal que, en tesis del recurrente, atribuye notoria supremacía al sentido literal, aduciendo que la sentencia impugnada parte de la errónea interpretación, de la cláusula tercera del testamento otorgado por don A. O. R. pues el recurrente entiende que la cláusula indemnizatoria solamente entrara en juego si se cumple la condición, es decir, en el caso que exista "un valor efectivo atribuible a los elementos patrimoniales de la herencia, pero que al hacer inventario el comisario-partidor obtuvo un saldo negativo de tales elementos patrimoniales, únicos, en su sentir, susceptibles de partición, por lo que quedó ineficaz por imposible la hipótesis señalada por el testador".»

«Considerando: Que la tesis que ahora sostiene la parte recurrente en el motivo segundo, ni siquiera se aviene con lo expresado por la misma parte en su contestación, cuando atribuía al testador (no al Tribunal, que todavía no había emitido su fallo), "el grave error de confundir la profesión de Agente y Comisionista de Aduanas con un negocio comercial por el que el nuevo titular deba compensar a sus herederos, según las normas del testamento", afirmando, además, "que la Agencia no es un negocio, y aunque lo fuera, en el estado que la dejó el causante valía poca cosa", pero, aun aparte esa contradictoria y extraña actitud descartada la cuestión, que es tema del motivo primero, no cabe dudar que la Agencia por sí misma tiene un valor económico que incluso ha sido objeto de peritaje en el pleito, valor del cual el recurrente pretende prescindir, sin que tal problema sea en el fondo de interpretación testamentaria, pues en realidad lo que el recurrente quiere es que prevalezca su propio y particular criterio y no la voluntad del testador exteriorizada en su testamento, siendo por demás confusos los argumentos con que el impugnante trata de apoyar su tesis, razones todas que conducen a la desestimación de este motivo.»

«Considerando: Que por el cauce procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la repetida Ley de Enjuiciamiento, se alega la existencia de un error de hecho, resultando, según el que recurre, de documento auténtico que demuestra la equivocación evidente del juzgador, citando en concepto de tal la propia escritura de protocolización del cuaderno particional de 9 de enero de 1962, pero esta escritura viene a ser el documento básico del pleito, y el mismo que el Tribunal sentenciador tuvo en cuenta para construir la tesis decisoria del litigio, por lo que, conforme a reiterada y conocida jurisprudencia de esta Sala,

no puede ser esgrimido como documento auténtico para evidenciar el error en la apreciación de la prueba, si bien su interpretación es susceptible de ser combatida al amparo del número 1.º del artículo 1.692, tantas veces citado, acusando la infracción de las reglas de hermenéutica que se estiman vulneradas; siendo, por otra parte, inexacto a todas luces que en la partición se valorase el negocio de Agencia de Aduanas y además como entidad patrimonial, con valor propio, debiendo significarse, además, que la tesis sostenida en este motivo tercero no se compagina con la sustentada en el primero en el que se sostenía la intransmisibilidad de la Agencia, por todo lo que tampoco el motivo que aquí se analiza puede ser estimado.»

«Considerando, finalmente, que en el motivo cuarto y último, con apoyo en el número 1.º del repetido artículo 1.692 se denuncia la violación, por inaplicación, del artículo 1079 del Código civil, arguyendo el recurrente, en suma, que aun en la negada hipótesis de que el contador hubiese incurrido en error, si a tenor del mentado artículo del Código civil la omisión de alguno o algunos valores u objetos de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición, tal error únicamente podría motivar que se completase o adicionase la partición, con la diferencia de valor omitida; más debe notarse que el mentado precepto legal, así como los que se refieren a la rescisión se enfrentan con el supuesto de una partición válida, aunque sea incompleta, pero en el presente caso se declara la nulidad del acuerdo particional por dos motivos, cual se expresa en el razonamiento inicial de esta sentencia, uno, en cuanto se estima que el contador no se atuvo a la voluntad del testador manifestada en el testamento, extralimitándose en sus funciones que, conforme al artículo 1.057 del Código civil, estaban limitadas a la simple facultad de hacer la partición, extralimitación que revistió los diversos aspectos que en la sentencia recurrida se examinan, y otro por las maquinaciones fraudulentas y dolosas a las que se refieren los Considerandos tercero y séptimo de la sentencia impugnada, puesto éste en que dicha sentencia ni siquiera es combatida, siendo de aplicar al respecto la doctrina sobre nulidad de los actos jurídicos, recogida en el sexto razonamiento de la sentencia de primera instancia, aceptado por la Audiencia, razones que causan el decaimiento del cuarto motivo; y en cuanto a la cuestión que esporádicamente se alude en la última parte del motivo que se examina, cualquiera que sea el criterio de esta Sala, al respecto, no se plantea debidamente, acusando en forma, si así procediere, la infracción del artículo 1303 del Código civil, base legal de la decisión correspondiente, sin que tal precepto sea siquiera aludido en el extremo comentado.»

SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1967.—*Partición por comisario. Herederos menores. Citación para el inventario. Artículo 1.057, párrafo 2.º del Código civil. La citación para el inventario no requiere forma determinada, bastando cualquier medio hábil, sin que se exija la presencia de los citados.*

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 15 de la capital, estableciendo la siguiente doctrina.

«Que la partición del comisario puede considerarse intermedia entre la del testador y la de los coherederos, formalmente se asemeja a ésta, por cuanto no es el causante quien la realiza, pero en su naturaleza y esencia es semejante a aquélla por ser un negocio jurídico unilateral y por cuanto se apoya siempre en la voluntad del testador, el cual en lugar de hacer atribuciones concretas que satisfagan las cuotas por él dispuestas, encomienda a otra persona que haga tales atribuciones, pero siempre como satisfacción de las cuotas por él instituidas, habiendo declarado la jurisprudencia que la partición realizada por comisario expresamente nombrado por el testador, equivale a la hecha por éste, por ser su representante en cierto modo, debiendo ser respetada por los Tribunales mientras las legítimas quedan incólumes (sentencias de 25 de abril y 17 de junio de 1963)»

«Que el paralelismo de la partición hecha por comisario con la realizada por el propio testador, encuentra su única excepción en el caso de que entre los coherederos haya alguno de menor edad y sujeto a tutela, debiendo entonces el comisario inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios (apartado 2.º del artículo 1.057 del Código civil), sin que se requiera una forma determinada para verificar la citación, con lo que los menores coherederos pueden ser llamados a la formación de inventario por cualquier medio hábil para tal fin, sin que se exija su presencia, tras haber sido citados para dicho acto.»

«Que en el caso de autos, declarado por la sentencia recurrida que los herederos menores fueron citados a la formación del inventario, el motivo segundo del recurso denuncia error de Derecho en la apreciación de las pruebas, que no puede prosperar por falta de invocación del precepto valorativo de prueba que haya sido conculcado, desestimación que acarrea la del motivo primero al quedar privado de la indispensable base *de facto*.»

«Que si bien la jurisprudencia ha declarado con reiteración que deben aplicarse a los comisarios las normas dictadas por el Código civil con relación a los albaceas (sentencias de 24 de febrero de 1903, 5 de febrero de 1908, 14 de enero de 1913, 22 de febrero de 1929 y 5 de julio de 1947), el artículo 907, que es motivo tercero del recurso denuncia como violado, regula la obligación de los albaceas de "dar cuenta" de su encargo a los herederos habiendo declarado esta Sala que la práctica de las operaciones particionales constituye el modo más adecuado que los albaceas tienen de "dar cuenta" del encargo que el testador les ha conferido (sentencia de 31 de marzo de 1915), lo que provoca la desestimación del motivo examinado y con él la del sexto, que alega la inaplicación del artículo 1.720, relativo a los mandatarios, que ha de ceder ante el precepto específico aplicable a los albaceas, y en todo caso, nunca podrían considerarse los coherederos como mandantes del comisario, el cual a quien representa en cierto modo es al testador que le ha designado con la simple facultad de hacer la partición (apartado 1.º del artículo 1057).»

SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1967.—*Partición por comisario. Rescisión por lesión. Artículos 1.073, 1.074 y 1.077 del Código civil.*

Don J. y doña D. B. S., únicos hijos de don E. B. B., fallecido el 19 de diciembre de 1962, demandaron a la segunda esposa de éste, doña C. B. L., para que alternativamente se declarase: 1.º La nulidad, por error y dolo en las operaciones particionales de su difunto padre llevadas a cabo por el con-

tador-partidor testamentario, don V. L. T., o la rescisión por causa de lesión en más de la cuarta parte, y que como consecuencia de ello, vista la considerable trascendencia del perjuicio, la demandada estaba obligada a practicar nuevas operaciones particionales con los actores.

El Juzgado de Primera Instancia de Carlet declaró rescindida la partición y el derecho de la viuda para optar por indemnizar o proceder a realizar nueva partición. Apelada la sentencia por ambas partes, la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia declaró rescindida la partición condenando a la demandada a efectuar nueva partición con intervención de los actores con subordinación a las bases que se fijaban

Las partes recurren y el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Jacinto Garcia-Monge y Martín, desestima ambos recursos.

«Considerando: Que el recurso interpuesto por la señora B, el único motivo se ampara en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basándole en la aplicación indebida del artículo 1.074 del Código civil, razonando dicho vicio exclusivamente en hacer una valoración de bienes que constituyen el caudal hereditario, opuesta a la señalada en la sentencia recurrida, fijando a su juicio las que corresponden a la recurrente, los que deben asignarse a los herederos recurridos, la cuantía de las deudas, la plusvalía sobre los inmuebles y la no variación del valor de las fincas rústicas, con lo que lejos de combatir la aplicación del citado artículo 1.074 del Código civil, que lo sería en todo caso, ya que se refiere según estima la sentencia a la rescisión de la partición por lesión en más de una cuarta parte atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, tiene sustancialmente un contenido exclusivamente fáctico, el de oponerse al valor estimado en la sentencia, que sólo podía ser combatido por el preciso cauce procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de trámites, con lo que se incurre en la causa de inadmisión que establece el número 9.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en este trance se convierte en causa de desestimación que procede acordar, con las consecuencias que establece el artículo 1.748 de la citada Ley».

«Considerando: Que la sentencia recurrida estima la acción ejercitada por la parte hoy recurrente, en cuanto declara rescindida la partición de los bienes hereditarios de don E. B. B., y condena a la demandada a efectuar nueva partición, con intervención de los demandantes, si bien dado lo dispuesto en el artículo 1.077 del Código civil, tal condena, con referencia a partición ha de ser hecha para el caso que la demandada consienta en la partición y opte por indemnizar, basándose en existir en la partición lesión en más de la cuarta parte del valor de los bienes, negando por otra parte que aparezcan elementos bastantes para afirmar que la demandada y el albacea testamentario hayan empleado medios o formas engañosas tendentes a lesionar los derechos e intereses de los actores; acoge, por tanto, únicamente la pretensión que se formula subsidiariamente al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.074 del Código civil rechazando la acción basada en nulidad por dolo o error, y así la pretensión anulatoria de la partición formulada por la parte actora sólo difiere de lo otorgado independientemente del fundamento acogido, en dar cabida a la norma establecida en el artículo 1.077 del Código civil, que permite que subsista la partición efectuada si el heredero demandado opta por indemnizar el daño, debiendo, por tanto, el recurso interpuesto por los demandantes dirigirse, para llegar a obtener la eficacia pretendida, a eliminar este derecho de opción que la sentencia reconoce en favor de la parte recurrida.»

«Considerando: Que no atacado en ninguno de los motivos del recurso de la parte actora la infracción del citado artículo 1.077 del Código civil, único que da lugar a mantener en su caso la partición efectuada, si la heredera demandada hace uso de la opción que éste le otorga, éste carecería en todo caso de eficacia aun cuando fuese estimable el fundamento de la existencia de engaño o dolo que trata de propugnarse en los motivos articulados, siendo rechazable en el tercero, que con la expresada finalidad se ampara en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basado en error de hecho en la apreciación de la prueba, citando como documentos auténticos el testamento del causante, el requerimiento practicado al contador-partidor, el acta de protocolización y acto de conciliación que en sentir del recurrente ponen de manifiesto el dolo y forma engañosa concurrentes en dicha partición, aparte de que los calificados como documentos auténticos al efecto no han sido aportados a este recurso, éstos ya han sido objeto de valoración por el juzgador de instancia, y para la estimación del dolo, que proclama la doctrina de esta Sala, frente a la declaración formulada por el juzgador de instancia, es preciso demostrar el error cometido en forma legal, sentencia de 16 de junio de 1915 y distinguir los hechos que motivaron la declaración de voluntad, cuyo examen puede ser llevado a casación por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la calificación jurídica que les correspondía, aspecto que ha de discurrir para el cauce del número del citado artículo, conforme a sentencias de 30 de marzo de 1951 y 1 y 8 de febrero de 1955, tratándose aquí no de contradecir los hechos básicos sentados en la sentencia, sino de la valoración jurídica que a los mismos le atribuye el juzgador, lo que no cabe ser encuadrada como cuestión de hecho en el alegado motivo, que debe, por tanto, perecer.»

«Considerando: Que el segundo de los motivos de dicho recurso se formula conforme al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, alegando como infringidos, sin citar en cuál de los conceptos que dicho precepto legal establece, los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, y aparte del vicio formal indicado, debe notarse que la sentencia no se basa en presunciones, y las que pretende el recurrente carecen de base fáctica estimada en la sentencia, necesaria para dar lugar, mediante el enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, a la conclusión de haber sido empleados medios modos o formas engañosas para lesionar los intereses de los recurrentes, puesto que la valoración de los bienes adjudicados es la que da lugar a la rescisión por lesión, también alegada por dicha parte, razones que conducen a la desestimación del expresado motivo del recurso»

«Considerando: Que el primero de los motivos se sigue por el cauce procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil y alega la falta de aplicación del artículo 1.073 del Código civil la interpretación errónea del artículo 1.074 del mismo Código y la de los 1.255, 1.456 y 1.291 del mismo texto legal, y aparte de que, como queda sentado, no se ataca la conclusión sobre la infracción al caso del artículo 1.077 del Código civil, en que se basa el derecho de opción concedido a la heredera demandada, no cabe estimar la violación del primero de los preceptos citados, puesto que la partición ha sido rescindida en suma, si bien en las condiciones particularmente citadas, no existe el vicio de interpretación errónea del siguiente precepto invocado porque no fue objeto de exégesis por parte del juzgador, ni se alega por el recurrente un sentido distinto a dicho precepto legal del que le hubiera sido atribuido en la sentencia, ni la falta de aplicación de los demás preceptos legales, bien por referirse a

principios de carácter general, ajenos a la cuestión debatida, ya porque ésta ha de regirse por las normas específicas amparadoras de la acción, cual efectúa el Tribunal de instancia todo lo que conduce a la desestimación del motivo»

SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1967.—*Partición. Rescisión por lesión Cómputo del plazo para ejercitar la acción. Artículo 1.076 del Código civil. El plazo de caducidad establecido por el artículo 1.076 del Código civil empieza a contarse desde la fecha en que se hizo la partición*

En el único «considerando» el Tribunal Supremo rechaza el motivo del recurrente, en ponencia del excelentísimo señor don Julio Calvillo Martínez, confirmando la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, que, a su vez, había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Castropol

«Considerando: Que el artículo 1.076 del Código civil establece un plazo de caducidad cuyo *dies a quo* no ha de ser fijado con arreglo a las normas que disciplinan una institución distinta, como es la prescripción extintiva, ni siguiendo la doctrina sentada por este Supremo Tribunal al interpretar y aplicar aquellas normas, sino con sujeción estricta al precepto explícito, claro y terminante de dicho artículo, según el cual la acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, «contados desde que se hizo la partición», fecha inicial de cómputo que no puede ser sustituida de modo arbitrario por la que, según la alegación no probada por el accionante, tuvo conocimiento de la práctica de la división de la herencia, como ya tuvo ocasión de declarar esta Sala en su sentencia de 7 de febrero de 1958, «porque ello implicaría dejar en la incertidumbre los derechos», doctrina que, ratificada ahora, impide la estimación del único motivo y obliga a rechazar el recurso.»

SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1966.—*Sucesión legítima. Testamento destruido. Partición. Actos propios. Interpretación de testamento. Artículo 658, 675, 764, 912 y 913 del Código civil.*

El Tribunal Supremo, en ponencia del excelentísimo señor don Jacinto García Monge y Martín declara no haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia de Pola de Siero.

«Considerando: Que el primero de los motivos del recurso, formulado conforme al número del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la aplicación indebida de los artículos 912 y 913 del Código civil, en relación con los artículos 973 y 974 de la Ley procesal, así como la violación del artículo 658 del Código civil, y, por último, la de las sentencias de esta Sala de 24 de febrero de 1950 y 12 del mismo mes de 1955, y debe sentarse, en primer término, que dirigido el primero de los preceptos legales citados de determinar los casos en que tiene lugar la sucesión legítima, y el segundo referido al supuesto de la falta de herederos testamentarios, en que la sucesión se defiere según las reglas que la Ley expresa, del examen de los razonamientos del motivo aparece claramente que los verdaderos términos de la infracción que se alega no son los de haber sido sometida la cuestión que plantea a disposiciones

que considere inadecuadas para decidir las y no a las que estimase procedentes, sino que ataca al no haber deducido, del en todo caso obligado empleo de dichos artículos, otras conclusiones que propugna, lo que no puede encuadrarse dentro del vicio que se denuncia, puesto que afectaría a haber sido violados estos preceptos legales, sin que puedan ser confundidos ambos conceptos de infracción, pues tienen, conforme proclama de modo constante la doctrina de esta Sala, perfecta sustantividad e independencia; es desestimable la alegada violación del artículo 658 del Código civil, porque al contener una norma de carácter general, comprensiva de la sucesión testada y la intestada, sería inadecuado para decidir la cuestión que se plantea, que es, en suma, la del valor que deba atribuirse a la declaración de herederos *ab intestato* en el supuesto de que existió testamento que ha sido destruido tema al cual se refiere la citada sentencia de 12 de febrero de 1955, pero en circunstancias totalmente diferentes, sin que la fecha de la que se invoca igualmente corresponde a una sentencia, sino a la resolución de la Dirección General de los Registros, que afecta al valor del acta de notoriedad, en caso dispar del actual; mas de todos modos, en relación con la doctrina que se sostiene, no cabe olvidar que en este caso la declaración de herederos *ab intestato* tiene lugar en 12 de julio de 1949, y por resolución firme del Juzgado de fecha 5 de marzo de 1951, dictada en expediente de reconstitución de los testamentos, conforme a las normas del Decreto de 10 de noviembre de 1938, incorporado al Reglamento Notarial, se acuerda no haber lugar a dicha reconstitución, y con posterioridad a esta última fecha, en diciembre de 1953, se plantea este pleito cuando ya había sido salvada la deficiencia que pudiera imputarse a aquella declaración de herederos por ser en tal momento medio adecuado para este fin, expediente en el que fue citada la parte recurrente, y en segundo término, que seguido juicio de *ab intestato* consecuente a dicha declaración, en él prestó dicha parte, legalmente representada, su explícita conformidad a la partición, como perfectamente ajustada a derecho, acogiendo las sugerencias de la misma, y éste supone la aceptación de la eficacia de la declaración de herederos, base de la mentada partición, hecha eficazmente, al serlo por las que ostentaban su defensa y representación, por lo que produce frente a ésta un efecto vinculante, contra la que no puede ir sin contrariar sus actos propios, fundamentos que han de dar lugar al parecimiento del motivo que se examina.»

«Considerando: Que el segundo de los motivos seguido por la vía procesal del número 7.º del artículo 1692 de la Ley de trámites, invoca la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, citando como documento auténtico el testamento de doña C. C., que ha sido objeto de examen y ponderación en la sentencia recurrida, lo que, según proclama la doctrina de esta Sala, le priva del carácter preciso para la viabilidad del motivo, a lo que debe añadirse que más que referirse a combatir una declaración de hechos, se razone sobre la interpretación y valor jurídico de dicho testamento, materia ajena al alegado motivo, lo que le hace decaer.»

«Considerando: Que el tercero de los motivos, que se basa en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la violación del artículo 764 del Código civil, en relación con el artículo 675 del mismo texto legal y el número 2.º del artículo 912, atacando directamente la interpretación que del referido testamento hace la Sala sentenciadora, que afirma que en aquél se contiene una total disposición de bienes a favor del recurrido, materia a la que se refiere el citado artículo 675 del Código civil, que establece una norma especial, mas no desconectada de las que regulan los artículos 1.281 y

siguientes del Código civil, atendiendo fundamentalmente a la voluntad real del testador, para lo que ha de tomarse en consideración todo cuanto conduzca a investigar esta voluntad verdadera, captando el elemento espiritual, sin limitarse al sentido aparente o inmediato de las palabras, y basándose para tal indagación en los elementos gramatical, lógico y sistemático, mas sin establecer entre ello prelación o categorías, de acuerdo a sentencias de esta Sala de 8 de julio de 1940 y 3 de junio de 1942, siendo en todo caso función del juzgador fijar el verdadero sentido de las cláusulas testamentarias, sin perjuicio de la facultad del Tribunal de casación para rectificar dicha interpretación cuando resulte manifiestamente contraria a la intención del testador, conforme a sentencias de 6 de julio de 1926, 28 de junio de 1947 y 3 de febrero de 1961, y aplicada esta doctrina al caso debatido, debe declararse que la interpretación sentada en la resolución recurrida en relación al testamento que se examina se ajusta perfectamente, según la lógica, a la real voluntad de la testadora, que hace disposición universal de sus bienes, sin que al término "remanente" pueda dársele sentido contrario a dicha total disposición, sino relacionarle con la innecesaria aclaración sobre la existencia del usufructo viudal, y sin excluir de la misma la nuda propiedad de los bienes afectos a dicho usufructo, siendo comprendidos, por tanto, en aquella total disposición hereditaria los bienes objeto de la acción reivindicatoria que trata de combatirse, razones que determinan la desestimación del motivo examinado »

«Considerando: Que el último de los motivos, articulado por el mismo cauce procesal, con la invocación de la violación del artículo 348 del Código civil, está estrictamente subordinado al anterior puesto que parte del supuesto de la falta de titularidad dominical del reivindicante, por la aceptación del fundamento ya examinado, por lo que la desestimación de aquél y consecuente eficacia del título de propiedad determina el pericimimiento de este motivo, y con éste el de la totalidad del recurso con las consecuencias que ordena el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1967 —Derecho civil especial de Cataluña. Legítima: su naturaleza y pago. Principio nominalista. Artículos 129, 138 y 139 de la Compilación. La legítima catalana consiste en un valor patrimonial y el legítimo es un acreedor de la herencia. Cuando el heredero decide pagarla en dinero, ha de satisfacerse a tenor del sistema nominalista.

El Juzgado de Primera Instancia de Santa Coloma de Farnés declaró que el importe de la porción legitimaria individual referido al valor de pesetas en 1939 habrá de traducirse, en fase de ejecución de sentencia, a la cantidad que corresponda a la época actual, atendándose a la depreciación monetaria experimentada. Apelada la sentencia por los demandados, la Sala 1.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revoca el pronunciamiento del Juzgado y opta por el principio nominalista. El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Tomás Ogáyar y Ayllón, desestima el recurso interpuesto por los actores y apelados en méritos de las siguientes consideraciones:

«Considerando: Que la legítima catalana, según se deduce del artículo 122 de la Compilación, consiste en un valor patrimonial, pero nunca en parte de los bienes hereditarios, con lo que se ha consagrado la doctrina de que el legi-

timario es un acreedor de la herencia que tiene un derecho de crédito y no de condominio, puesto que es el heredero el que elige la forma de pago de la legítima, en dinero o en bienes de la herencia y para determinar su valor hay que atenerse al que tengan los bienes hereditarios al tiempo de fallecer el causante (art. 129 de dicha Compilación), desde cuya fecha se devengará el interés legal (art. 139), y fijado el importe de la cuota legitimaria, si el heredero opta por abonarla en bienes de la herencia, se justipreciarán éstos por el valor que tengan al hacerse la adjudicación (art. 138), que, normalmente, no será muy distinto del fallecimiento del causante, y que no influye en la cuantía de la cuota y sí sólo en su forma de pago, que no ofrece, por regla general, ninguna especialidad, dado que lo normal es que la fijación de la cuantía de la legítima y la adjudicación de bienes para su pago se haga simultáneamente en las operaciones particionales.»

«Considerando: Que cuando el heredero decide pagarle en dinero, la suma en que consista devenga el interés legal desde la muerte del causante, constituyendo, en realidad, una deuda pecuniaria, la que ha de satisfacerse, a tenor del sistema nominalista imperante en nuestra legislación, con arreglo al cual se tiende exclusivamente al valor nominal del dinero, cualesquiera que sean las alteraciones de valor intrínseco o comercial que experimente, lo que, si bien tiene la ventaja de dar firmeza y seguridad al orden contractual y jurídico, puede suscitar consecuencias no equitativas cuando las fluctuaciones del valor de la moneda son muy grandes, y para prevenirlas o solucionarlas se han ideado tres clases de remedios, de tipo contractual, mediante las cláusulas de estabilización, de tipo judicial, por la revisión de los contratos, basada en determinados principios jurídicos, como la cláusula *rebus sic stantibus*, el riesgo imprevisible, la lesión, etc., y de tipo legislativo, cuando se promulgan leyes de revalorización y si no se utilizan ninguno de estos remedios, rige el sistema nominalista en toda su pureza y extensión, que es el imperante en España, cual declara la sentencia de 22 de noviembre de 1966. tanto en los territorios de Derecho común como en los de Derecho foral.»

«Considerando: Que el presente recurso va en contra de la doctrina expuesta en el anterior razonamiento, puesto que en el motivo primero se pretende dar una interpretación extensiva al artículo 138 de la Compilación catalana, inaceptable, dado que al separar el 137 el dinero de los bienes de la herencia no puede estimarse incluido aquél en éstos, por lo que no puede deducirse de dicho precepto que el valor ha de fijarse en el momento del pago, y como el derecho a la legítima surge desde el fallecimiento del causante, pudiendo el legitimario reclamarla, ha de pechar con las consecuencias de su inactividad, lo que obliga al perecimiento de este motivo, y respecto al segundo, como los principios generales de derecho son fuente supletoria de segundo grado, aplicables sólo en defecto de Ley o de costumbre, según el rango jerárquico establecido por el artículo 6º del Código civil, y no se ha demostrado que no pueda resolverse la cuestión planteada por la Ley ni por la costumbre, ha de ser desestimado el mismo, así como la totalidad del recurso, con los pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley procesal.»

SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1967—*Derecho civil especial de Cataluña. Entrega y posesión de legados. Cuarta falcidia Artículos 861 y 885 del Código civil, 437 del Proyecto de Compilación, 222 y 226 de la Compilación, Digesto, 35, 2. Caduca el derecho a detraer la cuarta falcidia si no se hace inventario, para lo que no es imprescindible que los bienes estén a disposición del heredero.*

Doña P. M. S. murió en Barcelona bajo testamento abierto, conteniendo, entre otras, las siguientes cláusulas: «.. 2.^a Lega a la provincia de Castilla Mercedaria, o sea, a la Orden de La Merced y para la formación del personal de Misiones, todos sus bienes de cualquier naturaleza que radiquen o estén situados en la isla de Puerto Rico.» «3.^a Instituye por su única y universal heredera y en pleno dominio a su sobrina doña M. M.» La provincia legataria estaba en posesión de los bienes legados con anterioridad a la muerte de la testadora, en virtud de unos contratos de compraventa que fueron declarados nulos como simulados por sentencia firme. La sobrina heredera suplica, entre otros extremos de la demanda, que se declare la nulidad e ineficacia de los legados ordenados en dicho testamento, en cuanto a determinadas fincas, y la entrega a la actora de las otras fincas legadas con objeto de que ésta forme inventario, a fin de detraer la cuarta falcidia y reducidos los legados en la medida necesaria.

El Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid desestimó totalmente la demanda, sentencia confirmada por la Sala 3.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid. El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso.

«Considerando: Que de los varios fundamentos en que se apoya la sentencia de instancia su resolución sobre la validez de los legados instituidos en el testamento de doña P. M. otorgado el 27 de agosto de 1930, se combate solamente uno, el que hace relación a la cosa juzgada, en el primer motivo de este recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida del artículo 1.252 del Código civil, quedando al margen de la impugnación el resto de los razonamientos alegados, en torno a la misma cuestión, en los Considerandos 6.º, 8.º, 9.º, y en los correlativos de la primera instancia, que hace suyos la de apelación, por lo cual merece la desestimación, sin entrar en su contenido, ya que al quedar incólume, por no tratados en el recurso, las otras razones desplegadas por el Tribunal de instancia, en apoyo de su punto de vista, sería siempre ineficaz la conclusión a que pudiéramos llegar sobre el único punto debatido.»

«Considerando: Que al permitir la sentencia de 5 de julio de 1959, confirmada por la de 5 de octubre de 1962, al desestimar en su integridad el recurso de casación interpuesto contra ella, que los bienes legados por la causante doña P. en el testamento de 27 de julio de 1930, permanecieran en poder de los legatarios, que ya los venían teniendo con anterioridad, en virtud de contrato de compraventa que en dicha sentencia se declararon nulos por simulación, legitimó definitivamente la posesión de los bienes legados, sin necesidad de la previa transmisión de los mismos por la heredera, por lo cual procede desestimar el motivo segundo del recurso que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692, la invocó la violación de los artículos 861 y 885 del Código civil, la compilación de Cataluña y el Derecho romano aplicable como supletorio»

«Considerando: Que al no haber hecho la heredera inventario de los bienes quedados a la muerte de la causante, para lo cual no era requisito indispensable, que todos los bienes estuvieran a su disposición, ha causado su derecho a detraer la cuarta falcidia como proclama la sentencia de instancia, y en su virtud, procede desestimar igualmente el motivo tercero del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692, por falta de aplicación del artículo 437 del proyecto de compilación, 226 de la Compilación de 21 de julio de 1960, que, por otra parte, no estaban vigentes cuando murió la causante la Ley Falcidia, título II del libro XXXV del Digesto, que sí lo estaban.»

«Considerando: Que igual suerte deben correr los motivos cuarto y quinto, en los que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692, se estudian aspectos marginales de las cuestiones examinadas en el motivo tercero, que ha sido desestimado.»

SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1967.—*Derecho civil especial de Cataluña. Reserva lineal. Irretroactividad. Artículos 270, 272 y disposición transitoria 4.ª de la Compilación. Debe tenerse en cuenta, tanto la legalidad vigente en el momento de nacer la reserva como en el de hacerse ésta efectiva.*

Doña J. A. V. murió el 1 de mayo de 1960 bajo testamento abierto otorgado el 28 de mayo de 1954, en el que instituyó heredero a su hijo E. P. A. (demandante-demandado) y legó sus legítimas a sus otros dos hijos J. y M. P. A.

El patrimonio familiar, consistente en determinados fincas, lo había heredado doña J. de su primogénito J. P. A., heredero, a su vez, de su padre fallecido el 1 de abril de 1937 bajo capitulaciones matrimoniales de fecha 21 de mayo de 1910.

Don E. P. A. había ofrecido infructuosamente a sus hermanos J. y M. el pago de sus respectivas legítimas individuales paterna y materna, por valor cada una de 6.000 y 100.000 pesetas, por lo que demandó a éstos, suplicando se les condenase a estar y pasar por la suma que resultase justificada de la prueba pericial hacedera en el juicio sobre el valor de la herencia, base de las legítimas referidas a los años 1937 y 1960.

Los hermanos demandados formularon reconvencción por no estar conformes con la valoración de los bienes y consiguiente fijación de sus legítimas individuales, que, a su juicio, deben ascender a 7.623,67 y 213.468,09 pesetas cada una; y además demandan a su hermano E., acumulándose las actuaciones, entendiéndose que por ser los bienes reservables, corresponden por partes iguales a los tres hermanos, hijos de la reservista. A esto se opone E., quien alega que, en virtud de los capitulos, su madre tenía la facultad de elegir heredero entre sus hijos, caso de permanecer viuda.

El Juzgado de Primera Instancia de Puigcerdá, dando lugar a la demanda interpuesta por E., declaró que la legítima de los demandados J. y M. eran cada una de 6.508,25 y 178.962,93 pesetas, y no haber lugar a la demanda reconvenccional ni a la acumulada.

La Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó en parte la sentencia del Juzgado, y declaró haber lugar a la demanda acumulada, por tener el carácter de reservables los bienes inventariados, debiendo

entregar E. a cada uno de sus hermanos J. y M la tercera parte de dichos bienes.

Interpuesto recurso de casación por don E. P. A., en uno de cuyos motivos recoge literalmente la opinión de los comentaristas FAUS y CONDOMINES (*Compilación de Derecho civil de Cataluña*, pág 310), el Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso, lo que razona así:

«Considerando: Que el primero de los motivos del recurso, seguido conforme al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dirige a impugnar la resolución de instancia, basándose en la interpretación errónea del artículo 811 del Código civil, y en la violación, por no aplicación, de los artículos 270 y 272 de la Ley de 21 de julio de 1960, y ha de sentarse que el primero de los vicios denunciados ha de contraerse a oponerse a la interpretación que el juzgador de instancia haya hecho del precepto legal que se alega, si efectuó la exégesis del mismo, por ser contraria a las reglas gramaticales o lógicas, dando así lugar a haberle atribuido un sentido opuesto al que, conforme a éstas, le corresponde; mas no es esto lo que se razona en este motivo, que no contraria el recto sentido del precepto inicialmente citado, considerado independientemente de las normas del Derecho foral catalán que cita, sino que la esencia de la impugnación radica en que, sin oponerse a esta interpretación, su aplicación en la región foral está sometida a disposiciones especiales que, como violadas, se citan en el mismo motivo, artículo 270 y 272 de la Ley de 21 de julio de 1960, vicio éste al que ha de referirse la totalidad del motivo, y al cual debe oponerse, que el derecho de los actores como reservatarios respecto a los bienes que, por ministerio de la Ley, heredó su madre procedente del padre de éstos, de su hermano mayor, nace desde el momento en que se produce dicha herencia sometida a la reserva, por lo que han de tenerse en cuenta, tanto el momento en que nace la reserva, cuanto el que, por fallecimiento de la reservista, se hace efectiva en los parientes prevenidos por la Ley, atendiendo por ello a la situación jurídica en tales momentos, por lo que la Ley posterior a éstos que se cita violada, no puede afectar a la misma, ni sustituir la invocación precisa de aquellas disposiciones de Derecho foral vigentes en tales momentos, al efecto pretendido de considerar cumplido en esta especial modalidad, el artículo 811 del Código civil, mediante la disposición testamentaria de la madre a favor íntegramente del hermano de los actores recurridos, sin que la consideración sobre el carácter interpretativo y codificador del derecho anterior de la Ley citada, puede sustituir la concreta cita de los preceptos legales vigentes en el momento en que hace y se hace efectivo el derecho, los cuales encontrarían en la citada Ley la orientación interpretadora, que nunca puede llegar a dar a ésta el efecto retroactivo que se pretende, lo que conduce a la desestimación del motivo examinado.»

«Considerando: Que con igual amparo procesal que el anterior se articula el segundo de los motivos, que denuncia la aplicación indebida de la disposición transitoria 4.ª de la *Compilación de Derecho civil de Cataluña* de 21 de julio de 1960; mas como señala el recurrente, la sentencia no menciona esta disposición, ni los artículos a que se refiere de la misma, y ello bastaría para desestimar la existencia de la alegada infracción, basándose en la hipótesis del recurrente, respecto a que la sentencia, sólo aplicando dicha disposición transitoria, pudo jurídicamente llegar a las decisiones que combate, y, por

contrario, habrían prevalecido, con el alcance que las asigna, los artículos 270 y 272 de la citada Ley, por lo que, al no haber sido ésta aplicada en la resolución, no puede ser aceptada la existencia del vicio denunciado, haciendo decaer el referido motivo.»

SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1967.—Derecho civil especial de Cataluña. Fideicomiso familiar condicional. Orden de primogenitura y de masculinidad. Heredero distributivo. No es delegable la facultad de distribuir los bienes entre sus hijos, que la testadora recibió de su padre.

Don J. N. F., abuelo del actor y de cuatro de los demandados, el quinto de los cuales es el padre del demandante, murió bajo testamento, en el que dispuso: «En todos sus restantes bienes y derechos habidos y por haber, nombra el testador a su descendencia, si la tiene, prefiriendo los varones a las hembras y los mayores de edad a los menores, no a todos juntos, sino al uno con toda su descendencia, después del otro con la suya, y si al corresponder la herencia a alguno faltare, habiendo dejado descendencia, entrará ésta del modo que su padre o madre hubiere dispuesto, y si no lo hubiere hecho, de la manera que dispone el testador para la suya propia, imponiendo a todos y cada uno la condición resolutoria de no poder disponer de la herencia si mueren sin descendencia o con tal que no lleguen a la edad de testar, excepto el último, que será a sus voluntades.»

Al morir don J. N. F., de vecindad catalana, dejó sólo tres hijas: doña R., doña A. y doña P. N. G., de las que la primera, heredera fiduciaria de su padre, por ser la mayor, murió, a su vez, sin descendencia, habiéndola premuerto sus otras dos hermanas, doña A., también sin hijos, y doña P., que dejó cinco hijos, el mayor de los cuales es el actor, don J. B. N. y los otros cuatro los demandados, juntamente con su padre, quien había distribuido entre ellos los bienes procedentes de su abuelo don J. N. F., conforme delegación hecha por su esposa en el testamento. Por ello, el nieto del primitivo causante, don J. B. N., suplica que se declare que el demandado, es decir, su padre don J. B. B., como heredero universal y distributivo de los bienes de su esposa doña P. N. G., no adquirió la facultad de distribuir entre sus cinco hijos los bienes que a la misma hubiesen correspondido, de no haber premuerto a su hermana en la sustitución fideicomisaria ordenada por el padre de ambas y abuelo del actor, al cual deben pasar en su condición de heredero único y libre del referido causante.

El Juzgado de Primera Instancia de Lérida, estimando la demanda, declaró que el demandado don J. B. B., como heredero universal de su esposa P. N. G., no adquirió, en virtud del testamento de ésta, la facultad de distribuir entre sus cinco hijos—el actor y los otros cuatro demandados—los bienes que forman parte del fideicomiso ordenado en el testamento de don J. N. B., cuyos bienes pertenecen al hoy demandante don J. B. N., sentencia que fue confirmada por la Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Interpuesto recurso de casación por los demandados y apelantes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don José Beltrán de Heredia, declara no haber lugar al mismo.

«Considerando. Que tal y como resulta de los documentos originales obrantes en los autos, el punto de partida de todas las actuaciones que dan lugar al presente recurso de casación, es el testamento otorgado en la villa de Berga el 28 de octubre de 1872 por el abuelo del actual recurrido, en el que literalmente se contiene la siguiente cláusula: "En todos sus restantes bienes y derechos habidos y por haber, nombra el testador a su descendencia, si la tiene, prefiriendo los varones a las hembras y los mayores de edad a los menores, no a todos juntos, sino el uno con toda su descendencia, después del otro con la suya, y si al corresponder la herencia a alguno faltare, habiendo dejado descendencia, entrará ésta del modo que su padre o madre hubiere dispuesto, y si no lo hubiere hecho, de la manera que dispone el testador para la suya propia, imponiendo a todos y cada uno la condición resolutoria de no poder disponer de la herencia si mueren sin descendencia o con tal que no lleguen a la edad de testar, excepto el último, que será a sus voluntades", con lo que se está evidenciando la institución de un típico fideicomiso catalán fundamentalmente familiar que, aunque inspirado en los principios puros del Derecho romano justiniano, logró adquirir las peculiaridades y rasgos distintivos que le imprimió Cataluña cuando logró adoptarlo en sus propias necesidades y conveniencias, siendo en tal concepto, y como se deduce, del examen del establecido en este caso, ante todo de carácter temporal, como el límite de la segunda generación—dentro de la norma genérica de la novela 159, que permitió llegar hasta la cuarta—en segundo término condicional, en relación con la existencia de hijos legítimos en edad de otorgar testamento y, finalmente, siguiendo el orden de primogenitura y de masculinidad.»

«Considerando: Que el testador fideicomitente dejó a su muerte tres hijos, dos de los cuales no tuvieron descendencia, y una tercera—madre del recurrente—, que premurió a una de aquélla, por lo que no llegó a entrar en posesión de la herencia: pero que, con fecha de 13 de enero de 1955, otorgó testamento en el pueblo de Torregrosa, donde decía tener cinco hijos legítimos y en el que figuraba la siguiente cláusula: "Nombra heredero universal de sus bienes presente y futuros a su esposo—que actualmente se encuentra entre los recurrentes—para que pague la legítima a nuestros hijos arriba mencionados y distribuya entre ellos sus bienes, conforme a su libre voluntad", cláusula dispositiva y testamento en que se contiene que no pueden ser valorados ni apreciados aisladamente, sino en íntima relación con el primitivo fideicomiso del padre de la causante, al menos por cuanto se refiere a los bienes fideicomitados que son los únicos que fueron objeto de discusión y a los que en esencia se limita el recurso interpuesto, porque es obvio que respecto de los demás que pudieran pertenecer a través de distinto origen, a la testadora, ésta tendría plena facultades para disponer de ellos en la forma que tuviese por conveniente y sin que su hijo mayor, que ahora figura como recurrido, hubiese podido estar en condiciones de ejercitar—con el buen éxito que hasta ahora obtuvo—la reclamación que entabló en torno exclusivamente del patrimonio del abuelo, puesto en aquella situación de fiducia que él mismo instituyó.»

«Considerando: Que teniendo en cuenta esta lógica e ineludible conexión de hermenéutica entre ambas disposiciones testamentarias, la primera cuestión que se plantea es la de la validez de la segunda, a los fines distributivos perseguidos, porque su autora, hija del testador que instituye el fideicomiso, al premorir a una de sus hermanas, no llegó a adquirir la condición de here-

dera ni entró en posesión de los bienes de la herencia fideicometida, lo que indujo al juzgador de primera instancia a negarle toda validez, sin duda inspirándose en la regla general de origen romano vigente en Cataluña antes de la Compilación de 1960—y de aplicación en este caso al ser el acto testamentario que se discute de 1955—, según la que, para la existencia de fideicomiso, es necesario que el heredero fiduciario haya llegado a serlo, que en la forma justiniana se expresaba, diciendo que “quod alicuius heredis nominatim fidei committitur, potest videri ita denum dari voluisse, si ille extitisset heres» (Dig., lib. 31, *De legatís*, 2.º, Ley 22, párrafo 1.º), cuya procedencia aplicativa para Cataluña recordaron las sentencias de esta Sala de 26 de septiembre de 1881 y 25 de abril de 1893, entre otras, frente a todo lo cual es preciso recordar también la norma canonista, igualmente en vigor en Derecho catalán antes de la actual Compilación, a cuyo tenor “la voluntad del testador se ha de cumplir en todo” (lib. 3.º, tit. XXVI, cap. 4.º, de las Decretales) que, consiguientemente, permite la derogación de aquella regla general cuando así se establezca de un modo expreso y directo, cual sucedió en este caso, en que el testador fideicomitente previó en concreto la hipótesis discutida, y dispuso en consecuencia, ordenando se respetase el sistema establecido por el hijo o hija que, aun no habiendo sido heredero, estuviese en condiciones de transmitir esta cualidad a sus descendientes, por lo que, como acertadamente entendió el Tribunal *a quo*, deberá estarse a lo así establecido, con total predominio de la primitiva voluntad testamentaria.»

«Considerando: Que esta interpretación conjunta de ambos testamentos que conduce a la validez, en cuanto a la posibilidad del segundo de ellos, obliga a la desestimación de los motivos del recurso en que se intenta lo contrario, porque aquella disposición quedaría con ello desprovista de todo fundamento y sentido jurídico en cuanto al objeto de lo que aquí se debate, motivos que se formulan, una vez por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como se hace en el 6.º, donde se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, alegando a los pertinentes efectos procesales como único documento, el tantas veces citado testamento hecho en 1955 por la madre del hoy recurrido, sin tener en cuenta que por sí solo carece de valor a los fines que se pretenden y que, además, fue el objeto principal de la discusión que los juzgadores de instancia tuvieron presente de modo especial para llegar al resultado interpretativo que ahora se impugna, por lo que no tiene dentro del ámbito de la casación, el exigido requisito de la autenticidad; y otras, por el cauce del ordinal primero del mismo artículo 1.692 de la Ley procesal, cual se hace en los motivos señalados con los números 1, 2 y 5, en los que, respectivamente, se denuncia no aplicación del artículo 675 del Código civil, también inaplicación de idéntica norma contenida en el específico Derecho catalán, que precede a la Compilación, según la que “in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur» (Dig., Ley 12, *regulis iuris*, tit. 17, lib. 50), y si el mismo concepto negativo de infracción, por lo que respecta a la doctrina legal que cita, relativa también a la materia de interpretación de los testamentos que pone en primera línea como indispensable punto de partida la voluntad del testador, olvidando una y otra vez aquella necesaria conexión de los dos testamentos, única vía utilizable para poder hallar la auténtica voluntad del testador, que no puede ser otra, en relación con los bienes que deje en herencia, sino la del que instituye el fideicomiso, cuyo alcance trata precisamente de medir el recurso interpuesto.»

«Considerando: Que como consecuencia de lo anterior es totalmente inope-

rante el hecho de que lo que resulte establecido en el testamento de 1955 en favor del esposo de la testadora sea una institución de heredero universal como literal, y expresamente se dice—lo que impediría todo examen posterior, según el tenor literal del artículo 675 del Código civil, y las normas vigentes en Cataluña antes de la Capitulación de 1960—o se trate simplemente de un albazgo, como pretenden los recurrentes, que pudiese justificar la infracción del artículo 901 del Código civil, denunciada en el motivo tercero, también amparado en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, donde además se hace supuesto de la cuestión de que, efectivamente, es un albacea cuando nada, salvo la unilateral interpretación de quienes recurren puede justificar tal aserto, frente a la específica y concreta dicción literal de la testadora que la Ley manda respetar, por la que, después de designarle heredero, autoriza al esposo para que “distribuya entre los hijos los bienes, conforme a su libre voluntad”, lo que conduce al perecimiento de este motivo y deja reducido todos los problemas del recurso a la cuestión de saber si aquella facultad de distribuir los bienes entre sus hijos que dicha testadora recibió de su padre es susceptible o no de ser delegada en otra persona, ya la nombre albacea o la instituya heredero universal.»

«Considerando: Que del referido punto 3.º ocupa el motivo cuarto del recurso, que se ampara igualmente en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el que se alega aplicación indebida de la regla 4.ª del artículo 178 de la vigente Compilación de Derecho civil de Cataluña de 1960, que expresamente establece que “la elección habrá de efectuarse personalmente en testamento, codicilo o heredamiento, en el que se expresará que se hace uso de la facultad de elegir sin que quepa delegación o poder”, añadiéndose por el escrito de recurso que no se trata de una disposición que estuviese en vigor en el año 1955, que es el de la fecha de redacción del discutido testamento de la madre del recurrido, por lo que habría de haberse tenido en cuenta la regla de la disposición transitoria 6.ª de la mentada Compilación, que, a su vez, remite a las transitorias 1.ª, 2.ª y 12.ª del Código civil, debiendo, sin embargo, al modo como hicieron los dos juzgadores de instancia que dicho texto legislativo especial de Cataluña es, como su propio nombre indica, una Compilación, reducido, por consiguiente, a recopilar, sistemática y armónicamente, el Derecho vigente con anterioridad, no creando nada nuevo ni que por vez primera hubiese de tener aplicación»

«Considerando: Que, por otra parte, la prohibición de delegar aquella facultad de elegir heredero o simplemente de distribuir los bienes hereditarios era consustancial con la idea del fideicomiso existente en Cataluña antes de la obra compiladora, derivado directamente del Derecho romano, donde la institución de heredero no podía ser confiada al arbitrio de una tercera persona, sino que tenía que ser emanación directa de la voluntad del testador (Dig., Ley 32, *De hereditibus instituendis*, tit. V, lib. XXVIII), que se agudizaba en el caso de la sustitución llamada fideicomisaria, que tenía como fundamento precisamente la idea de la fiducia con apoyatura inmediata en aquella voluntad del testador, normas éstas que en su aplicación al Derecho catalán se transforman, ciertamente, por influencia del Derecho canónico reflejado especialmente en las Decretales (cap. 13 del libro 3.º, *De testamentis*), que permite la concesión de la facultad de elegir y distribuir los bienes, con carácter excepcional en los testamentos *ad pias causas*, donde se inspira el Derecho propio de Cataluña, para admisión de la denominada justamente cláusula ó confianza aplicable, tanto para el heredero en sí (heredero de confianza),

cuanto para los albaceas y, sobre todo, los fideicomisos, que se llaman por ello "de confianza", al modo como reconoció la jurisprudencia de esta misma Sala especialmente contenida en las sentencias de 1 de julio de 1871, 27 de diciembre de 1889 y 28 de enero de 1893, facultad que antes y después de la Compilación de 1960 se presenta con las siguientes características: a) en primer lugar, y, según se ha dicho, es excepcional, frente a la regla general que continuaría siendo la misma en el sentido de que sólo el testador es quien está en condiciones de hacer la designación de heredero, por lo que tiene que ser interpretada restrictivamente; b) que en segundo término, su única base es la confianza que se pone por el testador en una determinada persona, en consideración a sus condiciones o cualidades (en especial, al grado de parentesco y pertenencia de una familia) no compatible con la delegación (máxime si es en favor de un extraño a dicha familia), que implicaría tanto como no respetar puntualmente aquella voluntad, todo lo cual conduce a considerar correctamente hecha la aplicación efectuada por el Tribunal *a quo* y obliga a la desestimación de este último motivo y con él el del recurso en su totalidad, con los consiguientes pronunciamientos legales.»

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

LA ADMINISTRACION PUBLICA Y LAS CUESTIONES DE PROPIEDAD

SENTENCIAS DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1967 Y 23 DE NOVIEMBRE DE 1967.

I.—INTRODUCCIÓN.

En el breve espacio de varios días, las Salas tercera y cuarta del Tribunal Supremo han tenido ocasión de pronunciarse sobre una de las cuestiones tradicionalmente debatidas en orden a la delimitación de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la Administración pública: el ámbito de la jurisdicción de una y otra respecto de las cuestiones de propiedad

Y ambas sentencias, reiterando la doctrina jurisprudencial tradicional, se han pronunciado sobre la incompetencia de los órganos administrativos, con las elementales consecuencias sobre validez de los actos administrativos dictados en tal materia.

II.—LAS SENTENCIAS DE 17 Y 23 DE NOVIEMBRE DE 1967.

1. *La sentencia de 17 de noviembre de 1967.*a) *Planteamiento.*

Los hechos que determinaron el «recurso contencioso-administrativo» resuelto por la sentencia de la Sala tercera de 17 de noviembre de 1967 pueden resumirse así:

a') El 7 de octubre de 1963, don J. A. solicita de la Comisión de Aguas del Norte de España autorización para cubrir el tramo del cauce de desagüe del molino Ondarra, en el término de Bermeo (Vizcaya), para construir sobre él una ampliación de fábrica de conservas.

b') Abierto el periodo de información pública, entre otras reclamaciones, se presentó la del Ayuntamiento de Bermeo, basada en que el tramo que se pretendía cubrir era un canal al que vertían aguas residuales varias acometidas del dominio público municipal. Asimismo, se presentó reclamación basada en que lo que pretendía cubrir don J. A. era el desagüe de un molino y no de un arroyo, por lo que al ser aquél de propiedad privada carecía de competencia la Administración pública para conocer del asunto

c') Pese a que el Comisario de Aguas del Norte de España informó en el sentido de que debía inhibirse la Administración de conocer del asunto, el Ministro de Obras Públicas dictó resolución otorgando la concesión solicitada.

d') Agotada la vía administrativa, el Ayuntamiento de Bermeo interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue resuelto por sentencia de la Sala tercera de 17 de noviembre de 1967, de que fue ponente el excelentísimo señor don Dionisio Bombín Nieto.

b) *La sentencia de 17 de noviembre de 1967.*

En los Considerandos segundo a cuarto de esta sentencia se sienta la siguiente doctrina:

«Considerando: Que es un hecho probado, por las alegaciones de las partes, en los que están todos conformes, y por desprenderse así del expediente instruido, que para poder dar fuerza motriz a dicho molino se construyó un canal para derivar aguas de los ríos Artigas y Araondo, y, una vez realizada su misión, esas aguas, por su propio impulso abrieron un cauce en terreno de propiedad privada hasta desembocar en el río Amezaga, considerándose dueños de ese cauce tanto el Ayuntamiento de Bermeo, porque a él se le pidió en venta el dueño de la fábrica de conservas y además por creer que es suyo y destinado a planes de urbanización, como los señores Atela, dueños del mencionado molino al que van destinadas las aguas, así como los señores Luzurraga, dueños del terreno por el que circulan tanto el canal de derivación de aguas del molino, como el de desagüe del mismo, acompañando éstos los títulos de propiedad, según se dice en la oposición a la solicitud de la concesión, formulada ante la Comisión de Aguas correspondiente, en la información pública, si bien tales documentos no aparecen en el expediente remitido.

Considerando: Que al publicarse en el *Boletín Oficial* el anuncio de la solicitud del señor Atucha para ampliar su fábrica se hizo la manifestación de que 'se ignora a quién pertenece el cauce', y el Ingeniero de la Comisaría, en su informe, y no obstante las oposiciones de los que accedieron a la información, hace constar que 'no ha sido posible averiguar a quien pertenece el cauce, por lo que es de opinión que el cauce es público', sin duda, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley de Aguas, al decir que son de dominio público los cauces que no pertenecen a la propiedad privada, y esta apreciación ha servido de base a todos los informes practicados, salvo el del Comisario Jefe de Aguas del Norte de España y a todas las resoluciones dictadas, por lo cual la primera cuestión a resolver es la de determinar si la Administración tiene o no atribuida por la Ley competencia para resolver por sí la cuestión de dominio y posesión de este cauce.

Considerando: Que al ordenar el artículo 254 de la Ley de Aguas que a la jurisdicción ordinaria en el orden civil corresponde el conocimiento de las cuestiones relativas al dominio de las playas, álveos o cauces de los ríos, sin perjuicio de la competencia de la Administración para deslindar lo perteneciente al dominio público, es evidente que el legislador quiso que sólo la jurisdicción ordinaria civil y no la Administración resolviese esas cuestiones de propiedad de los cauces, y como quiera que en el presente caso tanto el Ayuntamiento de Bermeo como los señores Atela y Luzurraga se atribuyen, por las razones que alegan, la propiedad de tal cauce de desagüe, claramente se ve que la Administración carece de facultades para poder discernir sobre el dominio del cauce cuya propiedad se atribuyen a la vez la Administración y varios particulares, y mucho menos tiene facultades para resolverla a su

favor, porque a la Administración solamente le compete el régimen de policía de los aprovechamientos, y teniendo en cuenta que la competencia es irrenunciable y ha de ejercerse por los Organos administrativos que la tengan atribuída como propia, conforme al artículo 4.º de la Ley de Procedimiento Administrativo, siendo nulos de pleno derecho los actos dictados por Organos manifestamente incompetentes, según señala el artículo 46 de la misma Ley, resulta manifiesta la incompetencia de la Administración para resolver estas cuestiones de dominio por estar atribuídas a la jurisdicción ordinaria civil, y al ser aquélla incompetente, el acto dictado y recurrido, es nulo de pleno derecho, debiendo anularse totalmente, reservando a los interesados que se crean perjudicados en sus derechos civiles por el acto administrativo, el ejercicio de las acciones que en el orden civil les puedan corresponder, para interponerlas, si les conviene, ante quien y como en derecho sea más procedente.»

2. La sentencia de 23 de noviembre de 1967.

a) Planteamiento.

Los hechos que determinaron el recurso contencioso-administrativo que resolvió la sentencia de la Sala cuarta de 2 de noviembre de 1967, de que fue ponente el excelentísimo señor don José de Olives Feliu, son los siguientes:

a') La Compañía R. de L. es concesionaria de unos caudales de agua para riegos derivados del río Segura y de determinados azarbes.

b') Para la efectividad del riego, la Compañía adquirió por compra a anteriores concesionarios los terrenos necesarios. Y sobre ellos construyó:

- red de canales principales y secundarios;
- sistema de elevaciones;
- embalses y depósitos reguladores.

Todo ello propiedad privada de la Compañía.

c') En esos embalses se han desarrollado varias especies volátiles y acuáticas.

d') La Compañía propietaria de los embalses ha venido ejercitando los derechos de caza y pesca, como de su exclusiva pertenencia, basándose tal ejercicio en la naturaleza estrictamente privada de los terrenos e instalaciones. Así se ha venido haciendo desde la fecha de las concesiones: 1918, 1919 y 1922, sin que en momento alguno la Administración pusiera obstáculo alguno al ejercicio de aquel derecho.

e') No obstante, en 1963, la Sexta Jefatura Regional de Caza y Pesca publicó en el *Boletín Oficial* de la provincia de Alicante anuncio incoando expediente para la determinación del carácter público o privado de las aguas y de la riqueza piscícola y cinegética existente en las instalaciones de la Compañía R. de L.

f') En el expediente, la Compañía concesionaria planteó la incompetencia de la Administración para pronunciarse sobre un problema de dominio.

No obstante, no se entendió así en el acto que puso fin a la vía administrativa.

b) *La sentencia de 23 de noviembre de 1967.*

Esta sentencia, en parecidos términos a la antes citada de la Sala tercera, reitera la doctrina tradicional, al afirmar:

«Considerando: Que en la litis planteada debe, ante todo, puntualizarse que el acto en ella recurrido, la Orden Ministerial de Agricultura de 3 de abril de 1966, deja subsistente la resolución dictada por la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial de 13 de noviembre de 1965, la que aparece dictada en un expediente incoado por la Sexta Región de Pesca Continental para determinar el carácter público o privado de las aguas derivadas del río Segura, en virtud de concesión administrativa otorgada por el Ministerio de Obras Públicas en 31 de diciembre de 1945 a favor de la Compañía hoy recurrente en esta última resolución, no obstante el origen del actuado antes referido y acaso por haberse advertido en el mismo, por el Ministerio de Obras Públicas, que la cuestión propiedad de las aguas de su competencia (folio 19 del expediente) la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, se limita a declarar que la riqueza piscícola y cinegética existente en el aprovechamiento de referencia, es *pública*, y que, por tanto, la competencia para el conocimiento y regulación de cuanto se relaciona con la misma es de la mentada Dirección de Montes a través del Servicio Nacional de Pesca Fluvial y Caza; con todo lo cual es visto que, partiendo del expediente administrativo iniciado para determinar el carácter público y privado de las aguas, se termine el actuado declarando que la riqueza piscícola y cinegética de tales aguas es *pública*, con cuya declaración se dé fin a la controversia mantenida a través del expediente entre la Administración y la entidad recurrente, la que lógicamente sostiene y trata de probar el carácter privado de sus aguas y de sus productos piscícolas y cinegética de tales aguas.

Considerando: Que, hecha alegación de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por el Abogado del Estado, en base precisamente del apartado a) del artículo 82 de la Ley de Jurisdicción, en cuanto que estima la incompetencia del Tribunal, por tratarse, a su juicio, de una cuestión de índole civil, de la que están llamados a conocer los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, arregladamente a cuanto dispone el artículo 254 de la propia Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, que expresamente les declara competentes para el conocimiento de las cuestiones relativas, a) al domicilio de las aguas públicas y al dominio de las aguas privadas y de su posesión y b) al derecho de pesca; es patente que concurren en el caso de autos todas las circunstancias dichas, puesto que, según antes se expresó, el expediente tramitado lo fue para determinar dicho carácter de dominio público o privado de las aguas que constituyen su objeto, y, en definitiva, el acto recurrido es, en efecto, declaratorio del derecho público de pesca y caza en aquéllas, lo que por sí solo envuelve una declaración sobre derecho dominical o de proposición; pero, aun siendo real y manifiesta la incompetencia administrativa con que en este caso se ha procedido, ello no determina la inadmisibilidad del recurso que patrocina el Abogado del Estado, pues tanto equivaldría a dejar firme y subsistente el acto administrativo producido con mencionada incompetencia, siendo, como es, facultad de la Sala el revisar también el procedimiento, en orden a su legal adecuación, como cuestión preferente de interés público, pues el que la jurisdicción contencioso-administrativa carezca de competencia para conocer de asuntos de naturaleza civil no excluye sus

plenas facultades revisoras para pronunciarse acerca de la competencia e incompetencia con que haya obrado la Administración resolvente, según así se mantiene en reiterada y constante jurisprudencia manifestada, entre otras, en las sentencias de 21 de diciembre de 1957, 26 de febrero y 6 de abril de 1962 y 18 de junio de 1964: en razón a todo lo cual, lo que en este caso proceda declarar es la incompetencia de la Administración para dictar los actos recurridos y, por ende, la nulidad de las actuaciones por la misma practicadas, con las resoluciones recurridas inclusive, de conformidad con el artículo 47 a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, y ello aparte de que la caza no es riqueza que puede declararse pública, ni privada, por cuanto en sí misma considerada, sigue la condición del terreno en que se encuentra, y el derecho de cazar, que corresponde al dueño de aquél, es lo único que la Ley regula como medio de adquirir su propiedad, a tenor de cuanto informe la Ley de 16 de mayo de 1902 hasta el presente vigente.»

3. *Cuestiones.*

Como en otras ocasiones, ante situaciones análogas, los problemas que se planteaban en los recursos contencioso-administrativos, y que resuelven estas sentencias, son los siguientes:

a) Jurisdicción de las Salas de lo contencioso-administrativo para conocer las cuestiones de invalidez de los actos administrativos por invadir la competencia de la jurisdicción ordinaria

b) Nulidad de los actos administrativos por decidir cuestiones de propiedad reservadas a la jurisdicción ordinaria.

III.—LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS CUESTIONES DE PROPIEDAD.

1. *El régimen administrativo y la sumisión de la Administración al Derecho común.*

La Administración pública no siempre actúa en régimen de prerrogativa. Pese a la posición privilegiada que la Administración pública ostenta en el régimen administrativo, existen materias y sectores en los que le está vedado el ejercicio de la prerrogativa (1).

En estas materias, los entes públicos no pueden, por sí, dirimir los litigios con las personas que con ellos se relacionan: les está vedado el uso de la decisión ejecutiva y la acción de oficio. Para dirimir los conflictos han de acudir como cualquier otro sujeto de Derecho a los Tribunales ordinarios para que éstos, en el proceso correspondiente, dicten sentencia.

2. *La Administración pública y las cuestiones de propiedad.*

Una de las materias tradicionalmente reservadas a la decisión de la jurisdicción ordinaria es la de propiedad. Es cierto que los entes públicos osten-

(1) Me remito a mi trabajo *Régimen administrativo y proceso administrativo*, en *Scritti giuridici in memoria di Pietro Calamandrei*, Padua, 1957

tan la posición de prerrogativa respecto de la posesión al no tener necesidad de acudir a los interdictos para hacer respetar el estado posesorio, así como para ejercer la facultad de deslinde. Pero lo que no pueden, por decisión unilateral, ejecutiva, es decidir los problemas de propiedad.

De tal modo, que si la Administración, invadiendo la esfera de actuación de los Tribunales, decidiera una cuestión de propiedad incurriría en incompetencia.

Ante el acto que se dictara infringiendo esta norma, se plantean las dos cuestiones señaladas: procesal, de competencia de la jurisdicción, y de fondo, de validez del acto.

IV.—COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

La Administración pública no puede invadir la esfera atribuida a órganos del Estado de distinta naturaleza. No puede reglamentar materias reservadas a la Ley ni dirimir unilateralmente cuestiones de Derecho común atribuidas a la jurisdicción ordinaria.

Cuando la Administración no actúa como tal, sometida a su régimen privativo, con arreglo al Derecho administrativo, las cuestiones que se planteen con las personas que con ella se relacionan habrán de decidirse ante la jurisdicción ordinaria (verbigracia, cuestiones derivadas de una compraventa) o ante la jurisdicción especial que corresponda (verbigracia, ante la jurisdicción laboral en las cuestiones derivadas de un contrato laboral entre la Administración y un obrero) En el ámbito penal, el artículo 19 del Fuero de los Españoles dice que nadie podrá ser condenado sino «mediante sentencia del Tribunal competente», lo que veda a la Administración la imposición de penas.

La Administración no puede decidir cuestiones cuyo conocimiento se confía a la jurisdicción ordinaria o a las especiales. Ante una cuestión civil, mercantil, penal, laboral, la Administración carece de potestades decisorias. Si contraviniendo este elemental principio, la Administración dictare un acto en materia no propiamente administrativa, sería un acto que adolecería de vicio de incompetencia y sería objeto de revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En este sentido se ha pronunciado reiterada jurisprudencia. Entre los fallos más recientes puede citarse una sentencia de 19 de diciembre de 1962, en que se dice. «Que aun sin necesidad de buscar acogida en el artículo 1.º de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando, como en este caso, se trate de acuerdos administrativos que rocen la esfera civil, debe tenerse en cuenta la doctrina de la sentencia de este Tribunal de 21 de diciembre de 1957, que declara ser área peculiar de la función revisora de esta jurisdicción enjuiciar y decidir si los actos administrativos impugnados se dictaron dentro o fuera de la zona de atribuciones de la Administración, y por ello, si bien el Tribunal contencioso no tiene competencia para resolver una cuestión civil, sí la tiene para declarar que carece también de ella un Ayuntamiento, y que, por ende, es ilegal cualquier acuerdo de éste que se inmiscuya en atribuciones que la Ley no le confiere» La sentencia de 4 de febrero de 1964 dice. «Es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal en el sentido de que su incompetencia *ratione materiae* para conocer y resolver una cuestión que por la naturaleza sustancial de la misma no le compete, no impide el examen y decisión sobre si la autoridad u órgano admi-

nistrativo que resolvió tal cuestión tenía o no facultades para hacerlo.» En sentencia de 29 de abril de 1964 se afirma: «Se trata de una diferencia o controversia legal de carácter individualizado—que no se transforma pese a la pluralidad numérica de los recurrentes—entre las partes habituales de todo nexo laboral, la empresaria y la obrera o productora, en torno al alcance y al cumplimiento de una de las estipulaciones contenidas en el instrumento representativo de aquél, el Convenio Sindical Colectivo de 1958, expresivo de la nueva categoría de pactos laborales específicamente vinculados a la competencia de dicha jurisdicción en el artículo 1.º del nuevo texto refundido de 17 de enero de 1963, que concuerda con los preceptos contenidos en los artículos 17 de la Ley y 28 del Reglamento de Convenios Sindicales de 1958; es decir, que *ratione personae* y *ratione materiae* no pueden separarse las cuestiones litigiosas del ámbito jurisdiccional que se está indicando; y segundo, porque, *a contrario sensu*, cabe apreciar que la denominada 'consulta' de la Empresa, conforme al artículo 26 del Reglamento de 1958, sólo hubiera podido producirse en el cuadro de las taxativas, limitadas y no extensibles facultades que reserva a la autoridad gubernativa del ramo para aportar una aclaración auténtica a la resolución de una duda hermenéutica, con aceptación de las partes, y nunca para introducir un elemento sustitutivo de la insoslayable competencia jurisdiccional producida por el curso de procedimientos de ese carácter, pues tan pronto como la autoridad ministerial conoce la existencia concurrente de actuaciones de aquella clase, debe abstenerse de emitir un parecer de alcance confuso, pero siempre improcedente, ya se le reputa como expresivo de un criterio de complemento normativo, ya como una anticipación del desenlace que deben tener los procedimientos laborales; inconveniente que se hubiera evitado, sin duda, de haber respetado el cauce sindical exigido por el Reglamento de 1958, puesto que ofrecía ocasión a la Sección Social del Sindicato de manifestar el antecedente de la vía judicial comprendido, dando margen a la autoridad administrativa para considerar este decisivo factor y reservar su intervención. La aceptación de los razonamientos del Abogado del Estado no conducen a la estimación de la postulada inadmisibilidad, que sería pertinente de no existir el acto administrativo impugnado, expresión inequívoca de una decisión adoptada con absoluta incompetencia para ello, con la consecuencia de que la mera declaración de inadmisibilidad dejaría subsistente aquel acto, que es *in radice*, y sustancialmente nulo, según el artículo 47, apartado a), de la Ley de Procedimiento Administrativo; situación a cuyo remedio provee la tradicional doctrina, según la cual la declaración de nulidad de los actos revisados jurisdiccionalmente, cuando se impone por un motivo anterior al enjuiciamiento y a la calificación de la validez de su contenido—según ocurre en el caso de autos—, precede incluso al examen de los motivos de inadmisibilidad, porque el Tribunal posee siempre facultades para pronunciar la incompetencia del órgano administrativo, incluso cuando la materia de su resolución sea propia del ordenamiento procesal encomendado a otros Tribunales de distinta jurisdicción. Las anteriores apreciaciones conducen a la estimación en parte del recurso, esto es, en cuanto a la primera y más simple de sus pretensiones anulatorias, y a la correlativa desestimación de las restantes peticiones dirigidas a obtener la confirmación de la tesis de los recurrentes sobre el alcance de la cláusula 9.ª del Convenio de 1958; sin que sea dable apreciar la concurrencia en la litis de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa, determinan la imposición de costas». Y la sentencia de

18 de junio de 1964 (ponente: ROBERES) establece que «los Tribunales de lo contencioso-administrativo no tienen competencia para resolver una cuestión civil, pero sí la tienen, y es tarea peculiar de su función revisora, para enjuiciar y decidir si los actos administrativos se dictaron dentro o fuera de la zona de atribuciones de la Administración, pudiendo declarar que es ésta la que carece de competencia». En idéntico sentido, la sentencia de 20 de junio de 1964 (ponente: OLIVES FELIÚ).

De aquí que la sentencia de 11 de enero de 1965 (ponente: DOCAVO) afirme que «es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, sentada, entre otras, en las sentencias de 21 de abril y 23 de octubre de 1959, y las por ellas citadas, que el Tribunal tiene siempre competencia para examinar y decidir si la Administración, al dictar sus acuerdos, observó o no los trámites esenciales, así como si el acto administrativo está dentro de la órbita de las facultades del órgano que lo dictó o si invade las atribuciones de otro, para en esos casos declarar la nulidad del expediente». Y, en consecuencia, anula una resolución del Ministerio de Trabajo, que decidió una cuestión laboral, cuyo conocimiento correspondía a la jurisdicción laboral (2).

V.—INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

1. Grados de invalidez.

Existen defectos del acto administrativo que afectan a la eficacia del acto. Reconocida su existencia por el órgano competente, se privará al acto de sus efectos. Ahora bien, en atención a la gravedad de la infracción, cabe distinguir dos grados de invalidez; nulidad y anulabilidad. En Derecho administrativo, la diferenciación práctica entre una y otra radica en las notas siguientes (3):

a) La anulabilidad sólo puede hacerse valer dentro de los plazos fijados por el Ordenamiento; para el administrado, los de los recursos admisibles frente al acto, según los casos; para la Administración, el plazo de cuatro años (art. 110, Ley de Procedimiento Administrativo). Por el contrario, la declaración de nulidad puede instarse en cualquier momento (art. 109, Ley del Procedimiento Administrativo), aun cuando hubiesen transcurrido los plazos de impugnación normal. Así, sentencia de 3 de abril, 14 de mayo y 15 de noviembre de 1965.

b) En consecuencia, mientras los actos nulos no pueden convalidarse ni subsanarse por prescripción (sentencia de 25 de abril de 1967), los simplemente anulables quedan subsanados por el transcurso de los plazos para hacer valer la anulabilidad y pueden ser objeto de convalidación (art. 53, Ley del Procedimiento Administrativo). Como dice una sentencia de 31 de marzo de 1966 (ponente: FERNÁNDEZ VALLADARES), sentada la nulidad de un acto, «deviene necesariamente la de los demás producidos en la ejecución..., porque todos arrancan de algo que, radicalmente nulo, no puede convalidarse con el tiem-

(2) Cfr. mi trabajo *Derecho procesal administrativo*, 2ª ed., Madrid, 1966, II, páginas 54-57.

(3) Me remito a mi trabajo *El procedimiento administrativo*. Madrid, 1964, páginas 370-377.

po». Y otra de 25 de noviembre de 1965 afirma que «lo que es nulo de pleno Derecho no se puede rehabilitar en todo ni en parte por modo alguno».

c) Mientras los efectos de la aulación son *e nunc*, los de la declaración de nulidad son *e tunc*. Como dice una sentencia de 29 de noviembre de 1966 (ponente: CAMPRUBI), «es principio general de Derecho que el acto nulo desde su nacimiento ha de considerarse como si nunca se hubiese realizado».

2. Nulidad por incompetencia manifiesta.

La incompetencia no determina la nulidad del acto. El acto dictado por un órgano que carece de competencia no es nulo: en principio, es simplemente anulable. Para que la incompetencia dé lugar a la nulidad de pleno Derecho es necesario que sea manifiesta. El artículo 47, párrafo primero a), considera nulos los actos «dictados por órgano manifiestamente incompetente».

Lo que determina la nulidad es, pues, la evidencia del defecto. Es cierto que, a veces, la jurisprudencia se ha referido al tipo de competencia para determinar el grado de invalidez. Así, una sentencia de 11 de octubre de 1955 dice que «las decisiones que adolecen del vicio de incompetencia relativa, esto es, por razón de la jerarquía y no de la materia, son anulables, pero no nulas *per se*» y otra de 19 de noviembre de 1957 afirma que «el acuerdo de un órgano incompetente, por razón de la materia para adoptarlo, es nulo». Pero el grado de invalidez no radica tanto en la clase de la incompetencia como en la forma evidente en que se presenta. Cuando aparece de una manera tan clara que no exige esfuerzo dialéctico alguno para su comprobación, por saltar a primera vista, estaremos ante una incompetencia que determina la nulidad del pleno Derecho, aunque se trate de incompetencia territorial; así, por ejemplo, si el Gobernador civil de Málaga adoptara un acuerdo para el que tuviera competencia por razón de la materia, pero que afectara a la provincia de Madrid.

De aquí que no quepa hablar de nulidad cuando la incompetencia no es manifiesta, «sino inferida de la interpretación de las normas distributivas de las facultades de delegación entre Organos jerárquicamente escalonados» (sentencia de 25 de marzo de 1966).

En sentencia de 31 de marzo de 1966 (ponente: FERNÁNDEZ VALLADARES), resumiendo la doctrina anterior, se dice: «Por lo que atañe al apartado a), para que pueda afluir, ha de dictarse por Organos manifiestamente incompetentes, es decir, no de cualquier manera, sino con clarividente y palpable incompetencia; por no estarle atribuida la materia en que conoció y resolvió..., ha de ser, según se dijo en sentencias de la Sala de 5 de noviembre de 1963 y 2 de junio de 1964, plena, notoria y grave, sin que baste la parcial y subsanable, la recta inteligencia de la acentuación gramatical.» En el mismo sentido, sentencia de 10 de diciembre de 1966 (ponente: BOMBÍN).

Cuando se dicta el acto por un órgano y la competencia corresponde a otro de distinta naturaleza, «la secuela no puede ser otra que con apoyo de lo ordenado en el apartado a) del artículo 47. de la Ley de Procedimiento Administrativo al evidenciar la incompetencia de los mismos con vicio radical de nulidad, al decretarla a todas luces pertinentes». Así, sentencia de 14 de diciembre de 1966 (ponente: SUÁREZ MANTEOLA). «Es misión principalísima de

esta especial jurisdicción, dice la sentencia de 30 de noviembre de 1966 (ponente: PARRA JIMÉNEZ) velar por la correcta aplicación de las normas procesales, que, por ser de orden público, obligan por igual a la Administración y a los administrados que integran todo un sistema de garantías jurídicas y marcan caminos por los que el Derecho se realiza en la vida e imperativamente puede imponerse por la autoridad una de las más importantes garantías del proceso administrativo, es, precisamente, la de que el Organó de la Administración actúe y se produzca dentro de su esfera competencial, y ello con la ineludible consecuencia de nulidad, impuesta por el legislador en el artículo 47, apartado a) de la vigente Ley del Procedimiento Administrativo, precepto que estatuye la nulidad de pleno derecho para el acto dictado por Organó manifestamente incompetente.»

Lo decisivo y determinante es, pues, que sea manifiesta. El Organó ante el que se plantee el problema de la nulidad de un acto lo que debe verificar es hasta qué punto la incompetencia es manifiesta. Abstracción hecha de cualquier otra consideración

Así, se dará la nulidad absoluta por incompetencia manifiesta, por ejemplo:

a) Cuando un Organó administrativo dicta un acto que manifestamente corresponde a la competencia de un Organó de naturaleza distinta—verbigracia, Tribunales—: así, si un Organó administrativo dictara acto de apremio a instancia de un acreedor basado en una letra de cambio frente al aceptante.

b) Cuando el Organó de una entidad dicta un acto que manifestamente corresponda a la competencia de otra esfera administrativa. Así, si el Ayuntamiento de un Municipio aprobara un plan de estudios de una Universidad del Estado.

c) Y, por último, también se dará la nulidad absoluta cuando, dentro de una entidad administrativa, un Organó dicta un acto que evidentemente es de la competencia de otro, bien por razón de jerarquía—verbigracia, que un jefe de Negociado acuerde la destitución de un funcionario inamovible—, por razón de la materia—verbigracia, que el Ministerio de Agricultura nombre un magistrado del Tribunal Supremo—, o por razón del territorio—verbigracia, que el Gobierno civil de La Coruña dirima un conflicto de atribuciones entre los Alcaldes de dos Municipios de la provincia de Madrid—.

Una sentencia de 25 de noviembre de 1965 considera nula de pleno Derecho en licencia otorgada por la Comisión municipal permanente de un Ayuntamiento cuando era competencia del Pleno, con el *quórum* del artículo 303, de la Ley de Régimen Local, y la aprobación de la Comisión provincial de Urbanismo.

3. *La incompetencia derivada de decidir una cuestión de propiedad es manifiesta.*

Las dos sentencias comentadas, de 17 y 23 de noviembre de 1967, aplicando correctamente la Ley de Procedimiento Administrativo, consideran manifiesta la incompetencia cuando la Administración pública decide una cuestión de propiedad cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria, y, en consecuencia, sanciona con la nulidad de pleno Derecho los actos.

LIBROS

CHICO ORTIZ, José María, y BONILLA ENCINA, Juan Francisco: *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*. Madrid, 1967. Tomo I. 2.ª edición.

Los trabajos que la doctrina realiza en torno a las materias hipotecarias, las modificaciones que la legislación introduce y la inevitable creciente jurisprudencia de la Dirección General y del Tribunal Supremo, provocan en todo libro de Derecho un conveniente ajuste para que siga sirviendo de instrumento de trabajo con vistas al presente. El libro anticuado pasa a engrosar la categoría de «antecedente histórico».

Pues bien, la obra que comentamos en esta nota se ha renovado, debido fundamentalmente al afán de superación y laboriosidad de sus autores, que en menos de cuatro años han visto agotada su 1.ª edición. Dejarlo morir hubiese sido privar al estudioso de un elemento de trabajo muy útil, como la experiencia ha demostrado. De ahí que los autores han sacado fuerzas nuevas para afrontar esa serie de modificaciones que la obra requería y nos brindan ahora una nueva edición, que verá otras muchas.

Si el aval de la 1.ª edición lo hizo PEDRO CABELLO DE LA SOTA, entonces Decano del Ilustre Colegio Nacional de Registradores, el de la 2.ª corre a cargo de Pío CABANILLAS GALLAS, representante del Cuerpo en los dos Organos más importantes de la Nación: Las Cortes y el Consejo del Reino. En ambos prólogos queda encuadrada la finalidad de la obra.

Los temas se han convertido en capítulos y dos necesidades, sentidas en la anterior edición, han sido atendidas en ésta: sumarios que encabezan el capítulo y un índice alfabético de materias. En orden a la bibliografía, los autores hacen las citas, reservando para un índice general de obras y autores, la precisión de ellas.

La obra, en su nueva versión, no ha perdido ninguna de las virtudes que tenía, reduciéndose las alteraciones a los tres puntos siguientes:

1.º Al haberse dado una nueva orientación a la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, han sido muchos los autores de prestigio que han abordado cuestiones de mucho interés hipotecario. Sirvan de ejemplo la discusión doctrinal de TIRSO CARRETERO y ROCA sobre las figuras del tercero. La evolución que la jurisprudencia tomó en torno a la disposición de bienes gananciales ha provocado otros tantos artículos a cargo de LA RICA, AZPIAZU, etc. Los Cursos de Conferencias, organizados por el Centro de Estudios Hipotecarios, así como los diversos trabajos que, tanto los Anales de la Academia Matritense del Notariado, como los del Centenario de la Ley Notarial, han suministrado al estudioso un caudal respetable de literatura jurídica, capaz de producir nuevos comentarios y, madurar ciertas opiniones.

Ello ha obligado a los autores al retoque de varios puntos, como son el de la publicidad, el concepto del tercero, el Catastro, la prioridad, el tracto, la propiedad horizontal, las prohibiciones de disponer, el derecho de retorno, la anticresis, la inscripción y disposición de bienes gananciales, etc.

2.º Otro hecho innegable, capaz de obligar a modificaciones en la exposición de materias, es la legislación innovadora de puntos que tienen grandes contactos con la legislación hipotecaria. El legislador de los últimos años tiene urgencias de normativa, y las Leyes y los Decretos se multiplican, acorralando al que pretende «estar al día».

Estas modificaciones legislativas han movido a los autores a dar nueva redacción a las interesantes materias de inscripción de bienes del Estado, Provincia, Municipio, Beneficencia, Iglesia, concentración parcelaria, expropiación forzosa, actas de notoriedad en su doble vertiente de inmatriculadoras y como vehículos para la declaración de herederos, edificación forzosa, reparcelaciones, etc.

3.º La labor interpretativa de la jurisprudencia de la Dirección General y del Tribunal Supremo es otra exigencia de la evolución del Derecho y otro dato a tener en cuenta para que las obras jurídicas se ajusten a la doctrina que ellas contienen. A veces, vale con añadir una fecha a otras que ya están consignadas, pero en otras muchas ocasiones es preciso hacer el inciso que provoca la desviación o la excepción a una doctrina ya sentada.

Por esta vía un tanto minuciosa, los autores han sabido recoger los principales fallos de las diversas materias que la obra aborda. Sirvan de ejemplo las que se refieren a la propiedad horizontal, las de descripción de fincas, las que sobre condiciones resolutorias se repiten, las sobre enajenación de bienes gananciales, las de inmatriculación, segregación, prohibiciones de disponer, retorno, anticresis, capellanías y otra serie de materias.

Esta breve exposición de las modificaciones que contiene la obra justifica sobradamente la segunda edición de este libro, y la utilidad que ha de prestar.

En conjunto, la obra merece una crítica favorable y lleva prendido en todas sus páginas el lema que la vio nacer: servir de ayuda al que necesita claridad.

En nuestro país es frecuente que los autores de un libro no se cuiden en lo sucesivo de mejorarlo ni de ponerlo al día. De tal corriente general, es excepción esta obra de Legislación hipotecaria, por lo que los autores merecen nuestra gratitud al ofrecérsela corregida, actualizada y mejorada.

Dadas las calidades que reúne este libro, resulta imprescindible, no sólo para los Registradores, sino también para todos los que de una u otra manera nos dedicamos al Derecho privado.

RAMÓN-GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS,
Notario.

DÍEZ RONCAL, A.: *Garantías reales sobre maquinaria industrial*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1966, 321 págs.

Es ya considerable el número de los estudios publicados en nuestro país sobre la hacienda mercantil en su conjunto o en alguno de sus aspectos, o sobre problemas en que entra en juego la consideración de la hacienda como unidad patrimonial, es decir, como un bien distinto de los elementos que lo componen. En este sentido cabe recordar, por ejemplo, los trabajos sobre propiedad industrial y propiedad comercial, arrendamiento de industria o de local de negocio, problemas planteados por la reforma del artículo 1.413 del Código civil, cuestiones de concurrencia mercantil, legislación de asociaciones y uniones de empresas. En este campo temático se puede situar la legislación de garantías mobiliarias al dar entrada en nuestro Derecho a la hipoteca de establecimiento mercantil y a la de ciertos bienes que son frecuentemente parte importante de la hacienda mercantil (aeronaves, vehículos de motor, maquinaria industrial, propiedad intelectual e industrial). La obra de DÍEZ RONCAL afronta con gran sentido constructivo los problemas suscitados por la constitución de garantías reales sobre maquinaria industrial.

Preciso es señalar el acierto y el peligro que presenta un tema como el elegido. Es evidente que el estudio comentado se encuentra en línea con aquellos otros que se ocupan del análisis de particulares figuras negociales sobre la hacienda o de alguno de sus elementos. Todo trabajo en este sentido ha de ser acogido con interés por la doctrina española; al ser todavía escasos los estudios con que contamos sobre la empresa, todos los intentos doctrinales que enfilen esta dirección contribuirán a enriquecer el material monográfico indispensable para proceder a la elaboración de una teoría general de la empresa. Pero con el acierto en la elección del tema, hay que apuntar un peligro que es común denominador de todos los intentos aislados. Precisamente por carecer la temática del establecimiento mercantil de unos principios básicos en un grado aceptable de elaboración, tales intentos suelen adolecer o de imprecisión, al poner en juego con poco rigor conceptos generales, o, lo que es peor, de barroquismo, al empeñarse en construir sin suficiente perspectiva crítica una teoría general para los supuestos singulares que se estudian. La obra de DÍEZ RONCAL ha salvado limpiamente estos escollos.

Parece obvio que una actitud realista en el estudio de los problemas jurídicos ha de mantenerse a distancia de todo dogmatismo, y, a la vez, adentrarse en el entorno socio-económico en que se debaten los problemas. Esta doble exigencia se hace especialmente necesaria en el enfoque de cualquier institución de la realidad mercantil e industrial, en que tan fácil es derivar hacia la sociología o la economía de los institutos jurídicos. A este respecto se debe subrayar la mesura de planteamiento del libro en su primera parte. Los dos primeros capítulos sitúan la institución en su marco histórico y económico, destacándose los condicionamientos que encuentran hoy las garantías reales sobre maquinaria industrial en el proceso de desarrollo social y económico de nuestro país. En el primer capítulo se estudia la «reaparición» de las formas de garantía real mobiliaria, determinada por el fenómeno de la revolución industrial y, más concretamente, por la entrada en el

comercio jurídico de nuevos bienes muebles de gran valor económico, lo que se traduce en una modificación en los términos y en el alcance de la clasificación fundamental de los bienes en muebles e inmuebles. En el capítulo 2° se analiza otro fenómeno general de los tiempos modernos que afecta ya más de cerca al tema estudiado: la creciente demanda de créditos con destino a inversiones de capital industrial, lo que determina la búsqueda de nuevas posibilidades de garantía. De este fenómeno general se desciende a otro particular: la clasificación de los créditos en conexión con las distintas clases de garantías y los fines de la inversión a que el crédito se destina; subraya el autor la existencia de recíprocas influencias entre crédito, garantía e inversión, situando el crédito industrial en el grupo de los de duración media, destinado normalmente a la adquisición de maquinarias e instalaciones ligeras complementarias, y destacando la tendencia de que sean las mismas máquinas y equipos objeto de la inversión los que sirvan de respaldo a tales créditos. Las referencias al problema de la industrialización y modernización de nuestro parque de maquinaria permiten acotar el terreno en que se ha de desenvolver la garantía real sobre maquinaria, y ponderar la importancia de instituciones que, como ésta, coadyuvan al desenvolvimiento del crédito en la industria. Se cierra la primera parte del libro con un tercer capítulo, en que se propone una clasificación de las posibles formas de garantía real sobre maquinaria, y se enuncian las cuestiones fundamentales que suscita la hipoteca de maquinaria industrial.

La segunda parte del libro discurre por un campo temático de vertientes contiguas al Derecho civil. Se estudian aquí las máquinas y la maquinaria en un doble aspecto: en su calidad de bienes, y en relación con el inmueble en que se encuentran. El autor sabe mantenerse sobriamente dentro de la opinión común en la dogmática mercantilista, con las necesarias precisiones para no perderse en consideraciones ajenas al campo concreto de su estudio. En el primer capítulo trata de los caracteres de las máquinas en cuanto cosas, de la relación que se establece entre la máquina y el inmueble en que se sitúa, y de la relación entre la maquinaria y la explotación, para concluir en una consideración que informa el desarrollo ulterior de la obra en un proceso lógico de gran coherencia. Lo que principalmente importa para delimitar la base objetiva de la hipoteca de maquinaria industrial es definir el destino económico-jurídico de la maquinaria en relación con la idea de explotación. En este sentido—precisa el autor—, la maquinaria puede ser instrumento de trabajo de una explotación—es decir, puede estar integrada orgánicamente en el proceso productivo—, o bien puede responder a una finalidad distinta, es decir, no concurrir como instrumento de trabajo a los fines de la explotación. De este modo, pasa a primer plano la idea de explotación y se abandona el criterio de la relación material o funcional de la máquina respecto a un inmueble determinado. En conexión con la idea de explotación, se intenta fijar en el capítulo 2° un concepto sobre la hacienda; dentro del clima de controversia en que se debate el tema, el autor apunta las ideas básicas que permiten explicar la situación de la maquinaria en la explotación como conjunto de elementos organizados—*aviados*—entre sí y con otros a los fines de producción en una empresa determinada.

Sobre estas premisas se aborda en el último capítulo la interpretación del artículo 42 y concordantes de la Ley de hipoteca mobiliaria. El autor estudia con separación tres supuestos de garantía real: 1) la maquinaria como objeto de garantía por extensión de la base objetiva de una hipoteca sobre inmueble o sobre establecimiento mercantil;

2) la maquinaria como objeto de garantía pignoratícia, distinguiéndose aquí los supuestos de prenda ordinaria, prenda industrial y prenda sin desplazamiento; 3) la maquinaria como objeto de hipoteca mobiliaria. Son notables las dificultades que ha tenido que afrontar el autor en este último capítulo: en la Exposición de Motivos de la Ley de 1954 se reconoce que uno de los objetos que más dificultades había planteado para su admisión como base de hipoteca mobiliaria había sido la maquinaria industrial, por la «diferente situación y destino en que puede encontrarse». Para Díez Roncal, si la maquinaria industrial se considera como una realidad técnica y económica, más precisamente, como un conjunto funcional organizado para la producción, y si como tal conjunto representa un valor, será este mismo conjunto la base del derecho real de hipoteca de maquinaria, el cual, como todo derecho de hipoteca, vendrá a recaer sobre el valor en cambio de unos bienes que sólo pueden ser eficazmente valorados en su plena significación económica a la luz de los criterios que informan el tráfico industrial.

ENRIQUE LALAGUNA.

DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, José Antonio: *La fase de seguridad en la hipoteca*. Universidad de Navarra. Pamplona, 1967.

El autor de este estudio monográfico, que hace el número 32 de las publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, nos explica en la introducción las razones que ha tenido para dedicar su estudio a la fase de seguridad de la hipoteca, esa fase tan olvidada por la doctrina, que insiste en sus comentarios en la vertiente ejecutiva. Con efectos retroactivos, el autor hace repetir a ORTIZ DE ZÁRATE aquellas palabras que, allá por el año 1861, pronunciara en el Congreso de Diputados, y sobre ellas monta sus razones para dar la importancia que se merece a la fase de seguridad de la hipoteca, destacándola debidamente sobre la de ejecución.

La idea o tesis que se desprende de este trabajo es la de que las diversas corrientes doctrinales que han tratado de perfilar la figura de la hipoteca coinciden en la eficacia actual de la misma en la fase de seguridad, y de ahí que pueda ser—dice el autor—el punto de partida para explicar el porqué de las distintas tesis, y como plataforma común, permitirá divisar en qué medidas éstas se contraponen o, por el contrario, se complementan.

Si partimos de la base de la hipoteca como una figura de garantía, se hace decisivo que la misma se inicie desde el momento de su constitución, y de ahí la gran importancia que tiene el estudio de esta fase que, en la obra que recensamos, está tratado con gran amplitud, pues son nueve los capítulos de que consta, y en ellos, salvo los inevitables preliminares que centran la cuestión, se contiene el examen minucioso de esta fase. Respetando las mismas, y precediéndoles del aspecto bibliográfico, descenderemos a detalles.

A) *Bibliografía*.

La obra está suficientemente documentada, y a los trabajos clásicos de CARNELUTTI, MESSINEO, BARASSI, WINDSCHEID, CICU, BIONDI, BARBERO, S. ROMANO, etc, se unen algunos más recientes, como el de

BRETHER DE LA GRESAYE, FREZZA, GENTILE, etc. Predomina la doctrina italiana, aunque también se hacen ciertas concesiones a los franceses, alemanes y hasta a los hispanoamericanos (tal el caso de SENTIS MELLENO), y, por lo que se refiere a los españoles, están citados en su casi totalidad los que, en forma directa o indirecta, se han ocupado del tema (ROCA, VALET, MOXÓ RUANO, DE LA CÁMARA, LA RICA, LACRUZ, etc.). Las notas bibliográficas se consignan al pie de página, lo que facilita enormemente seguir las ideas de cada autor, pero estimamos un complemento necesario la referencia final con un índice de autores y obras.

B) *Capítulo primero.*

Este primer capítulo sirve para centrar la idea que va a desarrollar su autor y para situarnos históricamente ante la figura. Recorre las inevitables etapas del Derecho greco-egipcio, Derecho romano (con el estudio de varios tipos: los *illata*, la *conventio* y el *ius oferendi*), para terminar con los principios que refleja la Ley de 1861 y el actual contenido de la figura en la jurisprudencia.

La otra vertiente de esta parte está destinada a la exposición de las teorías constructivas de la hipoteca, para llegar a la conclusión de que en todas ellas surge la afirmación de la eficacia actual de la misma desde el momento de su constitución, aunque tal criterio unitario desaparezca al tratar de precisar en qué consiste esa eficacia:

- Para unos, reside en que el acreedor hipotecario tiene o es titular, desde la constitución, de un derecho adquirido sobre el valor en venta de la cosa.
- Para otros (doctrina obligacionista), el contenido está en el deber, impuesto a cualquier poseedor de la cosa hipotecada, de pagar o de someterse a la ejecución.
- La tesis dominante que configura a la hipoteca como derecho real de realización de valor, subraya también la vinculación del valor en venta de la cosa desde la fase de seguridad.
- Frente a estas teorías valoristas surgen las teorías procesalistas que explican la eficacia de la hipoteca en la fase de seguridad sin acudir al derecho real; también existen otros criterios doctrinales modernos que pretenden aportar a la discusión conceptos distintos a los del derecho subjetivo, insertando las relaciones entre acreedor y deudor en concepciones más amplias.

C) *Capítulo segundo.*

En este capítulo se estudia la noción unitaria de la propiedad y sus posibles influencias en la hipoteca. Destaca el autor cómo habiendo sido la disponibilidad de la cosa por el propietario la esencia de la propiedad, la hipoteca, en cuanto gravamen, es lógico que se apoye en la facultad más característica del dominio, pero su tesis reside en poner de relieve el declive de la teoría unitaria de la propiedad y de la hipoteca ante la necesidad de considerar las características específicas del objeto. Si se admite que, en vez de propiedad, hay propiedades, también cabe afirmar que no hay hipoteca, sino hipotecas. Las hipotecas especiales cada vez proliferan más, dependiendo su régimen jurídico de la finalidad del crédito y de la específica naturaleza del objeto sobre que se imponen.

D) *Capítulo tercero.*

Aquí es donde el autor analiza la eficacia de la hipoteca en la fase de seguridad, esto es, la eficacia que la sujeción de la cosa hipotecada produce durante esta fase. La forma de llegar a ello la realiza a través del examen que la hipoteca provoca en las facultades más acusadas del dominio. Y así examina su inmediatez, la facultad de disposición y la noción de pertenencia en relación con la hipoteca.

E) *Capítulo cuarto.*

Está destinado este capítulo al estudio de la hipoteca en relación con la distinción doctrinal y legal entre derechos reales y de crédito; al ocupar la hipoteca un destacado lugar en el amplio marco de los derechos reales su configuración jurídica depende también del criterio que se tenga acerca de este tipo de derechos patrimoniales. Con claridad y concisión examina las diferentes posturas doctrinales y sus repercusiones, para acabar con la teoría que distingue entre relación real y derecho real, sacando la conclusión de que la hipoteca es una relación de garantía «que sujeta directamente la finca sobre que se impone, abarcándola en toda su dimensión; es una relación derivada, ya que se inserta a su vez en la relación jurídica de la cual la cosa constituye el objeto (de propiedad, usufructuaria, etc.); por estar al servicio de un crédito al que garantiza es subordinada y, finalmente, forma parte de las relaciones jurídicas de tráfico».

F) *Capítulo quinto.*

A la autonomía de la voluntad en la determinación del objeto de la hipoteca se destina este capítulo, destacándose lo imprescindible que es en el momento actual realizar un reajuste del gravamen hipotecario a los objetivos económicos y sociales que pretenden alcanzarse a través del crédito territorial. La transformación operada en la propiedad y el dogma de la autonomía de la voluntad son decisivos a la hora de precisar el objeto de la hipoteca.

Después de examinar lo que debemos entender por objeto de los derechos reales, de las nociones de finca y valor, así como las hipotecas que recaen sobre el derecho de usufructo, nuda propiedad y derecho de superficie, concluye que el objeto de la hipoteca son las cosas del mundo exterior que revisten la consideración de fincas, a las que aquélla sujeta tanto en su entidad material como económica y jurídica. Termina el capítulo con el problema de la autonomía de la voluntad y la relación del mismo con la idea de finca funcional.

G) *Capítulo sexto.*

Es el más breve de casi todos ellos y está dedicado a los problemas de la posible configuración de la hipoteca como un derecho de adquisición, al objeto de la hipoteca y a la noción de patrimonio para su posible configuración como patrimonio separado, tesis que el autor rechaza.

H) *Capitulos séptimo y octavo.*

Agrupamos estos dos capítulos, pues en ellos se enlazan los problemas que ambos abordan, esto es, si en el primero lo que se estudia es la conservación de la cosa hipotecada a través de la acción de devastación y el arrendamiento gravoso, en el siguiente se especifica el problema concreto del arrendamiento en sus diversas clases frente a una hipoteca anterior en fecha.

Se trata con bastante detenimiento de ambos problemas, y en su solución se recogen las principales opiniones doctrinales. El autor insiste mucho en que el enfoque de la hipoteca desde la fase de ejecución resulta perturbador para explicar fenómenos producidos en la fase de seguridad. Su postura es que los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca no sobreviven al transmitirse la cosa al adjudicatario, ya que nadie puede dar a otro lo que no tiene, ni transmitirle más derechos sobre una cosa que los que en ella le pertenezcan. Por último, el autor examina la pregunta que se formula sobre el posible valor que pueda tener en nuestro Derecho la distinción entre arrendamientos gravosos y arrendamientos normales, si todos ellos se extinguen. Y aquí es donde saca la consecuencia del valor que tiene la fase de seguridad de la hipoteca, ya que unos pueden impugnarse en esa fase y los demás sólo en la de ejecución se extinguen.

I) *Capítulo noveno.*

Es el último de la monografía y en él se enfoca el problema de la indivisibilidad de la hipoteca como medida conservativa. La hipoteca puede recibir ciertas debilitaciones del valor de la cosa hipotecada, lo cual intenta remediarse con la acción de devastación; pero también puede sufrir esas debilitaciones a través de la división o fraccionamiento del inmueble gravado. El examen del punto concreto comprende también la idea de la solidaridad, la hipoteca conjunta y la hipoteca sobre casas divididas por pisos. La tesis sustentada es que la indivisibilidad de la hipoteca no es más que una medida de garantía o conservación de la garantía que corresponde a la fase de seguridad de la hipoteca.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ.

HIERNEIS, Otto: *Das besondere Erbrecht der sogenannten foralrechtsgebiete Spaniens*. Un volumen de XXXVI + 495 páginas, editado por De Gruyter (Berlín) y Mohr (Tubinga), año 1966.

Ha tenido que ser un autor alemán quien acometiera el estudio de una entera parte de la materia civil en el Derecho foral comparado. En verdad, los foralistas españoles, por regla general hemos permanecido demasiado anclados en nuestro territorio de origen, y si poco propicios a la exposición de conjunto de nuestro propio Derecho—la falta de obras modernas, sobre todo en Derecho foral, es patente—, menos aún a la exposición comparativa y conjunta. Para hallar libros de este tipo, hemos de remontarnos a la obra de don José CASTÁN, de contestaciones al temario de judicatura (1923, 1932), y antes a la de

BARRACHINA (1912). Tras el libro de CASTÁN TOBEÑAS, necesariamente elemental, el estudio de los Derechos forales ha crecido mucho en cantidad, y ha mejorado (en relación con el término medio de la literatura anterior) su calidad, pero no ha aumentado el interés por la exposición comparativa.

Desde hace años se ha dedicado a ella, con inteligencia y trabajo, el doctor OTTO HIERNERS. Orientado por sus maestros alemanes hacia el Derecho comparado, tuvo la idea de realizar la comparación dentro de Ordenamientos correspondientes todos a un mismo país, y sobre una materia muy amplia. el Derecho de sucesiones. Una larga estancia en España, y particularmente en Zaragoza, le permitió a él acopiar todos los datos precisos y también, a quienes le conocimos, percatarnos de sus excelentes calidades de jurista e investigador. La redacción de la obra le ocupó luego dos o tres años, durante los cuales no dejó de estar en contacto con la evolución de los trabajos legislativos—complicaciones—y de la doctrina foral. Así llega a publicar un libro como éste, de verdadera calidad científica.

En esa calidad entra otro componente, cual es la formación civilística inicial de su autor, adquirida en su patria—no viene a España hasta que ha emprendido la redacción de la presente obra—y, por tanto, sobre las instituciones, estructuras, métodos y problemas del Derecho alemán. Ello no ha supuesto, aquí, una *germanización* del tratamiento de los Derechos forales españoles, mas sí, no pocas veces, una reelaboración de los materiales españoles, con arreglo al sistema y las categorías dogmáticas de institutos paralelos más desarrollados en Alemania. Sirva de ejemplo la sucesión contractual, enfocada hasta ahora en la doctrina foral española con vistas a un elenco tradicional de situaciones y problemas inepto para dar cuenta de las líneas más generales y los temas fundamentales del instituto, y estudiada en la presente obra, con evidente éxito, sobre los patrones clásicos entre los expositores del BGB.

Vemos perpetuarse, así, un fenómeno—la aproximación de un jurista al Derecho de país distinto del suyo para estudiarlo y exponerlo—que en el siglo pasado ha logrado frutos tan maduros como los tratados de Zachariae v. LINGENTHAL, o, más de medio siglo después, de CROME, sobre el Derecho civil francés, y que en el presente ha dado lugar a tantas monografías—entre las más antiguas y excelentes, las de SALELLES sobre Derecho alemán—de verdadero valor.

Nuestro país no ha sido hasta la fecha de los más favorecidos por esta corriente, y aun los estudios franceses sobre la mejora, la costumbre o la jurisprudencia (instituciones en las cuales la aportación foránea no podía resultar especialmente inspirada), publicados entre las dos guerras, no alcanzan excesivo nivel.

Con ninguno de tales estudios podría compararse el libro que comentamos, el cual no es una monografía, sino obra general, y además referida a una pluralidad de Ordenamientos. No es, así, una obra de profunda investigación de puntos muy concretos, si bien tampoco una exposición meramente informativa y si un resumen ordenado y crítico de la regulación y la problemática de la sucesión en los Derechos forales. Digo *un resumen* aludiendo, no a que este libro sea un catecismo o centón, que es mucho más, sino al estilo sintético del autor, quien, sin concesiones, encierra sus ideas en el número estrictamente preciso de palabras. Concisión no reñida con la claridad, tan necesaria en obra destinada, en principio, a dar a conocer Derechos españoles a los juristas alemanes.

El sistema seguido para exponer las distintas regulaciones de cada instituto no es uniforme, antes, al contrario, se adapta a las posibili-

dades que brinda aquél. Cuando se trata de ordenamientos parecidos (o de la disciplina distinta de problemas semejantes), y de una figura concreta, como el testamento ante párroco o el mancomunado, el autor estudia los diversos aspectos de la figura referidos, cada uno, a los correspondientes Derechos forales. No siendo así (por ejemplo, en la sucesión intestada, la contractual o las legítimas), expone sucesivamente el total sistema de cada territorio, con independencia. Y alguna vez agrupa los Ordenamientos por afinidades (Cataluña y Baleares, de un lado; Aragón, Navarra y Vizcaya, de otro). Siempre, habiendo materia, describe, previamente al estudio del instituto foral, los rasgos esenciales del articulado del Código civil.

Inaugura la obra una noticia general, indispensable para los juristas alemanes que han de ser sus más inmediatos usuarios, sobre los Derechos forales y sus fuentes (§§ 1 al 10). Abarca, sucesivamente, el concepto del Derecho foral y origen de la denominación; la historia de los Derechos forales, la pérdida de su autonomía y el ámbito actual de validez de todos y cada uno; la naturaleza jurídica del Derecho foral, punto en el cual acepta, en principio, la posición de los foralistas, si bien admite la opinión de De Castro sobre la interpretación estricta de los Ordenamientos forales frente al Derecho común necesario; la trascendencia de los Derechos forales y sus notas e instituciones distintivas; el ámbito de aplicación del Derecho foral frente al Código civil, su ámbito personal, aceptando la condición de aforado del extranjero que adquiere la nacionalidad española en territorio de fuero, y examinando el problema de la sucesión del apátrida con residencia temporal en territorio foral; y las fuentes históricas y actuales, principales y subsidiarias, de los Derechos territoriales.

Tras una introducción sobre los principios generales en materia de sucesión y los fundamentos de vocación, con especial análisis de la regla *nemo pro parte* (§ 11), pasa a estudiar la sucesión testamentaria, y primeramente el testamento (§§ 12 a 18); la capacidad de testar, las formas comunes de testamento en los Derechos forales; las formas propiamente forales (entre las cuales no cuenta el testamento por comisario razonando cómo no se trata de una forma testamentaria, sino de institución mediante la voluntad del tercero, que debe estudiarse sistemáticamente en este punto); el codicilo y las llamadas memorias testamentarias; la invalidez y revocación del testamento y el testamento mancomunado, al que dedica especial atención.

Seguidamente analiza el contenido del testamento (§§ 19 a 24). En tema de institución de heredero, reúne en un mismo párrafo, bajo el título de «institución y determinación del heredero mediante tercero», el testamento por comisario en Aragón, Navarra y Vizcaya; el heredero de confianza en Cataluña y Navarra; la cláusula de confianza y el heredero distribuidor de Baleares, y el «usufructo poderoso» de fuero de Ayala.

A las sustituciones dedica el libro dos §§, el segundo, extenso, a la fideicomisaria, objeto de detallada regulación en Derecho catalán, que el autor sistematiza rigurosamente añadiéndole antecedentes del Derecho común y catalán, comparaciones con el Derecho alemán y oportunas precisiones sobre las cuestiones dogmáticas y los problemas prácticos más cotidianos.

Acaba esta parte con sendos §§ relativos a los legados y donaciones a causa de muerte y a la ejecución testamentaria.

En el tratamiento de la legítima (§§ 25 a 32) atiende el autor, con mayor intensidad que en otras partes de la obra, a los antecedentes históricos. Tras la descripción sumaria del Derecho del Código civil (concepto y naturaleza de la legítima, adhiriéndose a la tesis de VALLET;

cuantía en cada caso; pretensión de legítima; preterición y privación), examina sucesivamente los Ordenamientos catalán (incluso el artículo 15 de la Ley Hipotecaria), balear, aragonés (aprovechando la actual Compilación, entonces proyecto, para explicar el Apéndice y sistematizar la materia), Navarra, Vizcaya (cuyo complejo sistema explica con detenimiento y claridad), fuero de Ayala y Galicia. El último párrafo de esta parte se dedica a las reservas y su vigencia en los Derechos forales.

En tema de sucesión intestada, tras el derecho del Código, estudia el doctor HIERNEIS el problema suscitado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que negó la vigencia de los antiguos Ordenamientos forales, concluyendo, ahora sólo para Navarra, que la concepción jurisprudencial no vincularía a los Tribunales alemanes si se suscitase ante ellos el problema, pudiendo el Juez alemán, en su caso, si lo considera más justo, aplicar el Derecho foral navarro. Es notable el estudio de la sucesión troncal en el Derecho aragonés, con exposición crítica del artículo 39, cuyos problemas vienen planteados a la vista de la literatura existente y resueltos con criterio seguro, incluso en polémica con los foralistas españoles: por ejemplo, el de los bienes heredados por el causante de un hermano de doble vínculo, mas de procedencia anterior, habiendo parientes de ambas ramas. El autor señala la superioridad del proyecto de Compilación aragonesa—hoy ya Ley—sobre el artículo 39. También estudia con detalle la sucesión intestada navarra y algo más ligeramente la vizcaina.

La situación jurídica del heredero (reglas comunes a la sucesión testada y la intestada) ocupa un número relativamente corto de páginas, correspondiendo a las relativamente escasas especialidades del Derecho foral. Sucesivamente se exponen la incapacidad y la indignidad para heredar; la adquisición de la herencia (posesión; herencia yacente; *ius delationis*; concurrencia de diversos fundamentos de vocación); la aceptación y repudiación de la herencia; la responsabilidad del heredero, el beneficio de inventario, la pluralidad de herederos y la *separatio bonorum*; la comunidad hereditaria, el acrecimiento, la partición y la colación (en cuanto a ésta, razona su existencia en Navarra y describe el régimen de los proyectos legislativos); y, finalmente, la petición de herencia.

La parte dedicada al contrato sucesorio (§§ 46 a 51) es de las mejor construidas de la obra. En cada § estudia el autor un Ordenamiento concreto, acaso debido a la dificultad de comparar reglas que resuelven problemas diferentes. Comienza por los casos excepcionales de sucesión contractual del Código civil, observando la sistemática alemana en cuanto a la estructura y ordenación de los problemas, si bien opera desde un punto de vista exclusivamente de legislación española. Es notable que, en alguno de tales casos excepcionales, se llegue a la mancomunidad de la disposición (prohibida para el testamento por el propio Código): así, en la institución del hijo adoptivo por ambos padres adoptantes.

La exposición del Derecho catalán la inicia HIERNEIS con la doctrina antigua en torno a la naturaleza del heredamiento, explicando en qué casos puede considerarse éste, todavía hoy, una donación, figura jurídica que en su opinión sólo podría construirse con la ayuda del constituto posesorio. En la actualidad, por regla general, el heredamiento debe interpretarse como un contrato sobre la herencia futura, y puede ser equiparado en sus rasgos esenciales al contrato sucesorio del BGB. A continuación describe las reglas generales comunes a todos los heredamientos, y después las de los singulares contratos sucesorios que han alcanzado tipicidad legal: heredamientos a favor de

los hijos que se casan (y dentro de ellos, el simple; el complejo o cumulativo y el mixto) heredamientos a favor de los hijos nacederos de los contrayentes (puro, de institución, de prelación y preventivo), y heredamientos mutuales. La explicación, en esta materia realmente compleja, alcanza gran claridad. Para conseguirla, el autor prescinde de las cláusulas añadidas a algunos de estos contratos, así como de consecuencias legales no directamente relacionadas con su contenido sucesorio, que examina independientemente, a continuación (usufructo del cónyuge sobreviviente; principio de la unidad económica familiar; reserva legal para dotes y colocación de los hijos; convenciones singulares, como la reserva contractual para dotar, testar, pacto reversional etc.).

En el Derecho balear se pone de relieve la coexistencia de la donación universal, de limitado aspecto sucesorio, con el heredamiento propiamente dicho.

El análisis del contrato sucesorio en Aragón comienza con una introducción sobre su posibilidad en el Apéndice, y sigue con unas consideraciones sobre su independencia de las capitulaciones matrimoniales, al contrario que en Cataluña. Tras el estudio de la forma, el contenido, la eficacia, la modificación y revocación, y la renuncia a la legítima, con lo cual queda completo el cuadro del contrato sucesorio genérico, el autor expone la función social de tal instituto en el alto Aragón; su relación con la casa, y sus diversas formas y formalidades consuetudinarias, distinguiendo cinco tipos: la institución de heredero de un determinado hijo (eventualmente con reserva del señorío mayor, usufructo y facultad de disponer; obligación del heredero de convivir con los padres; la de sostener a los demás hijos de éstos, etc.); el contrato en favor de un hijo común nacedero; el contrato recíproco entre cónyuges, o agermanamiento; el contrato de renuncia a la herencia, y el acogimiento y dación personal; todos ellos son estudiados con solicitud, sujeción a la realidad aragonesa, y dogmática moderna.

Más breve es el tratamiento del Derecho navarro, en el cual algunas cuestiones se resuelven por referencia al aragonés. Señala HERNÁNDEZ la independencia entre contrato sucesorio y capitulación, salvo en el caso de que haya donación universal de bienes con transmisión inmediata, y describe las reglas generales y las particularidades de la práctica.

Finalmente, con referencia al Derecho de Vizcaya, se pregunta si, junto a la donación, está permitida la sucesión contractual: decidiéndose por la negativa para el Derecho anterior a la Compilación, y por la afirmativa para éste, con buenas razones.

La última parte de la obra está dedicada a una consideración complementaria de la situación del cónyuge sobreviviente en los Derechos forales, aunque sin perder de vista la condición de derecho de familia que tiene la «viudedad», particularmente en Aragón y Navarra. Este instituto se estudia por el autor con bastante detenimiento.

Es muy difícil describir más exactamente una obra tan general. Confío en que el lector, a través de mis palabras, habrá podido formarse una idea inicial de la estructura, el contenido y la manera de ser de ésta. Aparte la honestidad científica evidente con que está escrita, yo resaltaría en ella, sobre todas las demás, dos virtudes: la forma sucinta de exposición, que permite un gran coeficiente de información; y la claridad, debida, de una parte, a la sensatez e inteligencia de las soluciones, y de otra, a la perfección del sistema.

Un libro, pues, verdaderamente notable, verdaderamente útil, y que representa un ejemplo para los foralistas españoles.

JIMÉNEZ DE PARGA CARRERA, Rafael: *El Seguro de Crédito a la Exportación*. Tecnos. Madrid, 1965. 325 págs.

La doctrina mercantilista española carecía de un estudio orgánico y unitario sobre el Seguro de Crédito a la Exportación. Casi simultáneamente se publica un libro de F. DEL CAÑO y este de JIMÉNEZ DE PARGA, objeto de reseña

Está dividido el libro en una nota preliminar, seis capítulos, conclusión, bibliografía consultada y un apéndice.

La nota preliminar es importante; en ella nos declara el autor su filiación intelectual al profesor GARRIGUES a más de que se trata de una tesis doctoral, si bien con el intento de eliminar rigidez dogmática a fin de conseguir un libro también dirigido a los prácticos del Derecho.

Es plausible que se inicie el estudio de la institución del Seguro, insertándola en sus coordenadas histórico-económicas. Se sigue el esquema de MANES, el cual distingue entre prehistoria e historia del Seguro. La prehistoria se caracteriza por ser el Seguro un régimen de mutualidad; la historia—siglo XIV—por el dato de la importancia que adquiere la riqueza mueble con la posibilidad de ruinas súbitas y con el consiguiente deseo de prevenirlas. Es ya en los siglos XVIII y XIX cuando la figura queda perfilada con sus características esenciales: Unión con el sistema capitalista como base económica; y la especialización y concentración y la intervención como rasgos jurídicos.

Ocupa, pues, el Seguro un lugar clave en el sistema económico. Para el particular será un medio de combatir los riesgos; para la economía nacional, un instrumento de producción. Y si el crédito es una confianza futura en la solvencia del deudor, el Seguro de Crédito reforzará obviamente a éste.

Siguiendo esta orientación de aunar el derecho a la economía, es sólo que la figura de Crédito a la Exportación surja entre los años 1919 a 1930 («cuando estaban maduras las condiciones objetivas: comercio exterior a gran escala, comienzo de una producción excesiva para la demanda interior de cada país, necesidad de nuevos mercados, etc.»). En España, el primer texto legal que regula el Instituto, coetáneo a la creación del Banco Exterior, es la Ley de 6 de agosto de 1928.

En el capítulo II se analiza la problemática técnico-económica de este tipo de Seguro, según se reglamenta en el Decreto-Ley de 3 de noviembre de 1960, cuyos basilares son: 1.º necesidad de exportar: 2.º a distintos lugares y en mejores condiciones (control estatal del comercio exterior), y 3.º, alineación del sistema económico español al resto de Europa; engarzándose, en consecuencia, el Seguro de Crédito a la Exportación en el Plan de Desarrollo

Dentro de esta perspectiva económica, este tipo de Seguro está inordinado en la temática general del Seguro, si bien con algunas especialidades pertinentes al riesgo, siniestro, indemnización, etc.

En los dos capítulos siguientes se estudia, dentro del Derecho español, el Seguro de Crédito a la Exportación en su faceta jurídica. Se concluye el estudio del Derecho positivo con la pregunta de si este tipo de Seguro es, efectivamente, un verdadero Seguro privado. La contestación es afirmativa. Reúne todos los requisitos que lo definen.

Someramente, y al efecto de estudiar comparativamente el sistema español, se dedica el capítulo V al estudio del Derecho extranjero. También, en este capítulo, se reseñan los organismos internacionales que canalizan la normativa y problemática del Seguro de Crédito a la Ex-

portación; especialmente la llamada «Unión de Berna» («Unión d'Assureurs des Credits Internationaux») y I. C. I. A. («International Credit Insurance Association»). Estudio, en rigor, esquemático y claro.

Bajo el epígrafe de «El ayer, el hoy y el mañana del Seguro de Crédito a la Exportación en el Derecho español», se hace la crítica de la institución, considerándola técnicamente bien reglamentada, si bien, desde el punto de vista práctico no ha tenido todo su normal desenvolvimiento. Las causas de este fracaso parcial vienen provocadas por su elevado coste, la débil capacidad de nuestros exportadores y el elemento subjetivo de una mentalidad refractaria al instinto.

Para el futuro se augura un porvenir brillante. Augurio basado en el artículo 33 de la Ley del 28 de diciembre de 1963, en la que se preconiza la necesidad de mejorar la regulación vigente del Seguro de Crédito a la Exportación aumentando los márgenes de la cobertura y haciendo más rápida la liquidación de las indemnizaciones.

Después, en el plano del Derecho constituyente, el autor fija las modalidades que este tipo de Seguro debería abarcar, a saber: 1.º Seguro de riesgo de cambio. 2.º Seguro de elevación de costos de producción. 3.º Seguro de protección de mercado, y 4.º Seguro de asistencia a ferias internacionales.

En la conclusión se sintetiza la exposición de la materia hecha a lo largo del libro.

En congruencia con la escasez de la literatura española sobre el tema, la bibliografía consultada es preferentemente extranjera.

Por último, termina el libro con un apéndice en el que se recogen las normas legales básicas sobre el Seguro de Crédito a la Exportación. Este apéndice es una determinación evidentemente acertada que da agilidad a la consulta.

Este es, en fuerte síntesis, el contenido del libro.

Hemos de saludar gratamente la publicación de esta monografía. En general, es un estudio minucioso e inteligente de esta figura de tan amplio porvenir. Quizá hubiera sido interesante pormenorizar algunos problemas que el Seguro de Crédito plantea en su vertiente de estricta técnica jurídico-privada; por ejemplo, ocurrido el siniestro, la Compañía aseguradora indemniza el 80 por 100 del daño, se subroga en el lugar del asegurado, y, si en virtud del ejercicio de las acciones subrogadas obtiene la totalidad del interés, ¿a quién pertenece el 20 por 100 restante? También el enfoque socio-económico del libro está dominado por un cierto determinismo económico; pues, en rigor, no siempre que surge una necesidad ésta encuentra fiel y adecuado cauce legal. Así, el Decreto de agosto de 1928 es tardío y de aplicación práctica casi nula. La necesidad económica y sociológica había pasado ya. Cuando necesitábamos reglamentar este tipo de Seguro fue durante la primera guerra mundial, época en que efectivamente fuimos exportadores.

Las pautas más sobresalientes a nuestro parecer, consisten en haber estudiado el Seguro dentro de una realidad histórica. La historia no es simple historiografía ni labor de eruditos. Para entender una institución es necesario comprenderla en todo su desenvolvimiento pretérito, pues éste de alguna manera está vivo en el perfil que el Instituto nos presenta en la actualidad. Esta finalidad de comprensión histórica ha sido esbozada claramente por el autor, si bien concretada a la esfera económica. También es digno de elogio que la remisión hecha al Derecho constituyente (cap. VI) no esté basada en una apreciación arbitraria y subjetiva, sino en un sólido conocimiento del Derecho extranjero y de la realidad sociológica del Seguro de Crédito a la Exportación en España. Es de estimar, desde el punto de vista práctico, la exposición detallada que del Derecho positivo se hace en los capítulos III y IV.

En fin, estamos frente a un libro que llena un vacío notorio en nuestra literatura jurídica, y es de consulta obligada tanto para el teórico como para el práctico del Derecho.

F. MESA MARTÍN.

LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, y MELÓN INFANTE, Carlos: *Código civil*, versión crítica del texto y estudio preliminar. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1967, 689 págs.

El libro se inicia con un luminoso y apretado prólogo de FEDERICO DE CASTRO (V a VII), un estudio preliminar (págs. IX a LVI) y el Código civil con las disposiciones relativas a su formación y aplicación y las Leyes modificativas del texto del mismo.

El profesor DE CASTRO hace constar, en el citado prólogo, la existencia de erratas, omisiones e interpelaciones en las ediciones comerciales del Código civil. También existen, continúa diciendo DE CASTRO, discordancias, algunas decisivas, entre las diversas versiones oficiales del Código. Por último, de la comparación de la edición Primitiva y Reformada, de diversos datos que se encuentran en los autores, brotan nuevos interrogantes, permite otro enfoque de los viejos problemas y pone en camino de solución importantes cuestiones. Ante estos vacíos y antinomias, es congruente la salutación positiva frente a esta versión depurada y completa del Código civil.

El prologuista deja de contestar una inquietante interrogación, ¿merece el Código tanta atención? Aun sin enfocar el problema frontalmente, reconoce DE CASTRO la necesidad y la importancia de este esfuerzo de los autores. Necesidad determinada por los siguientes motivos: 1.º El restablecimiento del verdadero texto del Código civil para la buena aplicación del Derecho. Darnos el verdadero texto del Código, destacar la importancia de sus variantes, es una contribución a la mejor aplicación de la Ley y también una llamada de atención al verdadero y humilde respeto al Derecho vigente. 2.º La existencia de una comunidad jurídica con otros países que también recibieron nuestro Código civil. Cuba, Puerto Rico, Filipinas. 3.º Las compilaciones se orientan en el sistema jurídico codificado. 4.º Los preceptos del Código han arraigado en nuestra realidad social.

El estudio preliminar está dividido en cinco apartados (I. Propósitos.—II. Textos utilizados para la preparación de la edición.—III. Especial referencia a las versiones oficiales del Código civil.—IV. Valor y significado de las publicaciones oficiales utilizadas.—V. Estructura de la obra. Criterios de método para su elaboración y datos para el manejo de la misma).

En el apartado I se explica: 1.º Las razones de una edición completa del Código civil con todo lo que constituye su complemento inmediato y necesario; con integración de las Leyes modificativas y conservación de todos los sucesivos textos originarios de la reforma, a más de los pertenecientes a la primera edición del Código. En efecto:

La inclusión de la primera edición del Código se justifica porque se facilitan datos para la interpretación, se resuelven problemas de aplicación temporal, y también, porque la modificación se origina, a veces, en el seno de una Ley de contenido más amplio y, en tal caso, la eficacia del texto objeto de reforma viene dada, además de la que tiene en la Ley

en la que nace, por la que posee el Código en el cual se inserta el nuevo precepto.

Se conservan los diversos textos sucesivos, entre otros motivos, porque el Código es una unidad orgánica y, consecuentemente, las reformas introducidas en el mismo repercuten con frecuencia en lugares no previstos, aun cuando el legislador declare haber tenido cuidado en evitar toda disonancia. Añádase, además, el dato de que las reformas no siempre significan mejora efectiva, y por ello el texto antiguo sirve, a veces, para señalar el alcance exacto del nuevo.

El tomar en cuenta la edición reformada, también explicado por los autores a base de hacer constar las divergencias, algunas veces importantes, entre una y otra edición, a más de que los conceptos, terminología, etc., quedan en ocasiones empañados en los cambios de texto.

2º Para elaborar esta edición crítica, únicamente se han tenido en cuenta versiones de carácter oficial. Algunas veces, al cotejar las distintas ediciones, han surgido problemas graves para determinar cuál es el texto que deberá ser aceptado. En definitiva, los únicos textos utilizados para la preparación de esta edición han sido, en orden a las disposiciones legales, los textos oficiales; con la excepción de las disposiciones extranjeras, si bien, los textos de estas disposiciones, no siendo oficiales, son siempre consagrados y dignos de crédito. Para el Proyecto de 1851 se ha tenido en cuenta las versiones de GARCÍA GOYENA y de ORTIZ DE ZÁRATE; para el del 1882 (libros I y II del C. c.) la versión publicada por el Ministerio de Gracia y Justicia, y para el Proyecto del Código civil libros III y IV (continuación del Proyecto de 1882), la obra de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que reproduce el texto de la versión realizada por la Comisión de Códigos. Los manuscritos de los textos no se han utilizado. Se parte de la promulgación. Como excepción, y teniendo en cuenta que no se trata de un texto legal, se ha acudido a una copia del Proyecto de 1851, autorizada como auténtica por el Secretario de Redacción de dicho Proyecto. Ha sido necesario acudir a ella, ante ciertas dudas que provocan las versiones del Proyecto de GARCÍA GOYENA y de ORTIZ DE ZÁRATE.

Las versiones oficiales del Código civil han sido: De la edición Primitiva, la de la *Gaceta* de Madrid (se inicia el día 9 de octubre de 1888 y no se termina hasta el 8 de diciembre del mismo año), la versión del Ministerio de Gracia y Justicia, que, aun cuando lleva fecha de 1888, hay motivos para pensar que no apareció hasta entrado el año siguiente. A esta versión se alude en la Colección Legislativa, la cual no publica la edición Primitiva, ya que para esta fecha se había publicado la edición Reformada, en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo de 1889.

De la edición Reformada. En cumplimiento de la Ley de mayo de 1889, redacta la Sección primera de la Comisión General de Codificación las enmiendas y adiciones que ordenaba la citada Ley. La Exposición de Motivos, que, con los artículos modificados, remite dicha Sección al Ministerio de Gracia y Justicia, lleva fecha de 30 de junio de 1889. Esta versión fue la que se envió a la *Gaceta*, para la inserción en ésta del texto de la edición Reformada, ordenada por el Real Decreto de 24 de julio de 1889. También fue esta versión del Ministerio de Justicia, la que sirvió para la publicación del Código en los periódicos de las provincias de Ultramar. La reproducción en Ultramar adolece de abundantes erratas y presenta, en ocasiones, errores importantes, algunos de los cuales provocan curiosas divergencias de texto. Es plausible que los autores recojan las circunstancias de la publicación del Código civil en nuestras entonces, provincias ultramarinas.

Después de la publicación del Código en la *Gaceta*, el Ministerio de Justicia hace otras versiones, versiones que no coinciden plenamente entre sí ni con la primera versión. La versión de la *Gaceta de Madrid* toma como modelo la primera del Ministerio de Gracia y Justicia, lo cual no quiere decir que coincidan totalmente; sin embargo, las divergencias son de escasa significación. La Colección Legislativa de España, sigue principalmente la última versión de las tres que hizo el Ministerio de Gracia y Justicia, indudablemente la más cuidada. Tampoco hay sincronización absoluta entre las anteriores versiones citadas, y ésta, incluso, presenta variantes en los enunciados correspondientes a la sección 4.^a, capítulo II, título III, libro III; a la sección 2.^a, capítulo II, título XIV, libro IV, y al título XVI, libro IV.

¿Cómo es posible, dicen los autores, haber utilizado esta variedad de versiones, si la doctrina, apoyada en las sentencias del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de 5 de junio de 1891, opina que el único texto obligatorio de la Ley es el que aparece publicado en la *Gaceta* y en la Colección Legislativa, no los demás, en concreto, para el Código civil las ediciones del Ministerio de Justicia?

Después de un extenso estudio sobre qué ha de entenderse por «oficial», concluyen los autores, entendiéndolo que, cuando la disposición legal tenga sentido y manifieste indudablemente una norma que no sea absurda, habrá que seguir el texto que se tiene en cuenta para la promulgación; pero si no sucede así, y siempre con finalidad interpretativa, pueden y deben ser tenidos en cuenta los restantes textos auténticos.

El valor que se le da a la citada sentencia de 1891 procede de confundir la *ratio decidendi* con la *obiter dicta*.

Se estructura esta edición crítica en cuatro apartados: 1.º Disposiciones relativas a la formación y publicación del Código civil. 2.º Texto del Código. 3.º Leyes modificativas del texto del Código civil. 4.º Índice analítico.

En el texto del Código se han conservado y recogido las sucesivas redacciones de los preceptos que han sido objeto de una o más modificaciones. De igual manera, en la parte que se insertan las Leyes de reforma se conservan y recogen también las Leyes modificativas ya no vigentes.

Al reproducir los textos hay que tener en cuenta dos supuestos. Si no existen variantes, se ha reproducido meramente el texto que aparece idéntico en todas las versiones. Si existen tales variantes, se ha elegido el texto que en cada caso concreto se estima más adecuado, con indicación de las variantes. La obra es de fácil manejo, ya que se ha mantenido la debida separación entre el texto propiamente dicho y el aparato crítico complementario, de forma que, prescindiendo, si se desea, de éste, pueda únicamente utilizarse aquél.

Nuestra actitud frente a este volumen, Apéndice obligado del Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, es de agradecimiento hacia los autores. Estos notables civilistas sacrifican su tiempo y trabajo para hacer algo humilde y poco brillante; nada menos que darnos una fiel versión de nuestro más importante texto legal de Derecho privado.

F.º MESA MARTÍN.

PUGLIATTI, Salvatore: *Beni immobili e beni mobili*. Giuffrè. Milán, 1967. 238 págs.

Por los años de 1930 a 1938, PUGLIATTI publicó una serie de trabajos en torno al tema de los bienes muebles e inmuebles, haciéndose eco de la preocupación por la revisión de estas categorías de bienes que imponía la creciente importancia de los bienes muebles como consecuencia del desarrollo de la industria y de la técnica.

En sus trabajos critica el sistema del Código italiano de 1865 y las doctrinas en él basadas. Critica, como él mismo dice en el prefacio a su obra, la elasticidad y relatividad de la distinción, que en cierta medida iba a venir superada por el nuevo estado de cosas que crea la importancia relevante de ciertas categorías de bienes muebles. En la obra que comentamos, PUGLIATTI recoge estos trabajos que suponen una sistemática visión del tema y añade a los mismos una premisa metodológica, fundamento de su crítica, y un apéndice en el que se expone la sistemática del Código actual en materia de estas dos categorías de bienes, y muy principalmente, dice el autor, recoge esta visión del Código actual para mostrar las relaciones entre las críticas que se hicieron al sistema tradicional y las modificaciones legislativas que se plasmaron en el nuevo Código civil italiano.

Este es el contenido de la obra, que a nosotros importa porque nuestro Código vigente sigue dentro de las sistemáticas tradicionales, desconociendo el imperativo ineludible de revisar la concepción de estas dos categorías, bienes inmuebles y bienes muebles, en cuanto que suponen regímenes distintos para cada una de las mismas, y en cuanto a que el contenido económico de ciertos tipos de dichos muebles lo ha superado su régimen tradicional.

Toda revisión de una categoría jurídica impone la necesidad de considerarla dentro del sistema jurídico donde viene encuadrada. Esto lleva al autor a establecer una serie de premisas a esta revisión en orden a la ciencia jurídica, a su elaboración, a su evolución y desarrollo, a su contacto permanente con la realidad social en la que se fundamenta y por la que tiene razón de ser.

La construcción de un sistema jurídico responde siempre a una necesidad. La ciencia jurídica, en un momento histórico dado, es un sistema de resoluciones, visto desde otro ángulo, aparece como un complejo de problemas que se proponen y se resuelven permanentemente. Estos problemas que surgen de la convivencia del hombre en la sociedad presentan una constante que resulta de la síntesis de las exigencias de esta convivencia y dos variables en función del tiempo: el modo de presentarse y los medios técnicos adoptados para su resolución. De todo ello el sistema de conceptos, que en un momento histórico determinado puede aparecer cerrado, se ha de ir reintegrando, rehaciendo, para adquirir así realidad y vitalidad. Los dos términos son correlativos y están estrechamente ligados a la continuidad de la tradición y al impulso del progreso, en términos de PUGLIATTI.

No cabe estancarse en una concepción racionalista-formalista del Derecho. Los conceptos serán utilizables por el jurista sólo en cuanto que son instrumentos técnicos indispensables que no valen *per se* sino porque su empleo es provechoso prácticamente.

El jurista, en ningún caso, debe de operar sobre conceptos, sino sobre modelos de problemas jurídicos en los que se aúna la experiencia

pasada y se prepara el porvenir y en el que el pasado se reproduce y se renueva.

Tampoco se puede prescindir del sistema; esto nos conduciría al atomismo normativo que tornaría inútil todo intento de aplicación de la norma. Señala PUGLIATTI cómo las normas aisladas las unas de las otras no tienen utilidad práctica. De la misma manera tampoco cabe eliminar al concepto sin caer en un mero conocimiento intuitivo.

Advierte la necesidad de utilizar con cautela los instrumentos y reglas de interpretación para evitar su uso indebido. «No deben de utilizarse—escribe—como principios meros conceptos, como reglas de comportamiento simples instrumentos cognoscitivos.»

Finalmente, saliendo al paso de las modernas doctrinas que intentan supeditar el derecho a la sociología, en tanto que para las mismas sólo bajo el influjo de ésta tiene el Derecho utilidad social y práctica, pone de relieve que ambas ciencias, si así puede ya calificarse a la Sociología, son independientes entre sí y responden a aspectos distintos de la realidad social.

En tema concreto de bienes inmuebles y bienes muebles, nos encontramos ante un complejo de normas legales que asumen expresamente la función de poder clasificador y definidor. PUGLIATTI se plantea un problema preliminar: el de la previa justificación de las normas mismas. La ciencia jurídica se califica como ciencia que tiene por objeto un complejo de normas, pero las normas no hay que perder de vista que se toman como expresión de la realidad jurídica. La ciencia jurídica tiende a formular definiciones en las que se resuelven descripciones sintéticas de conceptos a los cuales corresponden nombres. Tienen de a determinar el significado riguroso de los términos técnicos. Definiciones que tienen por objeto modelos de comportamiento humano, de hechos o de fenómenos, de objetos o entidades directa o indirectamente referibles a fines o intereses humanos jurídicamente relevantes.

Estas descripciones no siempre tienen los mismos caracteres ni por su contenido ni por su estructura. Ni tienen la misma función. Entre las que pueden calificarse de verdaderas y propias definiciones con carácter cognoscitivo y con función práctica, cita la de la distinción entre delito y contravención y tantas otras que se hallan en el Código penal. Definiciones que buscan determinar el exacto contenido de una serie de conceptos, para evitar la incertidumbre y el arbitrio. Con análoga función las encontramos en el Código civil. Conceptos de venta, permuta, seguro, etc. Todas ellas figuras que en su momento adquirieron una fisonomía bastante definitiva y una estructura más o menos completa.

La utilidad de la formulación de estos conceptos la da el hecho de que circunscriben el ámbito de aplicación de los grupos de normas específicas que hacen referencia a la disciplina de las singulares relaciones contractuales. Así nos encontramos con las categorías de contratos nominados o innominados...

Cuando en un contrato faltan los requisitos esenciales que aparecen en su definición puede producirse la nulidad insanable del acto en el caso de que se trate de un elemento esencial. Poderse hablar de conversión o degradarse el contrato a la categoría de innominado.

Las definiciones en el campo del Derecho civil son de variada naturaleza. En el sector de la teoría de los bienes hay distinciones como la de cosas consumibles y no consumibles, divisibles o no, fungibles y no fungibles. Todas ellas suponen la delimitación de la esfera de aplicación de una categoría de normas. La distinción, una vez admitida, cabe que sea aplicada a hipótesis diversas a aquellas por cuyo motivo se produjo. Una norma que consagra una distinción inspirada en la necesidad de

una disciplina diferencial impuesta en razón de intereses prácticos, lleva el germen de la expansión, siempre determinada por razones prácticas. Y esta progresiva generalización del imperio de una disciplina diferencial respecto a las hipótesis dadas, justifica le necesidad de precisar y mantener la correlativa clasificación, generalmente dicotómica, cuyo ámbito adquiere mayor extensión. Los términos de la distinción se impone sean delimitados, en atención a que determinan todo un régimen ligado dentro de un sistema jurídico. Estos conceptos han de servir de referencia en otras normas del sistema en las que se refleja y obra la disciplina diferencial. Porque es precisa una constante adecuación con la realidad a la que la norma viene referida, ya que las normas son sólo un índice de la realidad jurídica.

El primero de los temas tratados en la obra es el de la distinción entre bienes inmuebles y bienes muebles, que además, advierte, forma parte de un futuro trabajo sobre el fundamento de esta distinción y sobre el examen analítico del régimen jurídico de cada una de las dos categorías.

Siempre que el legislador define una institución delimitando así un concepto, sólo cuando el supuesto al que la norma ha de ser aplicado, reúna las notas establecidas en la definición, cabrá llegar a la aplicación de este régimen jurídico.

Pero la definición es siempre peligrosa en el terreno del derecho positivo. Ya en el *Digesto* encontramos la típica advertencia sobradamente conocida, *omnis definitio in iure periculosa est, parum est enim ut non subverti possit*.

El viejo Código italiano, como el nuestro, siguiendo al Código francés, incurre en el defecto al tratar de los bienes y, por lo que al tema importa, a la distinción entre dos categorías en las que los encuadra: bienes inmuebles y bienes muebles. Es evidente que la distinción está en función de un régimen diverso para cada una de las dos categorías, y es precisamente en la normativa particular de cada una de las mismas en donde más que en la definición pretendida, encontramos la distinta calidad de ambos conceptos. Resalta el carácter preferentemente teórico y abstracto de este grupo de normas que hacen referencia a los bienes muebles e inmuebles. A la cabeza del sistema del Código del 65 figura una norma totalmente ociosa, el artículo 406 (que tiene su equivalente en nuestro art. 333). Del sistema mismo se infiere que bienes en sentido jurídico son aquellos capaces de ser objeto de la propiedad pública y privada. Y también se infiere la otra afirmación no menos enfática del precepto: todos los bienes son muebles o inmuebles. Precepto, por otra parte, que peca de imprecisión e insuficiencia, ya que de la misma no se infiere cuáles son muebles o inmuebles. El legislador quería extender la clasificación fundamental de bienes muebles e inmuebles a bienes a los cuales, en rigor, no hubiese podido extender, para conseguir lo cual recurre a una serie de ficciones y artificios a los que haremos luego referencia.

El artículo 406 no es necesario ni suficiente.

En la distribución y colocación de las normas que miran a la clasificación de los bienes en muebles e Inmuebles, el legislador, señala PUGLIATTI, se ha dejado conducir por exigencias más bien propias de un tratado teórico que no de un Código. En la sistemática, la misma de nuestro Código civil, hay un epigrafe con una sola norma aislada; el artículo 406, para la distinción entre bienes inmuebles y bienes muebles. Y el resto de los preceptos aparecen repartidos en tres capítulos: uno referido a los bienes inmuebles; otro a los muebles y el tercero a los bienes en atención a las personas a las cuales pertenecen.

La preocupación del legislador viene centrada en la categoría de los inmuebles, la que importa destacar en atención a su contenido económico. El artículo 407 establece qué bienes son inmuebles. En él, el legislador precisa el triple punto de vista desde el que los bienes pueden considerarse inmuebles. Norma de naturaleza eminentemente escolástica, no contiene ningún punto de apoyo de la posición del legislador. Tiene un precepto análogo para los muebles en el artículo 416, pero sólo contiene este precepto una clasificación en dos categorías de muebles, frente a las tres del artículo 407.

Analiza a continuación la razón de ser de las tres clases o categorías de bienes inmuebles, o de los tres criterios para calificar a los bienes de inmuebles. La primera de todas la de los inmuebles por naturaleza. Ante todo, lo es la tierra. En ningún modo transportable de un lugar a otro. Todos los demás bienes inmuebles por naturaleza los son, no naturalmente, sino sólo porque la Ley los «inmobiliza». Y para ello, la Ley tiene en cuenta diversos factores, así una cierta estabilidad de los mismos; pero en los demás casos son exigencias prácticas las que han llevado al legislador a calificarlos de inmuebles, para someterlos a un tratamiento especial. De aquí que, al aplicar a estas categorías de bienes, las normas dadas para los inmuebles, no se pueda proceder mecánicamente ni con criterio inflexible, sino reflexionando sobre la necesidad de aplicarles en todo caso el régimen especial.

En la enumeración que la Ley hace de los bienes inmuebles por naturaleza hay un cierto orden que tiene una razón de ser. A continuación de la tierra, se hace mención de los edificios, que, en razón del criterio de estabilidad, poca diferencia tienen con las tierras. Pero también es cierto que en ellos, en los edificios, comienza la diferencia entre lo inmóvil y lo inmovilizado, ya que los edificios son capaces de ser demolidos y transportados, incluso sin ser demolidos, transportados mediante ingenios mecánicos. El terreno es, por otra parte, la base y el sostén del edificio. El edificio es estable de manera derivada y sólo en cuanto constituye un todo con el suelo. Lo es sólo en cuanto constituye un accesorio del suelo. Y así es considerado en el artículo 450 (358 del C. c. español). Como consecuencia, mientras que las normas sobre inmuebles se aplicarán en todo caso a la tierra, sólo lo serán a los edificios en cuanto estén ligados al suelo, ligados formalmente, no sólo materialmente, y constituyan legalmente accesorios de suelo. Se detiene en el examen de la relación que existe entre el edificio y el suelo, en cuanto aquél siempre presupone éste, y sus consecuencias en el campo del Derecho hipotecario. En las consecuencias de la accesión y sus aplicaciones.

De todo lo cual, concluye PUGLIATTI, que al legislador le preocupe la delimitación de la categoría de los inmuebles, en la que intenta que se comprendan aquellos bienes de mayor importancia, o para lo que es oportuno establecer un régimen especial. Por lo que cabe inferir que el término «inmueble» tiene para el legislador dos sentidos: de un lado sirve para calificar objetivamente determinados bienes que *per se* son inmuebles. Por otro, sirve para definir una relación, en virtud de la cual, ciertos bienes pierden su autonomía y son «inmovilizados» respecto de otros. En el primer caso, el término inmueble hace referencia a la cualidad de una cosa. En el segundo, indica un estado en el que la cosa se encuentra, presupuesta una dada relación, que siempre es de accesión, respecto de una cosa inmueble.

Se ocupa de la «mobilización» de los edificios, de las consecuencias y posibilidades de la misma, todo lo cual tiene un evidente interés; por ejemplo, la cuestión de si la «mobilización» de los inmuebles podrá ser opuesta a los terceros.

Sigue analizando los distintos supuestos de «inmovilización» enunciados por el legislador en el 409, en los que el legislador ha tenido en cuenta, más que un hecho material, un elemento ideal. Se trata de los edificios flotantes, que tienen un edificio en la ribera de un río para su explotación o uso. El 412 considera inmuebles los manantiales, estanques corrientes de agua que no tienen autonomía material. Los árboles, los frutos no separados de los árboles. Estos últimos no pueden nunca considerarse inmuebles en sentido propio. El régimen jurídico de los mismos y sus problemas. Pone de relieve que en todos los supuestos de inmuebles por naturaleza su verdadera cualidad es la de muebles y es una ficción la de hablar de inmovilización.

También se ha buscado como criterio de distinción entre bienes muebles e inmuebles la finalidad que los sujetos jurídicos se proponen conseguir mediante la misma. Lo que estima absurdo, en cuanto que no cabe abandonar al criterio de los sujetos la posibilidad de «movilización» de los bienes inmuebles por naturaleza, aportando ejemplos que conducen al absurdo de la solución.

A continuación se estudia el tema de los inmuebles por destino. En los inmuebles por naturaleza cabe siempre encontrar una relación natural, más o menos estrecha entre la cosa inmovilizada, y la naturalmente inmueble. En los inmuebles por destino no existe este ligamen natural con la cosa. Algunos supuestos comentados por PUGLIATTI de inmuebles por naturaleza, son verdaderos supuestos de inmuebles por destino, así lo reputamos dentro de nuestro Derecho: supuestos de construcciones flotantes al servicio de cuáles están ciertos edificios. Hay una serie de supuestos en los que la inmovilización por destino aparece en la Ley; son cosas *civilliter immobiles*. Inmuebles por razón de una relación de subordinación con una cosa inmueble, artículos 413 y 414 del viejo Código civil italiano. En esta categoría culmina la teoría de la inmovilización, recogida del Derecho francés. PUGLIATTI señala, como defectos de la sistemática, los siguientes: el que las normas de la clasificación tengan la categoría de reglas apriorísticas y abstractas, y la distinción adquiera un sabor escolástico, que oscurece su función y sentido práctico. Tampoco hay armonía entre los esquemas generales de la clasificación y las normas particulares en ocasiones, desequilibrándose el sistema. Estos y otros defectos son más graves en cuanto la clasificación no es sino una *factio iuris*. Recoge la doctrina de MARCADÉ, que atacó decisivamente el Código francés en orden a la categoría inmuebles por destino. PUGLIATTI entiende que es obvio que, en cuanto a los inmuebles por destino, domina también el principio de la accesión. El fenómeno es idéntico, se trate de inmuebles por naturaleza o por destino, lo que demuestra que el principio de la accesión rompe el esquematismo escolástico de esta distinción que no tiene un sólido fundamento en la realidad jurídica.

Las razones del distinto régimen jurídico de inmuebles y muebles son varias y se reflejan históricamente en las distintas instituciones en las que se produce la diversidad de tratamiento jurídico. Pero el Ordenamiento de la propiedad inmobiliaria mira directamente sólo a los bienes inmuebles en sentido propio. Las razones de la inmovilización, por otra parte, no tienen nada en común con los motivos que justifican la diferencia de régimen. La inmovilización es un fenómeno, escribe PUGLIATTI, de alcance general, que trasciende de la categoría de bienes inmuebles por naturaleza y por destino. Importa destacar que el nexo entre la cosa principal y la accesoria podría afirmarse siempre que lo impusiese la necesidad sin la de establecer una norma general abstracta, como sucede en el sistema del Código de 1865. Sistema que

crea la confusión en cuanto al término «bien inmueble» y es un serio obstáculo para una clasificación científica de los bienes. Bastaría con proclamar el principio de que las cosas muebles no pueden ser separadas del fundo, a cuyo servicio están establemente destinadas. Como fundamento a sus afirmaciones, se recoge un breve análisis histórico de la categoría de bienes inmuebles por destino. Finalmente, analiza la categoría de bienes inmuebles por el objeto a que se refiere, que viene a subrayar el carácter convencional de la clasificación de bienes en muebles e inmuebles. En ella se comprenden entidades ideales que sólo por el Derecho pueden considerarse como cosas o bienes (incorporales). Entiende PUGLIATTI que hubiera sido más conveniente haber creado una categoría particular de bienes.

Concluyendo, PUGLIATTI, pone de relieve los dos significados que el término «inmueble» tiene en el sistema del Código: uno propio, que sirve verdaderamente para distinguir una clase de cosas; otro impropio, que sirve sólo para indicar una relación (de accesión) de una cosa con otra. La distinción que la Ley hace entre inmuebles por naturaleza y por destino tiene dos defectos: considerar promiscuamente los bienes inmuebles propios y los inmovilizados, y no responder a verdaderas exigencias prácticas que tengan una repercusión manifiesta en el campo del régimen jurídico, con lo que falta el único elemento que puede justificar una distinción en la Ley. Termina estableciendo un esquema personal de las categorías bienes inmuebles, bienes muebles.

* * *

Otro de los estudios contenidos es el de los presupuestos y efectos de la inmovilización. Sobre los criterios ya enunciados al estudiar la categoría se detiene especialmente, destacando la relación de la cosa con el fundo al que viene destinada, en cuya relación se fundamenta precisamente la razón del destino. Que el sujeto, capaz de actuar el destino de la cosa, es el propietario del bien inmueble y del bien mueble. En cuanto a los efectos de la inmovilización por destino, se ocupa especialmente de la cuestión relativa a la validez de la hipoteca, si se extiende al mueble, etc.

También es objeto de estudio la cuestión de los inmuebles por destino en relación con la expropiación por causa de utilidad pública, que fuera en su día comentario a una sentencia del Tribunal de Casación de 18 de junio, 12 de julio de 1830. Así como otro comentario a otra sentencia, cuyo contenido hace referencia a los inmuebles por destino y la tasa del Registro.

Otro relativo a la accesión y la reserva de dominio, breve pero lleno de interés, y un trabajo sobre la accesión y la reserva de dominio en el régimen de la propiedad naval, Todos estos escritos de fecha anterior al vigente régimen de Derecho italiano. Así como el titulado «Inmueble y pertenencias en el proyecto del segundo libro del Código civil»; en todos estos trabajos tiene el autor ocasión de aportar su posición respecto a problemas de indudable interés, algunos de los cuales, por analogía de régimen jurídico, pueden interesar entre nosotros al estudioso del Derecho.

* * *

Finalmente, y como dijimos al comienzo, cierra la obra un Apéndice, que tiene por contenido una somera visión del sistema vigen-

te en el Derecho italiano de la clasificación de los bienes, en especial a la distinción en bienes muebles e inmuebles.

Distinción que se conserva en razón a su importancia. Pero el sistema del nuevo Código difiere fundamentalmente del 65. En ambos Códigos se habla de «bienes» y no de «cosas», terminología más amplia que la de cosa, en la que caben todos los bienes, aun cuando no tengan la naturaleza técnica de cosa.

El Código actual define, en el artículo 810, el concepto de bien, que no conviene totalmente por ser escasamente precisa y poco exhaustiva, peligro de toda definición de un concepto general.

El Código vigente no contiene una enunciación como la del artículo 406, sino una distinción dicotómica, fundada en el criterio de la correlatividad lógica de los dos términos, esto en cuanto a la estructura lógica de la distinción; por lo que respecta a su extensión el artículo 813, declara aplicables las disposiciones de los bienes inmuebles a «los derechos reales que tienen por objeto bienes inmuebles y a las acciones correspondientes», estableciendo simétricamente que las disposiciones concernientes a los bienes muebles se aplican a todos los demás derechos.

En el vigente Código se considera una categoría de bienes desconocida en el del 65: la energía. Categoría nacida del progreso tecnológico. Impuesta por la realidad, la doctrina y la jurisprudencia que tuvieron que resolver en su día las cuestiones planteadas por el contrato de suministro de energía eléctrica y por el problema de la sustracción de la energía eléctrica. Primero el Código penal y después el civil, se califica a la energía como bien mueble, es decir, toda energía que tiene un valor económico entra dentro de esta concepción.

El sistema del nuevo Código, al delinear unitariamente la categoría de los bienes inmuebles, ha conseguido simplicidad, precisión y perfección técnica. Desaparece la expresión equivocada del viejo Código «bienes inmuebles por naturaleza». Equivoca, porque parecía fundamentar una diferencia entre las categorías de bienes a que se refería que no existía. Imprecisa, porque solamente el terreno, mejor el suelo, parecía estar comprendido como cosa naturalmente inmueble. El Código vigente no distingue una categoría de bienes inmuebles por naturaleza. Se puede inferir, a fin de mejor catalogar las cosas en cosas-bienes inmuebles y cosas-bienes incorporadas, respecto al suelo, como parte del mismo o en cuanto incorporadas, naturalmente, o artificialmente unidas o ligadas a él. Pero sin crear subcategorías. Ya no existe la categoría de Inmuebles por el objeto a que se refieren. El 812 simplemente dice que se consideran tales los derechos reales inmobiliarios y los otros derechos, desapareciendo la artificial subcategoría.

En cuanto a la categoría de los inmuebles por destino, la nueva sistemática no ha desconocido la exigencia práctica que inspiró la creación de la misma, sólo que la ha previsto sin sacrificar ni desvalorizar la técnica y la ciencia, en términos de PUGLIATTI. El Código vigente prefiere, en lugar de hablar de una subcategoría de cosa en atención a la «naturaleza» de las mismas, considerar la situación jurídica de una cosa respecto de otra, definir la relación de pertenencia y disciplinar el régimen de pertenencia, en relación a la cosa principal (arts. 817-819). Así, además de eliminarse una categoría artificiosa, técnicamente injustificada, se concede plena autonomía técnica a la relación «pertenencial»

Resalta el régimen de los frutos en el artículo 820, 2.º, en el que se les considera formando parte de la cosa hasta su separación. Sin embargo, añade el precepto, se puede disponer de ellos como «cosa

mueble futura». Así como a otro precepto en el que también el Código vigente difiere del anterior: en el tratamiento de la universalidad patrimonial. El artículo 816, 1.º, define la universalidad patrimonial de bienes muebles, como la pluralidad de cosas que pertenecen a la misma persona y tienen un destino unitario. El Código anterior no contenía ningún precepto análogo. Finalidad del legislador ha sido la de establecer la premisa general para la aplicación de la disciplina para los inmuebles a un complejo de cosas muebles, constituido en base a la disposición en una universalidad de muebles. Y alcanza, además, otra finalidad no menos interesante, la del tratamiento jurídico unitario de un complejo de bienes constituyentes de una universalidad.

Señala cómo la más importante innovación, desde el punto de vista sistemático, la contenida en el artículo 815, que, pese a manifestarse como un simple reenvío, tiene una función normativa verdadera y propia. «Los bienes muebles, dice el precepto del Código civil italiano vigente, inscritos en registro público, están sujetos a las disposiciones que les corresponden, según los mismos, y en su defecto, a las disposiciones relativas a los bienes muebles». Con esta disposición, el legislador, al mismo tiempo que daba relieve a una categoría de bienes muebles, los inscritos en el registro, hacen también notar que esto no altera su cualidad de bienes muebles.

Dentro del sistema, mientras que todos los inmuebles son inscribibles, sólo ciertos tipos de muebles lo son. La inscripción acerca estos bienes a los inmuebles. Se tiende a la individualización de una clase de bienes inmuebles y muebles, los inscritos. Todos ellos gozan de un régimen jurídico especial. PUGLIATTI gráficamente los califica de «bienes de circulación controlada». Para PUGLIATTI, cabe pensar que esta distinción sustituya en interés y, sobre todo, en operatividad práctica, a la tradicional de bienes muebles e inmuebles. La tesis se presta a buen número de consecuencias sistemáticas y prácticas, y es innegable que se impone, como permite a considerar al contemplar Ordenamientos jurídicos como el nuestro, que exigen una revisión en ciertas esferas como la del tema.

Aporta una serie de interesantes argumentos en orden a la defensa de la nueva sistemática: la aparición de los modernos medios tecnológicos de transporte, nave, automóvil, aeronave. Los cuales, por su valor e importancia económica, exigen la atención especial del legislador. La circulación de algunos bienes, producto de la transformación en el campo económico-social, también impone un especial régimen jurídico para los mismos.

La creciente importancia de la categoría de los bienes muebles registrados en Registros públicos son fundamentos de esta pretendida sistemática. Hace un brevisimo esquema histórico de la evolución de la consideración legislativa de ciertas categorías de muebles, comenzando por la consideración como muebles de la nave, la hipoteca denominada mobiliaria y tantos otros procedimientos arbitrados para resolver los problemas planteados por estos órdenes de bienes nuevos, que no cabían en los moldes tradicionales por sus especiales condiciones económicas.

Finaliza el trabajo analizando brevemente el régimen de estos bienes en el del título I del «Libro della tutela dei diritti», del Código civil italiano actual, para concluir cómo «la categoría de bienes registrados, sin distinción entre bienes inmuebles y muebles, sirve a fines sistemáticos y opera dentro de los límites del Derecho positivo, y que la distinción entre bienes inmuebles y muebles permanece en el fondo y readquiere relevancia y operatividad, cada vez que tales límites son superados».

RESCIGNO, Pietro: *Persona e comunità (Saggi di Diritto privato)*.

Il Mulino, Bologna, 1966. X + 478 págs.

Ya el aspecto externo de la obra despierta sorpresa e interés. Si no fuera por el subtítulo, se diría tratarse de investigaciones sociológicas o bien de lucubraciones filosóficas e incluso teológicas. Por otra parte, la colección de ensayos *Il Mulino*, en que el profesor RESCIGNO ha querido presentar al público su obra, es de aquellas abiertas a riquísima temática, en modo alguno especializada en el libro de Derecho (en ella están publicados, por ejemplo, ORTEGA Y GASSET, RAYMOND ARON, OSCAR CULLMANN, por citar algunos autores conocidos y diversos). Puede pensarse que el autor ha querido mostrar, ya desde el escaparate de las librerías, que el pensamiento jurídico no puede permanecer aislado de las preocupaciones reales de los hombres, replegado en sí mismo, viviendo del vaciado de sus formas, sino que, por el contrario, ha de buscar su savia, enraizando fuertemente en la vida de la actual sociedad, tal como, efectivamente, la vivimos, con su condicionamiento de estructuras y de ideologías.

Quizá convenga aclarar que el autor, actualmente profesor Ordinario de Instituciones de Derecho Privado en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bolonia, no abandona en ningún momento las más exigentes vías del método jurídico; eso sí, aplica las categorías jurídicas y los más depurados razonamientos a realidades casi en absoluto, desatendidas por generaciones de juristas, detenidos en la letra de los Códigos, que cometieron quizá un culpable, y difícilmente reparable abandono, de su misión de estudiosos y licenciadores de las relaciones de justicia en la sociedad contemporánea. Las realidades de la moderna sociedad, en la época de la planificación económica y la civilización de las máquinas, constituyen poderosas incitaciones que reclaman respuestas apropiadas al autor de estos «ensayos», jurista de extraordinaria sensibilidad, decidido a vivir en compromiso con su tiempo, y le mueven a poner en marcha todos los resortes de su pensamiento profesional para indicar las contradicciones de la sociedad y el Derecho, y los caminos por los que hoy debe intentarse la realización de la justicia en las relaciones entre los hombres. Sus reflexiones jurídicas aparecen así como una superficie que contienen los resultados de la elaboración técnica sobre acuciantes problemas del corazón y la relación del ser humano, profundamente sentidos y sufridos por el autor. Sobre una base de «experiencia de la vida», que aquí se nos ofrece como «sufrimiento, dolor e ironía», ampliamente repensada en conexión con serias corrientes de pensamiento actual (personalismo cristiano, marxismo, existencialismo); se adivina en las páginas de estos «ensayos» una cálida comprensión humana; pero el jurista se hace consciente de su método (y de su limitación como hombre-jurista), y patentiza tan sólo una elaboración cuidadísima de algunos aspectos de la aventura del vivir colectivo en que su arsenal profesional puede proporcionar respuestas válidas.

Los artículos, reunidos ahora en forma de libro, fueron publicados en diversas revistas a partir del año 1956. Su extensión y su importancia no es la misma en todos los casos, y van desde la amplia investigación «en profundidad», hasta el comentario al hilo de una lectura o una sentencia. Pero todos adquieren una dimensión nueva al ser leídos uno tras otro, mostrando la unidad de pensamiento y de preocupaciones del autor, cualquiera que sea la forma externa y la ocasión aprovechada.

Resultará interesante realizar un recorrido por las cuatro partes del libro, partes de las que conservo el orden y el título respectivo en las siguientes páginas.

1. *La sociedad pluralista*.—El discurso ha de tomar como punto de partida, en situación italiana, el artículo 2.º de la Constitución; según el cual, «la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo, ya sea en las *formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad...*»; previsión constitucional que significa un reconocimiento formal (aunque inevitablemente impreciso) de la existencia y función de los grupos intermedios que, en la actual sociedad, vienen a llenar el vacío abierto al inicio de la Edad Moderna entre individuo y Estado. Pluralidad de grupos intermedios, pluralismo en sentido socio-político; democracia pluralista—la precisión es importante—, en la que el Estado no pretende absorber, en su mastodóntica organización, estas realidades sociales, para negarles toda vida propia después de su hipócrita reconocimiento y a veces mítica exaltación. El pluralismo americano, hondamente enraizado en la historia del país («el ciudadano americano, frente a hechos o iniciativas que le parecen inconvenientes o peligrosos, está inclinado a desear, y a veces se resolverá a constituir, una asociación, preferentemente o antes todavía que pensar en la necesidad de una Ley que intervenga para prohibir o regular aquella actividad» [pág. 12], el pluralismo americano, digo, es para el autor una experiencia mucho más válida que no las teorizaciones románticas sobre el «espíritu» de los grupos o las instituciones, teorizaciones que han podido contribuir en un momento histórico a la fundamentación intelectual de los totalitarismos estatales.

La dinámica de los cuerpos intermedios está animada por intereses colectivos, es decir, no individuales, pero que, sin embargo—subraya repetidas veces—, no dejan por ello de ser de naturaleza privada, inconfundibles con interés público; en cuyo nombre, o en el del bien público, resultan muchas veces aplastados. «La libertad en su formación y en su organización la particularidad de los intereses perseguidos, su conexión con la persona y con el autónomo desarrollo de las posibilidades individuales, son suficientes para enraizar a las comunidades intermedias en el Derecho privado» (pág. 20). La ordenación de los partidos políticos, sindicatos profesionales, asociaciones económicas con fines de cooperación, comunidades religiosas, familias es materia del Derecho privado; así, en principio, ocurre en Italia, y así debe continuar, en opinión del autor, para que el Derecho privado siga siendo la más eficaz garantía (cuanto pueda serlo el orden jurídico) de la persona humana, que se enriquece y desarrolla en estas formaciones sociales creadas por los individuos llevados de sus intereses afines o comunes.

En la moderna historia europea, la actitud del Estado, frente a las sociedades intermedias, ha atravesado fases alternativas, que no representan un progreso: primero las ha combatido, luego ignorado, después las ha tolerado, más tarde reconocido, según el Derecho privado común (aquí se descubre el punto más elevado de la evolución), para últimamente—y la parábola inicia su rama descendente y se produce una terrible sensación de vértigo—las ha absorbido en su propia estructura. A esta «parábola» de la historia de los grupos intermedios, que puede también interpretarse en su sentido didáctico, se refiere el autor en varias ocasiones (págs. 29, 152, 190)... En concreto, los partidos y los sindicatos, ambas «asociaciones no reconocidas», cuya toda regulación legal es la contenida, para este tipo de asociaciones, en artículos 36-38 del Código civil, han rechazado siempre los ofrecimientos de «personali-

dad», y todas las tentativas de más pormenorizada reglamentación, ya que, junto a innegables ventajas de seguridad jurídica, la injerencia y el control estatales resultarían mortificantes para la libertad de los individuos y agostarían la vida de los grupos por ellos creados. «Por esto, la exigencia de los partidos y de los sindicatos de permanecer en el Derecho privado, dirigidos por las breves y pobres normas sobre la asociación no reconocida, se traduce en una exaltación del Derecho privado como última garantía de la libertad y en acto de desconfianza hacia el Estado» (pág. 191).

Hay otro tipo de grupos intermedios, aquéllos precisamente que con la más amplia libertad se han conducido en la historia de Europa (también en los estados totalitarios), las grandes sociedades capitalistas movidas del afán de lucro, cuyos manejos incontrolados representan hoy un serio peligro para la vida colectiva, y es curioso y doloroso observar —como el autor hace, especialmente, con notable y justa acritud, en las páginas 36 y 37— que, mientras el Estado desconocía o combatía ferozmente todo tipo de asociación con móviles altruistas, religiosos, culturales o asistenciales, únicamente la asociación con fin de lucro, garantía y reparto de dividendos, es no sólo permitida, sino defendida y hasta santificada; de entre todas las libertades, sola la económico-capitalista pervive y aplasta todas las demás «El orden económico, al que el Estado moderno había asegurado la inmunidad en el orden jurídico general, ha crecido hasta apoderarse del Estado, hasta tomar y dictar las decisiones políticas, LEVIATÁN todavía más monstruoso que el Estado hobesiano» (pág. 46).

Organizaciones políticas, profesionales y confesionales, comunidad familiar..., la vida del hombre se encuentra enlazada a la de sus semejantes por lazos diversos, que adelantan exigencias propias, tanto más perentorias cuanto más cerrado e íntimo es el grupo; exigencias, ante todo, de lealtad. De aquí que el conflicto de lealtades se haga inevitable, y quizá, en la vivencia personal, lacerante e insostenible; conflicto de lealtades que el Ordenamiento estatal (también, de otra manera, los otros ordenamientos) consideran, resuelven o atenúan. Lealtad, fidelidad, son conceptos que a menudo aparecen en los artículos del Código civil, y cuya función el autor plantea en una sugestiva perspectiva que parte de la constatación del pluralismo de los ordenamientos, y sus posibles exigencias incompatibles: no siempre la primacía de la lealtad al Estado es exigida de forma incondicionada por el mismo Ordenamiento estatal.

La representación de los intereses organizados, título de uno de los ensayos (desarrollado sobre la pauta del libro del mismo tema del profesor de Friburgo, JOSEPH KAISER), plantea el problema de las distintas formas que esta «representación» puede adoptar en la moderna sociedad, teniendo en cuenta que se trata de una representación que puede no estar basada en la voluntad de los representados.

Esta primera parte de la obra se cierra con otro ensayo sobre la justicia interna en las asociaciones privadas, también al hijo de una obra alemana (MEYER-CORDING, *Die Vereinsstrafe*, Tübingen, 1957). Si, para la doctrina prevalente, las «penas» impuestas por la asociación a sus miembros se explican dentro de la dinámica del contrato asociativo (las penas pecuniarias entran en el concepto de «penas contractuales»; la exclusión sería una forma de resolución de la relación por incumplimiento del contrato), el autor alemán, y, al parecer, también el profesor RESCIGNO, prefieren considerarlas como verdaderas penas, impuestas en aplicación de normas disciplinarias, encuadradas en el peculiar Ordenamiento jurídico de la asociación. Este derecho disciplinario presenta en común, con el Derecho penal ordinario, dos principios de

fundamental importancia: el presupuesto subjetivo de la culpa y la exigencia de una serie de adecuadas garantías para el socio amenazado por las «medidas penales», así como innegables caracteres diferenciativos (pág. 129). La garantía del control por el Juez ordinario y los límites de este control—según la naturaleza de la medida adoptada y otras circunstancias—es un aspecto desarrollado agudamente por el autor.

2. *Sindicatos y partidos*.—Si en la primera parte puede parecer que los temas y las opiniones expuestas exceden los límites «prudentes» de una investigación jurídica—exceso que, a mi modo de ver, constituye uno de los valores positivos más importantes de la obra, al señalar al jurista responsable de nuevas u olvidadas misiones—, en las páginas posteriores la exposición parte a menudo de problemas agitados ante los Tribunales, casos reales, aparentemente sencillos, cuyo planteamiento demuestra que sólo pueden ser resueltos de forma adecuada en el marco de una visión de conjunto sobre la situación de los grupos en el Ordenamiento estatal y después de una atenta meditación sobre la función del orden jurídico y la labor del jurista.

Uno de estos casos, que alcanzó notable resonancia entre los juristas italianos, pertenece a la historia sindical: la escisión de la Cgil. (La escisión de la CCT puede considerarse su *pendant* francés) En ésta, y en cualquier otra escisión sindical, resulta muy difícil aplicar una cualquiera disciplina jurídica. En el Código civil italiano está prevista la separación o expulsión de un miembro de una «asociación no reconocida», negándose al separado todo derecho sobre el fondo común, negativa que constituye una fuerte manifestación de la autonomía del patrimonio de la asociación; pero, evidentemente, la escisión sindical, por razones ideológicas o estratégicas en dos fracciones de notable entidad, no puede ser tratada del mismo modo (cabría siempre preguntar: ¿quién se separa de quién?). ¿Habría que pensar en la disolución de la asociación por imposibilidad de alcanzar el fin? ¿En el nacimiento de dos nuevos grupos? ¿En la separación—o expulsión—de una fracción «heterodoxa»?

La dificultad de resolver en sede jurisdiccional problemas como éste ha impulsado, aparte de la doctrina, a pedir con mayor insistencia una Ley sindical (por otra parte, prevista en la Constitución, y repetidas veces propuesta y retrasada hasta mejor ocasión). El autor manifiesta de nuevo sus dudas sobre la conveniencia de una disciplina de este tipo, insistiendo en que los principios iusprivatistas son la mejor garantía para los intereses colectivos de naturaleza ideológica o profesional.

Muestra el autor otros atractivos perfiles de la regulación de estos grupos por el Derecho. El problema de la representación procesal (tema profundamente enlazado con el de la naturaleza de los grupos): ¿debe ser llamado a juicio el secretario de la sección, el de la federación o el secretario nacional?; los Tribunales italianos han tenido abundantes ocasiones de manifestarse. El de la atribución y protección de los llamados derechos de la personalidad, en particular la tutela del nombre, del honor, del crédito y del prestigio de que la asociación goza ante la opinión pública: ¿se pueden aplicar a los partidos, por lo que respecta al nombre y al distintivo, las normas en materia de signos distintivos de la empresa, es decir, los principios de verdad y novedad en la denominación y en la marca? Aun se presentan aspectos más concretos, y, si se quiere, más abordables. «La patria potestad puede ejercitarse con la prohibición al menor de inscribirse en un partido, o, en general, en los partidos políticos. El partido puede imponer a los asociados determinadas prestaciones (piénsese en la venta de la Prensa del partido,

o en los periodistas que trabajan por debajo del salario mínimo), sin que los asociados puedan pretender la retribución, como no pueden pretenderla los socios industriales de la colectiva. En el silencio del estatuto, la separación es admisible, incluso sin aviso previo. La exclusión, si el estatuto del partido así lo prevé, puede ser inmotivada» (página 168). No puede negarse que la visión del civilista en materia de partidos y sindicatos (aun a riesgo, también hay que decirlo, de la posible deformación y contaminación por las posiciones personales) resulta extraordinariamente iluminadora y fecunda.

«En marzo del 56, el Tribunal de Milán ha afrontado y resuelto dos problemas en materia de partido: si el secretariado de la Sección tiene legitimación procesal pasiva en las causas del partido político si el partido responde por las deudas de la Sección» (pág. 192). Así comienza otro estudio, centrado en la fundamentación de la exclusión de la responsabilidad del partido cuando la deuda haya sido contraída por el dirigente de una Sección: si el fondo de ésta resulta insuficiente responderán, según los principios de la Asociación no reconocida, quienes hayan actuado en nombre de la misma y por su cuenta. Parecido discurso puede hacerse sobre las deudas contraídas por un grupo parlamentario, una vez negado a éste el carácter de órgano de la Asamblea, así como su capacidad para comprometer patrimonialmente al partido a que sus miembros pertenecen. (También aquí parte el artículo de una sentencia judicial que hubo de resolver sobre el pago de sueldo a una secretaria contratada por el presidente honorario de un grupo parlamentario.)

Siguiendo con la problemática sindical, se pregunta el autor cuáles sean la forma y los límites del control de la democracia interna de los Sindicatos, democracia que el artículo 39 de la Constitución establece como condición para el registro del Sindicato, y, en consecuencia, para que éstos adquieran personalidad jurídica y puedan estipular, a través de representaciones unitarias, contratos colectivos con eficacia para toda la categoría profesional. «El problema de la realización de la democracia interna se resuelve en el problema del control. Esto plantea, esencialmente, dos preguntas: qué sujetos estarán legitimados para hacer valer este 'derecho a la democracia interna', a través de la impugnación de las deliberaciones que aparezcan en colisión con los principios democráticos, o pidiendo simplemente la cancelación del Sindicato registrado; qué órgano estatal deberá ser investido de jurisdicción en la materia» (pág. 222). Otra forma, discutida, de control, ejercitaría el del financiamiento y los gastos del Sindicato, a través principalmente de la publicación de los balances; control del que el autor se muestra partidario, mostrando la posibilidad del mismo a través de las normas que regulan las Sociedades por acciones.

3. *La personalidad jurídica de los grupos.*—Una forma de operar rigidamente dogmática llevaría a la conclusión de que, tratándose de grupos a los que no se reconoce personalidad jurídica, sus miembros no serían capaces de prestar testimonio en los pleitos concernientes a la Asociación (precisamente por resultar imposible la distinción formal entre una persona jurídica, parte en el proceso, y la de los socios, posibles testigos); y que la presencia de algunos de los socios como testigos en un testamento abierto produciría para la Asociación incapacidad de recibir. Y, *al contrario*, tratándose de personas jurídicas, sus miembros podrían ser testigos en el proceso, y, si lo son en el testamento, podría la Sociedad resultar beneficiada en el mismo. Sobre estos dos puntos concretos, perseguidos a través de todas sus implicaciones, levanta el profesor RESCIGNO una crítica realista del formalismo logicista

con que en no pocas decisiones jurisprudenciales y opiniones de la doctrina se hace depender de la existencia o no de una «persona jurídica» la aplicación de normas dictadas en atención a otros intereses y consideraciones. Un solo ejemplo de un contrario punto de vista, tomado por el autor de la práctica y la doctrina alemanas, servirá para situar el problema: tratándose de Sociedades dotadas de personalidad jurídica, y a los efectos de la revocatoria de quiebra, los contratos entre la Sociedad y el cónyuge del administrador o del socio único se consideran «entre cónyuges» (aunque está claro que no es la sociedad quien se halla unida por los vínculos conyugales); el jurista aplica la norma específica de la quiebra porque ve también en el caso concreto el mismo conflicto de intereses que la norma pretende disciplinar conflicto no alterado por la existencia de una persona jurídica entre los cónyuges contratantes.

Volviendo al problema del testimonio en juicio, la doctrina recibida, aplicada en numerosas decisiones de la casación italiana, llega a consecuencias graves y absurdas. «En las causas de un partido político o de un Sindicato, aun las más indiferentes a la asociación en su conjunto y a los otros miembros, si se consideran a las Asociaciones territoriales menores como socias de las Asociaciones de grado superior, se consideraría, sin duda, que millones de personas son incapaces de testimoniar» (pág. 267). Un camino aceptable sería, una vez reconocida la existencia, indudable, de un interés colectivo, del grupo, también en la Asociación sin personalidad, aceptar el testimonio de todos aquellos que no hubieran actuado como representantes de este interés, es decir, aquellos socios que no hayan comprometido su responsabilidad personal en los actos de la Asociación, o en aquel que se discute en juicio.

El planteamiento sería semejante para dilucidar la capacidad de la Asociación para recibir por testamento cuando alguno de sus miembros haya sido testigo del mismo. Tampoco a estos efectos es determinante la presencia o no de una «persona jurídica»—cuya naturaleza puede pensarse que es la de un «expediente lingüístico, o si se quiere usar un término todavía más sugestivo y misterioso, una expresión semántica» (pág. 279). La decisión deberá adoptarse sobre la base de la situación de intereses y de la *ratio* de la norma a aplicar. *Ratio* que en este caso (art. 597 Código civil italiano, parcialmente equivalente al art. 754 Código civil español) debe verse en la salvaguardia más absoluta de la voluntad y espontaneidad de las disposiciones del testador; las cuales pueden verse igualmente afectadas por la intervención de testigos miembros de la Asociación a favor de la que se dispone, tanto si ésta está dotada como si carece de personalidad; en consecuencia, el Juez deberá considerar todas las circunstancias del caso concreto.

No son los rápidamente señalados los únicos casos en que el Juez o el intérprete deben abandonar la superficie de la forma, «desvelando» la pantalla de la personalidad para llegar a la realidad de los intereses en juego. La doctrina se ha planteado gran variedad de supuestos en que la «agresión» a la forma debe emprenderse para impedir los intentos del individuo de servirse, en perjuicio de terceros o en fraude a la Ley, del instrumento de la persona jurídica.

El problema de la «forma» y la «realidad» se reproduce en otra parcela de la experiencia: la posibilidad de aplicar a las personas jurídicas aquellas normas que tienen como presupuestos cualidades, condiciones, actitudes e intereses espirituales, propios y exclusivos de la persona física (revocación por ingratitud de donaciones en favor de personas jurídicas, rehabilitación de Sociedad Anónima quebrada, si ha dado «pruebas efectivas y constantes de buena conducta», posibilidad

de nombrar árbitro a un ente moral, derecho de ingreso en Bolsa, atribución a una persona jurídica del cargo de administrador de Sociedad, asunción de la posición de trabajador subordinado por parte de una persona jurídica). El autor utiliza esta amplia problemática para poner de manifiesto la insuficiencia de los puntos de vista formales.

4. *El principio de igualdad en el Derecho privado.*—La inclusión en la obra de los escritos sobre este tema se justifica por referirse a la paridad de tratamiento de los individuos en el seno de los grupos, y a la igual posición de todos los grupos ante la Ley. El autor, deudor también aquí de la doctrina alemana, monta el primero de los artículos sobre los pasos de GOETZ HUECK (*Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im privatrecht*, Münche u Berlin, 1959), mostrando el fundamento y funcionamiento del principio, su ámbito de aplicación y sus limitaciones, así como algunas situaciones específicas en que la pretensión de igualdad está más justificada. No es fácil conducir con rigor una investigación sobre el tema de la igualdad, de inevitables resonancias ideológicas, en el cargo del Derecho privado; y, sin embargo, tal investigación resulta necesaria para la cabal comprensión de algunos fenómenos jurídicos de nuestro tiempo. «El principio de paridad de tratamiento en el Derecho privado denuncia la crisis de la libre concurrencia y la crisis de la libertad contractual que constituye el instrumento jurídico de la concurrencia. El jurista está llamado entonces a explicar la coexistencia del principio de la libertad contractual, que todavía inspira el sistema de Derecho privado, con el principio de la paridad de tratamiento» (pág. 338). Dado el predominio del principio de la libertad negocial, el de la igualdad de tratamiento ha de reducirse a parcelas limitadas de la realidad jurídico-privada; en concreto, sólo podrá descubrirse su presencia en aquellas instituciones o relaciones de estructura comunitaria, en que los individuos se encuentran siendo miembros de un grupo (Asociaciones, en un sentido más amplio, incluyendo todas las formas de sociedad y comunidad; pluralidad de deudores o de acreedores—*pars condicio creditorum*—, relaciones laborales). En el grupo familiar, sin embargo, deben admitirse desigualdades muy amplias, aun admitiendo también la legitimidad de la pretensión de tratamiento igual de marido y mujer; tema muy debatido actualmente en Italia, llevado incluso a la discusión de las Cámaras en el proyecto de Ley sobre «modificaciones de las normas del Código civil concernientes al derecho de familia y de sucesiones».

En el terreno de la relación de trabajo, el principio de tratamiento no arbitrariamente diferenciado ha adquirido notable precisión en la doctrina alemana, principalmente por lo que respecta a las prestaciones voluntarias del empresario (gratificaciones, premios, etc.); si bien los Tribunales italianos, lamenta el autor, consideran esta exigencia de igualdad de tratamiento como meramente moral, no deducible en juicio.

Más amplio desarrollo del tema realiza el autor tomando como ocasión una sentencia interesante (App. Génova, 31 abril 1959): «Un empresario concede a una categoría de dependientes (en el caso concreto, a los directivos) la elección entre dos formas de tratamiento de previsión para el período en que cesen en el servicio: la liquidación de una suma *una tantum* (forma simple), o, por el contrario, una suma menor junto con una pensión vitalicia (forma mixta de previsión). Con posterioridad a la declaración de elección, y mientras todavía dura la relación de trabajo, el empresario modifica una de las formas de tratamiento; concretamente, mejora el tratamiento de la llamada forma mixta. Se produce, en consecuencia, una disparidad de situación entre los dependientes que han realizado la elección» (pág. 362). La senten-

cia, criticada por el profesor RESCIGNO, niega fundamento a la demanda de los dependientes perjudicados.

También con base en amplio material jurisprudencial, discute el autor la situación de los trabajadores despedidos colectivamente, cuando la mayoría de ellos son de nuevo readmitidos, siendo excluidos, sin embargo, algunos de ellos por la mera conveniencia y arbitrio del empresario. Es notable la ponderación con que el difícil tema es abordado y resuelto.

La actividad de la Administración pública, concediendo o negando subvenciones previstas por el legislador para determinadas categorías de personas, o para aquellas que reúnan ciertos requisitos, se presta fácilmente a infringir el principio de la igualdad de tratamiento. Las subvenciones son aquí estudiadas únicamente en sus aspectos abordables por la técnica iusprivatista, utilizando las categorías, de propuesta al público, donación remuneratoria y mandato a donar, a fin de esclarecer algunos aspectos de la cuestión.

Párrafo aparte merece el ensayo sobre «inmunidad y privilegio», en que la gran sensibilidad y apertura intelectual del profesor RESCIGNO le mueven a repensar ciertas categorías propias del *common law*, aplicadas hoy a realidades nuevas. Si en otro tiempo tuvieron relevancia en aquel Ordenamiento los *status*, constitutivos de situaciones privilegiadas, de la Corona, los parlamentarios, los clérigos y religiosos, los soldados, los hospitales, los propietarios fundiarios, el marido frente a la mujer y el padre frente a los hijos, hoy día, desaparecidas o muy atenuadas las antiguas inmunidades, nacen y crecen cada vez más fuertes otras nuevas, fundadas en nuevos *status*. «Parece que también al estudioso continental convenga insistir sobre la noción de *status*, naturalmente en términos renovados, y adecuados a la realidad en que operamos. Los *status* fundamentales, a los que puede reanudar también el tema de las inmunidades y los privilegios se le mostrarán ahora el *status* de trabajador subordinado, y, sobre todo, el *status* de empresario» (pág. 402). «El estudioso que contempla el sistema sin prejuicios se da cuenta de que las nuevas verdaderas inmunidades, han sido conquistadas, en el desarrollo de la civilización industrial, por el orden económico. El orden económico ha venido progresivamente a ponerse en una situación de sustancial inmunidad, al margen de la Ley común. Se puede decir que allí donde en el Derecho prerrevolucionario estaban el soberano, el clero, la nobleza, el terrateniente, el padre, hoy se encuentra la empresa comercial; el *status* de empresario renueva hoy las discriminaciones y las desigualdades» (pág. 419). Aquí el jurista manifiesta de nuevo su dolor y su impotencia. Luego calla. Mas no antes.

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline: *L'arbitrage. Nature juridique. Droit Interne et Droit International Privé*. Préface de J. Vincent. Bibliothèque de Droit Privé, sous la direction de Henry Solus. Tome 63. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence (LGDJ). Paris, 1965. Rústica, 413 págs.

Comprende la presente obra tres grandes partes o secciones. La primera, denominada «La influencia contractual», abarca dos títulos: «El arbitraje y el orden público» y «La sentencia extranjera y el derecho

aplicable». La segunda, «La influencia jurisdiccional», también dos: «La organización institucional del arbitraje» y «La distribución de competencias entre los Tribunales oficiales y la jurisdicción arbitral». Y la tercera, «El encuentro de ambas influencias», lleva como título único «Las vías de recurso».

Precede a ello una Introducción, en donde se nos habla del gran auge hoy alcanzado por la institución. Sin embargo, no aparece ésta perfilada de un modo totalmente acabado y satisfactorio, como se comprueba al examinar distintas definiciones (podemos, por ejemplo, transcribir aquí la de ROBERT: «Institución de la justicia privada en virtud de la cual sustráense los litigios a la justicia de Derecho común, para ser resueltos por individuos investidos de esta potestad para el caso concreto») La dificultad aparece de inmediato en que es fuente de la institución un convenio («cláusula compromisoria»), y, en cambio, por su funcionamiento y resultado, su fisonomía es jurisdiccional. De ahí la triple caracterización aparecida en la doctrina y en la jurisprudencia francesa: convencional, jurisdiccional e híbrida o mixta. La primera, como más antigua cronológicamente (Tribunal de Casación, 15 julio 1812), defendida por AUBRY-RAU, WEISS, FOELLIX, pone su acento en el inicial compromiso de las partes, siendo lo demás mera proyección de aquél. La segunda abrióse paso en el Tribunal de París en el famoso asunto Del Drago acerca de la sucesión de la reina española María Cristina, en 10 de diciembre de 1901, ampliamente esgrimida por LAINÉ, BARTIN, PILLET y NIBOYET, en base a los términos mismos del Código de Procedimiento civil («juicio arbitrals», «litigio», «partes»). La tercera ha querido imponerse ante la insuficiencia de las anteriores. Quizá marca una dirección acertada; pero ello no es suficiente para la autora. se hace preciso reconsiderar y analizar hasta el menor aspecto de la institución. Y ante todo, deséase alcanzar una distinción de figuras más o menos afines: transacción, arbitrio de tercero, pericia, amigable composición.

Háblase también de los orígenes y desenvolvimiento de la institución, que alcanzó gran desarrollo en el siglo xvii francés y que fue ampliamente reconocida con la Revolución, por su desconfianza a los Tribunales. Sin embargo, decayó pronto, como se aprecia con la aparición del Código de Procedimiento civil, arrastrando una vida precaria a mediados del xix hasta su renacimiento a fines de siglo por exigencias del comercio, y que, culminando en 1922-23, termina en la Ley de 31 de diciembre de 1925, que reconoce ampliamente el arbitraje en materia mercantil (art. 631 Código de Comercio). Modernamente —comenta luego la autora—su progreso es incuestionable, sin que el reconocerlo así suponga reprochar nada a la organización judicial, ni tampoco un deseo de ver suprimidos todos los trámites: es sólo una rigurosa exigencia del tráfico actual. Y mucho más en lo internacional, por su falta de jurisdicción aplicable.

Y concluye así esta parte diciéndose que es objetivo de la obra mostrar que el arbitraje es una institución autónoma y unitaria en su esencia, aunque predomine lo contractual en su primera fase y lo jurisdiccional en la segunda.

* * *

La primera Sección comienza, en su título I, ocupándose de la influencia en Derecho interno de la noción de orden público sobre el compromiso arbitral: estos límites imperativos vienen señalados en Derecho francés por el artículo 6.º del Código civil (objeto lícito) y 1.004 del Código de Procedimiento (excluyendo las cuestiones de alimentos, separación, divorcio, estado civil, y, en general, las que deben

comunicarse al Ministerio público) Y como el artículo 83 de dicho Código establece la comunicación en todas las cuestiones de interés público o general, síguese que la exclusión del arbitraje será la regla y su admisibilidad la excepción, de atenernos *prima facie* a dichos preceptos. Y hoy más acentuadamente, por existir además un verdadero orden público económico y laboral. Por otra parte, trátase de cuestiones poco precisas, por pertenecer esencialmente a la apreciación judicial.

Analizase luego cómo ha ido estimando la jurisprudencia francesa estas cuestiones. En ocasiones, ha entendido que si un asunto quedaba afectado en cualquier sentido por una Ley imperativa debía el arbitraje quedar excluido. En otros momentos se ha esforzado por matizar; y así se ha dicho, por ejemplo, que sólo sería nulo el arbitraje por su oposición al *ius cogens* si la sentencia suponía en sí misma la aplicación e interpretación de una norma de orden público. Con ello se ha oscilado en la interpretación de los límites legales entre posiciones rígidas o flexibles. Esta variabilidad de soluciones ha creado en la doctrina francesa un cierto confusio nismo; realmente, con dificultad puede hallarse una solución jurisprudencial coherente en la materia. Y es que en este punto se hace muy difícil generalizar: las soluciones casi no pueden separarse del supuesto que las ha originado. (Recordemos por nuestra parte cómo ello ha sido puesto de manifiesto por el profesor Díez-PICAZO al estudiar la jurisprudencia española, que, en términos generales, es mucho menos coherente que la francesa.) Y en algunas ocasiones el deseo de no poner trabas a los intereses comerciales ha pesado más decisivamente que en otros.

De todo lo dicho concluye la autora que deben apartarse las posiciones extremas, por conducir o a una casi total inaplicabilidad de la institución, o a un desconocimiento de los preceptos legales limitativos. Hay que esforzarse por encontrar soluciones intermedias; distinguiendo además entre nulidad del contrato principal y nulidad del compromiso arbitral. Por otra parte, no debe favorecerse la posible mala fe del litigante que alegue como vulneradas reglas imperativas cualesquiera para así paralizar el procedimiento arbitral.

En cuanto a materias que quedan por completo excluidas del arbitraje señala la autora como ejemplo todas las relativas a la quiebra, nulidad de patentes y marcas, contrato de trabajo y la mayoría de las referentes a arrendamientos rústicos.

Seguidamente ocúpase la autora de la noción de orden público internacional y el arbitraje. No puede aquél tener el mismo alcance que el interno: pueden ser sus exigencias menos rigurosas; así lo ha reconocido la jurisprudencia francesa al admitir la legitimidad del compromiso arbitral en lo internacional en algunos puntos rechazándolo, en cambio, en el ámbito interno. Pero también el problema es agudo, ya que el orden público internacional es más impreciso, siendo muy numerosos los casos en que se pone en juego para repeler sentencias arbitrales extranjeras.

Otro punto de Derecho internacional privado que se comenta es el de la pretendida incapacidad del Estado para comprometer, a pretexto de su inmunidad de jurisdicción: no puede sostenerse en términos absolutos. Por otra parte, estima la autora que no está por completo excluido el arbitraje del ámbito jurídico-administrativo.

* * *

El título II, tras algunas consideraciones generales y otras dedicadas a la localización espacial del arbitraje (su nacionalidad), nos introduce

en el gran tema: el del alcance del principio de la autonomía de la voluntad en la institución estudiada. Nos encontramos con la discrepancia de los autores. Se hace preciso pormenorizar.

El principio referido debe abrirse camino en esta materia, no porque su esencia sea contractual, sino porque constituye en sí la regla más adecuada; las necesidades objetivas del tráfico así lo demandan, de modo paralelo a lo que sucede en la contratación. En efecto: que las partes en un arbitraje internacional puedan libremente elegir el Derecho aplicable es la mejor solución a los intereses del comercio internacional. (Y precisamente por darse aquí con mayor amplitud el principio de autonomía que en Derecho interno, será difícil hacer entrar en juego de modo decisivo la excepción de fraude a la Ley.).

Paso a paso, la autora va llevando su análisis hasta desembocar en el criterio para ella más atrayente, el de la autonomía absoluta de la voluntad, que estima conforme con las tendencias del Derecho de su país y con el de los principales Convenios internacionales: de Nueva York, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958 (elaborado con la cooperación del Consejo Económico y Social de la ONU y la Cámara de Comercio Internacional); y el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional (de Ginebra. 21 abril 1961).

* * *

El título I de la segunda Sección trata del arbitraje institucionalizado, esto es, el ya previsto y organizado por diversas entidades profesionales o mercantiles, y de especial interés en materia marítima. Van así desfilando por estas páginas las Cámaras arbitrales francesas más notables (Paris, Lyon, Marsella, Estrasburgo, etc.); y después las extranacionales: Cámaras de Comercio Internacional, «American Arbitration Association», Tribunal arbitral europeo. Mas como ello hace referencia a países de economía libre, singularmente los occidentales europeos, aparece luego un examen del arbitraje en los países socialistas o de economía planificada (su principal objetivo es el comercio exterior, singularmente marítimo: instituciones arbitrales de las Cámaras de Comercio Exterior de la URSS, Polonia, Checoslovaquia, Tribunal arbitral yugoslavo, etc.).

Con el título II comienza un detenido examen de problemas procesales. El compromiso arbitral tiene un doble efecto, negativo o de incompetencia de los Tribunales estatales, y positivo o de obligación para las partes de acudir al procedimiento estatuido. Se ha dicho, seguramente con demasiada rotundidad, que siendo la jurisdicción arbitral siempre excepcional o anómala, no pueden calificarse de verdaderas cuestiones de competencia los problemas con ella relacionados. En la práctica, no cabe duda de que aparecen como si lo fueran. En cuanto a la distribución de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la arbitral, examinase el régimen francés (Decretos 22 diciembre 1958, 2 agosto 1960 y nuevo art. 169 del Código de Procedimiento). Y después se estudia la naturaleza de la incompetencia de los Tribunales ordinarios ante una jurisdicción arbitral: las dos tesis de la incompetencia absoluta y de la relativa, acogidas por posiciones distintas de la jurisprudencia y la última, además, por la mayoría de la doctrina, no son enteramente convincentes. Mejor cabría decir que se trata de una incompetencia limitada y especial, siempre susceptible de desaparecer, por extinción, caducidad del compromiso arbitral o imposibilidad sobrevenida de los árbitros. Con ello los Tribunales ordinarios recuperan inmediatamente su jurisdicción.

En cuanto a la cuestión de la apreciación de la validez de la investidura de los árbitros, examinase la doble vertiente que puede ofrecer el orden jurídico francés: que los árbitros mismos puedan apreciar la validez del compromiso arbitral, e incluso de su investidura, y además la labor fiscalizadora de los Tribunales estatales.

Problema aparte es que presenta la cláusula compromisoria que figura en un acto mixto, esto es, civil para una parte y mercantil para otra. Dado que, según la Ley de 1925, sólo es dicha cláusula válida en materia mercantil, ¿quedará sujeta a nulidad absoluta o relativa? Es decir, ¿podrá ser invocada sólo por el no comerciante o por ambas partes? La mayoría de la doctrina y un importante sector jurisprudencial se pronuncian por la nulidad relativa. Sin embargo, la autora estima que la tesis de la nulidad absoluta tiene una mayor coherencia lógica y, en todo caso, cree preferible la solución favorable a la validez de tal compromiso.

* * *

La última parte (tercera) de la obra muestra cómo no resulta posible el pronunciarse pura y simplemente a favor de la tesis jurisdiccional o contractual del arbitraje. Tanto los medios de ejecución del mismo (*exequatur*, con distinto grado de participación de los Tribunales), como en las complejas vías de recurso, aparece su carácter particularísimo y no encasillable. Se nos ofrece aquí un amplio cuadro de las posibilidades que contra la sentencia arbitral pueden ofrecer la *requête* civil, la apelación, casación, la oposición de tercero (*tierce opposition*), etc.

* * *

Llegamos con ello a la conclusión de la obra: el arbitraje, institución autónoma del Ordenamiento jurídico, cumple una función bien definida, la de hallar una solución adecuada a intereses puramente particulares, tanto en la esfera nacional como extranacional. Precísanse, por tanto, soluciones coherentes, salvando muchas de las imprecisiones del actual sistema y superando la excesiva complejidad de muchos de los medios de recurso.

Completan la obra los Reglamentos de la Cámara Arbitral de París y de la Cámara de Comercio Internacional, y unos Índices exhaustivos de bibliografía, jurisprudencia y materias, que facilitan la consulta de cualquier problema que se presente en la práctica.

PEDRO ANTONIO FERRER SANCHÍS,
Profesor de la Facultad de Derecho
de Valencia

SALVADOR BULLÓN, Hilario: *Las ventas a plazos según la nueva Ley*.
Madrid, 1966. 144 págs.

Juicio crítico.

Para criticar un libro hay una premisa necesaria: conocer oué meta se propuso el autor. La presente se indica claramente en el prólogo: «Sin olvidar al público más especializado, nuestra exégesis de los preceptos legales será clara y fácilmente comprensible para los profanos,

para que puedan extraer de la Ley y Decreto citados (Ley 17 julio 1965 y Decreto 12 mayo 1966) su verdadero contenido.»

El prólogo termina con estas palabras: «Confiemos en culminar nuestra obra en forma que resulte útil al público interesado a que se dirige.»

Nosotros podemos comenzar esta crítica respondiendo a este deseo con una sola palabra: «Conseguido.»

Sistemática.

La obra la tiene muy clara. Se inicia con el prólogo, donde el autor da la razón de ser de la obra. Una breve introducción nos ambienta para comprender los preceptos legales, y después se comentan los veinticuatro artículos de la Ley y en un Apéndice el Decreto de 12 de mayo de 1966.

Resumen.

Prólogo: La vida ha marchado en este campo (como en tantas ramas jurídicas) por delante de la regulación legal. Su necesidad, imperativa e incontestable, llevó a que su régimen se estableciera predominantemente sobre cláusulas contractuales no siempre muy libremente pactadas. El Estado acude a ordenar las ventas a plazos con ánimo de corregir abusos anteriores y de regularizar con normas fijas una parcela importante de crédito, de singular trascendencia económica y social.

Introducción: Se articula en los siguientes apartados: I. Necesidad de la Ley. II Precedentes legislativos. III. Estudio externo y ordenación de los precepto de la Ley IV. Límites de eficacia de la Ley. V. Fuentes en el nuevo Ordenamiento legal; y VI. Notas generales de la nueva regulación.

I. La necesidad o conveniencia de una Ley puede afrontarse desde dos puntos de vista distintos, aunque no opuestos. Desde el teórico y desde el práctico. Huelga hacer hincapié en la necesidad de regular la materia que nos ocupa. Está tiene dos partes claramente delimitadas: 1) la fija, de carácter jurídico, y 2) la variable, de contenido económico.

II. Dejando de lado el Derecho común, ningún precedente importante podía anotarse en la materia. Las normas existentes se hallaban dictadas «desde el punto de vista de la financiación», pero con una falta absoluta de «una disposición que regule dichas ventas en su aspecto sustantivo».

III. La Ley se presenta como un conjunto de veinticuatro artículos, sin división alguna en títulos, capítulos o secciones y sin determinación de su contenido en apéndices. Para facilitar su estudio el autor traza un completo cuadro sinóptico.

IV. Se estudian las limitaciones de eficacia de la Ley en relación con el tiempo, con el espacio y con las personas. En cuanto al primer punto, se carece de toda disposición transitoria, y el artículo 24, en su juego con el 20, nos retrasa hasta el Decreto complementario de 12 de mayo de 1966. En tema de limitaciones espaciales, se aplicará el artículo 1.º del Código civil. Nada especial sobre su aplicación a personas, por lo que todos los intervinientes en los contratos sometidos a regulación estarán sujetos a esta Ley.

V. Existen hoy dos regimenes legales para las ventas a plazos: el de las sometidas a la Ley y Decreto que nos ocupan y las operaciones

no sujetas o excluidas, siendo en estos casos aplicable el Derecho privado común (civil y mercantil) y los pactos o cláusulas contractuales.

Queda el problema de averiguar si existe un *tertium genus* de operaciones subordinadas a las disposiciones del Ministerio de Hacienda: los bienes de equipo (art. 7.º, párrafo 3, Decreto 12 mayo de 1966). El autor opina que en su aspecto sustantivo se regirán por la Ley y Decreto de que tratamos y queda por regular la financiación de dichas ventas.

VI. A la luz de la Exposición de Motivos, complementada con los correspondientes preceptos legales, se delimitan las siguientes notas generales: 1. Ambito limitado. 2. Formalismo en la contratación. 3. Carácter real de los contratos. 4. Carácter imperativo de la Ley; y 5. Carácter protector de la Ley.

Comentarios a la Ley.

Artículo 1.º Este artículo, con los siguientes hasta el 4.º, delimitan el campo positivo y negativo de aplicación de esta Ley. No pretenden definiciones dogmáticas, sino fijar el ámbito que se cñe a las ventas a plazos de bienes muebles corporales no consumibles; los préstamos destinados a facilitar su adquisición y las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de aquellos contratos.

Después de regular el ámbito de aplicación de la Ley (1.º-4.º), se ocupa ésta de los contratos en general y de su formalismo (5.º-7.º), de la normación de las ventas a plazos (8.º-15); de los préstamos (16-18) y de las garantías (19 y 23, especialmente). Los restantes de la Ley son más bien de indole general.

Artículo 2.º Tampoco define este artículo, sino que delimita, la figura de las ventas a plazos a los efectos de la presente Ley y recoge dos modalidades: la típica y los actos o contratos cualquiera sea su forma, mediante los que las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos.

La típica tiene carácter contractual (formal y real). Su objeto son los bienes muebles, corporales y no consumibles. Es una operación de crédito en la que la prestación del comprador se retrasa, en su mayor parte, por «un periodo de tiempo superior a tres meses» y se fracciona el pago «en una serie de plazos que se determinarán en la forma que dispone el artículo 20».

En cuanto a las formas atípicas, la Ley es muy ambiciosa y acaso su aspiración resulte «excesivamente teórica».

Artículo 3.º Perfil, «a efectos de esta Ley», lo que se consideran préstamos de financiación.

La existencia de estos préstamos responde a una necesidad tan elemental en la vida como es la del dinero. Esta artículo regula, o mejor, describe, los préstamos de financiación a vendedor y comprador. En los primeros subdistingue aquellos en que «el vendedor ceda o subroge al financiador en su crédito frente al comprador, con o sin reserva de dominio» y «cuando vendedor y financiador se concierten de cualquier modo para proporcionar la adquisición de la cosa al comprador contra el pago ulterior del precio a plazos». Todos estos tipos de préstamo son objeto de una regulación más particular en los artículos 16 a 18.

Artículo 4.º Delimitado el ámbito positivo de la Ley (arts. 1.º a 3.º), se delimita el negativo, y con el clásico sistema de los derechos reales se diferencian las compraventas no sujetas a la Ley y las excluidas de ella. Entre las primeras hay que citar las que no entren en la delimi-

tación del artículo 2.º y «aquella convención que tenga como fin obligar a las partes a llevar a efecto una futura venta a plazos de bienes muebles». Entre las excluidas: 1, las que «con o sin ulterior transformación o manipulación se destinen a la reventa al público y los préstamos cuya finalidad sea financiar tales operaciones»; 2, «las ventas y préstamos ocasionales efectuados sin finalidad de lucro»; 3, «las ventas y préstamos cuyo importe sea inferior o superior a la cantidad que se determine por el Gobierno»; 4, «los préstamos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento»; y 5, «las operaciones de comercio exterior».

Artículo 5.º A «los contratos sometidos a esta Ley» este artículo pretende imponerles un «simple formalismo» (Exposición de Motivos). En cuanto exceda del ámbito de los preceptos de la Ley se aplicarán los principios del Derecho común. «Será preciso que consten por escrito»... «para la validez de los contratos». Sin entrar en disquisiciones teóricas la formalidad parece *ad solemnitatem*. El tipo de nulidad será el rotundo e insanable del artículo 4.º del Código civil. Bastará el documento privado y que se escriba el contrato «en tantos ejemplares como partes intervengan». La sanción del incumplimiento será la nulidad, pero no las sanciones de los artículos 9.º, párrafos 2 y 20, párrafo 3 de esta Ley.

Artículo 6.º Se ocupa del «contenido imperativo del contrato», a través de las circunstancias 1 a 14: lugar y fecha del contrato; nombre, apellidos, razón social y domicilio de las partes; descripción del objeto vendido y características de identificación; total de venta a plazos y total del préstamo; precio de venta al contado; importe del desembolso inicial, cuyo mínimo se fijará por las disposiciones que desarrollen esta Ley; número, importe y vencimiento de los plazos y cuantía y fecha de vencimiento de cada letra, si se extendieran; recargos legales impuestos sobre el precio o el préstamo; parte del precio financiada por un tercero y que jamás podrá referirse al desembolso inicial; interés moratorio exigible al comprador o al prestatario; nombre o razón social y domicilio del subrogado o la reserva de ceder a persona no determinada, si así se pacta; cláusula de reserva de dominio, el derecho de cesión de la misma o cualquier otra garantía regulada en el ordenamiento jurídico; prohibición de enajenar o disponer si no se pagó el precio o el préstamo, sin la autorización escrita del vendedor o financiador y el derecho del comprador a reducir los recargos, si anticipa el precio.

El contenido facultativo es libre y tiene su base en el artículo 1.255 del Código civil, sin que pueda preverse la cantidad de pactos que pueden establecerse, pero todos deberán constar por escrito en el correspondiente contrato.

Artículo 7.º Consecuencias de las omisiones o inexactitudes en las menciones legalmente precisas. Este artículo deja de lado toda investigación del ánimo o intención. No tienen el mismo valor todas las circunstancias enumeradas en los apartados 1 al 14 del artículo 6; la máxima la tienen las de los números 3 a 10.

En caso de omisión o inexactitud de las circunstancias esenciales, la Ley se coloca en una posición de desconfianza frente al vendedor y de protección al comprador y dicta un precepto de claras lagunas, difíciles de llenar, y dejando al vendedor para defenderse de tan ruinosas consecuencias, la vidriosa prueba de que el error o la inexactitud se deben a la voluntad del comprador. En cambio, demostrado esto último, no se regula sanción alguna. Además, la reducción se impone *ipso iure*. La Ley ha ido demasiado lejos en la protección al comprador.

Si es de circunstancias no esenciales, la solución es idéntica, pero el comprador habrá de demostrar que ha sido perjudicado y la reducción debe acordarse por el juez. «La posición parece más humana respecto al vendedor».

Artículo 8.º Las partes pueden establecer o no el desistimiento del comprador; y si lo pactan, modelarlo a su voluntad, de manera diferente a la recogida en este artículo. Dentro del breve plazo de los tres días siguientes a la entrega de la cosa, debe manifestarse el desistimiento y devolver la mercancía. El cómputo es por días naturales. El plazo tiene carácter de caducidad.

Para ejercitarse este derecho se requiere: a) no usar la mercancía, sino a efectos de prueba o simple examen; b) notificación al vendedor, y c) devolución. La comunicación debe ser por carta certificada o de otro modo fehaciente. La expresión legal, en este punto, «es por demás imperfecta». La devolución debe hacerse en el lugar, forma y estado en que se recibió y libre de todo gasto para el vendedor.

Artículo 9.º El contrato se configura como real y se fundamenta, por la Exposición de Motivos, en dos razones: evitar el abuso del crédito y el precedente de la legislación extranjera sobre la materia.

La necesidad del desembolso inicial queda así convertida en requisito para la perfección del contrato; requisito simultáneo a la entrega de la cosa. No se regula la cuantía del desembolso y se fijó en el Decreto de 12 de mayo de 1966.

Una vez más desconfía del vendedor la Ley y protege de modo excesivo al comprador, lo que es ilógico, «pues si alguien puede ser especulador, en ese caso es el comprador», pero el legislador presume que la situación prepotente es del vendedor y carga al mismo las consecuencias.

La solución es ilógica. No puede perder el derecho a exigir su importe, porque al ser contrato real, si no hay desembolso, no hay contrato.

La solución es injustificada, porque supone un premio al especulador.

Artículo 10. Es otro precepto de protección al comprador que vulnera la norma del artículo 1.256 del Código civil. Es un precepto que sorprende, porque no condiciona la facultad de anticipar a preaviso de ningún género frente a los requisitos exigidos en el desistimiento, contrótese artículo 8.º

En este caso, el comprador paga el precio al contado. Los recargos se regularán, reduciéndolos proporcionalmente al periodo de tiempo en que resulte abreviada la operación. Si se aceptaron letras de cambio, los gastos originados para retirar estos efectos del poder de su tenedor serán de cuenta exclusiva del comprador. Esta norma es de justicia; pero no se concede una indemnización por los daños y perjuicios originados por tan inopinada resolución de la operación, ya que el vendedor pudo haber entregado estos efectos como garantía o contraprestación y su retirada le pudo desequilibrar su situación patrimonial.

Artículo 11. Debe ligarse con los artículos 12, 13, 19 y 23 que integran la normativa jurídica de la demora en el pago. No toda demora pone en juego este artículo, sino sólo la de dos plazos o la del último.

El vendedor podrá optar, entre exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato. En tema de cumplimiento nos habremos de regir por las normas civiles y procesales comunes, y sólo existirán las especialidades de los artículos 19 y 23. En la resolución, las partes se restituirán recíprocamente las prestaciones realizadas y, en todo caso, se le concede al vendedor la indemnización de daños y perjuicios, pudiendo realizar deducciones: por la tenencia de la cosa

(10 por 100 del importe de los plazos pagados), por la depreciación comercial del objeto («una cantidad igual al desembolso inicial») y por el deterioro de la cosa vendida, «si lo hubiere», «la indemnización que en derecho proceda». Normalmente se fijará por medio de peritos, aunque puede desembocarse en el correspondiente juicio declarativo. Estas normas reguladoras de las indemnizaciones pecan de rigidez. Si el importe de los plazos satisfechos fuere insuficiente para que el vendedor se reintegre.., «quedarían a salvo las pertinentes acciones de resarcimiento».

La demora en los préstamos de financiación tiene el mismo concepto que el fijado *ut supra*. El tercero puede exigir el abono de la totalidad de los plazos que estuvieren pendientes y deja a salvo el legislador los derechos del tercero que financió, si es «cesionario del vendedor».

Artículo 12. Tratamiento penal de la venta a plazos. Son aplicables las prescripciones del Código penal sobre delitos y faltas. Se invocan dos figuras delictivas: apropiación indebida y daños; pero es un precepto en blanco que remite, implícitamente, a los concordantes del Código penal.

Es autor típico el comprador. Se centra la figura en el dolo y se excluye la culpa. Ambos delitos requieren el perjuicio del vendedor o del financiador y suponen denuncia del perjudicado.

Se sanciona la disposición de la cosa como apropiación indebida, con las penas señaladas por el artículo 535 del Código penal. En el delito de daños se aplican los artículos 557 a 563 bis del Código penal, y también aquí «se aplica el artículo, exista o no reserva de dominio o prohibición de enajenar».

Artículo 13. Este precepto se enlaza con el artículo 11 y se ocupa de los casos excepcionales, de la demora en el pago por el comprador. Para este tratamiento excepcional deben concurrir causas muy poderosas que obliguen a separarse de la línea del apartado 1.º del artículo 11 (enraizado en el artículo 1.124 del Código civil) y «aventurarse por el siempre movedizo terreno de la equidad».

El presupuesto debe ser el concepto de demora del artículo 11. Las causas deben ser «justas», es decir, excepcionales y «apreciadas discrecionalmente» por los Jueces y Tribunales. El artículo cita algunos ejemplos (desde las «desgracias familiares» hasta «larga enfermedad u otros infortunios»). El juzgador podrá valorar este *numerus apertus*, señalar nuevos plazos, alterar los convenios y determinar los recargos originados por los aplazamientos. Ninguna regla puede darse al respecto. Se impone la discrecionalidad. Nada se dice sobre la vía procesal. El comprador podrá usar este trato de favor por vía de acción o de excepción, esto último será lo más corriente. Es un precepto más de protección al comprador que debía tener su paralelo a favor del vendedor.

Artículo 14. En tema de competencia judicial se dictan dos reglas esenciales, que disienten de las normas procesales generales, a saber: nulidad del pacto de sumisión para determinar la competencia y fijación de dicha competencia a favor del juzgador del domicilio del comprador.

Lo primero se opone al criterio de la L. E. C. en sus artículos 56 y siguientes. Lo segundo contradice el precepto del artículo 62. 1.ª de la L. E. C. y 1.500 del Código civil, presunción establecida con reiteración por nuestro Tribunal Supremo a efectos competenciales.

Una vez más, la Ley desconfió del vendedor y protegió al comprador; pero aquí, además, parece haber desconfiado también de la imparcialidad de los jueces y tribunales del domicilio del vendedor, lo que es

intolerable, porque viene a equipararlos (valga el símil) «al árbitro casero que no pita el penalty contra el propietario del terreno».

Artículo 15. Se basa en dos criterios: claridad y sinceridad, al pretender el reflejo exacto del precio al contado y el total a plazos, en los contratos y en la publicidad; y la desconfianza del vendedor, a quien se impone la obligación de observar tal precepto.

La norma se refiere a algo fuera de la venta a plazos, la publicidad de los artículos vendidos a plazos y hay una remisión al Estatuto de la Publicidad, con lo que se da un mentis al artículo 21 de esta Ley, ya que aquí la competencia dependerá del Ministerio de Información y Turismo.

Artículo 16. Esta norma y la siguiente se ocupan de los préstamos de financiación. El desembolso inicial es forzoso y los préstamos no podrán exceder de la parte aplazada del precio y no podrán cubrir el desembolso inicial.

En caso de incumplimiento se decreta la nulidad del préstamo que exceda de la parte aplazada (consecuencias jurídicas del artículo 1.303 del Código civil) y, además, serán de aplicación a los vendedores o financiadores responsables las sanciones previstas en el apartado 3 del artículo 20. Otra prueba de protección al comprador y desconfianza frente al vendedor: pero se exige que sean «responsables», lo que atenúa el criterio normal de la Ley de cargar todo lo desfavorable sobre el vendedor. La responsabilidad se determinará en el correspondiente expediente administrativo que se siga para imponer la sanción.

Artículo 17. En su casi totalidad es una remisión a las normas contenidas en los artículos 6 y 7, cuyo contenido trata de aplicar a los préstamos. No era muy necesario, porque dichos artículos, y especialmente el 6.º, tanto hacen referencia a las ventas a plazos como a los préstamos.

Artículo 18. Esta norma se basa en dos principios: la imperatividad de los preceptos de la Ley y la limitación de nulidad de los actos contrarios. La Ley es imperativa y se impone a los actos contrarios a ella y en fraude de ella. La sanción en ambos casos es idéntica: los pactos, cláusulas o condiciones «se tendrán por no puestos», pero no queda viciado de nulidad el contrato en su integridad. Ahora un breve examen comparativo del precepto que comentamos con el artículo 7.º; el 7.º se refiere sólo a la omisión e inexactitud de las circunstancias prevenidas por el artículo, 6.º y el 18 a los pactos, cláusulas o condiciones contra Ley o en fraude de Ley, y no sólo los obligatorios, sino los libremente estipulados por las partes.

Artículo 19. La simple lectura de esta norma produce la impresión de que nos hallamos ante un cajón de sastre. Podemos sistematizarlo así: el primer párrafo estaría mejor encuadrado en el artículo 23 y como párrafo aparte; el párrafo 2.º, relativo a los supuestos de quiebra y suspensión de pagos, y los párrafos 3.º a 6.º, que regulan una especial forma de ejecución para exigir el pago de los plazos pendientes de abono.

En tema de preferencia y prelación de créditos es supuesto indispensable que el contrato se inscriba en el Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer, que regula el artículo 23; en otro caso sólo producirá efectos *inter partes*. La inscripción viene a suplir a la tradición (a efectos del juego de los artículos 609 y 1.095 de nuestro Código civil). Finalizada la inscripción, el acreedor goza de la preferencia del artículo 1.922, 2.º, y de la prelación del 1.926, 1.º, ambos del Código civil.

Por ficción legal se asimila la inscripción a la prenda. Estos privilegios pueden ser de importancia en casos de insolvencia del deudor.

En tema de suspensión de pagos y quiebra hay que estudiar si para el tratamiento específico basta la existencia de la venta a plazos sujeta a Ley o se requiere la inscripción en el Registro. El autor se inclina a exigirla por el juego del artículo 1.º y del 23. Para el caso de quiebra, la norma es clara e implícitamente viene a concederse a los órganos (de la quiebra) un derecho de opción. En caso de suspensión de pagos se dispone que el acreedor tendrá la condición de singularmente privilegiado, con derecho de abstención, según los artículos 15 y 22 de la Ley de suspensión de pagos.

La demora en el pago confiere al acreedor la opción entre el cumplimiento y la resolución. De esta última se ocupa el artículo 11. En cuanto a la forma de exigir el cumplimiento hemos de referirnos a las normas procesales ordinarias; pero la Ley, protegiendo por una vez al acreedor, regula un procedimiento especial de subasta notarial de los bienes, que ha vaciado dentro del molde del artículo 1.872 del Código civil (lo que demuestra la asimilación conceptual con la prenda). Así queda resuelto otro problema, y para conceder el privilegio de la subasta debe exigirse la inscripción en el Registro. El legislador ha tenido que arbitrar un procedimiento para recabar la entrega de la cosa, lo que desdibuja los claros perfiles del artículo 1.872 y puede hacer inaplicable este procedimiento, sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles y criminales correspondientes. La esencia del procedimiento y la «verdadera escala ideal para bajar de la ficción a la realidad», es el requerimiento notarial, ante Notario hábil para actuar donde se hallen las cosas vendidas a plazos y con un contenido de notificación (de cantidad reclamada y de causa de vencimiento de la obligación) y de requerimiento al pago, con la advertencia de proceder, si no se paga, a la subasta de los bienes sin nuevas notificaciones ni requerimientos. Se confiere al deudor durante los tres días siguientes (computados en forma civil ordinaria) la opción de pagar o entregar la posesión de los bienes al acreedor o persona designada por éste en el acto del requerimiento. Si paga, concluye el procedimiento. Si no paga y entrega la cosa, procede la subasta. Si no paga ni entrega la cosa, pueden ejercitarse las acciones civiles y criminales correspondientes.

Artículo 20. También este artículo es de complejo contenido y se estructura con varias autorizaciones al Gobierno para regular determinados extremos de las ventas a plazos y del estatuto de las empresas dedicadas a estas operaciones y un tercer párrafo (y último) dedicado a las sanciones.

El Gobierno, en uso de dichas autorizaciones, promulgó el Decreto de 12 de mayo de 1966. En cuanto a los bienes sometidos a la Ley, se partió de «un criterio inicial sumamente restrictivo», y el Gobierno atendió preferentemente, a la coyuntura económica, incluyendo los aparatos de uso doméstico, vehículos y bienes de equipo capital (aplicándose esta consideración a las máquinas de coser y bordar). A efectos del Registro especial, se consideran bienes identificables todos aquellos en los que conste la marca y el número de serie o fabricación de forma indeleble o inseparable en una o varias de sus partes fundamentales. Esta norma es muy general y permite el acceso al Registro de toda clase de bienes que en el futuro puedan incluirse en la normativa de la Ley (*sic* Exposición de Motivos del Decreto). Otro punto tratado es el del máximo de la tasa de recargo, que no podrá exceder del 0,60 por 100 sobre el importe del precio aplazado, multiplicado por el número de meses del aplazamiento. En este porcentaje se incluyen todos los gastos que ori-

gine la operación, excepto los de seguro de los bienes vendidos y de crédito y la comisión por cobro cuando el pago no se realice en el domicilio del vendedor o financiador, y sin que los gastos de cobranza puedan exceder a los señalados para las comisiones bancarias. Los intereses, tarifas de servicios, comisiones y gastos de los contratos de financiación sobre bienes de equipo capital productivo serán los que en cada momento señale el Ministerio de Hacienda. El desembolso inicial será del 10 al 30 por 100 del importe del precio al contado o del 20 por 100, según la clase de bienes (cfr. art. 5.º del Decreto). Los aplazamientos de dieciocho a veinticuatro meses y con un máximo de treinta y seis, contados a partir de la fecha del contrato. En las ventas de bienes de equipo capital productivo, financiadas en régimen especial por Entidades creadas a tal fin, el desembolso y los plazos se fijarán por el Ministerio de Hacienda. El artículo 7.º del Decreto perfila la adaptación a la coyuntura económica, la revisión de las normas vigentes y los derechos adquiridos, la regulación especial de los bienes de equipo y la gestión de la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos Económicos.

La Exposición de Motivos de la Ley hablaba de que en armonía con el Derecho comparado: «se establece un moderado sistema de control y vigilancia de los comerciantes y sociedades que se dediquen a esta clase de operaciones». El Decreto se ha mostrado conservador y sólo exige las condiciones generales o especiales que «deban cumplirse, conforme a la legislación mercantil y fiscal», y el artículo 6.º es una norma en blanco de remisión al Código de comercio, a la Ley y a las disposiciones que puedan dictarse.

Como el Decreto no señala normas especiales, es difícil que de este incumplimiento se deriven sanciones. El único caso aplicable será: la infracción de lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 16 de la Ley. La sanción será «multa hasta de 100.000 pesetas, suspensión temporal en la práctica de aquellas operaciones hasta por un año o prohibición definitiva de realizarlas». La conjunción «o» y el *in dubio, pro reo*, nos llevan a considerar que se trata de tres sanciones y no de una principal y dos accesorias. Lo que no se establece es la gradación entre dichas penas ni los grados dentro de ellas. Serán de aplicación los preceptos del Código penal. Tampoco se alude al procedimiento para imponer estas sanciones y no sabemos si se trata de sanciones administrativas o de imposición judicial.

Artículo 21. La intención del precepto no puede ser más elogiable: encuadrar toda la materia de esta Ley en el cauce del Ministerio de Justicia. Esta buena intención no se llevará a la práctica sin grandes dificultades. En la propia Ley aparecen «chispazos de disidencia»: confróntese artículos 15, 20 y 22. En el Decreto complementario se acentúan más las interferencias, y sin afán exhaustivo podemos citar los artículos 4º, párrafo 3, y 7º, párrafos 1, 3 y 4

Artículo 22. Trata de las exenciones y posibles «beneficios fiscales» en tema del Impuesto de Transmisiones. La venta a plazos se halla recargada respecto a la venta al contado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 126 c) de la Ley de 26 de diciembre de 1957.

La exención o no sujeción se declara «en forma bastante pomposa y solemne, y con invocación del artículo 10 de la Ley General Tributaria» (artículo al que nos remitimos y que obedece al principio de legalidad). Esta no sujeción y exención están claramente definidas en el artículo 145, párrafos 1 y 2 de la Ley de Reforma Tributaria.

Al Impuesto de Tráfico de Empresas no están sujetos los minoristas por aplicación a contrario del artículo 186, párrafo 1: a) y b), de la Ley de 11 de junio de 1964. El inciso 1.º no es muy útil, pues lo que

dispone ya estaba en la Ley de Reforma Tributaria. El inciso 2.º del artículo 22 que nos ocupa es de buena voluntad, por referirse a una pura posibilidad. Se determina, lógicamente, la competencia del Ministerio de Hacienda al respecto. El optimismo no debe invadirnos, porque la misma Ley de Reforma Tributaria, en su artículo 193, número 3, en principio parece favorecer la agravación tributaria y no los beneficios fiscales, aunque en el último inciso no reputa operaciones a plazos las de los fabricantes o comerciantes al por mayor cuando entre la entrega de mercancías y la efectividad total de la operación no se exceda de noventa días naturales.

Artículo 23. Es de los más trascendentales de la Ley, de contenido jurídico esencial; por eso es curioso que se ponga al final, casi como disposición complementaria. El precepto no es completo y se remite «a las normas que dicte el Ministerio de Justicia»; pero éstas serán orgánicas, porque la parte sustantiva se halla delimitada por la Ley y el Decreto que comentamos.

Son contratos inscribibles los sujetos a la presente Ley que contengan reservas de dominio o prohibiciones de enajenar. La inscripción es necesaria, aunque no constitutiva, para que sean oponibles a terceros. En gran parte son aplicables las normas del Título Preliminar del Reglamento del Registro Mercantil.

Se trata de bienes objeto de venta a plazos e identificables.

El Registro es «de reservas de dominio y prohibiciones de disponer». Lo llevan los registradores mercantiles, pero son de esperar normas del Ministerio de Justicia para completar su regulación. El Decreto de 12 de mayo regula ya un aspecto muy interesante: el fiscal, y dispone que «tendrán acceso al Registro. . sin necesidad de que conste en los mismos nota administrativa sobre su situación fiscal», lo que es lógico, debido a la exención ya comentada *ut supra*, y redundante en indudable agilidad, que se refuerza al ser exigida forma escrita, pero no documentación pública.

Artículo 24. Nos hallamos ante el precepto más teórico y de más pronto desuso en la Ley. Siendo ésta puramente esquemática en algunos puntos esenciales, y previniéndose en algunos artículos la existencia de disposiciones complementarias, resulta claro que hasta que no se elaboraran y entraran en vigor, tampoco podría aplicarse la Ley.

El legislador no dictó disposición alguna hasta el Decreto de 12 de mayo de 1966 y el plazo de seis meses del artículo que comentamos ha carecido de efecto práctico. De la lectura del artículo 8.º de dicho Decreto y del párrafo penúltimo de su Exposición de Motivos se deduce que la *vacatio legis* de sesenta días afecta al referido Decreto y a la misma Ley. El cómputo se hará por días naturales (cfr. art. 7 del Código civil) y, por tanto, la Ley y el Decreto empezarán a aplicarse el 14 de julio. En cuanto a lo establecido en la Exposición de Motivos, los vendedores ya tienen normas de actuación, pero «no creemos ocurra otro tanto con los financiadores y con la organización de los servicios registrales», por lo que urge «la publicación de más normas complementarias para la plena entrada en vigor de la Ley»

ELÍAS IZQUIERDO,
Abogado

SÁNCHEZ DEL RÍO: *El Derecho del porvenir*. Editorial Montecorvo.

Me llega a las manos con cierto retraso este libro del Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Zaragoza, profesor SÁNCHEZ DEL RÍO, sobre un tema en verdad polémico. *El Derecho del porvenir* es un título que no invita a dejar el libro mucho tiempo cerrado sobre el escritorio.

Entiende el autor que, ante el tremendo cambio operado en la sociedad actual, el Derecho ha de adoptar una postura. El Derecho debe dejar de ser eso tan inseguro que hasta ahora ha sido. Cualquier técnica actual ofrece mucha más seguridad que el Derecho, y es por ello lógico que el hombre sienta poca confianza en el Derecho. Los juristas han de abandonar el método de operar seguido hasta ahora, cuya infructuosidad se ha puesto de manifiesto hasta la saciedad. Y así se dice: «sigan cuantos quieran con sus filosofías, sus dogmáticas, sus buenos consejos, sus contrucciones jurídicas. Pero no escamoteemos a las nuevas generaciones el hecho de que, junto a todo eso y para entender todo eso, existe una metodología de la que se viene hablando con insistencia que, por su carácter materialista, viene siendo orillada con grave daño para una puesta a punto de la Ciencia del Derecho»: se trata de «un complejo de investigaciones y métodos para la aplicación de la lógica moderna y los procedimientos de las actuales ciencias naturales a los problemas viejos de la Filosofía y las ciencias sociales». Hay que afrontar y adoptar con decisión esta metodología; pero, entre tanto, podemos estar seguros de que serán legión los que sigan discutiendo, incluso con gran entendimiento sobre teorías; sobre el insulso y escurridizo concepto de *causa*, sobre la clasificación de los derechos en reales y personales con toda su problemática trasnochada e inútil, sobre la ingenuidad referente a la casta jurídica de las llamadas obligaciones naturales..., sobre las múltiples cuestiones que suscita tal o cuál artículo de tal o cuál Ley, originando libros voluminosos que nos conducen a la creencia atormentadora de que lo que nos gusta es que las normas originen problemas, en vez de resolver los que la vida nos ofrece (*sic*). Bien, mientras hagan estas cosas, no harán cosas peores; pero, ¿por qué no probar con decisión ese examen naturalístico desde «el exterior», que ni excluye ni puede excluir cualquier interioridad convertida en cosa para el observador?, ¿por qué no mostrar estos horizontes en nuestras enseñanzas?

Pero el profesor SÁNCHEZ DEL RÍO no se limita a construir especulativamente su tesis, sino que antes, por el contrario, la completa con dos ejemplos prácticos:

- el del estudio del Derecho de propiedad o lo que él llama un análisis neopositivista para el Derecho de propiedad;
- la aplicación jurídica del cálculo proposicional «juicio de Sancho».

El primero se inicia con un estudio histórico del Derecho de propiedad, en Roma, en el que el autor pone de manifiesto su alta calidad de romanista; pero la construcción más original es la que lleva por título «Análisis algebraico del Derecho de propiedad y de sus desmembraciones». Llega a la conclusión de que esta forma de tratar los problemas puede ser calificada de poco jurídica; pero cuando se hace esta afirmación se contempla lo jurídico en sentido tradicional, sentido que el autor trata de reemplazar por otro, pues «en lo patrimonial no se

puede separar lo económico de lo jurídico Y si nos empeñamos en mantener trayectorias separadas, pronto construirán los economistas sus propias estructuras jurídicas y nos quedaremos los viejos sacerdotes de la Justicia para vestir imágenes».

Con ello se afirma algo de tremenda gravedad. Todo el mundo que se haya asomado al Derecho sabe de las interrelaciones existentes entre Economía y Derecho. Es algo perfectamente claro que las formas jurídicas están fuertemente condicionadas por la estructura económica y viceversa; que el Derecho, en cuanto «camisa de fuerza de la sociedad» (1), condiciona y conforma la realidad económica (2). Afirmar que «los economistas construirán sus propias estructuras jurídicas», no es, en modo alguno, cierto, tal como aparece en el texto del profesor SÁNCHEZ DEL RÍO. Quienes crean las estructuras jurídicas, los cauces o vías formales, son los juristas, dando cauce legal a la realidad económica; pero, en modo alguno, adoptando los métodos de operar del economista. Que el Derecho, repito, tenga que ser un auscultador permanente de la realidad en que se mueve (afirmación que había que discutir o, mejor, reconducirla a sus límites), es cosa muy distinta a afirmar que el jurista haya de adoptar el *modus operandi* del economista. El economista no tendrá que crearse formas jurídicas, pero tampoco podrá pretender que el jurista utilice una metodología que le es extraña, con la amenaza de denunciar la separación entre lo económico y lo jurídico.

El otro ejemplo del libro es el del «juicio de Sancho».

Sobre un río hay un puente y en él una casa de audiencia con una horca; los encargados de esa casa (cuatro jueces rigurosos) aplicaban la Ley de que el que pasare había de ser preguntado por la actividad que iba a desarrollar en la otra parte, y si decía verdad, se le dejaba pasar; si decía mentira, era condenado a morir en la horca. Aconteció que un día aparece allí un hombre que contestó, al ser preguntado, que él había ido allí a morir en la horca. Tal problema plantean a Sancho, gobernador de la insula Barataria.

Es éste un problema que no me parece, *venia data*, un problema jurídico, sino una paradoja lógica. Un problema similar se planteó en la antigüedad cuando se decía: SÓCRATES dijo que todos los atenienses eran mentirosos; es así que SÓCRATES era ateniense, luego no podemos dar crédito al juicio de SÓCRATES.

Este problema ha sido resuelto en la actualidad por un maestro de la Lógica moderna, BERTRAND RUSSELL, y lo resuelve partiendo de la distinción entre lenguaje y metalenguaje. Cree que el lenguaje no es suficiente, y crea un metalenguaje, capaz de evitar los equívocos. La aplicación del cálculo proposicional me parece algo que, en definitiva, no tiene nada que ver con el pensamiento jurídico (2 bis)

Creo que el método de operar jurídicamente no es éste de la lógica, sino que el jurista parte siempre de verdades opinables, cuyo ámbito de actuación es un círculo de problemas. Es decir, este método es «tópico», según la terminología de ARISTÓTELES, que ha actualizado, poniéndola en relación con la jurisprudencia, T. VIEHWEG (3). Con lo cual el Derecho no sólo no queda encerrado en un círculo conservador del que no sabe salir, sino que se le posibilita para ser actua-

(1) ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, Madrid.

(2) Un ejemplo de ello en GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*. «Fondo de Cultura Económica», 1955, pag. 16.

(2 bis) MANUEL SACRISTÁN, *Introducción a la lógica y al actor formal*, Ariel, Barcelona, 1964, pág. 44, donde se recoge como tipo de paradoja lógica precisamente el «juicio de Sancho».

(3) THEODOR VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, 1964.

lizado constantemente. El estudio y descubrimiento de los tópicos en cada disciplina jurídica es uno de los medios más serios para renovar el derecho en una sociedad en constante evolución y, desde ahí, resolver los problemas sobre los que proyecta su luz el tópico.

Si se nos dice que así no se conjura el problema de la inseguridad jurídica, habrá que tratar primero de hacer alguna distinción terminológica. Pues negar a un Ordenamiento jurídico la consecución de la seguridad jurídica es, sencillamente, negarle su condición de Ordenamiento jurídico. Por ello habría que distinguir con RADBRUCH (4), entre la *seguridad por medio del Derecho*, o seguridad que el Derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestro patrimonio y la *seguridad del Derecho mismo*, la cual requiere las siguientes condiciones (5):

- que el Derecho se halle establecido en Leyes;
- que sea seguro, que no se remita a juicios de valor del Juez, sino a hechos;
- que estos hechos sean «practicables»;
- que no debe hallarse expuesto a cambios demasiado frecuentes.

La seguridad por medio del Derecho (o seguridad del tráfico jurídico) es la que se concreta en la protección de la buena fe, de la confianza suscitada por una situación jurídica aparente, etc.; esta seguridad (trata) de protegerla el Derecho, pero los resultados nunca se podrán prever de una forma matemática.

La seguridad del Derecho mismo o seguridad jurídica *strictu sensu*, ésta sí que debe estar garantizada plenamente por el Ordenamiento jurídico si quiere conservar dicho título.

Hay otros aspectos de la obra que, de momento, no abordo. Estos son lo suficientemente polémicos como para reparar en ellos.

F. SOSA WAGNER.

SANGIORGI, Salvatore: *Rapporti di durata e recesso ad nutum*. Pubblicazioni a cura della Facoltà di Giurisprudenza. Università di Palermo, número 17. Milano. Giuffrè, Editore. 1965. Rústica, 284 páginas.

Dividese la presente obra en tres capítulos, precedidos de una Introducción. Esta comprende dos epígrafes, y los capítulos, 8, 7 y 11, respectivamente. Al final figura un índice alfabético de autores citados.

La antedicha Introducción ocupase de centrar el tema a desarrollar, fijando para ello las nociones de relación obligatoria y desistimiento. Dentro de las relaciones de cooperación entre los sujetos, existen algunas en que pende de una de las partes, no sólo el característico deber de prestación, sino también el poder de decidir discrecionalmente acerca de la vida misma de la relación jurídica. Esto es lo que interesa

(4) GUSTAV RADBRUCH, op cit., págs 39 y sigs

(5) He visto alguna otra terminología utilizada, pero responde a la misma idea Así, DIEZ-PRCAZO, *Lecciones de Derecho civil* (apuntes del curso 1964-65) habla de *seguridad jurídica* y *seguridad del tráfico jurídico*.

al autor: analizar la estructura y funcionamiento de este tipo de relaciones.

Evidentemente, quedan excluidas todas las obligaciones de ejecución instantánea.

Además, importa señalar que no son manifestaciones de este desistimiento, ni la restitución de las cosas consignadas en el contrato estimatorio, ni la demanda de restitución del depósito bancario; no interesan los casos en que la aparente revocación viene subordinada—dice el autor—a una causa objetiva de previsión normativa, o bien cuando se opera una transformación de la relación, originándose una obligación de resarcimiento.

Otra cuestión estudiada en esta parte es la caracterización de la condición potestativa *si volam*, establecida en favor del deudor.

Interesa, por tanto, en este estudio, dice SANGIORGI, determinar en concreto los límites de la figura respecto a otras relaciones contractuales

* * *

Destinase el primer capítulo de la obra al estudio en general de las relaciones jurídicas de duración. Analizanse, ante todo, las expresiones «contrato de duración» y «relaciones jurídicas de duración», según ofrecen, por su parte, una unidad o pluralidad de obligaciones. (En este punto se examina con particular atención, dado su interés, la figura del suministro.) Y, a continuación, distínguense estas relaciones jurídicas de duración de otras que, si bien se suceden en el tiempo, no tienen aparejado un cumplimiento continuado (como en contratos del tipo de la *locatio operis*). Y tras ello, se nos muestran, en otro aspecto, las relaciones de duración en cuanto efectos accesorios o secundarios de contratos no calificables como de duración; esto es, de las obligaciones de duración que aparecen como modalidad accidental de otras que no presentan tal carácter (contratos sujetos a condición suspensiva, por ejemplo). Paralelamente a ello, estúdiense luego las relaciones de duración que surgen de verdaderos contratos de ejecución duradera, con lo cual se entra ya en el núcleo del asunto. (Con estudio de las hipótesis de prohibición de competencia y pacto de exclusiva; contratos de ejecución de obra; ciertas manifestaciones de la *locatio operarum* y de los contratos bancarios; contrato de edición; contratos de suministro, de renta perpetua y vitalicia.)

Punto y aparte se dedica al análisis, a efectos del tema, de los contratos fuente de relaciones personales de goce (arrendamiento, especialmente; comodato, anticresis), individualizando las relaciones de duración que surgen de tales contratos y su respectivo papel y carácter. Y para que el tema quede completamente agotado, se estudian, finalmente, los contratos de crédito en cuanto interesan a este análisis de las relaciones de duración (mutuo, depósito irregular, préstamo bancario, apertura de crédito, prenda irregular, renta perpetua y vitalicia, cuenta corriente, quasi-usufructo, y, según algunos, el *pactum de non patendo*); hay en todos atribución de una suma de dinero o bienes fungibles, con la obligación del *accipiens* de devolver el equivalente, tras un periodo más o menos largo. (De conformidad con las sistematizaciones de SIMONETTO y MESSINEO.)

* * *

Búscase en el segundo capítulo, como su propio título indica, la individualización y concreción del supuesto de hecho aquí tratado; esto

es, el estudio de las relaciones cuya ejecución se deja, de un modo u otro, a la voluntad de las partes.

Cuidadosamente se examina la institución del desistimiento, distinguiéndolo de otras figuras con él conexas, a que necesariamente hay que hacer referencia. Defínese como el poder unilateral de poner fin a una relación jurídica irretroactivamente, de la cual se parte, y que aparece configurado por una mayoría doctrinal como derecho potestativo, y presentando dos modalidades, ordinario y extraordinario. (Para el autor es siempre ordinario el discrecional, y extraordinario el que no sigue esta línea.)

Busca luego el autor los preceptos que en los Códigos civil y de la Navegación italianos prevén el desistimiento voluntario en las relaciones de duración.

a) Con eficacia inmediata: artículos 1.771, 2.º (demanda del depositario para que el depositante reciba la cosa); 1.810 (demanda de restitución del comodante); 2.096, 3.º (voluntad resolutoria del empresario en el periodo de prueba laboral); todos ellos del Código civil.

b) Desistimiento al cual se conecta una obligación cualificada de resarcimiento: artículo 1.727 del Código civil (renuncia sin justa causa del mandatario en el mandato por tiempo determinado). (Otros casos no resultan tan claros.)

c) Supuestos en que el desistimiento precisa un plazo de preaviso: artículos 1.569 (suministro), 1.616 (locación), 1.727 (mandato por tiempo indeterminado), 1.855 (cuenta corriente bancaria), 2.118 (relación de trabajo), 2.285 (sociedad), del Código civil; artículos 342 y 913 del Código de la Navegación (contratos de trabajos del personal marítimo y aéreo). En ellos, el preaviso opera como un límite temporal impuesto a la eficacia del desistimiento.

Sigue luego un estudio del desistimiento voluntario y su relación con la condición resolutoria meramente potestativa. Pasando tras ello a ocuparse el autor de los límites de aplicación del instituto. Con ocasión de ello, fijanse cuatro grupos de contratos de duración: en el primero (arrendamiento rústico, aparcería) aparece fijada por la Ley una duración mínima, necesaria para la eficacia y carácter de la relación jurídica; sólo puede aparecer el desistimiento en supuestos excepcionales. El segundo grupo, más numeroso, comprende las relaciones de duración estipuladas por tiempo indeterminado, mas cuyo desistimiento viene previsto por la Ley (depósito, contrato de trabajo a prueba, agencia, sociedades de personas, etc.). Un tercer grupo lo constituye aquel en que el desistimiento opera con más normalidad (asociaciones, aparcerías ganaderas).

Por último, existe otro grupo en que no aparece ninguna previsión normativa en cuanto a desistimiento (comodato, secuestro convencional, anticresis).

Hace en este momento el autor una síntesis de los resultados obtenidos, para con ello calificar exactamente la institución: participa a la vez de los caracteres de derecho de obligación y derecho potestativo. Y para que la cuestión quede totalmente clara en este último punto, hace un examen crítico de la noción de «derecho potestativo» y de otras que con ella enlazan (autonomía privada, poder jurídico y derecho subjetivo). En cuanto al fundamento del desistimiento voluntario, esta libertad de actuación del sujeto preséntase como una consecuencia de la propia estructura de la relación jurídica en cuestión, noción que le parece a)

autor más precisa que una simple alusión al *intuitus personae*, como muchos hacen.

* * *

El tercero y último capítulo, titúlase «Estructura del supuesto de hecho».

Comienza hablando del criterio de la determinabilidad de las prestaciones, que caracteriza a las relaciones jurídicas aquí examinadas, proveniente de la propia regulación del objeto contractual; criterio que debe derivarse de la estructura de dichas relaciones jurídicas en cuanto que son relaciones complejas.

En efecto: se ha operado una evolución de la teoría clásica del concepto de obligación, que ha ido—según el autor—desde la noción de relación jurídica simple a relación compleja; de ahí la unilateralidad de las concepciones de la obligación como derecho sobre la persona del deudor o derecho al valor económico y las interesantes consecuencias que pueden obtenerse de la teoría del débito y la responsabilidad: con cilo se han puesto de manifiesto la pluralidad de elementos existentes y la necesidad de tomarlos todos en consideración. Y así parece haberlo entendido la más reciente doctrina al establecer en la obligación el binomio «elemento personal-elemento patrimonial».

El aspecto complejo de la relación obligatoria viene también confirmado por instituciones, como el cumplimiento de tercero, el pago al acreedor aparente y el cumplimiento forzoso del deudor.

Por otro lado, resulta que han de ser puestos en comparación y valorarse debidamente los términos «responsabilidad» y «satisfacción». Asimismo, debe retenerse que la predeterminabilidad del valor pecuniario de la prestación aparece como elemento que asegura la posibilidad de realización de la relación obligatoria.

Establécense posteriormente algunas conclusiones: la responsabilidad conexas al ejercicio del desistimiento y la resultante del cumplimiento indebido, aparecen como elementos tipificadores de las relaciones obligatorias. Para terminar, insértanse algunas consideraciones sobre las nociones de onerosidad y reciprocidad de las prestaciones.

* * *

Entre los autores más repetidamente citados en la obra, aparte de los dos antes aludidos, figuran ALLARA, ASCARELLI, AULETTA, BARASSI, BETTI, CARIOTA-FERRARA, CARNELUTTI, DEJANA, FERRARA, GIORGIANNI, MANCINI, OPPO, RUBINO, SCHLESINGER, SCOGNAMIGLIO y WINDSCHEID.

Con esto, creemos haber cumplido nuestra tarea de ofrecer un repertorio de las principales cuestiones abordadas en la obra.

PEDRO-ANTONIO FERRER SANCHÍS,
Profesor de la Facultad de Derecho
de Valencia.

SANPONS SALGADO, Manuel: *El contrato de corretaje*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1965. 253 págs.

Sinopsis y Temario.

Se abre el libro con un prólogo del editor: «En memoria» del autor, de quien se dice: «... no era, ni mucho menos, un investigador puro ni, menos aún, un recopilador. Era, pudiéndose apreciar en su personalidad naturales indicios de todas estas inclinaciones, fundamentalmente un Abogado». Este calificativo y esta mayúscula me hacen apasionado en mi juicio crítico y me presentan la obra con un carácter básico: un libro simpático.

En el capítulo I se trata de problemas previos históricos, de naturaleza y caracteres, de afinidades, de Derecho comparado y del corretaje a través de la jurisprudencia. En el II, de los elementos subjetivos, objetivo y causal. En el III, de las obligaciones comunes y de las específicas de cada parte. Se ocupa el IV de la extinción del contrato, y el V, y último, de algunas aplicaciones procesales prácticas (competencia territorial, prescripción y prueba).

Se cierra la obra con una reseña bibliográfica de 51 obras, con especial referencia a las obras de Derecho español e italiano.

Resumen.

Al bucear en los antecedentes históricos, nada se encuentra claramente delimitado hasta la Novísima Recopilación. Estudia, después, el cuadro socio-económico y los diferentes cauces contractuales que van surgiendo. En el principio fue la permuta. Después la compraventa. La interdependencia y la especialización hacen nacer: el arrendamiento, en sus distintos tipos; el contrato de trabajo; el mandato; la comisión; el *trust*; la agencia y el corretaje.

La puesta en relación como actividad profesional se va estructurando lentamente y no puede señalarse con precisión su momento inicial. Quizás para la formación doctrinal del corretaje haya que atender a las sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1902, 26 de noviembre de 1919, y la muy poco estudiada de 10 de mayo de 1899.

En tema de su naturaleza jurídica, y expuestas las principales tendencias, el autor opina que el corretaje no es un contrato preliminar, ni un contrato de obra, y que se trata de un contrato aleatorio y atípico. Sobre este último carácter, el corretaje debe estudiarse a la luz del Derecho administrativo y de las reglamentaciones colegiales correspondientes, y habremos de acudir a los usos y costumbres y a la doctrina legal del Tribunal Supremo, fundamental en esta materia. También son aplicables las normas del libro IV, títulos I y II del Código civil y disposiciones de contratos análogos (mandato, arrendamiento de servicios y obra...) en lo que se les asemeje. Finalmente, el poder creador de los Tribunales (arg., art. 6 del Código civil) tiene la palabra.

Desde la sentencia de 10 de enero de 1922, el Tribunal Supremo ha mantenido el criterio uniforme de calificar de corretaje la intervención de una persona reducida a realizar las gestiones necesarias para poner en relación a otras dos para la celebración de un contrato; sin con-

tratar aquélla en nombre propio, ni el de su pretendido comitente. Podemos considerarlo como un contrato principal sujeto a una condición o como un contrato accesorio y unilateral y consensual. Lo malo es querer encajarlo dentro de los tipos romanos y no tomar de Roma lo que debiéramos tomar «más que sus palabras», su espíritu de constante renovación».

Determinar la prestación debida por el acreedor es una de las más graves dificultades de esta materia. Quizás el concepto más completo y claro lo hallemos en la sentencia de 27 de diciembre de 1962 (ponente: RAMÓN BONET). Pero no le basta al corredor «poner en relación»; ha de ser suave lima que reduzca las diferencias de intereses y, a veces, debe gestionar lo necesario para conseguir el contrato deseado. El contrato, objeto del corretaje, puede ser de la más variada naturaleza y recibirá la denominación del nexo típico a que propende.

Más esencial que la puridad del nombre de las figuras jurídicas es su concepto; pero en el caso del corretaje es importante que no se le atribuya un sinónimo tan confuso como el de «mediación». Mejor será, en lo futuro, acoger el término «corretaje», y para los intervinientes, los nombres de «corredor» y «oferente».

Se va diferenciando por el autor el corretaje del mandato; del arrendamiento de servicios y del contrato de trabajo; del arrendamiento de obra; de la gestión de negocios ajenos; de la actividad del *nuntius*; de la interposición de persona, de la recomendación y del consejo; del negocio de autorización; del contrato de opción y de la agencia, deteniéndose especialmente en este punto diferenciativo, y en los que lo relacionan con los agentes de cambio y bolsa, corredores de comercio e intérpretes marítimos. Si el corretaje es una subespecie del mandato, más dificultad hay todavía en dar las notas diferenciales respecto a los agentes de la propiedad inmobiliaria.

En Derecho anglosajón no cabe equivalencia posible de conceptos con los de las legislaciones románicas, y *agent* significa mandatario, apoderado, agente...; es decir, un concepto muy amplio, sin posible traducción exacta a nuestro mundo jurídico. La evolución histórica del Derecho francés reviste un interés particular y se hace notar cómo alternan periodos de libre ejercicio y de control oficial. El Código de Napoleón diferencia cuatro tipos de corredores, pero junto a estas figuras de fedatarios públicos mercantiles no se encuentra la figura del corredor. En España, Francia e Italia, una serie de Leyes administrativas impiden ejercer libremente el corretaje cuando tiene por objeto alguna materia privativa de los incorporados a un Colegio. En nuestra patria no existen normas codificadas sobre el corretaje y necesitamos acogernos al Derecho extranjero (GARRIGUES). El Código civil alemán, el suizo de las Obligaciones y el civil italiano, se ocupan adecuadamente de esta materia.

El corretaje se halla, de hecho y desde antiguo, incorporado al mundo jurídico-social, y quizá las pocas referencias históricas del mismo y su ausencia de los cuerpos legales se deba a su difícil diferenciación con otros tipos de contrato de gestión o mediación que, más afortunados, tienen inmediata acogida y estimación del legislador. Los tratadistas (nacionales y extranjeros) muestran gran disparidad de criterios al pretender definir su figura jurídica, y la jurisprudencia se muestra cautelosa y poco firme (cfr. las sentencias de 8 de febrero, 18 de octubre y 28 de noviembre de 1956). Es en la de 28 de febrero de 1957, donde resueltamente se nos habla de analogías con el mandato, comisión mercantil, arrendamiento de obras y servicios; pero se nos dice que «no es una de estas convenciones» y que debe conside-

rarse como «un contrato atípico, *facio ut des*, principal, consensual y bilateral...».

El elemento subjetivo se constituye por el oferente y el corredor y ambas partes pueden integrarse por una persona física o jurídica, o más, y los intereses de ambas partes pueden coincidir en ciertos casos. El autor dicta una norma análoga a las contenidas en los artículos 1.459, 2.º, del Código civil, y 96, 4.º, y 267 del Código de comercio.

El *animus contrahendi* es de probanza fundamental en el corretaje, especialmente en el corredor ocasional, debiendo éste demostrar que su labor de intermediario fue querida por el oferente (cfr. sentencia de 23 de octubre de 1959), si quiere percibir la correspondiente remuneración. De aquí se deriva—sin lugar a dudas—que el corretaje es consensual.

La capacidad requerida en el oferente es la misma que la exigida para realizar el negocio al que se refiere el corretaje. Más discutible es averiguar la del corredor. Para reclamar al oferente sus obligaciones nacidas del corretaje, requiere sólo la capacidad natural de querer. Tienen prohibición de ejercer el corretaje los clérigos y religiosos, y los funcionarios públicos cuando una de las partes contratantes sea el Estado. Hemos de aludir aquí a la necesidad de la colegiación oficial para el desarrollo de determinadas actividades propias del corretaje. Cuando el corredor actúe sin designar el nombre de un contratante, requerirá la capacidad necesaria para contraer las obligaciones correspondientes. Se trata, de modo especial, del menor de edad y de la mujer casada, como oferentes y corredores.

Al contrato de corretaje puede serle de aplicación lo dispuesto en los artículos 1.714 y 1.715 para el mandato. A juicio del autor, el corredor, finalizada la actividad mediadora, puede asumir la representación de una parte, con autorización de la misma, para concluir en su nombre el negocio o contrato correspondiente, sin desnaturalizar su oficio, y una vez cumplida su función puede, incluso, representar a las dos partes en la conclusión del contrato principal (autocontrato).

La causa del corretaje es, por una parte, el premio, y, por la otra, el servicio prestado. Esta visión, basada en el artículo 1.274 del Código civil, es insuficiente, y podemos decir que la causa del contrato es «la función económico-social que se deriva de la actividad mediadora en general». El elemento causal tiene aquí un carácter neutro, derivado de su función instrumental respecto al contrato principal. El corretaje puede realizarse *generaliter in omnibus negotiis licitis* (STRACCA). En cuanto a ilicitud o falsedad de causa, jugarán los artículos 1.275 y 1.276 del Código civil.

En el corretaje, como en los demás contratos, juega el artículo 1.258 del Código civil. «La frase romana, *contrahitur obligatio*, arroja más luz que volúmenes de comentarios. Se contrae una obligación, como se contrae una pulmonía» (COHEN). El cumplimiento deberá hacerse de «forma» que se ejecute de acuerdo con su «fondo» (o esencia), aunque sea algo distinto de lo textualmente estipulado.

Obligaciones típicas del corredor son las de los artículos 1.719 y 1.720 del Código civil. El corredor profesional tiene como deberes generales: diligencia, actividad informativa y discreción. La sentencia de 25 de octubre de 1963 recogió explícitamente la primera. El segundo deber puede fundamentarse en los artículos 95 y 260 del Código de comercio y la normal prudencia que señala el Código civil en diversas ocasiones (1.089-1.258, etc...). La discreción puede hallarse imperada en el artículo 95 de nuestro Código de comercio ya citado. El Código italiano recoge algunos otros deberes que pueden fundamentarse en diversos preceptos patrios. La obligación de conservar muestras (en las ventas sobre

ellas), mientras exista posible controversia sobre su identidad, se desprende del «uso» (cfr. art. 1.258 del C. c.). La de librar, al comprador, una lista firmada de los títulos negociados, serie y número, se desprende de los artículos 95 y 103 de nuestro Código de Comercio. El anotar, en un libro especial, los extremos especiales del contrato y librar a las partes copia firmada de toda anotación se diversifica en su fundamentación legal. Si es agente de la propiedad inmobiliaria, cfr. artículo 18 del Decreto de 6 de abril de 1951. Si es comerciante libre se atenderá al juego de los artículos 33 y 263 de nuestro Código. En caso de depósito previo habrá que aplicar los artículos 265-266 y 268 del Código de comercio y las normas correspondientes del Código civil.

Las sanciones derivadas del incumplimiento de sus obligaciones serán las profesionales que correspondan o, en otro caso, la responsabilidad que se derive por los daños y perjuicios causados.

En casos singulares pueden existir deberes específicos. La obligación de concluir el negocio sólo puede ser pactada expresamente y es hipótesis «poco frecuente y sin ningún fundamento práctico». El corredor sólo está obligado a ser imparcial en sus gestiones cuando se compromete a ello.

El corredor responde del dolo, de la culpa por incumplimiento de sus obligaciones y de las gestiones del subcorredor cuando no se le facultó para nombrarlo o no se le designó la persona, pudiéndose accionar también contra éste. Aparte de estas responsabilidades, cuya fuente legal, por analogía, es la de los artículos 1.721, 1.722 y 1.726 del Código civil, asume otra *sui generis*, indirecta y de garantía (cfr. art. 1.717 de nuestro Código), que no puede ser considerada como una fianza, aunque puede también prestarse ésta por una de las partes.

Por el principio de la buena fe, aceptado el encargo por el corredor, el oferente no debe frustrar su actividad y debe suministrarle todas las características esenciales de la gestión, absteniéndose de poner al corredor, sin previo aviso, en condiciones difíciles y peligrosas. El oferente debe pagarle el premio al corredor, resarcirle de los daños y perjuicios ocasionados y comunicarle toda la información necesaria para facilitarle su actividad.

El fundamento de la obligación de remunerar se halla en los artículos 1.091, 1.254, 1.256 y 1.258 del Código civil. El precepto del art. 1.711 carece de aplicación en el corretaje. El corredor adquiere el derecho a la remuneración cuando el negocio jurídico que se le encomendó ha sido concluido. Interesa, pues, precisar qué se entiende por «negocio jurídico» y cuándo se considera «concluido» éste. El autor afirma, con AZZOLINA, que el término negocio corresponde al concepto de contrato, y que en tema de conclusión habrá que atender a los términos estrictos del art. 1.254 y a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de 26 de diciembre de 1919, 11 de noviembre de 1948 y 26 de abril de 1952), así como la de 29 de marzo de 1961, de la Audiencia Territorial de Zaragoza. Aparentemente, la jurisprudencia se contradice al exigir en unos casos la consumación, y en otros la perfección del contrato; pero «en materia de corretaje, no es fácil generalizar, y [que] la jurisprudencia trata de casos particulares». Se desciende, en la obra, a tratar «algunos casos particulares»: a) contrato nulo; b) anulable; c) rescindible; d) resoluble (resolución del contrato principal); e) novación; f) contrato condicional; g) contratos de ejecución continuada; h) contrato preliminar o precontrato; i) contrato concluido por quien no está habilitado administrativamente para realizarlo, y j) realizado a espaldas del corredor: «la casuística judicial española no es suficiente para clasificar... las diversas formas del fraude; pero aun de serlo, sería vano intentar mencionarlas todas...».

Se trata de las más frecuentes. Aunque la Ley y la jurisprudencia no se ocupen de ello, «la lógica también tiene un lugar en el Derecho positivo» y será aplicable a España la norma del Código italiano, que dice: «el mediador tiene derecho a la remuneración de cada una de las partes, si el negocio se concluye por efecto de su intervención». El único problema se halla en determinar el criterio utilizable para afirmar si el negocio se ha concluido o no por intervención del corredor. En este punto, toda deducción concebida en términos generales es peligrosa. La valoración del nexo de causalidad se traduce en una apreciación de hecho que debe ser formulada específicamente. Cuando es más problemático sostener la permanencia del nexo de causalidad es en los casos de consecución de resultados parciales respecto a los encargos de los oferentes. Las características particulares del nexo causal son: a) que parta de la causa próxima e inmediata de la conclusión del negocio, y b) que la actividad del corredor sea prestada con *animus ad implendi contractus*. La determinación del estipendio se fija por: 1, pacto; 2, tarifas profesionales; 3, uso, y 4, determinación libre de los Tribunales. El corretaje será proporcional al valor real del negocio y no al convencional, fijado a efectos de eludir los impuestos. Obligación de remunerar de cada uno de los contratantes: se tratará de dos débitos distintos y no se establecerá responsabilidad solidaria por esta base. Será de aplicación a nuestro Derecho la norma del italiano: «Si el negocio es concluido por la intervención de varios mediadores, cada uno de ellos tiene derecho a una cuota de la remuneración». La cláusula «franco de corretaje» excluye uno de los efectos de este contrato, pero no impide que éste se constituya.

Reembolso de gastos. En el Código italiano se da una norma paralela a nuestro artículo 1.728 del Código civil y 278 del Código de comercio; pero en materia de corretaje, nuestros usos son contrarios a lo dicho (cfr. T. S. de 13 de octubre de 1956). El corredor no tiene derecho al reembolso, salvo pacto en contrario, y en este caso, los justificará y será acreedor de ellos y de sus intereses legales. Los gastos reclamables serán los realizados por orden del oferente, y los que sean «razonables» para cumplir el encargo; lo razonable es una cuestión de hecho. Los intereses legales serán compensatorios, no devengarán intereses hasta su reclamación judicial o extrajudicial, y prescribirán a los cinco años de que el corredor rinda cuentas, salvo que en el cómputo juegue el 1.969.

Al contrato de corretaje es de aplicación analógica lo dispuesto en los artículos 1.717 del Código civil y 246 del de comercio. Pero, ¿qué ocurre cuando es el tercero el que incumple sus obligaciones frente al oculto contratante?; ¿puede el corredor accionar directamente contra él? En nuestro Derecho positivo, por equidad y por prescripción legal, se impone la misma solución que en la Ley y la jurisprudencia italiana («... cuando calla, el nombre de un contratante es responsable de la ejecución del contrato, y esta responsabilidad debe estar en correlación a un derecho: el de compeler a la ejecución al contratante que lo ha incumplido». Corte de Casación italiana, en sentencia de 17 de octubre de 1924).

Ni la legislación ni la doctrina extranjera se han preocupado de las causas extintivas del contrato de corretaje. La razón quizá sea la autonomía de la voluntad de las partes y la ilimitación de las facultades dominicales que impera siempre en los contratos de trabajo y gestión que se encuadran dentro del Derecho civil y mercantil.

El corretaje acaba por la conclusión del negocio a que se refiere, y el pago de la prima correspondiente; por el mutuo disenso de las partes; cuando se pierde o destruye la cosa objeto del negocio, sin mediar cul-

pa del corredor, y antes de incurrir en mora o cuando las circunstancias hacen imposible su cumplimiento. La jurisprudencia, «aunque con demasiadas vacilaciones y restricciones, admite la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*», que desemboca en soluciones resolutorias, pero que en alguna ocasión puede concretarse en una simple revisión de las condiciones de contratación. Más importante que las citadas causas es la del vencimiento del término o el cumplimiento de la condición resolutoria.

El desistimiento del oferente. La revocación es una causa de extinción de ciertos negocios unilaterales, y el desistimiento hace cesar, no el negocio, sino la relación creada por tal negocio, *ex nunc*. El desistimiento es término «de cierto sabor procesal» y expresa con mayor exactitud el fenómeno del que nos vamos a ocupar. El principio general de derecho formulado, en el artículo 1.256 del Código civil, se exceptiona en los artículos 1.733 del mismo Código y 279 del de Comercio, porque el fundamento de estos contratos se halla en la «fiducia», y desaparecida ésta, el mantener el contrato sería «una verdadera enajenación de la personalidad». No podemos tampoco olvidar que, conferido el corretaje en interés del oferente, el corredor será relevado de su cargo cuando al primero no le interese su continuación. No podrán, nunca, olvidarse los legítimos intereses de terceros. Para que el desistimiento extinga el vínculo se requiere que el corredor conozca dicha resolución. Basta que llegue a su conocimiento de cualquier forma, pero será al oferente a quien incumbirá probar que el corredor conocía su desistimiento y al juez apreciarlo. Más riguroso habrá que ser en cuanto a la notificación de terceros, aunque no se impone fórmula especial alguna. El oferente podrá compeler al corredor a devolver los documentos y efectos recibidos por razón de su gestión. Se ocupa al autor, finalmente, de la indemnización al corredor, del desistimiento tácito y del corretaje irrevocable. La revocación del contrato es un derecho que puede entrañar—a veces—un abuso, pero estas cuestiones son de libre apreciación de los Tribunales y admiten el pacto en contrario de las partes. El corretaje puede constituirse tácitamente y extinguirse de la misma forma. En principio no puede pactarse irrevocable, pero pueden darse ciertos casos de irrevocabilidad; verbigracia, en beneficio de terceros, como cláusula de un contrato sinalagmático, etc...

Correlativo al desistimiento del oferente, se da la renuncia del corredor, justificada por una razón de reciprocidad natural y porque de lo contrario «sería una supervivencia de la servidumbre de la gleba de las behetrias medievales». En caso de ser el corretaje cláusula de un contrato sinalagmático, el corredor indemnizará al oferente los perjuicios ocasionados. Salvando la responsabilidad del corredor por su tardanza injustificada en la conclusión del negocio, se admite el desistimiento tácito del corredor en su vínculo. En tema de responsabilidad del corredor sólo será exigible la dolosa o la derivada de falta positiva, pero nunca la culposa derivada de un «no hacer», ya que—normalmente—no se halla comprometido con el resultado.

A diferencia del mandato: la interdicción, quiebra o insolvencia del corredor no implican la extinción del corretaje, aunque sean una justa causa para el desistimiento. El corredor es un medio que, a diferencia del mandatario, no puede obligar a su principal frente a terceros.

La quiebra o concurso o incapacidad del oferente convierte en letra muerta los corretajes que pueda haber convenido.

La muerte del oferente no es causa de extinción del contrato, y los herederos se subrogan en sus derechos y obligaciones. La del corredor tampoco lo extingue si formaba parte de una agencia de corretaje, sin

perjuicio del derecho de desistimiento, y, salvo que el contrato se celebrara por sus cualidades personales, como más frecuentemente ocurre.

La mujer casada corredora, al celebrar su matrimonio, pierde su condición, salvo autorización marital, y la oferente podrá conferir su encargo al corredor, sin necesidad de la venia marital para concluir negocios que tampoco necesitan dicha autorización.

Las acciones dimanantes del corretaje son personales, según la censurable terminología usada por la Ley ritualaria. Se trata aquí de dos cuestiones principales: la derivada de la reclamación que el oferente haga al corredor y cuando sea éste quien reclame contra aquél. La primera cuestión no ofrece más problemas que determinar «el lugar de prestación de tales servicios». En la hipótesis de la acción del corredor contra el oferente, la situación parece ofrecer mayor claridad. La única dificultad posible se soluciona con las bases suministradas por los artículos 65 y 68 de la Ley ritualaria civil.

En materia de prescripción no parece dudosa la aplicación del artículo 1.964 de nuestro Código civil. La doctrina jurisprudencial confirma lo dicho (cfr. sentencia de 28 de febrero de 1957). Admitida esta posición, no es aventurado avanzar otras ideas en el campo doctrinal, con base en el artículo 1.967, y ya se llegó por este camino a resultados análogos a los que preconizamos, en las sentencias de 22 de diciembre de 1945, 8 de febrero de 1949 y 9 de marzo de 1957. Olvidando la sentencia de 31 de enero de 1902, se aplicó el juego de la analogía, permitiendo con ello una interpretación, a nuestro entender, mucho más acertada. La *ratio* esencial es la reclamación de los honorarios; la profesión no pasa de ser un valor puramente accidental. El criterio mantenido se limita exclusivamente a la persona del corredor y a su reclamación contra el oferente por incumplimiento en el pago del premio convenido o de los gastos producidos.

En tema de prueba, el primer problema surgirá de la informalidad en la constitución del corretaje. En los agentes colegiados de la Propiedad Inmobiliaria se impone el uso de un impreso oficial que no es constitutivo, sino *ad probationem*. Pero fuera de estos casos, la prueba para el oferente es difícil. No lo es tanto para el corredor que contará con medios abundantes para acreditar el acuerdo y su gestión, por medio de contactos con terceros que testificarán, por medio de informes dados al oferente, por medio de correspondencia cruzada entre ambos, etc... Si la intervención es fácil de probar, no lo será tanto acreditar «la naturaleza del contrato en base al cual se intenta reclamar», y será delicado separar el corretaje de contratos análogos, como son el mandato, la comisión, el arrendamiento de servicios, etc... Articula un cuadro de los supuestos más frecuentes en la práctica, contemplados desde la posición del oferente-actor y del corredor-actor, y anticipa que, en la mayoría de los casos, la carga de la prueba tendrá signo directo: pesará sobre aquel que intenta dejar constancia del hecho.

Juicio crítico.

El juicio crítico de la obra es: libro claro, corto, práctico y completo. ¿Puede decirse algo mejor?

ELÍAS IZQUIERDO,
Abogado.

SANTOS PASTOR, Angel: *Propietarios, Colonos, Inquilinos*. Volumen I, «Arrendamientos rústicos», 342 págs. Volumen II, «Arrendamientos urbanos», 466 págs. 4.ª edición, reformada y puesta al día. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1966.

Una cuarta edición es, siempre, una garantía: en obras jurídicas, algo muy poco frecuente. Esta, de la obra de don ANGEL SANTOS PASTOR, se justifica por unas virtudes intrínsecas que explican bien el favor con que se acogieron las versiones anteriores, y que auguran lo mismo para la actual.

Acaso lo más característico del presente tratado de arrendamientos rústicos y urbanos es su sencillez. Las cuestiones, incluso complejas, vienen expuestas sin innecesario aparato de erudición, en forma fácilmente aprehensible, dejando ver claro el planteamiento del problema y su solución. Ello no quiere decir que el autor haya prescindido de la doctrina: al contrario, demuestra que la conoce bien, y que ha consultado cuanto se ha escrito de interesante sobre cada tema. Pero en la cita se limita a lo más importante y funcional, encontrando siempre en cada autor los párrafos—clave, que le eximen de añadir detalles o consideraciones superfluos.

El tratamiento de los problemas es acertado, y las opiniones del autor o su adhesión a doctrinas precedentes, bien meditadas. El libro es, así, una guía segura y de confianza para el profesional que lo consulta, y al cual no defraudará, pues, asimismo, es la obra de un profesional competente y concienzudo.

Especial atención ha merecido al autor la jurisprudencia: la obra es completa al respecto, sin fárrago: no falta ninguna de las decisiones fundamentales—que son muchas—del Tribunal Supremo, bien resumidas y con clara visión de la *ratio decidendi*.

El tono es fundamentalmente exegético, abarcando todas las disposiciones vigentes, que se comentan por su orden. Así, por ejemplo, en materia de renta en los arrendamientos urbanos, y su revisión, en donde se estudian los numerosos preceptos del poder legislativo y el ejecutivo, mostrando el aumento que produce cada uno de ellos en los diversos supuestos de antigüedad del arriendo, con cuadros sinópticos cuando es preciso. Digamos lo mismo de las disposiciones sobre duración de los arrendamientos rústicos. Y así en tantos otros extremos.

Al servicio de la claridad son frecuentes los ejemplos, que ilustran gráficamente el parecer del autor y resuelven cualquier dificultad en la interpretación de la norma. Cuando es conveniente se reiteran: múltiples son, entre otros, en el tema de la repercusión de impuestos y cargas en los arrendamientos rústicos, y en particular ilustrando la base para la determinación de la llamada «cuota del beneficio de cultivo». O bien, dentro de los arrendamientos urbanos, en punto a revalorización de rentas.

No faltan en el libro, junto a la exposición de jurisprudencia, doctrina y opiniones personales, consejos de *prudencia iuris* al letrado (por ejemplo, para presentar la demanda de retracto arrendaticio rústico) o informaciones fácticas de fuente inmediata, como sobre la extensión de tierra precisa para que la puesta en renta no represente suma mayor de los cuatro mil kilos de trigo o su equivalencia.

El primer tomo de la obra trata de los arrendamientos rústicos: el autor, aun cuando se refiera en ocasiones a ciertos preceptos del Re-

glamento de 1959, cita siempre los preceptos básicos de las diversas leyes, «pues como tiene declarado el Tribunal Supremo, cualquier modificación de lo dispuesto en éstas sería inaceptable por los Tribunales de Justicia, por ser indispensable respetar el principio del rango legislativo». Sucesivamente va estudiando, en sendos capítulos, el ámbito de la legislación especial arrendaticia rústica, validez de los contratos y capacidad para contratar (primero); la conversión y pago de rentas y repercusión de contribuciones (segundo); el arrendamiento protegido en general (el especialmente protegido lo deja para el último tema), la reclamación de fincas para cultivo personal, y, en particular, los arrendamientos colectivos (tercero); la revisión de renta y los casos de reducción y condonación (cuarto); la duración de los contratos, el régimen de prórrogas y preavisos, y las disposiciones adicionales de la Ley de 1942 (quinto); la transmisión de las fincas arrendadas, la extinción del usufructo y la muerte del arrendatario (sexto); los derechos y obligaciones de arrendador y arrendatario, en sus diversos aspectos, con especial atención a la acción interdictal en favor del colono, la cuestión de las labores preparatorias al cesar el arrendamiento y los daños y perjuicios por permanencia abusiva en las fincas (séptimo); el retracto legal arrendaticio (octavo); las reparaciones y mejoras (novenos); la extinción de los arrendamientos: sus diversas causas; consecuentemente, la rescisión del contrato, y, en definitiva, el desahucio del colono (diez); la aparcería y su conversión en arrendamiento (once); las cuestiones de jurisdicción y procedimiento, recursos y otros aspectos procesales (doce) y, finalmente, los arrendamientos especialmente protegidos con sus prórrogas, el derecho de acceso a la propiedad, la facultad del propietario para enervarlo y otros extremos relativos al tema (trece).

El segundo tomo está dividido en doce capítulos relativos a la disciplina de los arrendamientos urbanos. Se van estudiando en él, por el orden de la Ley de Arrendamientos Urbanos, entre otros temas, el ámbito de la legislación especial, renunciabilidad de beneficios legales, tientes y abuso del Derecho (primero); el subarriendo de vivienda y local de negocio, hospedaje y arrendamiento de viviendas amuebladas (segundo); la cesión de vivienda y el traspaso de local de negocio: casos, requisitos, embargabilidad del derecho, tanteo y retracto, participación en el precio por el arrendador, etc. (tercero); los derechos de tanteo y retracto en favor de los inquilinos y arrendatarios de locales de negocio: sujetos, plazo y procedimiento, restricciones y límites (cuarto); el tiempo de duración de los contratos y la subrogación por causa de muerte en los contratos de inquilinato y de locales de negocio (quinto); las excepciones a la prórroga legal, y dentro de la causa primera, los diversos requisitos, presunciones, orden de prelación, procedimiento, indemnización, etc.; lo mismo en cuanto a la necesidad de ocupación en locales de negocio (sexto); dentro de la segunda (derribo de la finca), sus requisitos, reserva de local, viviendas centenarias, derribo de edificaciones provisionales y demás cuestiones que suscita el texto de la Ley (séptimo); los problemas de las causas: tercera, cuarta y quinta (octavo); la renta, y las diversas disposiciones que autorizan su aumento y revalorización en viviendas y locales de negocio; notificación de incrementos, revisión de renta y caducidad de acciones (este capítulo noveno es el más largo de la obra, y notable por el detenimiento con que se analizan todas las cuestiones); las obras de conservación y mejora y la resolución por obras in consentidas (diez), las causas de resolución y suspensión de los contratos, que va analizando por su orden (once) y los problemas procesales: jurisdicción y competencia, procedimiento, recursos, ejecución de sentencia y costas (doce).

Cada tomo va seguido de útiles formularios, en los que se combina la concisión con la mención—recordatorio indispensable para el profesional—de los requisitos y circunstancias del escrito correspondiente.

El tomo primero, además, termina con treinta y seis breves dictámenes sobre puntos de los más interesantes del arrendamiento rústico, resueltos con agudeza; con apreciación justa del significado y finalidad de la norma y de los intereses en juego, y con sentido muy funcional.

Que no hay hipérbole en cuanto digo lo demuestra—y termino por donde empecé—el número de ediciones de este libro, que ha de seguir siendo de consulta inmediata para cuantos se dedican a la práctica del Derecho.

JOSÉ L. LACRUZ.

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Julio-septiembre de 1967.

La responsabilidad de los herederos por deudas del causante antes de la partición, por Manuel Albaladejo García, págs. 481 a 513.

Es objeto del presente trabajo aclarar si la responsabilidad de los herederos puros, cuando son varios, por las deudas del causante es solidaria o mancomunada. A juicio del autor, las deudas del causante no se dividen *ipso iure*, entre los coherederos en proporción a sus cuotas, sino que de ella, por entero, responde ilimitadamente cualquier coheredero, con los bienes de la herencia y con los suyos propios.

Sanción e indemnización: el recargo de las indemnizaciones por accidentes de trabajo, por Alfredo Montoya Melgar, págs. 515 a 535.

Resumen de las normas que regulan el deber de protección impuesto al empresario al objeto de garantizar la integridad física, psíquica y moral del trabajador; y examen de los presupuestos que dan origen a una agravación de su responsabilidad en este campo.

Las disposiciones testamentarias con causa ilícita, por Bernardo Moreno Quesada, págs. 537 a 564.

Según el autor, no hay obstáculo en nuestro Derecho, para defender

una interpretación del artículo 767, párrafo 2.º, del Código civil, según la cual, la expresión de un motivo ilícito en la institución de heredero o nombramiento de legatario, los dejará sin efecto si del testamento resulta haber sido el solo determinante de la disposición, y que únicamente se tendrá por no puesta cuando pueda demostrarse que no fue ese su valor y que existe otro motivo, lícito, que determinó la voluntad del testador a actuar de la forma en que lo hizo.

La reciente reforma de la adopción en Francia, por Francisco Vega Sala, págs. 565 a 573.

Estimando prematuro un estudio a fondo de la reforma sin poder calibrar todavía sus resultados prácticos, el autor se limita a hacer un examen descriptivo de la nueva Ley, y a señalar sus diferencias con el régimen anterior, así como las innovaciones que a la institución aporta.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 104, abril-junio de 1967.

La unificación del derecho de las obligaciones civiles y mercantiles en Italia, por Mario Rotondi, páginas 301 a 337.

Examen retrospectivo y razonado de los argumentos jurídico-políticos y de técnica legislativa que han determinado la abolición en el Or-

denamiento italiano del Derecho mercantil como conjunto orgánico de normas destinadas a disciplinar obligaciones surgidas en relación con el ejercicio del tráfico, o realizadas por sujetos dedicados profesionalmente a él.

Las prácticas abusivas, por Jesús Agustín Pellicer Valero, págs. 339 a 440.

Número 105-106, julio-diciembre de 1967.

Estudios sobre el contrato de seguro, por Joaquin Garrigues, páginas 13 a 49.

Objeto de este trabajo es el Derecho privado del seguro como contrato mercantil incluido en el Derecho de obligaciones, quedando fuera del mismo, tanto el control estatal de las compañías aseguradoras y los seguros Sociales, es decir, los no privados; como la empresa aseguradora, materia ésta, más propia del Derecho general de Seguros.

La empresa pública como alternativa, por Sebastián Martín Retortillo, págs. 51 a 78.

Examen valorativo de la función y conveniencia de la empresa pública, como fenómeno cada vez más frecuente en el irremediable proceso de socialización que caracteriza el mundo de nuestros días, a la luz de su evolución y realidad actual en nuestro Ordenamiento administrativo.

Algunas nociones preliminares para el estudio del derecho de patentes, por Alberto Bercovitz, páginas 79 a 142.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Número 56, abril-junio de 1967.

Actos dispositivos realizados en contravención del artículo 1.413 del Código civil, por Francisco Escrivá de Romaní, pág. 7 a 41.

Aborda el autor tres cuestiones: la naturaleza jurídica del «consentimiento uxoris»; la posibilidad de convalidar el acto dispositivo mediante un consentimiento prestado *a posteriori*, bien por la mujer, bien por la autoridad judicial; y de momento fundamental, los efectos de la falta de consentimiento, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La mujer casada y la disposición de sus bienes, por Angel Martínez Sarrión, págs. 91 a 207.

A juicio del autor, permaneciendo los bienes parafernales en poder de la mujer, y, por tanto, no habiendo comunicación alguna sobre ellos, no hay tampoco razón para exigir la licencia marital. En apoyo de su argumentación ofrece un completísimo examen doctrinal, legislativo y de Derecho comparado, sobre la materia.

Derecho de superficie no urbanístico de carácter perpetuo. Inscripción en el Registro de la Propiedad, páginas 211 a 218.

Copia del Auto de 3 de marzo de 1967, dictado por el Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona, en trámite de recurso gubernativo, declarando inscribible un derecho de superficie de carácter perpetuo, por entender que, existiendo en nuestro Derecho positivo una clara dualidad de regímenes,

civil y administrativo, en cuanto al tratamiento de esta figura, el límite temporal que establece el artículo 16 del Reglamento Hipotecario es aplicable al segundo, pero no al primero.

Comentarios sobre aspectos fiscales de la sociedad mercantil, por Rafael Gil Mendoza, págs. 219 a 275.

Conjunto de orientaciones y sugerencias destinadas a conseguir un más racional enfoque y solución de los problemas fiscales que plantea la constitución, desenvolvimiento y extinción de las sociedades mercantiles en nuestro Derecho.

La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir, por Francisco Lucas Fernández, páginas 277 a 327.

El fenómeno social cada día más frecuente de la cesión de solar, a cambio de las viviendas o locales que en él se construyan, ponen de manifiesto la actualidad e interés práctico de este trabajo, en el que el autor analiza los rasgos fundamentales de las diversas figuras negociales que el fondo sustancial de la operación antes indicada puede revestir.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Noviembre de 1967.

La evolución del concepto del derecho de voto en las sociedades anónimas, por Antonio Pedrol, páginas 917 a 940.

Examina el autor las características de este derecho a través de las distintas fases que jalonan la

evolución histórica de este tipo de sociedad (aristocrática, democrática, moderna), para poner de manifiesto el profundo cambio que, por su influencia, se ha producido en la estructura y fines del voto.

Lagunas en lo legal del seguro de vida español, por Ernesto Vellvé, páginas 940 a 944.

Diciembre de 1967.

Para una interpretación del artículo 814, 1.º, del Código civil, por Manuel Albaladejo, páginas 1.023 a 1.048.

Son objeto del presente trabajo, las siguientes cuestiones:

a) Alcance que ha de darse a la frase del Código: «anulará la institución de heredero», cuando regula los efectos de la preterición de los herederos forzosos en línea recta.

b) Si la nulidad alcanza a las sustituciones vulgar y fideicomisaria, y al legado de parte alicuota.

c) Si de la nulidad se salva la mejora, aunque haya sido hecha como institución de heredero.

d) Si también anula la institución de heredero la preterición del legitimario hijo adoptivo.

Las conclusiones a que llega el autor son:

1.ª Que el espíritu del artículo 814 no es anular toda la institución de heredero, sino sólo la parte que sea dañosa, salvándose la que no lo sea; es decir, la que habría establecido, aun habiendo instituido al preterido.

2.ª Que la nulidad alcanza a las sustituciones vulgar y fideicomisaria, pero no al legado de parte alicuota.

3.ª Que la nulidad no alcanza a las mejoras, aunque hayan sido hechas a título de herencia.

4.ª Que la preterición del legitimario hijo adoptivo no produce la nulidad.

Los gastos del protesto, por Elías Campo Villegas, págs. 1.048 a 1.068.

Enero de 1968.

Del viejo al nuevo estatuto jurídico francés del matrimonio y de la familia, en torno a la Ley de 13 de julio de 1965, por Angel Martínez Sarrión, págs. 15 a 45.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Octubre a diciembre de 1967.

El problema del suelo y la economía del mercado en Suiza, por Hans Wurgler, págs. 13 a 24.

La organización institucional del planeamiento urbanístico, por Miguel Angel Núñez Ruiz, págs. 25 a 90.

Beneficios tributarios en materia de urbanización, por Alberto de Roviram Olá, págs. 95 a 125.

Examen y comentario de los beneficios tributarios establecidos en la Ley del Suelo, regulados particularmente en cuanto al procedimiento para su efectividad en el Decreto de 30 de junio de 1966 y referencia a las exenciones recogidas en el artículo 193 de la citada Ley. Quedan fuera del tema, otros beneficios fiscales establecidos en materia de urbanización, como son los relativos a las Zonas a promocionar, en virtud del Plan de Desarrollo, y a los Centros de interés turístico.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Número 60, julio-septiembre de 1967.

El desempleo agrario y su dimensión sociológica, por José Cazorla Pérez, págs. 7 a 29.

El autor apunta como soluciones posibles que plantea el desempleo agrario: el aumento de la productividad y la capitalización del campo; la creación de industrias con puestos de trabajo suficientes para ir absorbiendo los excedentes agrarios; y la promoción cultural, con la consiguiente mejora de servicios en los medios rurales.

Las Comunidades de Regantes y la perpetuidad de sus concesiones de aguas, por Sebastián Martín Retortillo, págs. 33 a 43.

El carácter perpetuo de las concesiones para riego, reconocido en la Ley de Aguas, se ha puesto en tela de juicio por el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado, que establece la temporalidad como norma general. Los problemas jurídicos y prácticos a que puede conducir esta fricción, inducen al autor a aconsejar como medida prudente, que se modifique esta última disposición, y se garantice la perpetuidad de los aprovechamientos de aguas públicas, otorgados a las Comunidades de Regantes.

Agricultura a tiempo parcial y minifundios, por Jaime Lamo de Espinosa, págs. 77 a 101.

Estudio teórico-práctico sobre las ventajas e inconvenientes de la aplicación del *part-time* en las explotaciones agrícolas de pequeña dimensión.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 279, diciembre de 1967.

Números 277 y 278, octubre-noviembre de 1967.

Aportación al estudio de los foros, por Cayetano Rodríguez González, págs. 1.008 a 1.012.

La codificación de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones amistosas y a la cooperación entre los Estados: el derecho a la igualdad soberana (conclusión), por Antonio Marín López, págs. 834 a 847.

Notas parciales al artículo 133 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario, por José Menéndez Hernández, págs. 1.013 a 1.021.

F. M. C.

1. $\frac{1}{x^2} = x^{-2}$
 $\frac{d}{dx} x^{-2} = -2x^{-3} = -\frac{2}{x^3}$

2. $\frac{1}{x^3} = x^{-3}$
 $\frac{d}{dx} x^{-3} = -3x^{-4} = -\frac{3}{x^4}$

3. $\frac{1}{x^4} = x^{-4}$
 $\frac{d}{dx} x^{-4} = -4x^{-5} = -\frac{4}{x^5}$

4.