

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLIII * Mayo-Junio 1967 * Núm. 460

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; y

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

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

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Francisco Sánchez de Frutos.

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

Precio : 200 pesetas al año.

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

Depósito legal: M. 968.—1958

Bolaños y Aguilar, S. L. - General Sanjurjo, 20. - Madrid, 1967.

SUMARIO

ESTUDIOS:

Págs.

«Perspectiva actual de la Hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, en relación con la venta a plazos de bienes muebles», por ENRIQUE LALAGUNA	677
«El juego y la apuesta en el Derecho Civil», por LUIS DíEZ PRCAZO	719
«El patrimonio familiar protegido ante el Impuesto General sobre las Sucesiones», por CEFERINO ESPINOSA AFONSO	735

NOTAS:

«Meditaciones en torno a la cancelación», por TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI	779
--	-----

LEGISLACION:

«Crónica legislativa», por FRANCISCO DE COSSÍO	797
---	-----

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

I.—Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO	811
II.—Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI	817
2. Jurisprudencia mercantil, por RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS	901
3. Jurisprudencia Contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	903

LIBROS:**Págs.**

«Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía», de MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO	917
«Estudios sobre la jurisprudencia civil», de LUIS Díez PICAZO, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA	920
«La proprietà forestale», de FRANCESCO MILANI, por EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	927
«El principio de la buena fe», de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, por EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	931
«Dictámenes», de NICOLÁS PÉREZ SERRANO, por V. L. M.	942

REVISTAS:

POR FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	945
-------------------------------------	-----

ESTUDIOS

Perspectiva actual de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en relación con la venta a plazos de bienes muebles

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO DEL VENDEDOR Y LA CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA MOBILIARIA. 1. Planteamiento.—2. El artículo 2 de la Ley de hipoteca mobiliaria. A) Delimitación del supuesto. B) Prohibición de constituir hipoteca sobre bienes cuyo precio de adquisición no hubiese sido íntegramente satisfecho. a) Denegación de acceso al Registro del contrato de garantía. b) Constitución de hipoteca mobiliaria contra la prohibición del artículo 2. c) Posición del vendedor ante la situación registral. C) Impugnación de la hipoteca irregularmente constituida. a) Planteamiento. b) Fundamento de la impugnación. c) Cauce legal para la impugnación. d) Alcance de la acción de impugnación y límites a su ejercicio.—3. El artículo 13 del Reglamento para la aplicación de la LHM. A) Significado del precepto en relación con el artículo 2 de la LHM. B) Eficacia de la inscripción del crédito garantizado con reserva o resolución de dominio.—4. La legislación de venta a plazos de bienes muebles. A) La nueva perspectiva legal. B) Comparación entre la garantía de hipoteca mobiliaria y las garantías contractuales inscritas en el RVP. C) La Legislación de venta a plazos y la constitución de hipoteca mobiliaria por el comprador a favor de un tercero. D) Conclusion

III EL DERECHO DEL VENDEDOR Y LA CONSTITUCIÓN DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO. 1. Interés práctico del tema 2. Utilidad de la prenda sin desplazamiento ante el régimen de protección y garantías de la Legislación de venta a plazos. 3. Constitución de prenda sin desplazamiento sobre bienes cuyo precio de adquisición no haya sido íntegramente satisfecho. A) Ineficacia de la garantía inscrita por defecto de constitución. B) Impugnación de la garantía irregularmente constituida. 4. Conclusión.

I

INTRODUCCION (*)

La Ley de garantías mobiliarias de 16 de diciembre de 1954 y la Ley de venta a plazos de 17 de julio de 1965 afrontan en

(*) Para realizar este estudio se concedió al autor por concurso público de méritos una ayuda a la investigación del Fondo de Igualdad de Oportunidades, de acuerdo con la Orden convocatoria de 12 de diciembre de 1964.

distintos planos y con diverso planteamiento y amplitud un problema común: la necesaria adecuación entre concesión de crédito y garantía en el tráfico jurídico de los bienes muebles.

La Ley de 16 de diciembre de 1954 nace con el designio de organizar un sistema de publicidad de nuevas formas de garantía sobre bienes muebles que permita superar las dificultades jurídicas y económicas que representa la prenda ordinaria en las condiciones de vida de nuestra sociedad industrializada (1). En este sentido señala Cossío que la finalidad perseguida por la Ley de Hipoteca Mobiliaria es «extender a los bienes muebles, en la medida de lo posible, los principios informadores del sistema hipotecario elaborados por la técnica inmobiliaria. Se trata de dotar a los derechos de garantía que tienen por objeto bienes muebles de un instrumento de publicidad más preciso y, al mismo tiempo, más flexible que el hecho posesorio, siempre equivoco y difícilmente adaptable a este tipo de relaciones jurídicas» (2). Si el régimen de publicidad de esta clase de relaciones constituye desde un punto de vista técnico el tema central de la Ley de garantías mobiliarias, no se

(1) La bibliografía sobre el régimen español de garantías mobiliarias es muy amplia. En relación con el tema de este estudio se debe destacar especialmente: Cossío, A., *El sistema registral mobiliario*, en Estudios conmemorativos del Centenario de la Ley del Notariado, sección tercera, vol. II, Madrid 1962, páginas 373-468; Díez RONCAL, A., *Garantías reales sobre maquinaria industrial*, Pamplona 1966; GÓMEZ-ACEBO SANTOS, F., *La hipoteca de propiedad intelectual y propiedad industrial*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», XI, 1961, págs. 179-226; GULLÓN BALLESTEROS, A., *La prelación de créditos en el Código civil*, Barcelona, 1962: *Cuestiones de preferencia en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento*, «Anuario de Derecho civil», 1964, páginas 771-796; LACRUZ BERDEJO, J. L., *La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», XI, 1961, págs. 349-399; SANZ FERNÁNDEZ, A., *La prenda sin desplazamiento*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», II, 1950, páginas 117-193; VALLET DE GOYTISOLO, J., *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento*, «Revista de Derecho privado», 1953, páginas 493-540; *Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», XI, 1961, págs. 45-143; *La Ley de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 17 de junio de 1955 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento*, «Anuario de Derecho civil», 1955, págs. 1227-1260. Estos tres estudios se han publicado con otros del autor en el volumen *Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona 1962; VIOLA SAURET, J., *Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a través de los principios*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», XI, 1961, págs. 403-477.

(2) Cossío, *El sistema*, pág. 284.

debe olvidar que la Ley está dominada en su motivación por consideraciones de índole económica (3).

De modo semejante y en campo temático más amplio, la Ley de 17 de julio de 1965 (4) sienta las bases de un régimen de garantías adecuado a la función crediticia del contrato de compraventa a plazos de bienes muebles. Aquí el legislador no afronta la problemática de las garantías sobre bienes muebles en todas sus implicaciones sistemáticas, sino sólo en el aspecto concreto de las conexiones entre concesión de crédito y garantía, dentro del cuadro de efectos de los contratos de compraventa y préstamo regulados por la Ley. Las cuestiones relativas a la publicidad de las relaciones de garantía no son tratadas en la Ley, pero en ella se anuncia la organización de un Registro de documentos, a fin de que las reservas de dominio y prohibiciones de disponer puedan oponerse a tercero, con lo que se reconoce la eficacia prevalente de las ga-

(3) Así se desprende claramente del siguiente pasaje de la Exposición de Motivos: «La configuración tradicional de los derechos reales de prenda e hipoteca, con sus limitaciones respectivas a bienes muebles e inmuebles, y con su característica de desplazamiento y no desplazamiento de la posesión, es, sin duda, insuficiente para satisfacer todas las necesidades de la garantía real. La doctrina científica puso de relieve los grandes inconvenientes de la privación al deudor de la posesión de la prenda, sobre todo en cosas muebles de gran valor destinadas a fines agrícolas e industriales; el desplazamiento de la posesión es perjudicial para el deudor al privarle de los bienes adecuados; para la economía nacional, al paralizar elementos de trabajo y de producción, y, con ellos, fuentes de riqueza; y aun para el propio acreedor, al disminuir la capacidad económica del deudor y la posibilidad de hacer frente de un modo normal a sus obligaciones. La experiencia demostró que la prenda iba quedando reducida a cosas meramente suntuarias, por ser ineficaz respecto de cosas necesarias para el trabajo del hombre; y cuando la necesidad obligaba a pignorar estas últimas, los funestos resultados prácticos de la garantía hacían patente la necesidad de otra figura jurídica que salvara sus inconvenientes»

(4) Sobre el contenido de la Ley y de los más importantes problemas que plantea, vid. el estudio de BERCOVITZ, R., *Las ventas a plazos de bienes muebles*, «Anuario de Derecho civil», 1966, págs. 117-185. Con posterioridad, se han promulgado las siguientes disposiciones complementarias: Decreto de 12 de mayo de 1966; Orden del Ministerio de Justicia de 8 de julio de 1966, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a plazos de bienes muebles; Orden del Ministerio de Hacienda de 28 de septiembre de 1966, por la que se fijan los desembolsos iniciales mínimos y los tiempos máximos para el pago del precio aplazado en las operaciones de ventas a plazos; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de diciembre de 1966, por la que se aprueban los modelos de impreso de los contratos de venta a plazos (A), de financiación a comprobar (B) y de venta a plazos de bienes muebles con financiación (C).

rantías inscritas frente a la fuerza legitimadora del hecho posesorio (5).

De tal suerte, la legislación de garantías mobiliarias y la legislación de venta a plazos vienen a coincidir en dos aspectos fundamentales. En el orden económico, una y otra se proponen ensanchar el campo de posibilidades de crédito sin paralizar elementos de producción ni limitar la capacidad de trabajo. En el orden jurídico, esta finalidad se trata de conseguir mediante derechos caucionales que no implican inmovilización ni privación temporal al deudor de los bienes afectos a la función de garantía.

La venta a plazos supone una facilidad crediticia para la adquisición de bienes muebles en cuanto permite conjugar estos tres objetivos: a) entrar en la posesión inmediata de una cosa para usarla y disfrutarla como propia, con ciertas limitaciones, cuando el comprador carece de disponibilidades dinerarias para pagar el precio al contado; b) sustituir el pago al contado de la cosa adquirida por una forma de pago fraccionado en periodos de tiempo; c) no desprenderse el adquirente de la posesión de bienes útiles en su economía particular para garantizar el pago de la cosa que adquiere.

Para facilitar la función crediticia de la compraventa a plazos, la Ley de 1965 ha establecido un régimen de garantías de cumplimiento del contrato en favor del acreedor (vendedor o financiador) frente a terceros subadquirentes y acreedores del comprador. Pero entre tales garantías no figuran las reguladas por la Ley de 16 de diciembre de 1954. De modo expreso, la Ley de venta a

(5) Dispone el artículo 23 de la LVP: «Para que sean oponibles a tercero las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer, que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro a que se refiere el párrafo siguiente», el que se limita a disponer que «se llevará por los Registradores mercantiles y se sujetara a las normas que dicte el Ministerio de Justicia». El Registro se organiza y aprueba por Orden de 8 de julio de 1966, en cuyo Preámbulo se afirma: «En el nuevo sistema que se implanta se ha previsto la existencia de Registros Provinciales a cargo de Registradores mercantiles, tal y como exige la Ley, pero se ha creído de suma conveniencia establecer además un Registro o Fichero Central que acumule los datos de todos los Registros Provinciales, para que cualquier comprador de un objeto mueble registrable pueda asegurarse, mediante la consulta de un solo Registro, de que no pesa sobre tal objeto ningún pacto de reserva de dominio o prohibición de disponer que por estar registrado pudiera perjudicarlo, ya que este supuesto es oponible a tercero por imperativo del artículo 23 de la Ley, a pesar de la protección del artículo 464 del Código civil.»

plazos excluye de su campo de aplicación «los préstamos garantizados con hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento», porque, según se explica en la Exposición de Motivos, «son aplicables a muy limitados bienes», y, de otro lado, «están asegurados con una garantía que hace innecesarios otros medios protectores».

Con esta exclusión, tal como se formula en la parte dispositiva (artículo 4.º, 4.º), quedan fuera del marco de la Ley las operaciones económicas de ventas a plazos que se realicen mediante la yuxtaposición de efectos de los contratos de compraventa y de préstamos con garantía mobiliaria, gravando el mismo bien que sea objeto de compraventa u otro diferente.

Por otra parte, al referirse la exclusión del artículo 4.º, número 4.º, a los *préstamos* garantizados con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento y no a los *bienes* que pueden ser objeto de cualesquiera de estos gravámenes (6), y dado que los contratos regulados por la legislación de venta a plazos pueden tener por objeto bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, se debe precisar el valor y alcance de las garantías respectivas de una y otra legislación en situaciones de conflicto entre el vendedor a plazos y los titulares de una garantía real mobiliaria sobre la cosa cuyo precio de venta no hubiere sido íntegramente satisfecho.

Para fijar con precisión los términos en que se pueden plantear estas situaciones de conflicto conviene tratar con separación la problemática de la hipoteca mobiliaria y la de la prenda sin desplazamiento. Conforme a este plan de exposición analizaremos las situaciones de conflicto inherentes a una y otra clase de garantía en un doble plano: en el propio del régimen legal de garantías mobiliarias y en el más amplio que ofrece este mismo régimen en sus conexiones con la legislación de ventas a plazos. Por lo demás, parece oportuno dedicar una mayor atención a las

(6) El legislador ha querido, al parecer, evitar todo punto de fricción entre el Registro de adquisiciones creado por la Ley de venta a plazos y el Registro de garantías mobiliarias. De modo más claro que en el artículo 4, número 4.º, de la Ley, la Ordenanza para el Registro de ventas a plazos de 8 de julio de 1966 establece en la tercera de las Disposiciones adicionales que «las garantías derivadas de la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, reguladas por la Ley de 16 de diciembre de 1954, y excluidas de este Registro, surtirán sus efectos propios».

cuestiones suscitadas en torno a la hipoteca mobiliaria. Por varios motivos: 1) Dentro del marco normativo propio de las garantías mobiliarias, y en relación con la venta a plazos, la prenda sin desplazamiento no presenta las dificultades de interpretación que ofrece la hipoteca mobiliaria; 2) El interés práctico de los problemas de la prenda sin desplazamiento en relación con los contratos regulados por la Ley de venta a plazos es muy limitado, dado que los bienes susceptibles de prenda incorporal quedan en buena parte fuera del ámbito de aquella Ley; 3) La prenda sin desplazamiento adolece en su regulación legal de graves imperfecciones técnicas, por lo que resulta poco atractiva como medio de garantía.

II

EL DERECHO DEL VENDEDOR Y LA CONSTITUCION DE HIPOTECA MOBILIARIA

1. *Planteamiento.*

Ciertos bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria pueden ser objeto del contrato de compraventa a plazos contemplado por la Ley de 1965 (7). Cuando la operación económica de venta a plazos se refiera a alguno de estos bienes, los interesados pueden, por tanto, llevar a cabo su propósito comercial, bien acogiéndose al régimen del contrato de compraventa de la Ley de 1965, con alguna de las cláusulas de garantía oponibles a tercero desde su inscripción en el Registro de venta a plazos, bien al margen de la Ley de 1965, mediante la combinación de los efectos propios del contrato de compraventa y del de garantía. En esta segunda hipótesis el intento comercial se puede plantear: a) Sin establecer una conexión causal en el plano jurídico entre ambos contratos, de modo que cada uno de ellos produzca sus efectos con indepen-

(7) Compárense los artículos 1 y 4 de la Ley de 17 de julio de 1965 y 1 y 2 del Decreto de 12 de mayo de 1966, con los artículos 12 y 53 y concordantes de la Ley de hipoteca mobiliaria.

dencia; la operación económica de venta a plazos quedará fuera del alcance de la Ley de 1965 si se celebra la compraventa al contado y se asegura el pago del precio aplazado mediante un contrato de préstamo con garantía mobiliaria sobre el objeto de la venta; b) Fundiendo en una precisa correlación causal y funcional los efectos de ambos contratos, de modo que la relación de garantía no se constituya por virtud de un contrato formal y causalmente independiente del de venta, sino como una estipulación de éste, para asegurar el pago del precio aplazado (Disposición adicional 3.ª LHM y artículo 105 LH) (8). A este último supuesto se refiere precisamente el artículo 2.º de la LHM (9).

El precepto, en relación con el tema de nuestro estudio, suscita

(8) Desde el punto de vista de la interpretación se debe tener en cuenta que la separación ha de establecerse en términos claros, ya que, en principio, debe admitirse con SCHREIBER que «normalmente las partes tienen un interés digno de tutela en la unidad del negocio» (cfr. JORDANO BAREA, J., *Contratos mixtos y unión de contratos*, «Anuario de Derecho civil», 1951, pág. 332). En el supuesto *sub a*), apuntado en el texto, la dualidad de negocios encarece la operación de venta a plazos principalmente por estos conceptos: 1) el otorgamiento de la escritura pública y la inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro de gravámenes, notablemente superior al otorgamiento del contrato de compraventa a plazos y su inscripción en el Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer (cfr. Arancel de los Registradores para estas operaciones, fijado en los artículos 25 a 27 de la Orden de 8 de julio de 1966, así como la reducción de los derechos del Arancel vigente de los Notarios para los supuestos de legitimación especial de los contratos de venta a plazos extendidos en impreso oficial, establecida en el artículo 28 de la misma Orden); 2) el mayor gravamen fiscal que supone el otorgamiento de los dos contratos en lugar del de compraventa a plazos.

(9) La hipoteca de establecimiento mercantil, salvo pacto en contra, comprende «las máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo», siempre que, entre otros requisitos, «su precio de adquisición esté pagado» (art. 21 LHM), y, por otra parte, puede extenderse por pacto «a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento cuando concurrieran los dos primeros requisitos exigidos en el párrafo último del artículo anterior» (art. 22 LHM), es decir, que «sean propiedad del titular del establecimiento» y que «su precio de adquisición esté pagado». Sobre el alcance de estas disposiciones vid. principalmente GOMEZ-ACEBO, *La hipoteca de establecimiento mercantil*, págs. 138-174; y VALLET, *Estudios*, páginas 569-572; ampliamente, Díez RONCAL, A., *Garantías reales sobre maquinaria industrial*, Pamplona 1966, págs. 274-279. Entiende este autor que, a diferencia del supuesto de constitución de hipoteca en garantía del precio aplazado contemplado por el art. 2 LHM, el cual se refiere a «cosas que sean objeto directo de las garantías mobiliarias que en la Ley se regulan», en el caso de hipoteca de establecimiento mercantil no se podrá extender la garantía a los instrumentos de producción y trabajo del establecimiento si el precio de adquisición de tales bienes no está pagado, lo que justifica la exigencia especial del artículo 21 b), párrafo segundo, LHM (op. cit., pág. 276, nota 289).

no pocas dificultades de interpretación en su conexión sistemática con otras disposiciones de Derecho común y del propio régimen legal de garantías mobiliarias. Este régimen no ha sido formalmente alterado por la Ley de venta a plazos de 1965 y Disposiciones complementarias, pero con la vigencia de esta legislación especial se abre una nueva perspectiva al planteamiento y solución de los problemas suscitados en torno al artículo 2.º de la LHM y preceptos concordantes.

Para determinar el valor y utilidad que en este cambio de perspectiva adquiere la hipoteca mobiliaria constituida en garantía del pago del precio de venta de bienes muebles es oportuno exponer, en primer lugar, el estado de la cuestión dentro de su propio marco legal.

2. *El artículo 2.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.*

A. *Delimitación del supuesto.*

El artículo 2.º de la LHM prescribe que no podrá constituirse hipoteca mobiliaria ni prenda sin desplazamiento sobre bienes «cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho, excepto en el caso de que se constituya la hipoteca o la prenda en garantía del precio aplazado» (10).

Contempla esta norma la posibilidad de constituir hipoteca mobiliaria en relación a dos supuestos de compraventa a plazos de bienes muebles: a) aquel en que la hipoteca se constituye por el comprador en favor del vendedor sobre el objeto de la venta, en

(10) Desde el punto de vista del Derecho civil se justifica esta norma por GÓMEZ-ACEBO (*La hipoteca*, págs. 126-127), en los siguientes términos: «entraña una desviación al sistema general que el dueño no pueda hipotecar la cosa cuyo precio de adquisición no esté íntegramente satisfecho; desviación en cuanto que, a pesar de todo, es dueño de ella. El vendedor tiene sólo un crédito por el precio aplazado. No obstante, la Ley justifica razonablemente la anomalía, que viene impuesta por la práctica de contratación de los bienes aptos para la hipoteca mobiliaria. Y desde el terreno de equidad no cabe duda que aún es mayor la justificación del precepto: el hipotecante no es dueño del valor total de la cosa cuyo precio de adquisición no ha sido íntegramente satisfecho. Parece, pues, contrario a la «equitas» que se le permita una disposición sobre el total valor de dicha cosa. La Ley resuelve la dificultad prohibiendo al propietario que se halle en esta situación hipotecar».

garantías del pago del precio aplazado; b) aquel en que el comprador constituye hipoteca sobre bienes cuyo precio de adquisición no se hubiese satisfecho, en garantía de una obligación contraída con un tercero y no de la contraída con el propio vendedor por el importe del precio aplazado. Este segundo supuesto es objeto de prohibición.

En el primer supuesto la posición del vendedor queda bien protegida con la constitución de la hipoteca en garantía del pago del precio; pero el legislador pensó, con sentido realista, que en la práctica comercial de la compraventa a plazos no se dispensaría fácil acogida a esta garantía real, en cuanto al resultar gravosa para el comprador su constitución vendría a ser un freno más que un estímulo para la actividad comercial. Al lado de esta consideración, que apuntaba el riesgo de inhibición del comprador a plazos, ponderó también el legislador el temor del vendedor de ver perjudicado su crédito por la constitución de una garantía a favor de un tercero sobre la cosa vendida y no pagada. El propósito de evitar que se produjese este resultado llevó a establecer la prohibición del artículo 2.º. Pero el propio legislador era consciente de que al establecer la prohibición no eliminaba enteramente el riesgo. Esto se aprecia a primera vista con la simple lectura de la norma comentada, donde se perfila con claridad la diversa posición en que se encuentran el vendedor que, por la constitución de la hipoteca mobiliaria en garantía del precio aplazado, se convierte en acreedor hipotecario, y el vendedor que al carecer de garantía real se queda en la modesta condición de escriturario.

Con referencia a este segundo supuesto se plantea la cuestión del alcance de la prohibición del artículo 2.º, y en estrecha dependencia con la solución que se dé a este problema, la de la defensa del vendedor frente al tercero a cuyo favor se hubiese constituido por el comprador hipoteca mobiliaria sobre los bienes cuyo precio de adquisición no hubiese sido íntegramente satisfecho.

B. Prohibición de constituir hipoteca sobre bienes cuyo precio de adquisición no hubiese sido íntegramente satisfecho.

La prohibición del artículo 2.º viene a proteger al vendedor a plazos sin garantía real en dos momentos sucesivos: a) Vedando

las inscripciones de hipoteca mobiliaria contrarias a la finalidad que inspira la norma: proteger el crédito del vendedor por el precio aplazado; b) Fundando la posibilidad de impugnar las inscripciones irregulares de hipoteca mobiliaria cuando, hallándose el título de constitución de la hipoteca en contradicción con la norma del artículo 2.º, se pruebe la causa de irregularidad.

a) *Denegación de acceso al Registro del contrato de garantía.*

Para evitar las infracciones del artículo 2.º, Notarios y Registradores deberán velar por la observancia de la norma, inhibiéndose del otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca o denegando su inscripción en el Registro. En este sentido, es de tener en cuenta que la escritura de constitución deberá contener, entre otras circunstancias, el «título de adquisición de los bienes y declaraciones del hipotecante de que no están hipotecados, pignorados ni embargados» (artículo 13, 3.ª, LHM), y bastará que del título de adquisición presentado por el comprador que trate de hipotecar resulte que el precio de los bienes no se halla íntegramente satisfecho para que el Registrador, en su función calificadora de la «legalidad del contenido de los documentos», deniegue la inscripción. En este sentido es clara la disposición del artículo 72, apartado c), de la LHM al decir que «el Registrador se limitará en este punto a examinar si el referido contenido infringe o no de una manera clara, directa y concreta, alguna disposición legal de carácter imperativo», como lo es el artículo 2.º de la propia Ley. La doctrina conviene en que «no hay duda que los Registradores deberán denegar la inscripción siempre que en el título de constitución resulte que el precio del objeto gravado no estaba totalmente pagado por el hipotecante» (11).

b) *Constitución de hipoteca mobiliaria contra la prohibición del artículo 2.º.*

Cuando del título de adquisición de los bienes que se trata de hipotecar no se desprenda con claridad que el precio está pen-

(11) VALLET, *Estudios*, pág. 594. También, Cossío, *El sistema*, pág. 459.

diente de pago se podrá constituir la hipoteca. La inscripción, aunque no convalide el acto nulo (artículo 3.º, párrafo 5.º, LHM), producirá todos sus efectos mientras no se cancele o se declare su nulidad (artículos 3.º, párrafo último, y 77 de LHM, en relación con el 40 del RHM). En tal caso, frente al acreedor hipotecario, queda debilitada la posición del vendedor al que no se haya satisfecho el precio de adquisición de los bienes.

c) Posición del vendedor ante la hipoteca irregularmente constituida.

Constituida irregularmente la hipoteca, el vendedor puede optar entre dos soluciones:

Primera. Aceptar la situación registral, pagando al acreedor hipotecario y subrogándose en su lugar, conforme al artículo 1.210, número 3.º, del Código civil, asegurándose así prácticamente la efectividad del crédito privilegiado por el precio de venta de la cosa (artículo 1.922, 1.º, del Código civil) al convertirse el vendedor en titular de la hipoteca, sin que esto signifique que la garantía real en que se subroga el vendedor al pagar al acreedor hipotecario se extienda, mejorando el derecho personal del vendedor, al crédito por el precio de venta de la cosa hipotecada. La preferencia y prelación de que goza el crédito garantizado con hipoteca mobiliaria (artículo 10 LHM y artículo 1.922, número 2.º, del Código civil), que en liza con el crédito del vendedor por el precio de venta relegaría a segundo plano el privilegio del número 1.º del artículo 1.922 del Código civil, deja de ser problema al concurrir en la misma persona el crédito personal por el precio de venta de los bienes (artículo 1.922, 1.º, del Código civil) y el crédito hipotecario (artículo 10 LHM, artículos 1.922, número 2.º, y 1.926, número 1.º, del Código civil) (12).

(12) Esta solución me parece la más práctica, clara y correcta. La cuestión no es sencilla, y en relación con ella se pueden suscitar una serie de dudas. Conviene advertir: 1) que en el texto se habla de subrogación legal, supuesto distinto del de cesión del crédito garantizado con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento (art. 8 LHM); 2) que, aun no produciéndose la subrogación legal, en el caso de ejecución de la hipoteca mobiliaria debe admitirse la subsistencia del derecho del vendedor, anterior al crédito del ejecutante, conforme al art. 133, párr. 2.º, en relación con la regla 8ª del art 131 de la LH (Disp. ad. 3.ª LHM); 3) que el pago del vendedor al acreedor hipotecario, con

Segunda. El vendedor sin garantía real puede orientar la defensa de su derecho frente al acreedor hipotecario impugnando la inscripción. Conviene precisar las posibilidades y los límites de esta defensa. La inscripción protege al acreedor hipotecario y, conforme al artículo 3.º LHM, produce todos sus efectos mientras no se cancele o se declare su nulidad (13).

C. *Impugnación de la hipoteca irregularmente constituida.*

a) *Planteamiento.*

Al plantear el problema de la impugnación de la hipoteca conviene deslindar tres aspectos: fundamento para impugnar la garantía, cauce legal adecuado para la impugnación y alcance de la ineficacia.

b) *Fundamento de la impugnación.*

El fundamento de la impugnación se halla en la prohibición legal del artículo 2.º LHM (14). Sin embargo, debe estimarse improcedente la declaración de nulidad de la garantía cuando el acreedor hipotecario haya procedido de buena fe.

La prohibición del artículo 2.º LHM impone como deber legal al acreedor hipotecario investigar si el precio de la cosa ofrecida en garantía se halla íntegramente satisfecho, exigiendo los comprobantes del pago y procurando asegurarse de su autenticidad, lo que en la hipoteca mobiliaria, dada la naturaleza de los bienes,

la consiguiente subrogación legal, facilita la efectividad del privilegio por el precio de venta, sin plantearse cuestión respecto a la eficacia de la declaración del vendedor frente a la prohibición del art. 2 LHM, a pesar de que esta norma contiene una prohibición objetiva, pues no se trata de renunciar a un privilegio contra un precepto dictado en interés del vendedor para constituir un gravamen, sino de aceptar una situación registral que en principio despliega su eficacia y está bajo la protección de los Tribunales, según norma del artículo 3 LHM (cfr. Cossío, *El sistema*, pág. 461); 4) que la preferencia del crédito del vendedor frente al garantizado con hipoteca, antes de ejecutarse la hipoteca o en fase de ejecución, es problemática, aun cuando existan argumentos para defenderla (cfr. Cossío, *El sistema*, pág. 458-460; GULLÓN, *Cuestiones*, páginas 793-794).

(13) Es fundamental tener en cuenta en este punto las observaciones que formula Cossío, *El sistema*, págs. 458-461.

(14) Cfr. Cossío, *El sistema*, pág. 459.

será un hecho normalmente verificable (15). Observada esta prudente diligencia, puede considerarse guardada la buena fe del acreedor hipotecario. Por lo demás, este comportamiento diligente no parece que se deba exigir como medida de la buena fe cuando el título de adquisición de los bienes no contenga referencia alguna al aplazamiento del pago del precio ni cláusulas de las que se pueda inferir la sospecha de que el precio no se hallaba íntegramente satisfecho (16).

El proceder doloso del comprador al constituir el gravamen declarando satisfecho el precio de adquisición no explica por sí solo la ineficacia de la garantía con perjuicio para el acreedor hipotecario de buena fe (17). Esta circunstancia, al lado de otras consideraciones animadas por el propósito de proteger el crédito del vendedor a plazos, también se tuvo en cuenta por el legislador en la Exposición de Motivos de la LHM al justificar la prohibición del artículo 2.º, diciendo que «dar preferencia al crédito por el precio aplazado sobre la hipoteca o la prenda hubiera sido contrario a la naturaleza de uno y otro derecho» (18).

(15) Hace notar VALLET, *Estudios*, pág. 594, que la comprobación del pago total del precio será fácil tratándose de bienes objeto de hipoteca mobiliaria. Así, la adquisición de automóviles o maquinaria industrial, generalmente contruidos o importados por entidades conocidas a las que se pueden pedir los oportunos justificantes.

(16) Si la buena fe del acreedor hipotecario se hiciera depender únicamente de su diligencia en informarse acerca de la efectividad del pago, sin tener en cuenta el posible proceder negligente del vendedor al otorgar el contrato de compraventa sin una referencia clara al aplazamiento del precio, equivaldría a otorgar en todo caso preferencia al crédito del vendedor, contra la naturaleza real de la garantía inscrita y el designio del legislador expuesto en la Exposición de Motivos.

(17) Hace notar Cossío que la inscripción practicada en el Registro Mobiliario, a diferencia de lo que ocurre cuando de bienes inmuebles se trata—en que, como es sabido, se impone para lograr tal consecuencia la inscripción correspondiente (art. 11 LH.)—, «no garantiza en modo alguno la titularidad dominical sobre la cosa», por lo que el derecho del acreedor hipotecario o pignoraticio queda afectado por todas las causas de nulidad o de resolución que puedan afectar al de su constituyente y que, por tanto, si el vendedor opta por pedir la resolución de la compraventa, ante la falta de pago del precio, tal resolución traerá consigo necesariamente la de la hipoteca o la prenda constituida por el comprador (*El sistema*, pág. 458). Sin embargo, el derecho de resolución halla un límite en la buena fe de los terceros adquirentes, incluyéndose aquí tanto al tercero civil como al tercero hipotecario (art. 1.124, C. c., párrafo último, que deja a salvo los «derechos de terceros adquirentes conforme a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley hipotecaria»). Ténganse en cuenta las observaciones que conforme a esta salvedad formula Cossío más adelante.

(18) El pasaje aludido en que se justifica la prohibición del artículo 2, dice

c) *Cauce legal para la impugnación.*

Se ha planteado en la doctrina la cuestión del alcance de las infracciones del artículo 2.º LHM con precisa relación al tema de la hipoteca irregularmente constituida. En este sentido se pregunta VALLET si se trata de un caso de inexistencia, de nulidad absoluta o de anulabilidad, y estima que «la *ratio* del precepto (expuesta por la Exposición de Motivos) justifica que se trata de un supuesto de anulabilidad, por tanto, sanable pagando el precio aplazado. También indica que únicamente el acreedor del precio aplazado estará legitimado para solicitarla» (19).

El cauce legal adecuado para impugnar la inscripción parece ser el de la acción revocatoria del acto creador del título inscrito (20). No cabe, en mi opinión, aplicar al supuesto de hecho de la norma comentada la calificación de anulabilidad ni la de nulidad radical.

En los supuestos de anulabilidad, la acción sólo pueden ejercitarla los «obligados principal o subsidiariamente» en virtud de un contrato, y el vendedor no es parte en el celebrado para crear el derecho de garantía. Aunque el Tribunal Supremo admite que también pueden ejercitarla los terceros a quienes perjudique la obligación, como medio legítimo para obtener la reparación de su derecho (21), siempre sería obstáculo para el ejercicio de la acción por el vendedor la dificultad de encuadrar el supuesto de la pro-

así: «Exigencia especial para que los bienes puedan ser objeto de hipoteca o de prenda sin desplazamiento es la de que el precio de adquisición, en su caso, esté totalmente pagado, a menos que la hipoteca o la prenda se constituyan precisamente en garantía del precio aplazado. Se funda este requisito en la consideración de que las ventas a plazos, tan frecuentes en circunstancias normales, se verían entorpecidas, en perjuicio del comercio, si el vendedor tuviese el fundado temor de ver perjudicado su crédito por la constitución de una garantía sobre los bienes vendidos. Dar preferencia al crédito por precio aplazado sobre la hipoteca o la prenda hubiera sido contrario a la naturaleza de uno y otro derecho. Exigir al vendedor, para estar debidamente garantizado, que acudiera siempre a la hipoteca o a la prenda, sería muy gravoso para el comprador y chocaría con la práctica usual en esta clase de ventas. De este modo, además, se eliminan los problemas que suscitarían los variados pactos que suelen acompañar a estas ventas aplazadas, especialmente la condición resolutoria y la reserva de dominio.»

(19) VALLET, *Estudios*, págs. 594-595.

(20) Sobre la diferencia entre título inscribible y constitución registral de la garantía, vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento*, cit. págs. 374-380.

(21) Cfr., especialmente sentencia de 11 de abril de 1953.

hibición del artículo 2.º de la LHM entre los hechos causativos de anulabilidad: vicios del consentimiento e incapacidad de uno de los contratantes (artículos 1.300-1.302 del Código civil); a menos que la prohibición del artículo 2.º se considerase como incapacidad, lo que no parece correcto (22). A rechazar la consideración del supuesto del precepto comentado como causa de anulabilidad lleva también la ponderación de las consecuencias de la declaración de nulidad y la doctrina de la confirmación (artículos 1.303-1.314 del Código civil).

Si por hipótesis se estimase que el supuesto prohibido es un caso de anulabilidad, la conclusión favorable al vendedor de que sea «sanable pagando el precio aplazado» no dependería del propio vendedor, sino del acreedor hipotecario. En efecto, si se entiende que el contrato de garantía es anulable (por alguno de los vicios a que se refiere el artículo 1.300 del Código civil), la impugnación o la confirmación sólo podrían realizarla los «obligados principal o subsidiariamente» en virtud del contrato (artículo 1.302 del Código civil), únicos legitimados activamente para ejercitar la acción de nulidad, pero no un tercero que no intervino en el contrato de garantía. Y tercero es el vendedor. Además, la posibilidad de confirmación en este caso supondría, en principio, la validez del contrato, y sobre esta base resultaría vana la pretensión del vendedor de impugnar el contrato.

Si, pues, el supuesto de ineficacia que examinamos no encaja en la categoría de los negocios anulables, cabe preguntarse si se trata de un caso de nulidad radical. A este respecto es de tener en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo de que los artículos 1.300, 1.302 y 1.304 del Código civil son inaplicables cuando se trata de un supuesto de «nulidad de un contrato celebrado en contra de lo dispuesto en la Ley» (23), como lo es el del artículo 2.º LHM. Ahora bien, si el fundamento de la declaración de ineficacia es en verdad una prohibición legal, no es menos cierto que el alcance de esta prohibición no ha sido específicamente determinado por la Ley. La aplicación del artículo 4.º del Código civil en relación con

(22) En general, se considera como una prohibición objetiva, GÓMEZ-ACEBO, *La hipoteca*, págs. 127-128; VALLET, *Estudios*, pág. 623; Cossío *El sistema*, página 461.

(23) Cfr. sentencia de 18 de octubre de 1960.

la prohibición del artículo 2.º LHM conduciría al grado más fuerte de ineficacia—radical, absoluta e irreparable—(24), y ésta no es ciertamente la motivación de la norma comentada, según se desprende del propósito del legislador expuesto en la Exposición de Motivos.

En mi opinión, el contrato de garantía es impugnabile por la vía de la acción revocatoria.

Entre el supuesto de anulabilidad y el de revocación hay un punto de afinidad: el contrato se tiene por válido mientras no se declare su ineficacia; pero media una importante diferencia práctica: la impugnación del contrato anulable no se puede detener sino por voluntad de quien está legitimado para el ejercicio de la acción, en tanto que la del contrato revocable se puede paralizar por el obligado o por un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación, pagando al demandante (vendedor) el precio de la cosa y los daños y perjuicios sufridos (25).

Se dan en el caso examinado los presupuestos y requisitos que, según DE CASTRO, son necesarios para que proceda la acción revocatoria (26). Son presupuestos: la existencia de un crédito exigible a favor del impugnante y el acto de disposición del comprador en interés de un tercero (constitución de la garantía). Son requisitos: el *eventus damni* (perjuicio para el crédito del vendedor) y el *consilium fraudis* (proceder negligente del acreedor hipotecario al

(24) Sobre las condiciones de aplicación del artículo 4 del C. c. cfr. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 3.ª ed., Madrid 1955, págs. 597-601, y las observaciones críticas que expongo en comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1962, «Anuario de Derecho civil», 1963, pág. 549.

(25) El hecho de que el obligado a la reparación del perjuicio pueda paralizar la acción se suele fundar por la doctrina en la naturaleza subsidiaria de las acciones rescisorias, entre las que se encuadra la revocatoria. Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, III, I, 9.ª ed., Madrid 1958, página 225.

(26) DE CASTRO Y BRAVO, F., *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, «Revista de Derecho privado», 1931, págs. 209-216. La sentencia de 28 de enero de 1966, al enumerar los requisitos necesarios para que prospere la acción pauliana recoge la doctrina expuesta por DE CASTRO, añadiendo la exigencia mantenida constantemente por el Tribunal Supremo, de que el acto que se trata de impugnar ha de ser fraudulento, frente a la opinión sostenida por DE CASTRO de la posible revocación de actos no fraudulentos. Es de notar que en la citada sentencia, así como en la más reciente de 9 de noviembre de 1966, no se menciona entre los requisitos de la acción pauliana la intención o ánimo de perjudicar, enlazándose la noción de fraude al hecho objetivo del perjuicio para el acreedor.

constituir la garantía sin asegurarse de que el precio de los bienes hipotecados estaba satisfecho (27).

El vendedor podrá, pues, impugnar la inscripción de hipoteca revocando, en base al artículo 1.111 del Código civil, el acto creador de la garantía. Es oportuno recordar a este respecto que, conforme al artículo 37, 4.º, LH, procede ejercitar contra tercero que haya inscrito el título de su derecho las acciones rescisorias en fraude de acreedores, cuando el tercero que haya adquirido su derecho por título oneroso hubiese sido cómplice en el fraude. En la misma norma—apartado b)—se precisa que «el simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará por sí solo complicidad en el fraude». Tratándose de hipoteca mobiliaria, el artículo 2.º LHM induce a sostener como principio de interpretación la regla contraria; es lógico en este caso que el acreedor hipotecario pueda ser perjudicado en su derecho por la ineficacia del contrato de garantía; la prohibición legal contiene una advertencia del posible perjuicio, y en ella se funda el deber final (para evitar el perjuicio) de asegurarse con la diligencia necesaria de que el precio de adquisición de los bienes se hallaba íntegramente satisfecho. Si observada esta prudente diligencia, como medida de la buena fe, el acreedor hipotecario ha sido víctima de dolo, no parece razonable que sea perjudicado. Se trata, como es obvio, de una cuestión de hecho, sometida a la apreciación del Tribunal; pero al ponderar la posibilidad de un *consilium fraudis* fundada en la negligencia de un deber de conocimiento del acreedor hipotecario, no se debe olvidar otro aspecto importante de la cuestión. Concretamente, que sobre el vendedor a plazos pesa también un deber de conocimiento acerca de la solvencia del comprador y que la venta a plazos implica siempre el riesgo que contempla y trata de evitar el artículo 2.º LHM, riesgo al que por convenien-

(27) Indica DE CASTRO que en nuestro Derecho cabe la revocación de actos no fraudulentos, bien porque en la Ley se habla de fraude sin haberlo, bien porque no se menciona para nada el fraude como requisito para la revocación (*La acción pauliana*, págs. 215 y 219). Comparto este punto de vista. En el texto, para el caso que nos ocupa, se habla de *consilium fraudis* en sentido lato, en cuanto la idea de fraude se asocia a la negligencia de un deber de conocimiento y no estrictamente a la intención de causar un perjuicio. El mismo DE CASTRO se refiere a la existencia en nuestra tradición jurídica de una serie de manifestaciones de objetivación del fraude, uniéndole al perjuicio, al *eventus damni*, sin atender al *consilium fraudendi* (loc. cit., pág. 218).

cias económicas se someten de buen grado habitualmente los comerciantes que venden a plazos.

d) *Alcance de la acción de impugnación y límites a su ejercicio.*

La naturaleza y finalidad de la acción revocatoria permite al acreedor hipotecario la posibilidad de paralizar la impugnación ofreciendo el pago del precio aplazado. La prohibición del artículo 2.º LHM impone al titular de la garantía una especial diligencia para dejar a salvo su derecho del posible perjuicio derivado de la acción revocatoria. Con esto queda dicho que el alcance de la prohibición no es absoluto y que la impugnación de la garantía real por el vendedor hallará siempre un límite infranqueable en la buena fe del titular de la hipoteca.

Respecto a la trascendencia registral de la revocación del contrato de garantía, se debe tener en cuenta el acceso al Registro de gravámenes de los mandamientos judiciales a que diere lugar la presentación de la «demanda de nulidad del título inscrito» (artículo 68, apartado d), LHM) (28), así como de «las resoluciones judiciales firmes que declaren la nulidad, rescisión, revocación, resolución o cancelación de las hipotecas o prendas inscritas» (artículo 68, apartado e), LHM).

Queda por señalar, en relación con el alcance de la impugnación, los límites al ejercicio de la acción revocatoria. Entre estos límites se deben destacar aquí los derivados del principio de fe pública registral, de la caducidad de la acción revocatoria y del ejercicio de la acción hipotecaria por el titular de la garantía.

El principio de fe pública registral protege al cesionario del crédito con hipoteca inmobiliaria en los mismos términos y condiciones en que se protege al tercer adquirente de un derecho real inmobiliario por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El artículo 8.º LHM dispone que «el crédito con hipoteca mobiliaria o con prenda sin desplazamiento podrá enajenarse en todo o en parte

(28) El artículo 35 del Reglamento permite solicitar la anotación preventiva de la demanda de «nulidad, rescisión, renovación o resolución de créditos hipotecarios o pignoraticios inscritos». En el supuesto a que nos referimos la impugnación afectaría en general a la validez y eficacia del derecho real de hipoteca, pero no necesariamente al crédito garantizado. Cfr. Cossío, *El sistema*, pág. 467.

por escritura, en todo caso, con los requisitos de los artículos 149 y 151 de la Ley Hipotecaria». El cesionario del crédito con garantía mobiliaria que lo hubiese adquirido de buena fe y a título oneroso de su titular registral gozará, una vez que inscriba su derecho, del beneficio de la fe pública registral en el sentido, según precisa Cossío, de que «no podrá afectarle la anulación o resolución del título de su cedente por causas que no consten en el Registro» (29). La protección no se extiende al titular originario de la garantía.

También supone un límite para la impugnación el plazo de caducidad de la acción revocatoria. Al no tener señalado la acción un plazo de ejercicio en la LHM, la Disposición adicional 3.^a de esta Ley lleva a considerar aplicable el plazo previsto para la misma acción en la Ley Hipotecaria, donde se dispone que «no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiese entablado dentro del plazo de cuatro años, contados desde el día de la enajenación fraudulenta». Se debe entender que la «enajenación fraudulenta» existe en el plano registral desde la constitución de la hipoteca por virtud de la inscripción, no desde la perfección del acto creador de la garantía. En cuanto a quién deba considerarse tercero, es claro que el precepto se refiere precisamente al titular originario del derecho de garantía cuando hubiese adquirido por título gratuito o cuando, habiendo adquirido por título oneroso, hubiese sido cómplice en el fraude, quedando a salvo el derecho del tercero adquirido en las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Este tercero queda fuera del alcance de la impugnación no porque haya prescrito la acción revocatoria, sino por la protección del principio de fe pública registral (30).

Cabe, por último, preguntarse, en relación con la protección del crédito por el precio de venta frente al crédito garantizado con

(29) Cossío, *El sistema*, págs. 447-450, 466-468.

(30) En la Ley hipotecaria de 1909 el plazo de eficacia de la acción era de un año, en contraste con el plazo de cuatro años señalado por el Código civil (art. 1298). Esta duplicidad de plazos llevó a la jurisprudencia a excluir del concepto de tercero, a efectos del plazo de ejercicio de las acciones de impugnación de los derechos inscritos, a los adquirentes a título gratuito, a los cómplices en el fraude y a sus respectivos herederos. Así se interpretó que el plazo de caducidad de un año favorecía sólo a los terceros en sentido civil, es decir, a los que no habían sido parte en el acto impugnado, rigiendo para los demás el plazo de cuatro años señalado por la Ley civil. Cfr. DE CASTRO, *La acción pauliana*, cit., págs. 227-228.

hipoteca mobiliaria, si queda el derecho del vendedor limitado en algún sentido al ejercitarse la acción hipotecaria por el titular de la garantía. Dado que el ejercicio de la acción hipotecaria comporta la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor (artículo 84, regla 10, LHM), es evidente que el vendedor no podrá hacer valer su privilegio frente al rematante o al adjudicatario de los bienes vendidos que fueron objeto de la garantía. Sin embargo, el remate o la adjudicación de bienes, una vez firme la ejecución del procedimiento judicial sumario del artículo 85 LHM, no afecta a la pervivencia de la acción pauliana en el ámbito del Derecho civil, siempre que no haya prescrito el plazo de ejercicio de la acción (artículo 1.299 del Código civil). Cossío entiende que «hecho efectivo el crédito asegurado mediante la adjudicación o el remate de los bienes, sin que el acreedor preferente haya hecho uso de sus derechos de impugnación, no parece que pueda ya proceder contra el acreedor o contra los adjudicatarios de los bienes para conseguir el pago del precio o la restitución de la cosa». Estimo que esta solución es correcta si la defensa del vendedor se intenta fundar, como apunta Cossío, bien en la acción resolutoria, que por su carácter personal únicamente puede ejercitarse con eficacia frente al comprador, bien en el carácter privilegiado del crédito del vendedor, cuya preferencia frente al del acreedor hipotecario «únicamente podía alegarse en el momento oportuno, que en este caso hubiera sido el previo al remate y adjudicación de los bienes» (31). Al no poder orientarse la defensa del vendedor por la vía de la resolución del contrato, y perdida la oportunidad de hacer valer su privilegio frente al acreedor hipotecario, se perfila con trazos muy claros la oportunidad de ejercicio de la acción revocatoria al aparecer definido inequívocamente el requisito de inexistencia de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (artículo 1.294 del Código civil) (32). La

(31) Cossío, *El sistema*, pág. 460.

(32) En nuestra doctrina y jurisprudencia se atribuye a la acción revocatoria un carácter subsidiario. Vid. sentencias de 28 de enero y 9 de noviembre de 1966. En la doctrina, por todos, CASTÁN, op. cit., III, 9.ª ed., Madrid 1958, página 218. Pero lo cierto es que nuestro Código no atribuye este carácter a la acción revocatoria (art. 1.111), sino a la acción de rescisión (art. 1.294). La *communis opinio* en este punto se ha formado por una aplicación generalizada del régimen de los artículos 1.290-1.299 del Código civil a la acción pauliana, al que-

acción se podrá dirigir conjuntamente contra el deudor y el tercer adquirente (33). Si, como consecuencia de la ejecución de la hipoteca, las cosas han sido adquiridas en subasta por un tercero que no fue parte en el contrato de garantía, protegido por el artículo 1.295 del Código civil, los demandados deberán indemnizar al actor de los daños y perjuicios derivados del acto fraudulento, conforme al artículo 1.298 del Código civil (34).

dar ésta encuadrada sistemáticamente entre las acciones de tipo rescisorio. Con este planteamiento se consigue marcar una diferencia tajante entre la acción pauliana y la acción de nulidad, pero a la vez se exagera la afinidad entre la acción pauliana y la de rescisión, hasta confundirse prácticamente. La diferencia entre estas dos acciones es clara en el proyecto de 1851, donde se regulan dentro de la misma Sección, pero en distintos apartados: el carácter subsidiario se afirma de la rescisión procedente por beneficio de restitución en favor de las personas sometidas a tutela y curatela (art. 1.170 del Proyecto), pero no de la rescisión por fraude en perjuicio de acreedores (artículos 1.176-1.182 del Proyecto), materia que se identifica con la propia «de la acción que los Romanos llamaron *Pauliana*» (Cfr. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, III, comentario al artículo 1.176, pág. 188). El carácter subsidiario atribuido a la acción rescisoria en el artículo 1.294 del Código civil se puede extender a acción revocatoria, pero teniendo en cuenta que la finalidad primaria de esta acción no es «destruir la eficacia del acto impugnado», sino «procurar la reparación del daño causado al acreedor por el fraude del deudor» (DE CASTRO, *La acción pauliana*, pág. 203), y por ello me parece especialmente interesante destacar aquí la doctrina de la sentencia de 25 de junio de 1907 al afirmar que «del carácter excepcional y subsidiario que tiene la acción pauliana se desprende que sus efectos no pueden llevarse más allá del perjuicio causado a los acreedores por el acto fraudulento», por lo que se comprende, según la misma sentencia, la facultad del adquirente para «paralizarla pagando el precio al demandante, así como los daños y perjuicios sufridos».

(33) Cfr. DE CASTRO, *La acción pauliana*, pág. 223. El Tribunal Supremo admite que la acción se pueda dirigir contra los terceros al mismo tiempo que contra el deudor. La sentencia de 22 de febrero de 1898 declara que ha de dirigirse en primer término contra el deudor o sus causahabientes. En otro sentido, la de 28 de febrero de 1905 justifica la necesidad de dirigirla simultáneamente contra el deudor y el tercer adquirente, porque si se ejercitase únicamente contra el primero no se podría proceder contra el segundo al no haber sido parte en el juicio.

(34) Sentencias de 25 de junio de 1907 y 14 de febrero de 1963. Al referirse a los actos susceptibles de revocación, el Código habla de «enajenación» y «contrato», pero estas expresiones se han de entender en un sentido amplio, «abarcando toda clase de actos (aunque no sean contratos) de disposición patrimonial» (CASTÁN, op. cit. III, 9ª ed., Madrid 1958, pág. 221).

3. *El artículo 13 del Reglamento para la aplicación de la LHM.*

A. *Significado del precepto en relación con el artículo 2.º de la LHM.*

Hasta aquí nos hemos limitado a exponer el significado y alcance de la prohibición del artículo 2.º LHM.

La doctrina se plantea la relación en que se halla la prohibición examinada con el con razón calificado «extraño párrafo 1.º del artículo 13 del RHM» (35). Por virtud de esta disposición se permite inscribir o anotar en los libros del Registro los títulos «de adquisición de bienes muebles susceptibles de hipoteca cuyo precio se hubiere aplazado y garantizado con pacto de reserva o de resolución de dominio, siempre que consten en escritura pública» (36).

A mi juicio, esta norma no altera la virtualidad de la prohibición del artículo 2.º de la Ley en el sentido de imponer una especial exigencia al vendedor para hacer efectiva la preferencia de su derecho frente al acreedor hipotecario: aunque el derecho del vendedor por el precio aplazado no conste en el Registro en la forma prevenida por el artículo 13 del Reglamento, podrá impugnar la garantía del acreedor hipotecario en base a la prohibición del artículo 2.º de la Ley, en las condiciones indicadas (37). ¿Qué finalidad cumple, entonces, el artículo 13, párrafo 1.º, del Reglamento de la LHM?

La inscripción o anotación registral del crédito por razón del precio aplazado viene a facilitar, a mi entender, el designio que se propuso el legislador con la prohibición del artículo 2.º al situar la preferencia del derecho del vendedor—garantizado con pacto de reserva o resolución de dominio—en el mismo plano real de la hipoteca mobiliaria. El asiento relativo al título de adquisición de bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria, cuyo precio no se hallare íntegramente satisfecho, dota de trascendencia real al crédito del vendedor, confiriéndole una especial eficacia que normalmente

(35) GULLÓN, *Cuestiones de preferencia*, pág. 795.

(36) Sobre el alcance y significado de esta norma en el Anteproyecto LHM vid. VALLET, *Estudios*, págs. 624-625.

(37) En este punto convienen VALLET, *Estudios*, pág. 624. y GULLÓN, *Cuestiones*, pág. 796.

impedirá la constitución de hipoteca mobiliaria por el comprador a favor de un tercero; caso de que ésta llegase a constituirse, la inscripción o anotación del derecho del vendedor permitirá impugnar la garantía real sobre la base objetiva de la situación registral, prevaleciendo en todo caso el derecho del vendedor frente al del acreedor hipotecario. En este punto la impugnación de la hipoteca por el vendedor o la oportuna alegación de la reserva de dominio en fase de ejecución de la hipoteca no podrá ser enervada por la excepción buena fe, cuya relevancia no se podría excluir, en cambio—como quedó expuesto—, en el caso de que el crédito por el precio aplazado no figure inscrito o anotado.

En suma, la inscripción del crédito por el precio aplazado, en las condiciones que determina el artículo 13, párrafo 1.º, del Reglamento, dota de una especial eficacia en el plano real al derecho del vendedor en liza con el del acreedor hipotecario. La posibilidad de acceso al Registro que permite el artículo 13 del Reglamento al crédito por el precio aplazado se ha de interpretar, de acuerdo con el artículo 2.º LHM, en el sentido de facilitar la finalidad de este precepto, no en el de neutralizar o restar vigor a la prohibición de constituir hipoteca mobiliaria sobre los bienes vendidos y no pagados. De tal suerte, el artículo 13 del Reglamento permite reforzar la posición del vendedor frente a la del acreedor hipotecario cuando consta inscrito el crédito por el precio aplazado; queda así entendido que el párrafo 1.º del artículo 13 del Reglamento no es susceptible de interpretación *a contrario*, de modo que la falta de inscripción del crédito por el precio aplazado pudiera ser alegada por el acreedor hipotecario en su favor para fundar exclusivamente sobre la situación registral—que, en principio, le protege—la defensa de su derecho real de garantía frente a la impugnación intentada por el vendedor en base a la norma del artículo 2.º de la LHM.

B. *Eficacia de la inscripción del crédito garantizado con reserva o resolución de dominio.*

La especial eficacia del artículo 13, párrafo 1.º, del Reglamento, operante siempre en sentido favorable al crédito del vendedor a plazos, se manifiesta:

1. En la dificultad objetiva que representa la inscripción del crédito por el precio aplazado para la constitución de hipoteca mobiliaria por el comprador en favor de un tercero sobre los bienes cuyo precio de adquisición no haya sido satisfecho.

2. En la prueba que por virtud de la inscripción tendrá en su mano el vendedor para impugnar la hipoteca mobiliaria, caso de que llegara a constituirse, lo que facilitará la protección del derecho del vendedor al poder plantear la impugnación de la garantía a favor de tercero dentro del plano registral, sin posibilidad de que el tercero pueda llevar la discusión al terreno subjetivo de la buena fe por haber desplegado la diligencia necesaria para asegurarse de que el precio de los bienes estaba íntegramente satisfecho, o por no contener el título de adquisición del comprador ningún dato indicativo de que el precio estaba pendiente de pago. Entiendo que esta especial protección registral del vendedor no supone la asimilación de su derecho al del titular de la hipoteca: aunque la hipoteca sea impugnabile, siempre prevalecerá su carácter real, con la especial afección de los bienes hipotecados a la satisfacción del crédito garantizado (artículo 16 LHM), frente al carácter personal del crédito del vendedor; por tanto, la impugnación de la hipoteca (por la vía de la acción pauliana) siempre se podrá paralizar por el acreedor hipotecario pagando el precio aplazado.

3. La inscripción de la reserva o resolución de dominio a favor del vendedor será causa bastante para suspender el procedimiento judicial sumario de ejecución en base al artículo 85, párrafo 1.º, número 4.º, LHM, que admite la suspensión cuando se acredite, «con certificación del Registro correspondiente, que los mismos bienes están sujetos a otra hipoteca mobiliaria o afectos a hipoteca inmobiliaria, en virtud del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, vigentes o inscritos antes de la que motivare el procedimiento». Es cierto que aquí sólo se mencionan los supuestos de garantías reales constituidas con anterioridad; pero si algún efecto positivo se ha de reconocer a la inscripción del crédito por el precio aplazado, garantizado con reserva o resolución de dominio, es el de poder oponerse a la ejecución del garantizado con hipoteca (mo-

biliaria o inmobiliaria) constituido con posterioridad a aquél (38). La *ratio* del precepto comprende también esta hipótesis—aunque no la mencione—. De otro modo, como hace notar GULLÓN, el párrafo 1.º del artículo 13 del Reglamento carecería de sentido (39).

En contraste con esta especial protección que proporciona la inscripción, el crédito por el precio aplazado no inscrito se hallaría en situación menos favorable frente al del acreedor hipotecario. Así:

1. La falta de inscripción del derecho del vendedor deja abierta una brecha en el Registro para la constitución de hipoteca mobiliaria en favor de tercero sobre los bienes cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho.

2. El intento de impugnar la hipoteca mobiliaria en base al artículo 2.º de la LHM encontrará un obstáculo insalvable en los casos de buena fe del acreedor hipotecario.

3. La demanda de nulidad del contrato de garantía, intentada por el vendedor como paso obligado para la impugnación de la hipoteca, permitirá solicitar la retención del todo o de una parte de la cantidad que por el procedimiento judicial sumario deba entregarse al acreedor hipotecario, alzándose la retención si éste afianzare la cantidad mandada retener a resultas del juicio declarativo (artículo 85, párrafos 3.º a 6.º, LHM). Esta defensa del crédito del vendedor es menos segura que la que proporciona, caso de constar inscrito su derecho, la suspensión del procedimiento judicial sumario (artículo 85, párrafo 1.º, número 4.º, en relación con el artículo 2.º, LHM).

(38) Existiendo la garantía de reserva de dominio, inscrita en el Registro de gravámenes, se podría intentar la suspensión del procedimiento en base al mismo art. 85, párr. 1.º, núm. 3.º, donde se señala como causa de suspensión del procedimiento la «demanda de tercería de dominio, acompañando inexcusablemente con ella título de propiedad anterior a la fecha de escritura de hipoteca». Este medio de defensa es evidentemente más complicado y gravoso que el que ofrece el número 4.º del mismo precepto. Además, constando inscrita en el Registro la garantía de reserva de dominio, sería desproporcionado tener que recurrir a la demanda de tercería para suspender la ejecución del procedimiento sumario. Debe bastar la certificación del Registro correspondiente de la inscripción de la garantía. Esta es la solución más justa, fundada lógicamente en las consideraciones que expone GULLÓN, *Cuestiones*, pág. 794, nota 31.

(39) Cfr. GULLÓN, *Cuestiones*, págs. 794-796 y notas 31 y 14.

4. *La legislación de venta a plazos de bienes muebles.*

A. *La nueva perspectiva legal.*

Hasta aquí hemos tratado exclusivamente la situación de conflicto entre el derecho del vendedor a plazos y el titular de una hipoteca mobiliaria sobre los bienes vendidos dentro del marco de la legislación de garantías mobiliarias. ¿En qué medida queda modificado y completado este régimen en la nueva perspectiva legal de la venta a plazos de bienes muebles?

Con referencia a la situación concreta del supuesto de compraventa a plazos de bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria, conviene exponer primeramente—para definir las posibilidades y los límites de protección del derecho del vendedor—las ventajas e inconvenientes que ofrecen uno y otro régimen legal a la operación económica de venta a plazos.

Los interesados pueden, de hecho, inclinarse por la aplicación exclusiva de la legislación de garantías mobiliarias, celebrando la compraventa al contado y constituyendo, en garantía del pago del precio aplazado, hipoteca mobiliaria a favor del vendedor sobre los mismos bienes que son objeto del contrato de compraventa (40). Pueden también seguir el régimen de Ley de 1965, adaptándose a las prescripciones del contrato de compraventa a plazos fijadas por la Ley y asegurando el pago del precio con alguna de las garantías convencionales oponibles a tercero mediante la inscripción del contrato en el Registro especial de ventas a plazos (41).

B. *Comparación entre la garantía de hipoteca mobiliaria y las garantías contractuales inscritas en el RVP.*

Desde el punto de vista de la protección del derecho del vendedor, no cabe duda de que la constitución de hipoteca mobilia-

(40) El supuesto de aplicación más importante de las garantías mobiliarias es quizá el de gravamen de los mismos bienes que se adquieren por compraventa con precio aplazado, para asegurar el pago del precio. Cfr. VALLET, *Estudios*, página 609, notas 148 y 149.

(41) La Ordenanza para el Registro de ventas a plazos de bienes muebles admite la conjunción en un mismo contrato del pacto de reserva de dominio y del de prohibición de disponer.

ría a su favor, frente al riesgo de que los bienes vendidos y no pagados íntegramente sean objeto de enajenación o gravamen por el comprador en favor de un tercero, ofrece una defensa más consistente y enérgica que cualquier otra.

La constitución de hipoteca mobiliaria comporta:

1. La sujeción directa e inmediata de los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (artículo 16 LHM).

2. La prohibición impuesta al deudor de enajenar los bienes hipotecados sin el consentimiento del acreedor (artículo 4.º LHM); prohibición de carácter subjetivo (42), que al enunciarse en términos inequívocos por la LHM permite definir un conjunto de consecuencias desfavorables para el deudor (43) que, por su gravedad, alejarán del ánimo de los compradores el deseo de disponer.

3. La consideración del crédito garantizado como preferente conforme a los artículos 1.922, número 2.º, y 1.926, número 1.º, del Código civil (artículo 10 LHM) (44).

4. La plena efectividad en la práctica de la prohibición del artículo 2.º LHM, al operar en todo caso desde el plano registral, evitando la constitución de una nueva carga real—prenda sin desplazamiento, hipoteca mobiliaria e inmobiliaria (cuando los bienes tengan carácter de pertenencia de un inmueble)—o haciendo ineficaz la prenda manual (45), confiriendo, además, al acreedor hipo-

(42) Cfr. VALLET, *Estudios*, pág. 626; VIOLA SAURET, *Los problemas*, página 420; GÓMEZ-ACEBO, *La hipoteca*, págs. 129-130.

(43) Cfr. VALLET, *Estudios*, pag. 627.

(44) Se debe convenir con GULLÓN, *La prelación de créditos*, pág. 18, que «la preferencia otorgada por la hipoteca mobiliaria no se considera privilegio, sino que en el artículo 10 (LHM) se prevé el caso de conflicto con otras preferencias: para estos efectos se considera como crédito prendario». La naturaleza de derecho real de la hipoteca mobiliaria hace innecesaria su inclusión en la prelación del art. 1.922, Código civil, y muy oportuna, en cambio, la referencia del art. 10 LHM al 1.926, núm. 1.º, Código civil, como señala el autor citado.

(45) Para VIOLA SAURET, *Los problemas*, pag. 468, la dación en prenda manual de la cosa hipotecada «implica un acto de disposición, prohibido per el artículo 4.º de la LHM, por lo que sería nula». Según VALLET, *Estudios*, página 595, «la hipoteca mobiliaria sería preferente sin lugar a dudas». GULLÓN, *Cuestiones*, pág. 788, no niega la validez de la prenda, pero hace notar que la repersecutoriedad de la hipoteca mobiliaria (art. 16 LHM) coloca en posición muy segura al acreedor hipotecario. Respecto a la validez de la prenda, recuérdese que no basta que la cosa pignorada pertenezca en propiedad al que la

tecario un arma especialmente eficaz para oponerse a la ejecución de un gravamen posterior, caso de que llegara a constituirse (artículo 85, párrafo 1.º, número 4.º, LHM).

Con todo, esta vigorosa protección tiene su precio: las especiales exigencias de forma para la constitución de la garantía. Es cierto que la escritura pública y la inscripción en el Registro no siempre resultarán gravosas—así, cuando los bienes de que se trate tengan una importancia económica considerable—; pero pueden serlo cuando la venta a plazos se convierte en instrumento jurídico básico de una actividad mercantil para atraer la demanda en condiciones competitivas; en tal caso importa no sólo el precio de la cosa—encarecido por exigencias de forma—, sino también el régimen de contratación—que inhibiría a los compradores de resultar excesivamente complicada—y las condiciones jurídicas especiales que, para garantizar el pago de la parte aplazada del precio, se imponen al comprador; este último aspecto es quizá el más decisivo en el ánimo de los compradores, que, naturalmente, se inclinarán por las adquisiciones a plazos que supongan la menor afección posible de su responsabilidad.

El régimen de compraventa a plazos de bienes muebles de la Ley de 1965 no reúne las ventajas que desde el punto de vista caucional ofrece la legislación de garantías mobiliarias.

En contraste con la hipoteca mobiliaria:

1. No confiere al vendedor un derecho real de garantía.
2. La prohibición de disponer no queda tan claramente establecida como en el artículo 4.º de la LHM; su alcance, según el tenor actual de la Ley, es discutible.
3. La preferencia y prelación del crédito por el precio aplazado son, según el artículo 19 LVP, las mismas que las del artículo 10 de la LHM; lo que valdrá frente a otros créditos privilegiados de rango inferior, pero no frente a los que tengan carácter hipotecario o pignoraticio, que por su carácter real son prevalentes frente a los simplemente personales (la cuestión queda dentro de

empeña, sino que además es necesario que tengo la libre disposición de sus bienes (art. 1.857, 3.º, Código civil), que en el caso a que nos referimos se halla limitado respecto al objeto de la garantía por una norma especial (art. 4 LHM).

la problemática, ya examinada, del alcance de la prohibición del artículo 2.º de la LHM).

4. Las garantías a que se refiere la LVP tienen una eficacia ofensiva y defensiva menos enérgica que la hipoteca mobiliaria frente al riesgo de enajenación de la cosa o constitución de gravamen por el comprador (46).

El régimen de la Ley de 1965 tiene, en cambio, la ventaja de la mayor simplicidad formal del contrato de compraventa a plazos y la de ser oponible a tercero sin necesidad de escritura pública, bastando a tal fin que el contrato conste por escrito (artículo 5.º LVP) y se inscriba en el Registro especial de venta a plazos.

C. La legislación de venta a plazos y la constitución de hipoteca mobiliaria por el comprador a favor de un tercero.

Desde el punto de vista de la protección del crédito por el precio aplazado, se deben tener en cuenta las posibilidades que ofrece el régimen de la LVP para evitar la constitución de una hipoteca mobiliaria sobre los bienes vendidos y, en su caso, para oponerse a la ejecución de la que se haya constituido. Junto a este aspecto, meramente defensivo, de la posición del vendedor hay que valorar también los medios de protección que permite poner en juego la LVP para hacer efectiva la preferencia y realización del crédito del vendedor frente a la del acreedor hipotecario.

Con referencia al supuesto contemplado en el artículo 2.º LHM, la LVP abre nuevas posibilidades para mantener en la práctica la preferencia y efectividad del crédito por el precio aplazado sin necesidad de recurrir a la escritura pública y a la inscripción del

(46) Otorgada una compraventa a plazos con pacto de reserva de dominio o prohibición de disponer, conforme a la legislación de venta a plazos de bienes muebles, e inscrito el contrato en el Registro de adquisiciones la oponibilidad a terceros de las garantías convencionales inscritas hallará un límite ante la naturaleza real de la hipoteca mobiliaria constituida por el comprador en favor de un tercero contravieniendo la prohibición del art. 2 LHM. Cabe, por supuesto, impugnar la garantía real, facilitándose el juego de la presunción de mala fe del acreedor hipotecario mediante la inscripción del contrato de venta a plazos en el Registro Central. Pero, aun así, la impugnación no afectará al cesionario del crédito garantizado con hipoteca mobiliaria. Cfr. Cossío, *El sistema*, págs. 444-447 y 468.

contrato en el Registro de gravámenes, según lo prevenido por el artículo 13, párrafo 1.º, del Reglamento para la aplicación de la LHM.

La posibilidad de que el comprador grave los bienes adquiridos con hipoteca mobiliaria a favor de un tercero queda *de iure* eliminada al exigirse en el otorgamiento de la escritura de hipoteca mobiliaria la referencia al «título de adquisición» de los bienes (artículo 13, 3.º, LHM), que, según el artículo 6.º de la LVP, debe contener preceptivamente una serie de circunstancias de las que se desprende que el precio no ha sido íntegramente satisfecho, por lo que una infracción del artículo 2.º de la LHM resulta en extremo difícil, a menos que medie falsedad del título de adquisición o de cartas de pago del precio aplazado.

Caso de que llegue a constituirse hipoteca mobiliaria a favor de un tercero, la defensa y efectividad del crédito preferente del vendedor a plazos frente al derecho real de hipoteca puede orientarse de diversos modos:

a) Impugnar la garantía inscrita en base a la prohibición del artículo 2.º LHM, resultando facilitada la impugnación por la especial fuerza legitimadora que adquiere el título del vendedor con la autenticidad de la fecha del documento privado de venta, oponible con eficacia a tercero desde su inscripción en el Registro público de ventas a plazos (artículo 1.227 del Código civil).

b) Accionar directamente contra el deudor, pidiendo ejecución del crédito por el precio aplazado, conforme a los artículos 1.430 y 1.429, 2.º, LEC, en base al vencimiento y consiguiente exigibilidad inmediata de la obligación aplazada por la disminución de garantía que representa la constitución de hipoteca mobiliaria (artículo 1.129, 3.º, del Código civil).

c) Solicitar, en relación con lo dicho *sub a)* y conforme a los artículos 1.400 ss., LEC, embargo preventivo de la cosa hipotecada al presentar la demanda de nulidad de la garantía inscrita (conforme al artículo 1.400, 2.º, apartado 3.º, LEC), con la consecuencia de desposeer materialmente de la cosa al comprador hipotecante (artículo 1.409 LEC); lo que permitirá al vendedor, mediante la oportuna diligencia judicial, solicitar retención del todo o parte

de la cantidad que deba entregarse al acreedor hipotecario al ejecutar la hipoteca (artículo 85, párrafos 3.º y 4.º, LHM), o bien suspender el procedimiento de ejecución si se hubiese incoado sumario por falsedad del título en cuya virtud se proceda (artículo 85, párrafos 1.º y 2.º, LHM).

d) También en relación con la impugnación de la hipoteca es de tener en cuenta la posibilidad de anotación preventiva por mandamiento judicial de la demanda en que se pida la nulidad de la garantía inscrita (artículo 68, apartado d), LHM, en relación con el artículo 13, párrafo 2.º, 1.º, RHM), lo que llevará al Juez a denegar la admisión de la demanda de ejecución de la hipoteca en el procedimiento judicial sumario (cfr., artículo 84, regla 2.ª, LHM).

e) Si se ha iniciado el procedimiento judicial sumario para ejecutar la hipoteca, podrá suspenderse por demanda de tercería de dominio (artículo 85, 3.º, LHM) cuando se hubiese pactado e inscrito en el Registro de ventas a plazos la reserva de dominio a favor del vendedor.

E. *Conclusión.*

La utilización de cualquiera de estos medios de protección del derecho del vendedor, frente a la hipoteca mobiliaria constituida por el comprador cuando no ha satisfecho íntegramente el precio de adquisición de los bienes, no sería necesaria si el derecho del vendedor por el precio aplazado tuviese acceso al Registro de gravámenes. La exigencia de la escritura pública, impuesta por el artículo 13, párrafo 1.º, del RHM, como condición para inscribir los títulos de adquisición de bienes muebles susceptibles de hipoteca cuyo precio se hubiere aplazado y garantizado con pacto de reserva o de resolución de dominio, no rima bien con la práctica usual de la compraventa a plazos, como ya se reconocía en la Exposición de Motivos de la LHM.

El ritmo creciente con que esta modalidad contractual se ha extendido en la práctica sin forma de escritura pública no parece haber sido alterado por la existencia de la referida disposición legal. El riesgo de conflicto de intereses entre vendedor y acreedor hipotecario subsiste después de entrar en vigor la legislación de

venta a plazos de bienes muebles. Pero la posibilidad de impugnar la hipoteca o limitar su eficacia en fase de ejecución, para dar efectividad a la preferencia del crédito por el precio aplazado, resulta ahora facilitada por la prueba de la autenticidad de la fecha del título de venta que proporciona su inscripción en el Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer.

Las disposiciones reglamentarias que organizan este Registro han dejado intacto el artículo 13, párrafo 1.º, del RHM. Acaso los autores de la Orden de 8 de julio de 1966 se plantearon la oportunidad de una revisión de este precepto, sin decidirse a modificarlo por estimar que ello excedía de sus atribuciones. El Preámbulo de la Orden citada advierte: «En todo caso, esta Ordenanza, que organiza un sistema registral totalmente nuevo y sin antecedentes en nuestra Patria, tiene carácter provisional y podrá ser revisada cuando la experiencia lo aconseje». Para cuando sea oportuno, quede aquí apuntada la posible conveniencia de abrir el Registro de gravámenes a los títulos de venta a plazos de bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria mediante el procedimiento de certificación de su constancia en el Registro de adquisiciones de ventas a plazos (47).

(47) La revisión del art. 13 del RHM, que se ha llegado a considerar como «Precepto inoperante» (así, GULLÓN, *Cuestiones*, pág. 796), hubiera resultado, además de oportuna, muy adecuada a la finalidad que al parecer inspiró tan curiosa norma. En tal sentido señalaba VIOLA SAURET, *Los problemas*, pág. 428, que al autorizar la inscripción de títulos de adquisición de muebles hipotecables, con precio aplazado, con pacto de reserva de dominio o condición resolutoria, que conste en escritura, se abría una brecha en el sistema del Registro de gravámenes, y que la norma se había dictado «sin duda con la sola finalidad de evitar la posterior registración de HM o PSD (art. 2.º)». El propio legislador al justificar la prohibición del art. 2, confiaba en que mediante ella quedarían eliminados «los problemas que suscitarían los variados pactos que suelen acompañar a estas ventas aplazadas, especialmente la condición resolutoria y la reserva de dominio».

III

EL DERECHO DEL VENDEDOR Y LA CONSTITUCION
DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO1. *Interés práctico del tema.*

La consideración de los problemas que se pueden derivar de la compraventa a plazos de bienes muebles contemplada por la Ley de 17 de julio de 1965, en relación con la figura de prenda sin desplazamiento de la posesión creada por la legislación especial de garantías mobiliarias, tiene interés en una valoración de conjunto de la Ley de venta a plazos, aunque es obvio que la importancia práctica de estas cuestiones es menor que las tratadas hasta aquí.

En efecto, los problemas a que aludimos no serán corrientes en la práctica. Por un doble motivo:

En primer lugar, por el escaso atractivo que ofrece una garantía tan liviana como la prenda sin desplazamiento, tal como aparece regulada en nuestro Derecho. Bastaría recordar a este respecto la autorizada opinión de VALLET al enjuiciar en términos francamente desfavorables los preceptos que la Ley de 16 de diciembre de 1954 dedica a la materia: «¿Hasta qué punto está justificada la creación en términos generales de un privilegio mobiliario, dogmáticamente anómalo, necesariamente ineficaz contra terceros de buena fe—si no se quieren destrozar las raíces del comercio jurídico—y que prácticamente se limita a poco más que a restaurar la prisión por deudas, convencionalmente pactada, y a dar lugar a una alteración, no siempre merecedora de respeto, del orden normal de prelación señalado por el Código?» (48).

En segundo lugar, es difícil que la prenda sin desplazamiento origine graves problemas en los supuestos de venta a plazos de bienes muebles comprendidos en la Ley de 1965, dado que entre los bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento sólo los com-

(48) VALLET, *Estudios*, pág. 608.

prendidos en el número 1.º del artículo 53 de la LHM (49) reúnen la doble condición de poseer las características propias de los bienes que pueden ser objeto de los contratos regulados por la Ley de 1965 y de ser, a la vez, susceptibles de una actividad de tráfico mercantil habitual, ya que la Ley de 1965 excluye las compraventas a plazos ocasionales (artículo 4.º, segundo, LVP) (50).

La zona de posibles conflictos de intereses entre el vendedor y el acreedor garantizado con prenda sin desplazamiento resulta así notablemente más reducida que el campo de conflictos entre el vendedor y el titular de una hipoteca mobiliaria (compárense el artículo 12 de la LHM y los artículos 1.º, 2.º y 4.º de la LVP).

Si a esto se añade el natural desinterés hacia una garantía de gravosa constitución y tan incierta eficacia como la prenda sin desplazamiento, es lógico suponer que los problemas que en la práctica suscite la posibilidad de que el comprador constituya sobre los bienes cuyo precio no ha satisfecho un gravamen de tal naturaleza, no serán un obstáculo serio para orientar las operaciones de compraventa a plazos por el cauce de la Ley de 1965.

(49) Según el artículo 52, 4.º, LHM, podrán constituir prenda sin desplazamiento los titulares legítimos de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias sobre «las máquinas y aperos de las referidas explotaciones». Y conforme al artículo 53, 1.º, de la misma Ley, también podrán constituirse prenda sin desplazamiento sobre bienes que aunque no formen parte de las explotaciones a que se refiere el art. 52 consistan en «máquinas y demás bienes muebles identificables por características propias, como marca y número de fabricación, modelo y otras análogas, que no reúnan los requisitos exigidos en el art. 42». Sobre la maquinaria como base autónoma de prenda sin desplazamiento, cfr. Díez RONCAL, *Garantías reales*, págs. 286-289.

(50) Según esto, los comerciantes vendedores podrán exigir la prenda sin desplazamiento cuando la venta se refiera a los bienes comprendidos en el número 1.º del art. 53 LHM. La gama de los bienes incluidos en el supuesto de esta norma es muy amplia. Compárense con artículos 1 y 2 del Decreto de 12 de mayo de 1966. En la práctica, sin embargo, no recurrirán normalmente a la prenda sin desplazamiento, por las razones que se apuntan más adelante. Los conflictos dimanarán no de la prenda sin desplazamiento constituida a favor del vendedor, sino de la constituida por el comprador a favor de un tercero sobre los bienes muebles susceptibles de identificación, en cuyo caso, la posibilidad de constituir prenda sin desplazamiento se extiende a los supuestos de los artículos 52, núm. 4.º, y 53, núms. 1.º y 2.º LHM.

2. *Utilidad de la prenda sin desplazamiento ante el régimen de protección y garantías de la legislación de venta a plazos.*

Para el vendedor a plazos carece prácticamente de interés recurrir a la prenda sin desplazamiento como garantía del crédito por el precio de venta. Menos gravosas económicamente y más ágiles desde un punto de vista jurídico son las garantías que le ofrece el régimen de la LVP. La yuxtaposición de efectos jurídicos del contrato de compraventa al contado y el de préstamo con garantía mobiliaria, que en el caso de hipoteca puede ser en ocasiones conveniente por la seguridad que ésta ofrece, es desaconsejable, en principio, cuando la naturaleza de los bienes sólo consiente la garantía de prenda sin desplazamiento.

El vendedor, que cuenta con los medios de protección y garantías de la Ley de 1965, sin necesidad de recurrir a la escritura pública y con posibilidad de oponer su derecho frente a terceros mediante inscripción en el Registro de adquisiciones creado por la Ley de 1965, no mejoraría de modo apreciable su defensa con la prenda sin desplazamiento. Incluso con independencia de la Ley de 1965, dentro exclusivamente del marco de la LHM, recurrir a la prenda sin desplazamiento para evitar la disposición subrepticia de la cosa por el comprador o para eliminar el riesgo de que éste, infringiendo el artículo 2.º de la LHM, constituya una ulterior prenda sin desplazamiento o la ofrezca como libre en prenda manual (contra lo dispuesto en el artículo 1.862 del Código civil), tampoco es para el vendedor un medio de garantía suficientemente estimable. Principalmente, porque el derecho real de garantía que proporciona la prenda sin desplazamiento es incierto (51). Siempre supondrá una dificultad, si no la identificación—que en el caso

(51) Observa Cossío, *El sistema*, pág. 391, que «tal vez, la mayor dificultad con que tropieza la instauración de un sistema registral mobiliario sea la de llegar a la necesaria identificación y fijación del objeto de la garantía». A esta finalidad de identificación de la cosa, como «elemento indispensable» para el ejercicio de la acción real (según se afirma en la Exposición de Motivos) responde el principio de localización de los bienes objeto de la garantía. El principio tiene alcance diferente en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento. Sobre el fundamento y eficacia del principio, Cossío, *El sistema*, páginas 393-395.

de maquinaria será generalmente posible—, el tener que ejercer una permanente vigilancia sobre la situación de la cosa en la finca o explotación en que se halle instalada: un cambio de lugar, del que depende la eficacia de la inscripción (cfr., artículo 70 LHM), bastaría para burlar la prohibición del artículo 2.º LHM (52). La prenda sin desplazamiento no implica una sujeción de los bienes muebles al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida, en contraste con el carácter real que acompaña a la hipoteca (cfr., artículo 16 LHM).

Las mismas razones que desaconsejan al vendedor al exigir como garantía de su derecho la constitución de prenda sin desplazamiento son, a la vez, un motivo para no temer la constitución de prenda sin desplazamiento por el comprador a favor de un tercero, que tendrá los mismos reparos que el vendedor para no aceptar, sino en un caso extremo, tal clase de garantía.

3. *Constitución de prenda sin desplazamiento sobre bienes cuyo precio de adquisición no haya sido íntegramente satisfecho.*

No obstante, hay que contar con la posibilidad de que se constituya por el comprador prenda sin desplazamiento sobre la cosa adquirida cuando el precio de adquisición no ha sido íntegramente satisfecho. ¿En qué posición queda el derecho del vendedor por el precio aplazado frente al titular de la prenda incorporal?

No hay lugar aquí para una revisión detenida de la controver-

(52) GULLÓN, *Cuestiones*, págs. 789-790. Cabría pensar que esta dificultad no existe cuando se trata de los bienes muebles identificables por características propias a que se refiere el art. 53, 1.º, LHM. Ciertamente aquí la identificación no depende de la localización. Sin embargo, el cambio de lugar permitiría constituir una prenda ordinaria sobre los mismos bienes que fueron objeto de prenda incorporal, y en tal caso se podría admitir la prevalencia de la prenda inscrita sobre la prenda manual ulterior, si, como dice VALLET, «esta posterior pignoración se verificó por el mismo pignorante que figura en el registro y si la prenda está inscrita precisamente en el registro correspondiente al lugar donde se verificó la pignoración posesoria» (VALLET, *Estudios*, pág. 596). La localización viene a limitar así la eficacia de la prenda sin desplazamiento dentro de la circunscripción territorial del Registro en que se halla inscrita. Fuera de este ámbito, el acreedor con prenda ordinaria estaría protegido en su buena fe por la apariencia legitimadora de la posesión.

sia doctrinal sobre el aspecto más interesante de la problemática de la prenda sin desplazamiento relativo al conflicto de intereses entre embargante y el titular de la garantía (53).

Con precisa relación al tema que nos ocupa se deben distinguir dos cuestiones: la de nulidad de la inscripción de la garantía por defecto de constitución y la de impugnación de la garantía irregularmente constituida.

A. *Ineficacia de la garantía inscrita por defecto de constitución.*

La primera cuestión se contrae a los intentos de constitución de prenda sin desplazamiento en que el deudor carece de la posesión material de la cosa, como ocurre cuando el mismo deudor haya dado previamente la cosa en prenda manual, cuya posesión tendrá el acreedor o un tercero (artículo 1.863 del Código civil) o cuando la cosa haya sido embargada, lo que normalmente comportará la desposesión del deudor, por secuestro judicial, que procederá no sólo cuando el embargo sea ejecutivo, sino también cuando sea preventivo (cfr., artículo 1.409 LEC) (54). En estos casos existe, de hecho, la dificultad de que la prenda sin desplazamiento se llegue a constituir, ya que es requisito esencial que el deudor se constituya en depositario de los bienes pignorados, lo que no es posible si no tiene su posesión (artículos 57, 2.º, y 59, LHM); si, pese a la falta de posesión de la cosa por el deudor, se llegase a inscribir la garantía, el acreedor nunca podría convertir en armadura de su buena fe la ignorancia de tal circunstancia. El no hallarse el deudor en poder de la cosa impide la constitución en depósito: la garantía es nula.

(53) Sobre el tema: VIOLA SAURET, *Los problemas registrales*, págs. 468-470; VALLET, *Estudios*, págs. 596-599; GULLÓN, *Cuestiones*, págs. 776-777; DE LA RICA Y ARENAL, R., *El embargo judicial y la hipoteca mobiliaria según una sentencia del Tribunal Supremo*, esta REVISTA, 1966, esp. págs. 655-673.

(54) Según la sentencia de 18 de junio de 1956, «el secuestro de una cosa mueble, al igual que el contrato de prenda, transfiere la posesión de la cosa mueble al depositario mientras estas medidas cuatelares subsistan».

B. *Impugnación de la garantía irregularmente constituida.*

La cuestión es distinta, al menos en su planteamiento, cuando por hallarse el deudor en posesión de la cosa ofrecida en garantía—como ocurrirá en los casos de haberla adquirido por compra a plazos sin haber satisfecho el precio por entero, o en el de haber constituido previamente sobre ella otra prenda sin desplazamiento—es posible, de hecho, cumplir el requisito de constituirse el deudor en depositario. La garantía inscrita no puede considerarse radicalmente nula y la inscripción desplegará todos sus efectos mientras no se cancele o invalide (artículo 3.º LHM). Con todo, no cabe duda de que podrá impugnarse por infracción del artículo 2.º LHM.

Con referencia a esta posibilidad, conviene ponderar, antes de proceder a la impugnación, si el vendedor a plazos cuenta con algún otro medio menos complicado y más seguro para proteger y hacer efectivo su derecho frente al acreedor pignoraticio. El vendedor cuenta con tres posibles medios defensivos:

Primero. *Impugnación de la garantía.*

La impugnación de la garantía inscrita fundada en la infracción del artículo 2.º LHM se ha de encauzar por la misma vía que apuntábamos al tratar de la impugnación de la hipoteca mobiliaria: la acción pauliana. El ejercicio de esta acción frente a la prenda sin desplazamiento encontrará de ordinario una fuerte resistencia en la buena fe del acreedor pignoraticio, más fácilmente sostenible que la del acreedor hipotecario. Este, como veíamos, ha de respaldar su buena fe en un proceder diligente respecto al deber de conocimiento que se sigue del sistema de la Ley (artículos 2.º y 13, 3.ª, LHM, en relación con la Exposición de Motivos). Al acreedor pignoraticio, en cambio, no se le puede imponer con igual rigor el deber de asegurarse de que el precio de adquisición de la cosa se hallaba íntegramente satisfecho, porque—aun cuando existiera la facilidad de informarse al respecto (tratándose de maquinaria) de las entidades vendedoras—siempre estará de su lado el hecho de no ser necesaria para la validez del contrato de garantía ni para la inscripción de prenda sin desplazamiento

la constancia del título de adquisición de los bienes. En contraste con la exigencia que en este punto se establece para la escritura de hipoteca mobiliaria (artículo 13, 3.ª, LHM) y la consiguiente inscripción registral (artículo 15, 2.º, LHM), nada se dice en la Ley al fijar las circunstancias que debe contener la escritura de prenda sin desplazamiento, y respecto a su inscripción, el Reglamento dispone únicamente que expresará la «titularidad del pignorante, *si constare*» (artículo 29, 2.º, RHM). Sobre tan endeble base legal difícilmente se podría desarmar al acreedor pignoraticio de su buena fe, alegando que antes de aceptar la constitución de la garantía debiera haberse asegurado de la firme titularidad del pignorante (55). El intento de impugnar la prenda incorporal por la vía de la acción pauliana encontrará normalmente una seria dificultad en la buena fe del titular de la garantía.

Segundo. *Preferencia del crédito del vendedor.*

El vendedor cuenta con otro medio de defensa: la preferencia de su derecho frente al titular de la prenda inscrita.

No es necesario que esta preferencia se funde en un dato de carácter registral. Es más, dado que la posibilidad de inscripción o anotación de los títulos de adquisición de bienes muebles cuyo precio se hubiere aplazado y garantizado con pacto de reserva o de resolución de dominio, siempre que consten en escritura pública, se limita al supuesto de hipoteca mobiliaria (artículo 13 RHM), estaría fuera de lugar exigir el dato registral como medio de prueba de la preferencia del vendedor. Respecto a la prenda sin desplazamiento, no cabe ni siquiera plantear la cuestión que se suscita en torno a la hipoteca mobiliaria acerca del alcance de la constancia registral del título de adquisición de los bienes (ver lo dicho

(55) El supuesto guarda cierta analogía con el de embargo no anotado frente a la posterior hipoteca o prenda sin desplazamiento en favor de un tercero. Para este supuesto se ha sostenido la tesis de nulidad de la garantía inscrita por aplicación del art. 2 LHM (VIOLA SAURET, *Los problemas*, pág. 469). Más aceptable me parece el mantenimiento de la garantía en favor del titular que inscribió su derecho de buena fe, sin que ello implique negar la eficacia del embargo no anotado (Cfr. COSSÍO, *El sistema*, pág. 417; GULLÓN *Cuestiones*, pág. 775). También el acreedor pignoraticio podría alegar su desconocimiento de que el precio de adquisición de los bienes no se hallaba íntegramente satisfecho. La eficacia de su garantía encontrará, sin embargo, un límite en los supuestos a que se refiere el art. 56 LHM.

antes a propósito de la interpretación *a contrario* del artículo 13 RHM, que, con la opinión más autorizada, considero impropio (diente).

La preferencia del vendedor se podrá sostener con firmeza si el contrato de compraventa consta en documento de fecha auténtica anterior. En este punto la Ley deja a salvo claramente los derechos legítimamente adquiridos, que cuando consten en tal forma—en documento de fecha auténtica anterior—no podrán ser perjudicados «en ningún caso» por la constitución de la prenda (artículo 56 LHM). El tono del precepto es terminante. El crédito del vendedor por el precio aplazado prevalecerá sobre el derecho del acreedor pignoraticio, siempre que aquél conste en documento de fecha auténtica anterior. En este punto el artículo 56 LHM sigue el criterio de oponibilidad del derecho de prenda a terceros establecido en el artículo 1.865 del Código civil (56).

Tercero. *Acción de cumplimiento de contrato.*

Cuando el crédito del vendedor por el precio aplazado no conste en documento de fecha auténtica anterior a la prenda sin desplazamiento parece, a tenor de lo dispuesto en el artículo 56 LHM, que la posición del vendedor resulta más débil que la del acreedor pignoraticio desde el punto de vista probatorio (57).

A mi modo de ver, los argumentos que se pueden extraer de la Exposición de Motivos de la LHM para relativizar el valor de lo dispuesto en el artículo 56, concediendo la preferencia al vendedor aunque su derecho no esté respaldado por documento de fecha auténtica, sino sólo por medios de prueba ordinarios, harían prácticamente superflua la parte primera del precepto, reduciendo su alcance a una facilidad probatoria, y para esto no sería nece-

(56) El reconocimiento de esta preferencia del crédito por el precio de venta de los bienes se basa en los mismos argumentos aducidos para sostener la preferencia del crédito garantizado por embargo no anotado (Cfr. GULLÓN, *Cuestiones*, pág. 777).

(57) VALLET, *Estudios*, pág. 594, sostiene una interpretación sobre el alcance del art. 56 LHM más favorable para el vendedor, al hacer recaer sobre el acreedor pignoraticio la obligación de enterarse previamente de si el pignorante tiene totalmente satisfecho el precio de adquisición del bien que ofrece en garantía.

saría una norma especial como la comentada, bastando la aplicación de principios generales en materia de prueba.

Entiendo, sin embargo, que, caso de no poder fundarse la defensa del vendedor en el documento auténtico, y ante la insegura suerte que correría el intento de impugnación por vía de la acción paulina, cabe todavía una tercera posibilidad: considerar la constitución de la prenda sin desplazamiento como acto causativo de «disminución de garantías» (artículo 1.129, 3.º, del Código civil) y—extinguido el derecho al plazo del comprador—proceder a la exhibibilidad del crédito por el precio aplazado, ya vencido. Aquí sí cabe una eficaz utilización de otros medios de prueba distintos del documento auténtico, y el consiguiente reconocimiento de la preferencia del crédito del vendedor por el precio de venta de la cosa que se halle en poder del deudor (artículo 1.922, 1.º, del Código civil), frente al crédito pignoraticio inscrito (artículo 10, párrafo, 1.º. LHM, y artículo 1.922, 2.º, del Código civil) (58).

(58) Certeramente señala Cossío, *El sistema*, pág. 459, que «nula la hipoteca o la prenda, es obvio que carece de sentido hablar de preferencia del crédito del vendedor por el precio de la cosa sobre un derecho pignoraticio que es en realidad inexistente». En el supuesto a que nos referimos ahora se acepta la existencia registral del derecho de prenda, cuya eficacia persistirá mientras no se cancele o se declare la nulidad del asiento (art. 3 LHM). En tal caso si tiene sentido alegar la preferencia del crédito por el precio de venta. El fundamento de este privilegio se halla, según la opinión dominante de la doctrina francesa, en la idea del enriquecimiento injusto que supondría ampliar en favor de todos los acreedores la base de responsabilidad del deudor con la entrada en su patrimonio de la cosa vendida, sin que este mismo patrimonio haya sufrido disminución por el pago del precio de venta (cfr. GULLÓN, *La prelación de créditos*, pág. 42). Parece que, conforme al art. 1.922, núms. 1.º y 2.º, Código civil, se debe considerar preferente el crédito del vendedor por el precio de venta de bienes muebles sobre los créditos garantizados con prenda. Sin embargo, como advierte GULLÓN, «comparar el privilegio del vendedor de muebles y el del acreedor prendario es jugar con un equivoco» (*La prelación*, pág. 47). En el sistema del Código, la incoherencia que supone encuadrar los créditos pignoraticios e hipotecarios en el régimen de los créditos privilegiados, queda velada en el caso que examinamos por venir condicionado el privilegio del vendedor al hecho de que los bienes «estén en poder del deudor» (art. 1.922, número 1.º), con lo que de hecho no se planteará problema de concurrencia con el crédito pignoraticio, ya que la preferencia de éste se refiere precisamente a un supuesto de prenda manual, que por definición implica el que los bienes hayan salido del poder del deudor (art. 1.922, núm. 2.º). Con esta precisión se comprende que en el art. 1.926 no se haga referencia al privilegio del vendedor, destacando en la regla 1.ª que «el crédito pignoraticio excluya a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda». lo que no se puede interpretar en el sentido de que el crédito del vendedor quede pospuesto al pignoraticio, ya que el privilegio del vendedor está referido precisamente a un supuesto—hallase los bienes en poder del deudor—que es incompatible con la

4. *Conclusión.*

Tal es, en esquema, mi opinión respecto a la cuestión planteada dentro exclusivamente del marco de la legislación de garantías mobiliarias. En este plano se podría prolongar la discusión y reforzar o rectificar el punto de vista expuesto. Pero una mayor dedicación al tema resultaría quizá desproporcionada para su interés objetivo.

La última cuestión tratada pierde hoy gravedad al poder fundarse la defensa del derecho del vendedor, frente a la prenda incorporal, en la inscripción del contrato de compraventa a plazos, en el Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer. La aplicación del artículo LHM, favorable al vendedor, no requiere necesariamente forma de escritura pública; bastará el documento privado, con valor de documento auténtico, a los efectos del artículo 56 LHM, desde su inscripción en el Registro de venta a plazos (artículo 1.227 del Código civil).

ENRIQUE LALAGUNA.

existencia del derecho de prenda (cfr., sin embargo, GULLÓN, *La prelación*, páginas 46-50). Al extenderse a la prenda sin desplazamiento la prelación y preferencia de los arts. 1.922, 2.º, y 1.926, 1.ª, Código civil (art. 10 LHM) se plantea un problema de concurrencia en el que no pensaron los autores del Código. La garantía del acreedor con prenda incorporal es imperfecta como derecho real. No tiene la base de sustentación real de la prenda ordinaria, ni la fuerza legitimadora de la publicidad registral que se reconoce a la hipoteca mobiliaria (artículo 16 LHM). La preferencia del acreedor garantizado con prenda incorporal se deriva de un privilegio legal (art. 10 LHM), y en el sistema del Código no hay base para considerarlo preferente respecto al crédito del vendedor. Los artículos 1.922 y 1.926 inclinan más bien a la solución contraria (cfr. Cossío, *El sistema*, pág. 456).

El juego y la apuesta en el Derecho civil

I

Como ha puesto de relieve HUIZINGA en una bella y brillante monografía (*Homo ludens, Versuch einer Bestimmung des Spiels-elementes der Kultur*, Amsterdam, 1940), el juego es un fenómeno social y cultural de un amplio relieve. Es una manifestación del espíritu humano que constituye una forma de expresión independiente y autónoma dentro del mundo de las manifestaciones culturales. Con el nombre de juego—*jocus, ludus*—se hace referencia a un particular estado de ánimo del hombre que se caracteriza, sobre todo, por su ligereza y por su alejamiento de las preocupaciones ordinarias de la vida. Es, por decirlo así, un determinado tipo de actividad o de ocupación espiritual que se realiza por puro pasatiempo. Es una forma de *diversión*, tomando esta palabra en su acepción originaria: de *divertere*, esto es, alejarse, apartarse del centro o del punto de la preocupación vital. El juego es, además, una *actividad inútil*, por lo menos en el sentido de que carece de una utilidad económica inmediata. En este sentido, MANNENTI contraponía las ideas de *juego* y de *trabajo*, para designar con el primer término todo desarrollo de una energía humana que, según el propósito del agente o en sí misma considerada, no puede tener otra finalidad que la del puro deleite; mientras que con el segundo término, es decir con el de trabajo, se alude a una actividad dirigida a obtener, directa o indirectamente, una utilidad económica.

HUIZINGA ha puesto de relieve también cómo desde el punto de vista natural, el juego es un *fenómeno instintivo*. El juego, dice

el gran pensador holandés, es una *necesidad* para la generalidad de los hombres, sin distinción de edad, de sexo o de grado de civilización. El juego se presenta, además, por lo que es posible observar y entender, en muchas otras especies de animales superiores.

El juego es, por último, como la vida entera, *un tema de Derecho civil*, y un tema que no es nada desdeñable. Como ha señalado atinadamente BUTTARO, mientras que la relación tradicional entre dos personas que juegan ha ido perdiendo relieve, hasta no ser más que un simple ejemplo de escuela, cada día adquiere mayor importancia el juego en que toma parte una gran cantidad o un gran número de personas. De esta manera, se puede, sin duda alguna, afirmar que el juego presenta en los tiempos modernos un extraordinario *interés social*. El hombre moderno, agobiado por unas preocupaciones casi cósmicas, siente una gran *necesidad de diversión* y recurre más que nunca al juego. El juego, entonces, se organiza y una de las partes lo ejercita profesionalmente, empresarialmente. Existen empresas de juego. Y ciudades enteras de nuestro planeta no tienen otra razón de existir y de subsistir que el juego. En nuestro país, merced a la *política de incremento turístico*, que en tantos puntos está modificando las raíces sociológicas de nuestros hábitos de vida, se ha hablado ya de una resurrección de alguna de estas empresas de juego, y si no estoy equivocado, hace no mucho tiempo hemos visto el resurgir, por una sola vez y con carácter benéfico, es cierto, pero el resurgir, al fin, del antiguo Casino de San Sebastián y la bolita de la suerte ha vuelto a rodar en la ruleta.

La *práctica*, además, ha ido creando una serie muy numerosa de nuevos tipos de juegos. Junto a las viejas loterías, se multiplican hoy las rifas de todo tipo, los sistemas de apuestas que toman al deporte como ocasión—las llamadas Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas—o esos juegos de la televisión donde poseyendo alguna dosis de cultura general se puede llegar a ganar una importante suma de dinero.

II

Ahora bien, ¿cómo se relacionan el juego y el Derecho? Parece a primera vista que con ocasión de un juego pueden establecerse *innumerables relaciones jurídicas*, como son, por ejemplo, la compraventa de los instrumentos o de los útiles necesarios para el juego, el alquiler de las instalaciones deportivas, la contratación de los servicios necesarios para la enseñanza o para el aprendizaje del juego, la asociación de jugadores, etc., etc. Lo que ocurre, sin embargo, es que estas relaciones jurídicas son relaciones que se traban con ocasión de un juego, pero no tienen por objeto el juego en sí mismo considerado. *Prima facie* parece que al Derecho el juego, como tal, le es indiferente y extraño, esto es, que donde hay juego no hay, no puede haber Derecho. Sólo en algunos casos particulares los Ordenamientos jurídicos se ocupan de algunos tipos muy concretos de juego, pero lo hacen por regla general con el fin de *combatirlos* como antijurídicos e ilícitos y de reprimirlos mediante normas de orden público, generalmente penales o administrativas. Se consideran determinadas formas de jugar como inmorales o como inconvenientes desde un punto de vista económico-social y se prohíben.

En rigor, juego y Derecho parecen, como decía hace un momento, conceptos o fenómenos sociales entre los que existe una *intrínseca y esencial incompatibilidad*. Donde hay juego, decía, no hay Derecho. Los actos realizados con *animus ludendi* significan una voluntad falta de seriedad y, por ello, son jurídicamente irrelevantes. Del mismo modo, una *causa ludendi* es una causa general de exclusión de la validez de las obligaciones jurídicas. Ningún negocio, ninguna relación jurídica puede nacer de declaraciones de voluntad hechas por juego. Ninguna pretensión y ninguna demanda pueden fundarse en actos jurídicos que se han realizado jugando.

Ahora bien, si esto es así, ¿cómo se explica, cómo es posible que en el Ordenamiento jurídico se hable de *un contrato de juego* y que el juego se contemple, por decirlo así, *sub specie contractus*? ¿Cómo es posible que el juego aparezca de este modo construido y

colocado dentro del sistema general del Derecho civil entre las fuentes de las obligaciones, aunque dentro de unos límites rigurosos y angostos?

Nuestro Código civil dedica a esta materia cuatro preceptos, que son los artículos 1.798 a 1.801, respectivamente, y en ellos se dispone:

a) Que la Ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar; pero que el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, a no ser que hubiese mediado dolo, o que fuera menor o estuviera inhabilitado para administrar sus bienes. La misma regla es aplicable a las apuestas, considerándose prohibidas las apuestas que tienen analogía con los juegos prohibidos.

b) Que no se consideran prohibidos los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de naturaleza análoga.

c) Que el que pierde en un juego o apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente, aunque la autoridad judicial puede no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego o en la apuesta sea excesiva o reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia.

La lectura de los preceptos mencionados nos pone en camino para aclarar lo que hace un rato nos parecía una insalvable contradicción, esto es, la relación entre juego y Derecho y la contemplación del juego *sub specie contractus*. Efectivamente, si se observa atentamente el panorama que presenta nuestro Código civil se llega en seguida a la conclusión de que en el llamado «contrato de juego» *lo esencial no es la actividad lúdica en sí misma considerada. No hay una prestación de juego ni una obligación de jugar. Por curiosa paradoja, si concibiéramos una hipótesis en la cual las partes de un contrato se comprometieran únicamente a realizar una prestación de juego, no estaríamos en presencia de lo que la doctrina y el Código civil llaman contrato de juego, sino seguramente ante un contrato innominado o atípico.*

En la hipótesis contemplada por el Código civil lo que aconte-

ce es que, con ocasión de un juego, las partes hacen una promesa que no es ya lúdica, sino perfectamente seria y que tiene por objeto pagar una determinada cantidad de dinero, según cual sea el resultado del juego, o realizar cualquier otra prestación, que se hace depender del resultado de aquél. Lo que la Ley valora al hablar del juego no es el juego en sí mismo considerado, sino *el juego en cuanto es ocasión de una ganancia o de una pérdida, es decir, de un incremento patrimonial*. Esto se aclara decisivamente cuando se leen los artículos 1.406 y 1.411 del Código, donde se establece que las ganancias obtenidas en el juego por el marido o por la mujer se consideran como bienes gananciales, y que lo perdido y no pagado se considera como una carga de la sociedad. Lo que le importa al Derecho civil no es, pues, el juego en sí mismo considerado, como antes decía, sino lo ganado y lo perdido en el juego. No es el juego, sino la promesa de una prestación patrimonial adyacente al juego, aunque dependiente de su resultado.

III

Para comprender *la mecánica y la estructura de este tipo de promesas* y la de las obligaciones que derivan de ellas, bueno será aludir, siquiera sea de pasada y brevemente, a la *clásica distinción entre el juego y la apuesta*, que aparece, como hemos visto, en nuestro Código civil. Esta distinción, en su origen, respondía a una diferencia práctica y real, muy importante. Era una exigencia del Ordenamiento jurídico, ya que las dos figuras no eran disciplinadas del mismo modo ni recibían idéntico trato. En el *Derecho romano* y en el *Derecho intermedio* sólo una de estas figuras se encontraba plenamente tutelada y protegida en juicio: la apuesta. Por ello, los juristas se veían obligados a ampliar o a restringir su campo de aplicación según que la conciencia social considerase o no como dignas de protección y de tutela cada una de las hipótesis concretas que la vida cotidiana iba haciendo aparecer. Un *ejemplo* bastante claro de lo que quiero decir lo constituyen, en un momento histórico muy próximo ya a nosotros, las discusiones entabladas en la doctrina y en la jurisprudencia francesa en los

primeros tiempos en que comenzaron a funcionar los totalizadores y los *bookmakers* en las carreras de caballos, para decidir si se trataba de un juego o de una apuesta, con la consecuencia de que en un caso se habría concluido un contrato y, por tanto, una obligación civilmente válida y reclamable en juicio, cosa que, en cambio, no ocurriría con una calificación diversa.

La *doctrina* se aplicó largamente a tratar de resolver el rompecabezas de esta distinción entre el juego y la apuesta. Sus tenaces esfuerzos han dado, sin embargo, unos resultados muy escasos y muy poco satisfactorios. Se han elaborado a propósito de esta distinción un gran número de disquisiciones no faltas de ingenio y de sutileza, pero todas ellas incapaces de salir del círculo vicioso dentro del cual se mueven.

Así, por ejemplo, POTHIER definía el juego como *una convención que se establece entre dos jugadores y por la cual se comprometen a que aquel de ellos que resulte perdedor habrá de pagar una suma de dinero previamente determinada al ganador*.

Más lacónico, MERLIN habla del juego como de *un ejercicio en el cual «on hasarde ordinairement de l'argent...»* Sin embargo, con todo ello no queda, ni mucho menos, resuelta la cuestión de la diferencia entre el juego y la apuesta.

Esta distinción, dice, entre nosotros, CASTÁN, ha sido explicada con criterios muy diversos. El más generalizado es el *romanista*, conforme al cual hay apuesta cuando en el acontecimiento incierto del que depende la prestación no interviene ninguna actividad de las partes, y juego, en cambio, cuando las partes tienen una participación activa en dicho acontecimiento y contribuyen, por tanto, con su esfuerzo al resultado final.

Según esta idea tendríamos que si dos espectadores de una competición deportiva, pongo por ejemplo, comprometen una suma de dinero al resultado de la competición, el contrato es de apuesta, mientras que, en cambio, si los que comprometen la suma son los mismos que participan en la competición, el contrato es de juego. Esto, que en un principio parece muy claro, sobre todo en aquellos juegos cuyo resultado depende, sobre todo, de la habilidad o de la destreza de los participantes, se complica bastante cuando, no obstante existir una actividad del jugador, el resultado final de-

pende exclusivamente del azar o de la suerte. Si yo cruzo una cantidad a la ruleta, parece que estoy efectivamente jugando, pero el resultado final no depende de mi actividad en el juego, sino del azar. Parece, por ello, que el criterio diferencial que exige para que haya juego una contribución del jugador al resultado final nos falla por completo.

ENNECERUS, por su parte, ha tratado de buscar el criterio de la diferenciación en el distinto motivo o finalidad de cada uno de los dos contratos, diciendo que la apuesta tiende a robustecer una afirmación, mientras que el juego tiene por finalidad la distracción o la simple ganancia, o ambas cosas.

Desarrollando esta idea podríamos pensar que en la apuesta el acreedor es siempre un acertante, mientras que en el juego es un vencedor. Pero tampoco así la cosa queda perfectamente clara, porque siempre se podrá decir que en el juego hay un acertante de su propia victoria y que en la apuesta el puro hecho de acertar constituye una victoria para el apostante.

Por otra parte, hay que pensar que *una participación decisiva del jugador en la actividad* de la que se ha hecho depender la efectividad de la promesa tampoco proporciona un criterio distintivo que sea por sí solo suficientemente claro. Si uno de los corredores cruza con otro una determinada cantidad al resultado de la carrera, puede pensarse que lo hace por la confianza que le merecen su propia destreza o sus propias fuerzas. Pero, del mismo modo, si, después de una discusión, yo apuesto una cantidad de dinero a que Neftalí fue uno de los hijos de Jacob, lo hago también sobre la base de la confianza que me merecen mis conocimientos históricos o bíblicos.

Al final, la doctrina termina por reconocer que en lenguaje corriente los conceptos de juego y de apuesta se confunden constantemente. MANRESA señalaba, con razón, que se llama juego a la especulación que se hace en una Bolsa de Comercio, que depende siempre en sus resultados de circunstancias completamente extrañas a los que especulan, es decir del azar de una cotización, y, en cambio, se llama apuesta a la de casarse o no casarse, que depende enteramente de actos de una, al menos, de las partes.

Se ha señalado también que la diferencia en cuestión en el Derecho moderno, y especialmente en nuestro actual Derecho po-

sitivo, carece por completo de trascendencia práctica, ya que el Ordenamiento jurídico deriva unos efectos que son idénticos en uno y otro caso. Toda diferencia entre juego y apuesta, en la actualidad, se puede decir que ha desaparecido de los Códigos civiles, razón por la cual los juristas se desinteresan totalmente por la distinción. Así, por ejemplo, SANTORO-PASSARELLI, FEDELE, FURNO, BUTTARO, etc.

FUNAIOLI, sin embargo, en un libro sobre el tema, que forma parte del *Trattato di Diritto Civile* de VASSALLI, ha vuelto sobre el problema recogiendo las ideas de los civilistas, alemanes. Según él, se hace una apuesta siempre que una persona se compromete, para sostener una afirmación, a pagar una suma de dinero en el caso de que dicha afirmación no resulte exacta, y juego en todos los demás casos.

La mayor parte de los civilistas actuales, sin embargo, se desinteresan y rechazan, como antes decía, una distinción teórica que carece por completo de utilidad y de aplicación práctica. Así, FEDELE, en un trabajo publicado en la *Rivista del Diritto Commerciale* en el año 1948, negaba relieve y razón de ser a la distinción, sobre todo desde el punto de vista del actual Derecho positivo, y sostenía que existe un único contrato de juego. De esta manera, sin embargo, se desorbita totalmente la noción social y cultural del juego que al principio hemos expuesto.

Con el fin de dejar definitivamente resuelta esta cuestión, bueno será que recojamos el hilo de nuestros pensamientos en el punto en que hace un rato lo habíamos dejado. Habíamos dicho, apoyándonos en ideas de FURNO, que el juego en sí mismo considerado pertenece al reino de lo indiferente desde el punto de vista jurídico, y que los actos jurídicos realizados *ludendi* o *jocandi causa* son actos jurídicos carentes de seriedad, a los cuales, por tanto, el Ordenamiento jurídico no reconoce ninguna eficacia. Cuando los Códigos hablan de juego y contemplan el juego *sub specie contractus*, por una rara paradoja no estamos ya en presencia de actividades puramente lúdicas, sino de negocios jurídicos perfectamente serios, en los cuales lo que importa es una pérdida o una ganancia, es decir un incremento patrimonial. Se trata, según habíamos dicho, de promesas de prestación cuya efectivi-

dad y cuyo alcance se hace depender del resultado de un juego. Mas siendo esto así, parece cierto, como agudamente ha señalado FURNO, que el supuesto no es ya de juego, sino de apuesta hecha con ocasión del juego y con respecto a su resultado por los jugadores mismos como apostantes sobre los resultados de su propio juego. Es decir, desde el punto de vista jurídico no interesa el juego, sino las apuestas, y de haber algún contrato, éste es únicamente el de apuesta. El fenómeno jurídicamente importante son las apuestas cruzadas con ocasión de un juego o con otra ocasión distinta.

En un sentido muy amplio, la *apuesta es una situación jurídica en la cual una o varias personas quedan obligadas a realizar en favor de otra u otras una prestación que se hace depender de la exactitud o acierto sobre un acontecimiento pretérito o futuro, que en ocasiones es el resultado de un juego.*

IV

Penetrando ahora en el examen de este fenómeno jurídico, una primera consideración la merece el análisis de la *naturaleza jurídica de la relación que liga a los apostantes* o jugadores. Como ha dicho FERRI, hay que examinar la naturaleza de la relación que liga a los jugadores y determinar si se trata de un contrato o de una institución diferente. Este último camino ha sido seguido por FUNAIOLI, quien partiendo de la idea de que el juego es indiferente para el Derecho, concluye que por esta razón el Derecho no concede nunca acción al vencedor para reclamar el cumplimiento de la promesa. Lo único que el Derecho hace es negar que se pueda repetir lo que se ha pagado espontáneamente. No hay, por tanto, una verdadera relación obligatoria ni un verdadero contrato, puesto que al faltar la acción civil para reclamar la efectividad de la promesa no puede hablarse de un verdadero derecho de crédito ni de una auténtica deuda. El juego y las apuestas funcionan solamente como una causa de exclusión de la repetición del cobro de lo indebido. El juego y las apuestas no serían, según esta idea, nunca *contratos*, sino «*causae solvendi*», es decir, causas para recibir

y retener una atribución patrimonial o, por decirlo mejor, una excepción o medida de defensa admisible frente a una *condictio indebiti*, es decir frente a una acción dirigida a reclamar la restitución de lo entregado por considerarlo como un pago indebido.

Una teoría semejante no es sostenible en nuestro Derecho positivo, en el cual, como ya hemos visto, el artículo 1.801 del Código civil concede acción para reclamar lo que se ha ganado en un juego no prohibido. «*El que pierde en un juego o apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente*», dice este artículo.

Más dudoso aparece, en cambio, el problema de si esa teoría puede aplicarse al *supuesto de los juegos ilícitos*, conforme al artículo 1.798, donde, como se recordará, se establece que la Ley no concede ninguna acción para reclamar lo que se ha ganado en un juego de suerte, envite o azar, pero que el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente. Desde antiguo se ha sostenido la idea de que lo que el juego origina, ya que no puede ser una auténtica obligación civil, puesto que la Ley la desampara y no la provee de acción para exigir el cumplimiento, es una obligación natural, concepto dentro del cual se engloban aquellos deberes morales o de conciencia que, aun no siendo exigibles mediante acción, no dan lugar a restitución cuando son voluntariamente cumplidos, es decir, producen lo que se llama una *soluti retentio* o retención de lo voluntariamente pagado. Esta concepción estaría en términos generales de acuerdo con una idea socialmente muy difundida con arreglo a la cual *las deudas de juego son deudas de honor*. Juridicamente, sin embargo, no parece que pueda sostenerse. No parece que se pueda hablar de una obligación natural, es decir de un deber moral o de conciencia, en un caso en el cual dicho deber nace de un supuesto inmoral e ilícito, como es la violación o transgresión que supone la práctica de los juegos prohibidos por la Ley. Rechazada la idea de que el juego funda una obligación natural, la doctrina propende hoy a explicar la *soluti retentio* de lo pagado voluntariamente en virtud de un juego en la idea que sirve de fundamento al principio con arreglo al cual *in pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis*. En este sentido se pronuncian, entre otros, MIRABELLI, FERRARA, BONFANTE y PLANIOL.

En nuestra doctrina civilista, los profesores PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER entendían que la coincidencia del artículo 1.798 del Código civil con el 348 del Código penal en la definición de los juegos prohibidos y el hecho de que estos juegos prohibidos estén castigados por la Ley penal como delitos, elimina totalmente la idea de una obligación natural engendrada por ellos. La obligación natural, que recoge, como antes decia, deberes de conciencia o deberes sociales desprovistos de una plena protección jurídica, sólo es posible con un estricto fundamento moral que por hipótesis falla cuando el hecho de donde se supone emanada dicha obligación es constitutivo de un delito. ¿Cómo se explica, entonces, el efecto establecido en el artículo 1.798 de que lo que se paga voluntariamente en un juego ilícito y prohibido no puede ser objeto de repetición? La exclusión de la *condictio* o de la repetición se explica a través del principio que impide reclamar la restitución de lo entregado en virtud de un contrato nulo por ilicitud o inmoralidad de la causa. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Es la idea que consagran los artículos 1.305 y 1.306 del Código civil. La privación de la posibilidad de reclamar la restitución de lo entregado no se funda en que la entrega fuera cumplimiento de una obligación natural, sino, al revés, en que el reclamante debe ser sancionado y no se le puede admitir que alegue su propia conducta irregular para fundar en ella su pretensión.

Pero todo ello nos va llevando a la idea de que la apuesta es siempre un contrato, lícito o ilícito, eficaz o nulo, pero un contrato al fin. El juego, como ha dicho BUTTARO, no sólo constituye una válida causa de un pago, sino que constituye también una *facti species* negocial, es decir un contrato.

V

¿Cuáles son las características generales de este contrato? En la doctrina general y en la técnica de nuestro Código civil, los llamados contratos de juego y de apuesta, o lo que nosotros hemos llamado únicamente contrato de apuesta, pertenecen a la categoría de los contratos aleatorios o de suerte. El contrato alea-

torio lo define el Código en el artículo 1.790 como aquel por el cual una de las partes o ambas reciprocamente se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o de hacer para el caso de un acontecimiento incierto o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado. La definición legal es, como a simple vista puede observarse, un poco confusa. La esencia del contrato aleatorio, por contraposición a los llamados contratos conmutativos, consiste en que en ellos la equivalencia de las prestaciones queda de momento indeterminada y pendiente de un acontecimiento futuro; en definitiva, pendiente de la suerte —*aleas*—, de donde procede su denominación. El ejemplo más claro de contrato aleatorio lo encontramos en el contrato de *seguro*. El asegurado paga desde el primer momento las primas fijadas en el contrato. La prestación del asegurador—la indemnización— queda pendiente de un evento incierto: que se produzca el siniestro o cuando se produzca, por ejemplo, en el seguro de vida. De esta manera, la proporción entre las prestaciones de ambas partes es perfectamente aleatoria. Lo mismo ocurre en la llamada *emptio spei*, es decir compra en firme a todo evento de una cosa futura. El comprador se obliga a pagar un precio ya determinado y en firme por algo, la cosa futura; por ejemplo, la cosecha futura, que no se sabe de momento si se llegará a producir o en qué medida y condiciones se producirá.

En el contrato aleatorio, como en el contrato condicional, existe un acontecimiento futuro e incierto que influye sobre el contrato; pero mientras que en el contrato condicional el verificarse o el no verificarse de la condición influye en la vida misma del negocio, de tal manera que si la condición se cumple el negocio deviene eficaz y si no se cumple el negocio deja de existir, el contrato aleatorio, en cambio, no tiene nunca condicionada su eficacia; es eficaz desde el momento mismo en que se ha realizado el encuentro de las declaraciones de voluntad de las partes. Del evento incierto no depende el nacimiento de la relación obligatoria, que ésta ya existe, como hemos dicho, desde el principio, sino el nacimiento de alguna o algunas de las obligaciones particulares que forman el contenido de esta relación obligatoria y su entidad o cuantía. De este modo, aun después de la conclusión

del contrato y hasta el momento en que el evento incierto se realiza o es seguro que ya no se realizará, pueden quedar indeterminados no sólo algunos de los elementos del contrato, por ejemplo, si la suma a pagar es cinco o es diez, sino también la estructura misma del contrato, es decir quién será el acreedor y quién el deudor. De esta manera es siempre posible que *un contrato nacido como bilateral se transforme en unilateral*, por venir a menos algunas de las obligaciones.

VI

Algún autor, como MANENTI, ha sostenido, por ello, a propósito del juego, que se está en presencia de un contrato que es siempre bilateral en el momento de su celebración, puesto que en ese momento todos los contratantes han quedado obligados; pero que, en cambio, puede ser sólo unilateral en el momento de su ejecución, donde sólo alguno o algunos quedan obligados una vez celebrado el juego. Pero, en contra, se ha observado con una gran agudeza que esta afirmación no es válida por lo menos en los juegos de dos personas, de las cuales sólo una, después de conocido el resultado del juego, deberá cumplir la prestación, ya que en un caso semejante se sabe, desde el momento de perfeccionarse el contrato, que un solo jugador deberá efectuar el pago y sólo es incierto cuál de los dos será. En tal caso, habría únicamente *una situación subjetiva de incertidumbre* muy semejante a la que se produce en otros contratos, como, por ejemplo, en el *de cuenta corriente*, en el cual hasta el momento de liquidación y cierre de la cuenta se ignora quién será el deudor y quién el acreedor.

Una construcción semejante, además, no puede ser extendida a aquellos juegos en los cuales la prestación de una de las partes—por ejemplo, la cuota de participación en el juego—está totalmente determinada desde el momento mismo de la celebración del contrato y viene regularmente realizada con independencia de que se verifique o no el evento incierto, mientras que es sólo la prestación de la otra parte—por ejemplo, del organizador del jue-

go—la que queda suspensivamente condicionada, de tal manera que será realizada sólo una vez conocidos los resultados del juego.

Los juegos en los que suele tomar parte un gran número de personas pueden ser divididos en dos grandes categorías, formada una por una serie de contratos bilaterales entre el organizador del juego y cada uno de los participantes en el mismo, y otra, en que todos los jugadores crean un único contrato plurilateral, ejercitando el organizador únicamente una función de intermediario. Este último supuesto, como dice ASCARELLI, es muy semejante al del negocio jurídico que da vida a una Mutua. Aquí el servicio prestado a los socios consistiría en la posibilidad de participar en el juego.

VII

Examinados así, a grandes rasgos, los problemas generales de una teoría del juego y de la apuesta desde el punto de vista del Derecho civil, convendrá que para terminar haga alguna referencia a *los problemas prácticos que plantean esas formas modernas de juegos o apuestas de reciente aparición* a que al principio me refería, en los cuales participa un gran número de jugadores o de apostantes y que son organizados profesionalmente por auténticas empresas de juego, que pueden con justicia recibir este nombre cualquiera que sea el fin a que proyecten dedicar las sumas obtenidas, es decir, tanto si se hace con ánimo de lucro como si se realiza con fines puramente benéficos.

a) El primer problema que ha surgido en la práctica es el del valor que se debe reconocer a las condiciones generales del juego dictadas por una sola de las partes, problema que dio lugar a una conocida sentencia de nuestro Tribunal Supremo. (S. T. S. 25-IX-57.)

b) Un segundo problema, que se ha planteado también ante los Tribunales de Justicia, es el relativo a la posibilidad de una modificación unilateral de las condiciones del juego por el organizador del mismo. (S. T. S. 17-III-60.)

c) Un tercer problema, de un gran interés, lo plantean las relaciones que existen entre los contratos o supuestos puros de juego y de apuesta con las figuras, hoy muy propagadas, de los llamados «concursos con premio» y de las organizaciones de premios sorteados entre los compradores o consumidores de determinados productos o de determinados servicios, organizados con fines de publicidad o de propaganda, es decir la relación entre juego y promesa pública de recompensa.

d) Por último, posee también interés el problema jurídico del juego realizado frente a las máquinas automáticas, que suscita el tema de la relación entre juego y relaciones contractuales de hecho.

Quedan estos problemas apuntados para un desenvolvimiento ulterior del tema.

BIBLIOGRAFIA.—BRUGI: *Il debito de giuoco*, en «Riv. Dir. Comm.», II, 1926, p. 146; BUTTARO: *Del giuoco e della scommessa*, en el «Commentario del Codice Civile», de SCIALOJA-BRANCA, Bologna, 1959; DEgni: *Giuochi e scommessa*, en «Nuovo Dig. It.», vol. VI; FUNAIOLI: *Giuoco e scommessa*, en «Noviss. Dig. It.», vol. VII; FUNAIOLI: *Il giuoco e la scommessa*, en el «Trattato», de VASSALLI, Torino, 1956; FURNO: *Note critiche in materia di giuochi, scommessa e arbitraggi sportivi*, en «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», 1952, pág. 609; MANENTI: *Del giuoco e della scommessa*, en la trad. ital. de las Pandectas de GLÜCK, XI, pág. 585; POTHIER: *Traité du jeu*, en «Oeuvres», III, págs. 297 y sigs., Bruxelles, 1831; SANTORO PASSARELLI: *Giuoco e scommessa-Mutuo per giuoco*, en «Riv. Dir. Civile», 1941, pág. 470; VALSECCHI: *Il giuoco e la scommessa*, en el «Trattato», de CICU-MESSINEO, Milano, 1954.

LUIS DíEZ PICAZO.

El patrimonio familiar protegido ante el impuesto general sobre las sucesiones

CONSIDERACIONES PREVIAS

Uno de los supuestos más interesantes de patrimonio separado es el de los denominados bienes familiares, que en su manifestación más típica constituyen el patrimonio familiar agrícola.

La Ley al crear estos patrimonios familiares (1) limita su regulación a un aspecto de la figura jurídica creada, sin darle generalmente el carácter de una institución plenamente organizada desde todos los puntos de vista del Derecho. Así, unas veces declara la inembargabilidad del patrimonio, condicionando, en consecuencia, su transmisión y gravamen; otras, le basta con imponer su indivisibilidad, señalando cortapisas a la división, y en otros casos interviene protegiendo el patrimonio familiar, bien de una forma positiva—prestaciones del Estado en favor de su titular—o bien negativa: concediendo exenciones tributarias a ese patrimonio.

El artículo 47 de la Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931 prometió legislar «sobre el patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos». Y el artículo 2.º de la Ley de 1 de agosto de 1935, modificativa de la Ley de Bases de Reforma Agraria de 15 de diciembre de 1932,

(1) Como señaló la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 16 de marzo de 1959, para la división del patrimonio, mediante la constitución de patrimonios separados, se requiere disposición de la Ley.

señaló en su apartado g) que «los patrimonios familiares gozarán de las exenciones tributarias establecidas en el artículo 47 de la Constitución».

La Declaración XIII, 3, del Fuero de los Españoles señaló que, «para garantía de la conservación y continuidad de la familia, se reconocerá el patrimonio familiar inembargable».

La Ley de 15 de julio de 1952 regula los patrimonios familiares que se formen con los lotes que a este objeto adjudique el Instituto Nacional de Colonización con carácter definitivo y con los bienes que los adjudicatarios aporten al mismo fin, exigiendo el cultivo personal y directo por el titular, declarando indivisibles las fincas que forman dicho patrimonio, condicionando la enajenación y el gravamen *inter vivos* y ordenando su transmisión hereditaria.

La Ley de Explotaciones Familiares Mínimas de 14 de abril de 1962, aún no vigente, limita la división de las fincas en una forma más amplia, aunque insuficiente, que la de Unidades Mínimas de Cultivo de 15 de julio de 1954.

EL PATRIMONIO FAMILIAR PROTEGIDO FISCALMENTE

El Decreto-ley de 3 de octubre de 1966, número 8, de dicho año (en adelante, DL), publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del día 4 siguiente, en su título IV, y bajo el epígrafe de «Estímulos al ahorro y patrimonio familiar», reconoce—artículo 15—a efectos tributarios un patrimonio familiar protegido fiscalmente, que puede estar constituido por valores mobiliarios o fincas rústicas, concediendo exenciones en los Impuestos Generales sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre las Sucesiones (2).

El párrafo último del citado artículo 15 dejó a determinar por el Ministro de Hacienda «las condiciones y requisitos para el dis-

(2) La conexión entre los Impuestos sobre la Renta y sobre las Sucesiones es manifiesta. Por ello en México se ha suprimido el impuesto sobre herencias, legados y donaciones, fortaleciendo el de la renta. Véanse en «Revista de Derecho Financiero» (en adelante R. D. F.), 1965, en *Crónica de Iberoamérica*; LOZANO NORIEGA: *La reforma fiscal mexicana y la derogación de impuestos sobre herencias, legados y donaciones* (págs. 91 y sigs.), y RODRÍGUEZ SÁINZ: *El nuevo impuesto sobre la renta mexicano* (págs. 1.077 y sigs.).

frute de los beneficios, la compatibilidad de dichos beneficios entre sí y con los demás de carácter fiscal concedidos por las Leyes, así como los títulos y fincas que puedan integrar el patrimonio familiar, la valoración de los mismos y de sus rendimientos, los plazos de tenencia, condiciones de sustitución de unos bienes por otros y las obligaciones formales que los contribuyentes deban cumplir» (3).

La Orden del Ministerio de Hacienda de 17 de diciembre de 1966, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del día 19 siguiente—en uso de dicha autorización—, regula fiscalmente el PFp. tratando en una primera parte—I—del Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas—normas 1.^a a 7.^a—; en una segunda—II—, del Impuesto General sobre las Sucesiones—normas 8.^a a 15—, y en una parte final—III—, sobre la aplicación de los beneficios: norma 16.

La Sección de Derechos Reales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado ha informado, interpretando la citada Orden, sobre:

I. Prueba del cultivo o explotación directa del Patrimonio Familiar Agrícola.

II. Integración del Patrimonio Familiar Agrícola.

III. Regla 11 de la Orden ministerial sobre compatibilidad de los beneficios del Patrimonio Familiar Agrícola y Mobiliario.

Nos limitaremos al estudio del PFp desde el punto de vista jurídico-fiscal y especialmente con relación al Impuesto General sobre las Sucesiones (4). Pero consideramos conveniente hacer re-

(3) El artículo 19 del citado Decreto-Ley señala que la base del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales en los actos de emisión y cancelación de obligaciones, podrá bonificarse hasta un 95 por 100 en las condiciones que se determinen por el Ministerio de Hacienda, cuando el plazo de amortización de las obligaciones no sea superior a diez años y siempre que, además, cumplan con cualquiera de los dos requisitos que señala.

(4) Considerando, como dice BAS Y RIVAS (en su *Impuesto de Derechos Reales y Transmisión de Bienes*, 2.^a ed., 1960, págs. 59 y sigs.), que en todos los impuestos, en general, hay exenciones que no son exclusivamente puras (objetivas o subjetivas), sino de carácter mixto (subjetivas condicionadas objetivamente y objetivas condicionadas subjetivamente), podríamos entender que la exención del PFp en el Impuesto de Sucesiones es objetiva condicionada subjetivamente, ya que el elemento que actúa de *conditio juris* de la exención (el PFp) es objetivo. Pero examinando detalladamente la regulación legal de

ferencia al hecho imponible exento a través de los conceptos de acto sujeto y no sujeto.

EL HECHO IMPONIBLE: ACTOS SUJETOS, NO SUJETOS Y EXENTOS

Desde el punto de vista de cualquier rama del Derecho y, por tanto, del Derecho tributario, la realidad social se divide en dos partes: una, a la que trasciende ese Derecho, que, en consecuencia, la convierte en realidad jurídica (tributaria), y otra, aquella realidad extraña a ese mismo Derecho, que será, respecto de él, extrajurídica. Ambas realidades, jurídica y extrajurídica, coinciden con la clásica distinción fiscal de actos sujetos y no sujetos. En los primeros—que son los hechos imponibles—la situación de hecho (acontecimiento material, acto o negocio jurídico, etc.) origina por voluntad de la Ley fiscal—*ex lege*—(artículo 28 de la Ley General Tributaria de diciembre de 1963, en adelante, LGT) «el nacimiento de la obligación tributaria», por ser ese presupuesto de hecho una manifestación económica interesante para la imposición.

Los actos no sujetos, en cambio, no tienen existencia fiscal, porque la situación de hecho que representan no genera obligación tributaria. Únicamente por la extensión cada vez mayor del Impuesto a los múltiples supuestos de la realidad y por la íntima conexión con los actos sujetos, de los que pueden ser apariencia, el Derecho fiscal se refiere a ellos para excluirlos de su órbita, «completando así la determinación concreta del hecho imponible» (artículo 29, LGT).

Los actos exentos son actos sujetos, porque su situación de hecho es la del presupuesto de la obligación tributaria, si bien, por excepción—privilegio—que atiende a motivos especiales—política—, la Ley del Impuesto les exime del tributo que sin esta exención

esta exención veremos que la intervención de unas personas (los sujetos pasivos beneficiarios), obligadas a tributar si no se les exceptuara del impuesto, es requisito indispensable de la exención del PFp, lo que la convierte en subjetiva condicionada objetivamente.

debería satisfacerse. Sólo la Ley, que del hecho imponible genera la obligación tributaria, puede exceptuar ésta en determinados supuestos, mediante «establecimiento... y prórroga de las exenciones» [artículo 10, b), LGT]. Pero será también la Ley Fiscal la que defina el acto exento—cuyo presupuesto de hecho es realidad juridico-tributaria—a través de la definición previa del acto sujeto [hecho imponible, artículo 10, a), LGT], cuyo concepto, con relación a la exención del PFp., es indispensable conocer (5)

EL HECHO IMPONIBLE EXENTO

Como señala SÁINZ DE BUJANDA (6), casi toda la doctrina distingue dos elementos fundamentales del hecho imponible: uno, objetivo; otro, subjetivo. El primero es el presupuesto objetivo del impuesto, situación de hecho sobre la que el tributo recae. El segundo, elemento subjetivo, es la relación fáctica o jurídica en la que debe encontrarse el sujeto pasivo del tributo en relación con el presupuesto objetivo.

Partiremos de la distinción de ambos elementos en el hecho imponible exento que estudiamos.

I. *Elemento objetivo.*

El hecho imponible exento por DL y OM del PFp. es el acto sujeto al Impuesto General sobre las Sucesiones, o sea, «las adquisiciones, a título de herencia o de legado, de toda clase de bienes radicantes en territorio nacional y de derechos, acciones y obligaciones que en él hayan nacido, puedan ejercitarse o hubieren de cumplirse y las que afecten a bienes muebles sitos fuera de él, cuando el causante o causahabiente sean españoles» [artículo 12¹, a), de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, en adelante, LRT].

(5) Sobre el hecho imponible, véase SÁINZ DE BUJANDA, *Análisis jurídico del hecho imponible*, en «R. D. F.», 1965, págs. 769 y sigs., y 1966, págs. 35 y sigs. y 343 y sigs.

(6) Ob. cit., «R. D. F.», 1965, págs. 837 y sigs.

La concreción del acto sujeto y, en consecuencia, del exento, a las adquisiciones por herencia o legado nos plantea el problema de si el beneficio del PFp. puede aplicarse a las donaciones y renunciaciones.

a) *Donaciones.*

Antes de LRT 1964, como decía BAS y RIVAS (7), la equiparación entre herencias y donaciones en el Impuesto de Derechos Reales era casi absoluta: las donaciones tributaban «como las herencias» (artículo 29 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, en adelante, RIDR) (8).

El artículo 153 de LRT 1964 sujeta las donaciones al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, las cuales únicamente «tributarán por las Tarifas del Impuesto General sobre las Sucesiones», rompiéndose así la unidad fiscal antes existente de las transmisiones a título gratuito.

Calificando el presupuesto del hecho imponible (donación) conforme a su verdadera naturaleza jurídica (contrato)—artículo 25 de LGT—ha de excluirse a la donación de la exención del PFp., quizá porque en Derecho fiscal es hoy más trascendente, como lo ha sido siempre en Derecho civil, la distinción actos *inter vivos* y *mortis causa* que la de actos onerosos y lucrativos.

Este punto de partida vincula toda interpretación posterior, y, en consecuencia, la donación de bienes del PFp. hecha por su titular al cónyuge o descendientes no goza de los beneficios de la exención que comentamos.

b) *Renunciaciones.*

Partiendo de la concepción civilista que sólo admite las renunciaciones abdicativas y gratuitas (y no las traslativas u onerosas, que

(7) *Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisión de Bienes*, 2.^a ed., 1960, págs. 692 y sigs. Véase también ALVAREZ BELTRÁN: *Las donaciones en la Ley de Reforma Tributaria*, en esta REVISTA, 1965, págs. 387 y sigs.

(8) Excepto en el plazo de presentación a liquidación, la forma—muerte del causante y escritura pública—y el término de prescripción.

son verdaderas transmisiones en forma de renuncia), consideramos que la renuncia a la herencia o al legado, pura, simple y gratuita, y que produzca el acrecimiento en favor de los demás coherederos o colegatarios (artículo 1.000, 3.º, del Código civil, en adelante, Cc), no debe equipararse a la donación y, en consecuencia, la exención del PFP. puede aplicarse siempre que los favorecidos por la renuncia y los renunciantes tengan la consideración de beneficiarios de la dicha exención (artículo 155, 6.º, LRT).

La renuncia de uno de los cónyuges o de los causahabientes del premuerto a la liquidación de la sociedad legal de gananciales tampoco se opone a que se conceda la exención, siempre que el renunciante y los favorecidos por la renuncia sean beneficiarios del PFP., ya que siendo la dicha sociedad de gananciales «una mancomunidad sin cuotas entre marido y mujer, la renuncia provoca el acrecimiento de la porción renunciada al otro u otros titulares» (9).

No es obstáculo a esta interpretación el que «las transmisiones que por disolución de la sociedad conyugal se hagan a los cónyuges en pago de haber de gananciales» estén reguladas y, por tanto, de no estar exentas, sujetas, por Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (artículo 146, 16, LRT 1964), porque no hay verdadera liquidación de la sociedad conyugal y consiguientes adjudicaciones por este concepto «cuando, disuelta la sociedad, hayan renunciado a sus efectos y consecuencias en tiempo hábil uno de los cónyuges o sus causahabientes» (artículos 1.418, 1.º, Cc, y 22, 8º y 9º, RIDR).

A) *El causante del patrimonio familiar protegido.*

Toda adquisición a título de herencia o de legado surge por fallecimiento de una persona (causante).

Para la exención del PFP. se exigen determinadas condiciones al causante en relación a los bienes de ese patrimonio, pero no se distingue entre causantes españoles y extranjeros.

(9) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 1960.

Conforme al artículo 121, a), LRT 1964, se aplica el Impuesto de Sucesiones—sin perjuicio de los convenios internacionales con otros Estados (artículo 123, 8.º, LRT, en relación con el 146, 9.º)—a las herencias y legados de bienes sitos en territorio nacional (muebles, inmuebles, derechos, acciones y obligación que en este territorio hayan nacido, puedan ejercitarse o hubieren de cumplirse), y también a las que se efectúen de bienes muebles sitos fuera del mismo territorio, cuando el causante o causahabientes sean españoles. Por tanto, pudiendo gravar el Impuesto de Sucesiones herencias de causantes extranjeros, no debe excluirse la aplicación de los beneficios fiscales del PFp. Luego estudiaremos el supuesto de beneficiarios extranjeros.

B) *Bienes integrantes del patrimonio familiar protegido.*

La norma 9.ª OM señala que el PFp. «habrá de estar integrado por valores o por fincas rústicas», regulando a continuación dos especies de este patrimonio, según su objeto: PF Mobiliario (PFM) y PF Agrícola (PFA).

El primero—PFM—es considerado más importante, como lo demuestran no sólo la redacción literal del artículo 15 DL—que le estudia en primer lugar y luego aplica los mismos beneficios al PFA—, sino la misma finalidad del dicho DL—estimulos al ahorro—e incluso los menores condicionamientos que para la concesión de la exención se imponen al PFM.

a) *Patrimonio familiar mobiliario.*

Los bienes gravados (ahora exentos) en el PFM son los valores mobiliarios, títulos-valores emitidos generalmente en serie, preferentemente causales, en los que el carácter más destacado es el jurídico obligacional—o de estar dirigidos al pago de sumas de dinero—, que puede ser exclusivo (obligaciones simples) o concurrente con el jurídico real (obligaciones hipotecarias) o con el jurídico personal (acciones).

Pero, como veremos, los beneficios fiscales no se aplican a todos los valores, sino sólo a los que reúnan una condición especial: tener cotización calificada en cualquiera de las Bolsas Oficiales de Comercio.

b) *Patrimonio familiar agrícola.*

a') *Fincas rústicas.*

Los bienes objeto de este patrimonio son las fincas rústicas, concepto que, en principio, es opuesto al de finca urbana. Pero la distinción entre ambas especies de inmuebles no es tajante en nuestro Derecho.

La doctrina y la jurisprudencia han señalado varios criterios diferenciativos. Así, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1944 y 6 de noviembre de 1947 declaran que, a base del artículo 2.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, completada por Disposiciones referentes al Catastro, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, singularmente en materia de retracto de colindantes; por Resoluciones de la Dirección General de los Registros y por la doctrina científica, se puede llegar a la conclusión de que el predio rústico se distingue del urbano:

- 1.º Por su situación o emplazamiento en el campo o población.
- 2.º Por el aprovechamiento o destino: explotación agrícola o forestal, frente a vivienda, industria o comercio.
- 3.º Por la preponderancia de uno de estos elementos, si ambos concurren en un mismo predio, o por la razón de dependencia que entre ellos exista, como principal el uno y accesorio el otro.

Las concesiones administrativas o propiedades especiales de tipo rústico—como las aguas y las minas—no se comprenderán en la exención del PFp., porque el DL y la OM comentados la limitan a «las fincas rústicas» y, conforme al artículo 23, 2, LGT, «los términos empleados se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda», no admitiéndose «la analogía

—según el artículo 24, 1, de la misma LGT—para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones».

Sin perjuicio de la prueba correspondiente en contrario, creemos que, en general, el concepto de finca rústica a los efectos de la exención del PFp. hay que limitarlo a las calificadas como tales en el Catastro de Riqueza Rústica de la Hacienda Pública, por las razones siguientes:

1.^a La norma 4.^a OM señala que «se considera rendimiento del PFA, a efectos del Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas, la base imponible de la Contribución Territorial Rústica.

2.^a La norma 10, c), OM nos dice que «se computará el valor comprobado...», obteniéndose éste por los medios de comprobaciones de valores que luego veremos, basados generalmente en la calificación que resulte del Catastro de Rústica.

En consecuencia, toda finca que no figure como rústica en el Catastro, salvo prueba en contrario, no será tomada en cuenta en valor comprobado del PFA y en la exención subsiguiente (10).

b') *Sitas en territorio nacional.*

Un condicionamiento más que la norma 9.^a, c), OM exige para la exención del PFA es que las fincas rústicas estén «sitadas en territorio nacional». Esta exigencia es consecuente con la motivación política del DL creador del PFp., disposición de Ordenación económica que trata de estimular el ahorro, que debe limitar su ámbito territorial de aplicación a las fincas sitadas en nuestra nación.

(10) Por la indicada circunstancia de figurar en el Catastro de Riqueza Rústica, gozarán, en principio, de la exención del PFp., «las edificaciones de carácter agrario que, situadas en predios rústicos, sean indispensables para la explotación de los mismos» [art. 3.º, d)], del texto refundido de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, aprobado por Decreto de 23 de julio de 1966, núm. 2.230/1966).

C) *Relación jurídica entre el causante y los bienes del patrimonio familiar protegido.*

El artículo 15 DL limita la exención a los valores «poseídos» y a las «fincas rústicas» del «patrimonio» del causante. La OM señala en su norma 9.ª, a), que «PFp. habrá de estar integrado por valores o por fincas rústicas pertenecientes al causante en *pleno dominio*, cualquiera que sea su título de adquisición».

No importa, por tanto, el título por el que el causante haya adquirido los bienes objeto del PFp. (título oneroso o lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa*), pero sí que éstos deben pertenecerle en pleno dominio.

Partiendo de la interpretación estrictamente jurídico-civil que el artículo 25 LGT nos impone, el concepto «pleno dominio» se contrapone a la propiedad limitada o gravada; no a la propiedad cuya titularidad corresponde a varias personas (copropiedad), sino a las limitaciones del dominio, referidas a los dos fundamentales grupos de facultades: las materiales y las jurídicas. Estas no serán, en general, obstáculo a la concesión de la exención, porque no se dará el supuesto de transmisión hereditaria. En cambio, la limitación en las facultades de uso y disfrute del dominio, que divide a éste en usufructo y nuda propiedad, impedirá la exención, tanto si los bienes corresponden al causante como usufructuario que como nudo propietario, puesto que no le pertenecen en pleno dominio, sino como *pars domini* (artículo 150, 9, LRT 1964).

La cotitularidad del causante con otras personas en el pleno dominio de los bienes objeto del PFp.—copropiedad—, que, como dijimos, no es limitación del dominio, no obstará a la exención en la participación proindiviso que pertenezca al dicho causante si éste cumple la condición de cultivo o explotación directa, a que luego aludiremos.

Y en cuanto a los bienes gananciales del causante y su cónyuge viudo, creemos debe formar parte del PFp. la mitad del valor comprobado de esos gananciales. Así lo entiende la Sección de Derechos Reales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado en la información mencionada, al decir que «para el cómputo del

PF habrá de atenderse exclusivamente al haber hereditario del causante y, por consiguiente, con exclusión de la mitad de los gananciales que corresponden al cónyuge supérstite, así como a los bienes privativos de éste; en consecuencia, será la cuantía de dicho haber la que sirva para determinar si hay o no lugar a conceder la exención, y en caso afirmativo, el PF privilegiado sólo podrá referirse a bienes que integren el repetido haber».

D) Condiciones especiales en cada clase de patrimonio familiar protegido.

a) En el patrimonio familiar mobiliario.

La condición necesaria para gozar del beneficio fiscal es que los valores «tengan cotización calificada en cualquiera de las Bolsas Oficiales de Comercio» (artículo 15 DL), sin que obste sean «públicos o privados», «de renta fija o variable» (mismo artículo 15 DL).

El concepto «cotización calificada en Bolsa» fue creado por el Decreto-ley de 30 de abril de 1964—número 7/1.964—«para aquellos valores que satisfagan plenamente las exigencias de un mercado más perfecto» (Preámbulo del dicho DL 7/1964).

El artículo 22 del mismo Decreto-ley dice que «la cotización oficial de los títulos-valores en las Bolsas de Comercio podrá ser simple o calificada. Para que se dé esta última será preciso que concurren las características de volumen y frecuencia de contratación que reglamentariamente se exijan».

La Orden del Ministerio de Hacienda de 28 de noviembre de 1966—publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 30 del mismo mes—, considerando «conveniente fijar las características necesarias» de esos títulos-valores con cotización calificada (Preámbulo de la Orden citada), exige que las Sociedades emittentes «presenten en la Bolsa unos índices de frecuencia y de volumen de contratación» no inferiores a los que señala en las normas 1.^a y 2.^a.

«La declaración de cotización se hará—según dispone la norma 3.^a de dicha Orden—por el Ministerio de Hacienda, a propuesta

de la Bolsa Oficial de Comercio ante la cual lo haya solicitado la Sociedad interesada, la que debe aportar cuantas pruebas acrediten su derecho»; y «aprobada la propuesta por el Ministerio, se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* y se comunicará a la Sociedad peticionaria, a todas las Bolsas y a la Junta Central de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio».

Conforme a la norma 8.ª de la misma Orden, «las Juntas Sindicales cuidarán de resaltar debidamente en sus actas de cotización y en los correspondientes Boletines de Cotización Oficial los títulos objeto de cotización calificada».

Y en cuanto a «los valores emitidos por el Estado o avalados por el mismo»—señala la norma 9.ª de la misma Orden—que, «por el solo hecho de su inclusión en la cotización oficial, disfrutarán de todas las ventajas inherentes a la cotización calificada».

b) *En el patrimonio familiar agrícola.*

Un requisito especial del PFA es el de que las fincas rústicas objeto del mismo hayan sido «cultivadas o explotadas directa e ininterrumpidamente por el causante» [artículo 15 DL y norma 9.ª, c), OM].

El cultivo o explotación directa es un concepto jurídico-civil que el legislador fiscal ha tomado de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

Fue la Ley de 15 de marzo de 1935 la que creó esta figura, concediendo al propietario el poder enervar el derecho de prórroga del arrendatario, si dispone de su finca para llevarla en explotación directa por sí o por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos (artículo 11 de dicha Ley).

La Ley de 28 de junio de 1940, manteniendo y regulando más ampliamente esa facultad de enervar la prórroga, en base de los dictados de la jurisprudencia, definió el cultivo o explotación directa en idénticos términos a como lo hace la norma 9.ª, c), OM, diciendo: Se entenderá que el causante «cultivaba o explotaba directamente las fincas cuando viniese asumiendo los riesgos totales de la empresa agrícola, sufragando los gastos a que la misma diere lugar» (artículo 6.º de dicha Ley).

La Ley de 28 de julio de 1942 creó en los arrendamientos protegidos la figura más condicionada del cultivo directo y personal, tanto respecto al arrendador como del arrendatario, «cuando las operaciones agrícolas se realicen materialmente por éste, o aquél o por los familiares, en su sentido más amplio, que con él convivan bajo su dependencia económica, no utilizando asalariados más que circunstancialmente, por exigencias estacionales del cultivo, y sin que en ningún caso el número de obradas de estos asalariados exceda del 25 por 100 del total que sea necesario para el adecuado laboreo de la finca».

De la comparación entre las anteriores disposiciones resulta que en el cultivo o explotación directa:

1. Las operaciones agrícolas pueden realizarse materialmente, en su totalidad incluso, por el propietario (causante), por sus familiares o por otras personas, que pueden ser asalariados.
2. Es requisito esencial que el propietario asuma los riesgos totales de la empresa agrícola, sufragando los gastos de la misma.

Por excepción, la aparcería—a los efectos de la exención del PFp., según dispone el párrafo último de la norma 9.^a, c), OM—no tendrá la consideración de explotación o cultivo directo.

La aportación de las fincas a Cooperativas agrícolas, Grupos Sindicales y otras Asociaciones similares de explotación no se opone al cultivo directo, porque el propietario asume en la parte correspondiente los riesgos de la explotación, pero puede privar de la exención del PFp. si se equipara a la aparcería (11).

Por último, aunque interpretando literalmente la OM, en caso de explotación directa por el marido de las fincas parafernales de su esposa o de las gananciales del matrimonio, cuya mitad en liquidación pertenece a cada cónyuge, daría lugar en la herencia de la esposa, no se otorgase exención del PFp, ya que la causante—esposa fallecida—no cultivaba directamente las fincas, entende-

(11) Las disposiciones contenidas en los artículos 11, 12 y 13 del Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966, que otorgan beneficios a Empresas y Sociedades agrarias, parecen inducirnos a la conclusión de que la aportación de las fincas rústicas a cualquier entidad no es suficiente para privar de la exención del PFA.

mos que tal interpretación choca con la finalidad de la exención, que debe concederse, porque el marido, cuando asume los riesgos de la explotación directa de fincas propias de su esposa o de las gananciales, lo hace como administrador de la sociedad conyugal, pero en interés de ambos esposos e incluso en «representación» de los dos, o mejor, de la sociedad conyugal (artículos 59, 60, 1.348 y 1.421 del Código civil).

E) Plazos de tenencia de los bienes.

Es éste uno de los requisitos necesarios para la exención que el DL dejó a determinar por el Ministro de Hacienda. La OM señala dos plazos distintos para las dos especies de PFp.

a) En el patrimonio familiar mobiliario.

La norma 9.^a, b), OM, exige que los valores mobiliarios tengan cotización calificada en Bolsa a la fecha del fallecimiento del causante, «siempre que hubiesen pertenecido a éste durante los seis meses anteriores a su defunción».

El plazo de tenencia se refiere, por tanto, a la titularidad en propiedad—pertenencia—al causante, no a la cotización calificada en Bolsa. Puede darse, entonces, el caso de que los valores sin cotización calificada al tiempo de la adquisición por el causante obtuviesen esa condición bursátil dentro de los seis últimos meses anteriores al fallecimiento del mismo y habría que entender cumplido el requisito del plazo de tenencia a los efectos de conceder la exención.

b) En el patrimonio familiar agrícola.

La citada norma 9.^a, c), OM limita la exención a las fincas rústicas pertenecientes al causante, cultivadas o explotadas directa e ininterrumpidamente por el mismo «durante el período mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de su fallecimiento».

Aquí el plazo de tenencia se refiere sólo al cultivo o explotación directa e ininterrumpida, no a la pertenencia, en pleno dominio, al causante. Por tanto, la exención sería aplicable al supuesto de que explotando el causante las fincas en forma directa e ininterrumpida, no como titular en pleno dominio, sino en otro concepto (usufructuario, arrendatario, etc.), durante el año anterior al fallecimiento, adquiere antes de morir el dicho pleno dominio de esas fincas.

c) Condiciones de sustitución de unos bienes por otros.

También dejó el DL a determinar por el Ministro de Hacienda las condiciones de sustitución de unos bienes por otros. La OM sólo regula la sustitución respecto a valores mobiliarios, señalando que «para el cómputo de este plazo de tenencia—seis meses—se admitirá la sustitución de unos valores por otros siempre que entre la enajenación o amortización y la adquisición no medie un plazo superior a dos meses» [norma 9.^a, c), apartado 2.º, OM].

No parece, pues, admisible a efectos de la exención del PFp. la sustitución de unas fincas rústicas por otras, ni la de éstas por valores o viceversa, dentro de los plazos señalados. Quizá la palabra «ininterrumpidamente» del apartado c) de la norma 9.^a de OM quiere decir que el Ministro de Hacienda usó de la autorización concedida por el DL para determinar las condiciones de sustitución en el PFA, en el sentido de no admitir subrogación en los bienes objeto de este patrimonio, por ser condición esencial el cultivo directo en todo un ciclo agrícola.

F) Límites cuantitativos del patrimonio familiar protegido.

Podemos distinguir los siguientes:

a) *Cuantía de la exención.*

La cuantía de la exención es la del valor comprobado del PFp. Así, el artículo 15 DL, aunque habla de «valor comprobado» del PFA, dejó a determinar por el Ministro de Hacienda la valoración de los títulos y fincas que puedan integrar el PFp. Y la norma 10, c), OM señala que «se computará el valor comprobado..., salvo que el declarado... fuese superior». Más adelante estudiaremos la forma de valorar el PFp.

b) *Límite a la cuantía de la exención.*

La norma 10, a), OM, conforme dispuso el artículo 15 DL, nos dice que «la cuantía del PFp. no podrá exceder de 600.000 pesetas. Esta cifra se incrementará en 60.000 pesetas por cada hijo legítimo o por cada stirpe de descendientes legítimos a quienes la Ley llame a suceder por derecho de representación».

Por tanto, caso de que el cónyuge herede a su causante sin que concurren a la sucesión hijos o descendientes legítimos, la exención máxima es de 600.000 pesetas. Con hijos o descendientes legítimos, o bien heredando éstos sin el cónyuge, la exención máxima será también de 600.000 pesetas, más 60.000 pesetas por cada hijo o stirpe de descendientes legítimos que representen al hijo premuerto.

La palabra «derecho de representación» hay que entenderla no en sentido técnico jurídico—civilmente y por lo general el derecho de representación sólo se da en la sucesión intestada—, sino en su acepción vulgar. Podemos trasladar aquí los razonamientos que BAS Y RIVAS (12) mantenía en la interpretación del supuesto de que los nietos sucedieran a sus abuelos por derecho de representación durante la vigencia de la anterior legislación del Impuesto de Derechos Reales (número 30 de la Tarifa) (13).

(12) En ob. cit., págs. 722 y sigs.

(13) Si por disposición testamentaria sucedan al abuelo (causante) nietos, viviendo el padre, al que representarían si hubiese premuerto, se concederá igualmente la exención del PFp a esos nietos si adquieren bienes del dicho PFp; pero no se aumentarán en el límite de la cuantía las 60.000 pesetas,

c) *Límites a la concesión de la exención.*

La norma 10, b), OM señala que «la exención no será aplicable si el total haber hereditario del causante excede del doble de la cantidad que, en cada caso, y de conformidad con el apartado anterior, constituya el límite máximo del PF».

«A efectos de este cómputo—señala el apartado segundo de la norma 10, b) citada—no se incluirá en el valor comprobado del haber hereditario del causante el de la vivienda que, siendo de su propiedad en todo o en parte, viniera sirviendo de hogar familiar del mismo y constituyendo su domicilio habitual en la fecha de su fallecimiento. En ningún caso podrá excluirse del cómputo por este concepto más de una vivienda.»

Una interpretación aislada y literal de la disposición comentada nos obligaría a que se aplicase en igual forma esta limitación del doble del haber a las dos especies de PF M o A: la exención se concederá siempre que «el total haber hereditario del causante no exceda de la cantidad que, en cada caso, y de conformidad» con los límites de cuantía de la exención (según el número de hijos o descendientes), constituya el límite del PF, o sea, 1.200.000 pesetas si hereda como único beneficiario el cónyuge y 120.000 pesetas más por cada hijo o estirpe de hijo, caso de que concurren éstos o hereden solos.

Pero al relacionar la citada norma 10, b), OM con el artículo 15 DL resulta que este precepto sólo concede la exención en el PFA a aquellos causantes cuyo patrimonio esté constituido «exclusiva o principalmente por fincas rústicas». En consecuencia, respecto al PFA, los beneficios fiscales no se aplicarán a las herencias cuyos causantes tengan bienes de otras clases que no sea PFA—excluida para este cómputo la vivienda-hogar familiar—cuyo valor exceda del correspondiente al dicho PFA, ya que entonces su patrimonio no será «principalmente» rústico.

Para compaginar ambas interpretaciones entendemos:

más correspondiente a la estirpe de descendientes legítimos, puesto que la Ley no les llama a suceder por derecho de representación.

1. Que la primera es aplicable a todo supuesto de PFp., sea Mobiliario o Agrícola.
2. Que la segunda es especialmente referida al PFA.

La motivación del DL de creación PFp. nos lleva a la misma conclusión. En la agricultura parece exigirse una dedicación, casi una profesionalidad, de forma que los ingresos derivados de la explotación de las fincas rústicas constituya el único o principal medio de vida del causante.

Otra interpretación daría lugar a que consideráramos que el DL ha sido derogado por la OM, ya que la autorización dada al Ministro de Hacienda para determinar las condiciones y requisitos de la exención no comprende la posibilidad de extender la exención a sucesiones de causantes cuyo patrimonio no esté constituido exclusiva o principalmente por fincas rústicas (14).

d) *Valoración de los bienes del patrimonio familiar protegido.*

Según la norma 10, c), OM, «para la fijación de los límites cuantitativos señalados en los dos apartados anteriores se computará únicamente el valor comprobado de los bienes que integren el haber hereditario del causante, referido a la fecha de su fallecimiento, salvo que el valor declarado de dichos bienes fuese superior». Es, por tanto, el valor comprobado—y el declarado, si fuere mayor—el que se tendrá en cuenta no sólo para la cuantía de la exención, sino también para conocer el límite de esta cuantía [norma 10, a), OM], así como el límite a la concesión de la exención [norma 10, b), OM].

Esta disposición es consecuente con la de los artículos 8.º de la Ley IDR y 61 de su Reglamento (declarados vigentes para Impuesto sobre Sucesiones por el artículo 150, L, LRT 1964), según los cuales la base liquidable será el valor, conforme a comprobación administrativa, si fuese mayor que el declarado por los interesados.

(14) No puede decirse que el DL sea una disposición general programática (como respecto al PF ha sido el Fuero de los Españoles), ya que rige, en cuanto a la exención comentada, desde el día 5 de octubre de 1966.

Los medios de comprobación, de acuerdo con las disposiciones de la LRT 1964 y la Ley y Reglamento IDR citados, son:

a') *Para valores mobiliarios.*

«En las transmisiones de títulos-valores servirá de base el valor efectivo que resulte de la cotización de Bolsa, y en las plazas en que no exista, de la realizada con intervención de Corredor de Comercio del día en que tenga lugar la adquisición (fecha del fallecimiento del causante) o, en su defecto, la del primer día inmediato anterior en que se hubiesen cotizado, dentro del trimestre precedente, sin perjuicio de la comprobación administrativa.» (Artículo 150 LRT 1964.)

Caso de que los títulos no se hubiesen cotizado en Bolsa durante el trimestre anterior a la fecha del fallecimiento del causante, pero sí en los primeros tres meses de los seis anteriores a dicha fecha—para poderse admitir la exención del PFP.—(15), hemos de acudir al artículo 64, 2.º, RIDR 1959, según el cual «si se tratase de valores que no se hubiesen cotizado en el trimestre precedente a su transmisión..., las Oficinas Liquidadoras fijarán la base por los medios de valoración que la Administración tenga señalados a los efectos de cualquier otro Impuesto que grave los títulos o que deba satisfacer la entidad que los emitió, sin perjuicio de la comprobación administrativa con arreglo al número 15 del apartado 2.º del artículo 80 de este Reglamento», o sea, mediante «los balances y datos de que disponga la Administración a efectos de los Impuestos que graven a las Empresas o Sociedades respectivas...»

b') *Para fincas rústicas.*

De los medios de comprobación de valores señalados por los artículos 174 LRT 1964 y 80 RIDR (declarado aplicable por el

(15) Es difícil pueda darse este supuesto en títulos con cotización calificada, cuyo índice mínimo de frecuencia de cotización, según la norma 1.ª de la Orden de 28 de noviembre de 1966, ya citada, es de un mínimo de días no inferior al 60 por 100 de sesiones de Bolsa durante el año.

artículo 174 LRT citado) destacaremos los tres siguientes, llamados «preferentes», entre los medios «ordinarios» de comprobación:

Primero. Padrón o amillaramiento de la riqueza territorial.

Segundo. Registros Fiscales o trabajos catastrales debidamente aprobados.

Tercero. Precios medios de venta que figuran en las cartillas evaluatorias a que se refiere la Orden de 10 de julio de 1957.

Además, puede acudirse a los demás medios ordinarios que sean aplicables por la naturaleza de los bienes, como lo es la valoración por funcionario técnico al servicio de la Administración (artículo 80, 12. RIDR) e incluso al extraordinario de la tasación pericial (artículos 81 y 90 a 99, RIDR).

G) Compatibilidad de los beneficios fiscales del patrimonio familiar protegido.

El DL dejó a la determinación del Ministro de Hacienda la compatibilidad de los beneficios fiscales del PFp. entre sí—Mobiliario y Agrícola—y con los demás de carácter fiscal concedidos por las Leyes. Hemos de distinguir, por tanto, dos supuestos:

a) Compatibilidad de los beneficios fiscales del patrimonio familiar mobiliario y agrícola.

La norma 11 OM señala que la exención «sólo podrá aplicarse en cada herencia a una de las dos modalidades de PF» (Mobiliario o Agrícola). El legislador ha querido conceder una exención máxima de 600.000 pesetas—más 60.000 por cada hijo o estirpe de hijo—, cualquiera que sea el objeto de PF, fincas rústicas o valores mobiliarios.

Consecuente con este principio, el párrafo segundo de la dicha norma 11 OM nos dice: «No obstante, cuando ninguna de tales modalidades alcance la cuantía máxima prevista en el apartado a)

de la norma 3.^a podrán computarse bienes de ambas hasta alcanzar el referido límite.»

No hay, pues, dos exenciones, una por PFM y otra por PFA, sino una sola exención con modalidades o especies de objeto, y, en consecuencia, no llegando ninguna de las dos clases de PF a la cantidad límite correspondiente, se admite el cómputo de la otra clase de PF hasta esa cifra.

Surge entonces el problema siguiente: ¿Por qué bienes se empezará el cómputo? La determinación de esos bienes que se computarán primeramente ¿puede deducirse de la Ley o es facultad de la Oficina Liquidadora o del contribuyente?

El hecho de que el PFM esté regulado, en primer lugar, tanto en DL como en la OM no puede considerarse como un indicio para atribuir preferencia al cómputo de los valores mobiliarios.

No hay ninguna disposición en el DL ni en OM que atribuyan esta facultad a la Oficina Liquidadora. Y, en consecuencia, queda a la voluntad del contribuyente el señalar qué bienes—valores o fincas—deben computarse primeramente.

Así lo entiende la Sección de Derechos Reales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, que en el informe mencionado señala que: «ante la ausencia de un precepto que especialmente lo limite, parece aconsejable atribuir a los interesados la facultad de designar los bienes que deben computarse para alcanzar el límite del PF, cuando ni el mobiliario ni el agrícola queden completados. Tal solución—añade—está en armonía con lo prevenido en la regla 13, la cual faculta a los interesados para la designación de los bienes que a su juicio integren aquél».

b) *Compatibilidad de los beneficios fiscales del patrimonio familiar protegido con los demás concedidos por las Leyes.*

La norma 14 OM nos dice que «la exención concedida al PF será compatible con cualquier otra prevenida en la legislación reguladora del Impuesto General sobre las Sucesiones».

De las exenciones contenidas en el artículo 123 LRT 1964 tendrá contacto con la del PFp.—y, por tanto, se planteará el problema de su compatibilidad—la regulada en el número primero de

dicho artículo: «Adquisiciones hereditarias de los ascendientes, descendientes legítimos y cónyuges cuando la total participación de cada uno en la herencia no exceda de 10.000 pesetas. Cuando dicha participación no exceda de 100.000 pesetas, la porción hereditaria correspondiente a las primeras 10.000 estará asimismo exenta».

Siendo compatibles ambas exenciones, entendemos que la exención de participación total hereditaria inferior a 10.000 pesetas se aplicará en el supuesto de que el resto de la participación por cada heredero—deducida la correspondiente a la exención del PFp.—no exceda de la dicha cantidad. Y en caso de que ese resto, excediendo de la mencionada cantidad, no sobrepase las 100.000 pesetas, se concederá la exención de las 10.000 pesetas primeras, aplicando a las demás pesetas sujetas los tipos correspondientes a las letras b) a d) del número 1 de la Tarifa del Impuesto sobre Sucesiones en la LRT 1964.

Otra interpretación traería como consecuencia la incompatibilidad entre las referidas exenciones, ya que si se tiene en cuenta para conceder la exención del artículo 123, 1, LRT citado el valor de la participación hereditaria—sin descontar previamente la cantidad exenta por PFp.—, nunca podríamos aplicar la exención de las 10.000 pesetas; y solamente se podría aplicar la exención de las 10.000 primeras pesetas cuando, dado el número de hijos y el valor del PFp., no excediese la dicha participación de cada uno—comprendido lo exento por PFp.—de 100.000 pesetas.

II. ELEMENTO SUBJETIVO.

Los sujetos pasivos de la exención—seguimos considerando al acto exento como una especie de acto sujeto—a los que la OM llama beneficiarios son «únicamente el cónyuge y los descendientes legítimos del causante titular» del dicho patrimonio (norma 8.ª OM, consecuente con artículo 15 DL).

A) *El cónyuge viudo.*

El cónyuge viudo, ya como legitimario en cuanto a la cuota legal usufructuaria, ya como heredero *ab intestato* e incluso como sucesor por testamento, gozará de la exención hasta la cuantía máxima de 600.000 pesetas cuando no concorra con hijos y no se sobrepasen los demás límites cuantitativos.

Pero como en la sucesión forzosa y en la intestada sólo hereda el viudo si no estuviese separado de su cónyuge, al morir éste, salvo que hubiese mediado reconciliación o perdón (artículo 834 del Código civil), caso de que la separación fuese en virtud de demanda, se deberá esperar el resultado del pleito (artículo 835, 2.º, del Código civil), «con interrupción de todos los plazos establecidos en el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales para la presentación de documentos, y empezarán a contarse de nuevo desde el día siguiente al en que sea firme la resolución definitiva que ponga término a aquél» (artículo 113 RIDR 1959).

B) *Descendientes legítimos.*

También son beneficiarios de la exención los hijos y los descendientes legítimos que representen a otro hijo premuerto. Ya hablamos de cómo ha de entenderse la «representación».

Siendo la legitimidad la condición jurídico-personal necesaria para la exención, hemos de remitirnos a las disposiciones del Código civil relativas a la filiación. Y así, consideraremos pueden ser beneficiarios tanto los hijos propiamente legítimos, a los que se refiere el artículo 108 del Código civil, como los comprendidos en el 110, a los que PUIG PEÑA llama de legitimidad impropia, equiparándose a estos hijos legítimos los legitimados por subsiguiente matrimonio (artículo 122 del Código civil).

En cambio, por no reunir la condición de legítimos, no gozarán de la exención del PFP los hijos naturales, los adoptivos—sea por adopción plena o menos plena (16)—y, claro está, los ilegítimos

(16) En la LRT 1964, y según el artículo 133, 13, los descendientes natu-

strictu censu. Los descendientes de estos hijos que no gozan de la exención tampoco podrán ser considerados beneficiarios.

C) *Beneficiarios extranjeros.*

La norma 15 OM señala que «los herederos de nacionalidad extranjera podrán disfrutar de los beneficios fiscales a que se refiere esta Orden siempre que acrediten la existencia del principio de reciprocidad a favor de los españoles en sus países respectivos».

La limitación de la exención respecto a herederos extranjeros al principio de reciprocidad en favor de los españoles en su país de origen se debe, posiblemente, a que el legislador fiscal consideró no existen motivos de orden público que impongan la aplicación de la exención del PFp. en todo supuesto.

D) *Concurrencia de los beneficiarios con otras personas.*

Estudiemos separadamente los dos supuestos que regula la norma 12 OM en sus apartados a) y b), ambos consecuencia lógica de la norma 8.ª: sólo son beneficiarios el cónyuge y los descendientes legítimos.

a) *Concurrencia con división del dominio.*

Surge este supuesto cuando los beneficiarios no adquieren el pleno dominio del PFp., sino que éste se divide en usufructo y nuda propiedad e incluso en los casos de sustituciones y fideicomisos, reservas, etc., correspondiendo a personas no beneficiarios algún derecho de los resultantes de la división de la propiedad.

La norma 12, a), OM manifiesta que «cuando los bienes que integran el PF del causante no fueren adquiridos en pleno dominio por su cónyuge o descendientes legítimos, los derechos que a

rales reconocidos y los adoptados plenamente tributan por la misma tarifa (núm. 2); los adoptados menos plenos tributan por la tarifa número 3 (ascendentes y descendientes por afinidad).

éstos correspondan o se les adjudiquen se valorarán según las normas generales del Impuesto de Sucesiones». Por tanto, las disposiciones de los artículos 133, 4.º, y 150, 5.º y 9.º, LRT 1964 serán aplicables a los efectos de determinar la porción de valor correspondiente a los beneficiarios y a las demás personas. Y determinado el valor de cada derecho, la deducción del PFp. se hará sólo de la porción correspondiente a los beneficiarios, conforme veremos a continuación.

b) Concurrencia sin división del dominio.

La norma 12, b), OM señala que «cuando en una sucesión concurren, junto con el cónyuge o descendientes legítimos del causante, personas que carezcan de tal condición, la cuantía de la exención se deducirá de la base de los primeros».

Consecuencia de esta norma es que, tanto en supuesto de que la concurrencia no divida el dominio entre los beneficiarios y las demás personas como en el caso de que dividiéndose el dominio esté ya determinado el valor de los derechos de cada uno, la deducción sólo se hará en la base de los beneficiarios. Luego estudiaremos la forma de girar las liquidaciones en estos casos de concurrencia de beneficiarios y otras personas.

E) Forma de hacer la deducción a los beneficiarios.

El apartado letra c) de la citada norma 12 distingue dos casos:

a) Sin legados específicos de bienes del patrimonio familiar protegido.

En este supuesto «la deducción a efectuar en cada caso en la base imponible se prorrateará entre los beneficiarios de la exención en proporción a su respectiva participación hereditaria, con independencia de las particiones y adjudicaciones que se hicieren del caudal».

El prorratio del valor comprobado del PFp. se hará entre el cónyuge y los descendientes legítimos, en su caso, teniendo en cuenta únicamente la base imponible total, incluido lo exento y lo sujeto (o sea, el capital transmitido) de cada uno de los beneficiarios. Por tanto, si el valor comprobado de la suma de los capitales transmitidos correspondientes a los beneficiarios excede del valor del PFp. o del máximo exento, o existen en la herencia otros bienes que no gozan de la dicha exención, el resto, después de deducido el valor del PFp., será la base individual sujeta para girar las liquidaciones a cada uno de los dichos beneficiarios. No se tiene en cuenta a los efectos de la exención las particiones y adjudicaciones subsiguientes de los bienes entre los beneficiarios, sin perjuicio, claro está, de los excesos de adjudicación que respecto a los mismos puedan existir, excesos que tributan por Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (artículo 133, 15, LRT 1964).

b) Con legados específicos de bienes del patrimonio familiar protegido.

El párrafo último del citado apartado c) de la norma 12 OM señala que «si el testador hubiese ordenado legados específicos de bienes que integren el PFp., la exención se aplicará únicamente al beneficiario adquirente de los mismos».

Es, pues, la voluntad del testador, y en su defecto la Ley reguladora de la sucesión, y no la voluntad de los herederos al hacer la partición de la herencia, la que el legislador fiscal tiene en cuenta a efectos de la exención del PFp. Si el legado especifica los bienes del PFp. respecto a cada legatario beneficiario, a cada uno de ellos aprovechará la exención. Si se legan conjuntamente bienes del PFp. a varios beneficiarios, la deducción respecto a los demás herederos se hará de la parte correspondiente al valor del PFp. legado y entre los legatarios en proporción a su participación en el legado.

OBLIGACIONES FORMALES QUE LOS CONTRIBUYENTES DEBEN CUMPLIR PARA GOZAR DE LA EXENCION

Dado que la mayoría de las obligaciones formales se refieren a justificar ante la Administración determinadas condiciones, es necesario examinemos las disposiciones generales sobre prueba ante el Impuesto.

A) La prueba en el procedimiento de gestión tributaria.

Hasta la publicación de la LGT no existía en nuestro Derecho una regulación orgánica de la prueba respecto al Impuesto. En la sección tercera del capítulo 3.º del título III de dicha Ley—artículos 114 a 119—se contienen las normas fiscales sobre prueba, de las que destacamos las siguientes:

a) *Carga de la prueba.*—Siguiendo la moderna teoría procesalista, el artículo 114 señala que «quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo». Por excepción, «esta obligación se entiende cumplida si se designan de modo concreto los elementos de prueba en poder de la Administración tributaria».

b) *Medios de prueba y su valoración.*—El artículo 115 dice: «Serán de aplicación las normas que sobre medios y valoración de prueba se contienen en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento civil...»

Por tanto, serán admisibles, en principio, los medios de prueba siguientes: documentos públicos y privados, confesión en juicio, dictamen de peritos, reconocimiento judicial, testigos y presunciones (artículos 1.215 del Código civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

La valoración de la prueba se hará «conforme a las reglas de la sana crítica» (artículos 609, 632 y 659 de la Ley de Enjuiciamiento

civil y 1.239 del Código civil, que recogen el principio de libre apreciación de la prueba).

Es necesario, no obstante, destacar en este sentido:

Primero. Que dada la base documental del procedimiento de gestión del Impuesto sobre las Sucesiones, formalmente la prueba ha de ser con documentos, generalmente públicos o privados fehacientes, aun cuando este medio formal—el documento—sea la expresión instrumentada de otro medio de prueba.

Segundo. Que teniendo en cuenta que la obligación tributaria no está arraigada entre los españoles como un deber moral ni jurídico, con arreglo «a la sana crítica» el valor de la prueba testifical, *como único o principal medio de prueba*, en materia fiscal es muy dudoso.

Tercero. Que, conforme al artículo 117 LGT, la confesión sólo puede admitirse respecto a supuestos de hecho, no siendo válida cuando se refiera al resultado de aplicar las normas legales.

Cuarto. Que la Ley fiscal puede establecer presunciones *iuris et de iure* prohibiendo la prueba en contrario.

OBLIGACIONES FORMALES DE LOS CONTRIBUYENTES EN RELACION A LOS ELEMENTOS DEL HECHO IMPONIBLE EXENTO (17)

I. RESPECTO AL ELEMENTO OBJETIVO.

A) *Causante*.

Siendo el fallecimiento del causante el supuesto base de la herencia, los contribuyentes deberán acreditar ese fallecimiento.

(17) Las obligaciones formales necesarias para gozar de la exención, ya se refieran a simples manifestaciones del contribuyente (como el señalar ante la Oficina liquidadora los bienes que integran el PFp), ya a justificar ciertos extremos (como el del cultivo directo e ininterrumpido por el causante), deben cumplirse y sólo pueden cumplirse en el procedimiento de gestión del impuesto ante la Oficina liquidadora, único órgano competente para calificar fiscalmente el acto y conceder o no la exención en un expediente. En consecuencia, si la exención del PFp no es declarada por incumplir el contribuyente esas obli-

con la correspondiente certificación de la inscripción en el Registro Civil, que «hace fe de la muerte y de la fecha, hora y lugar en que acontece» [artículos 81 de la Ley de Registro Civil y 115, 5), 2.º, RIDR] (18).

B) Bienes del patrimonio familiar protegido.

«Los interesados que pretendan acogerse a los beneficios fiscales reconocidos en favor del PF deberán señalar ante la Oficina Liquidadora competente los bienes que, a su juicio, integren aquél» (norma 13, I, OM) (19).

Además, los contribuyentes para gozar de la exención deben acreditar la pertenencia del causante, en pleno dominio, de los bienes del PFp. Si son valores mobiliarios, mediante los mismos títulos o con los resguardos de depósito si los valores se encuentran en poder de otra persona e incluso con la póliza correspondiente del Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio.

Si son fincas rústicas se acreditará el pleno dominio del causante con la certificación del Registro de la Propiedad, la copia de la escritura pública de su adquisición o los documentos privados, que deberán ser fehacientes.

Siendo necesario para la exención del PFp. que se justifique el dominio del causante, consideramos que la facultad que el artículo 145, 3), RIDR concede a las Oficinas Liquidadoras para, «en caso de transmisión de inmuebles, solicitar del transmitente el documento o documentos que justifiquen el título de su derecho» se convierte en obligación para el Liquidador, sin que en este sentido pueda invocarse la presunción de titularidad establecida en favor de la Administración por los artículos 48 y 75 RIDR (19 bis).

gaciones, no se puede luego, en el recurso económico-administrativo o en el contencioso-administrativo, manifestar lo que no se expuso o probar lo que no se justificó en el procedimiento de gestión.

(18) Claro que esta certificación de defunción es de necesaria presentación en la liquidación de toda herencia.

(19) Aunque, como vemos, no es indispensable la solicitud para la exención del PFp; este «señalar» los bienes de dicho patrimonio implica retención, al menos, presunta.

(19 bis) Se ha pretendido exigir la inscripción en el Registro de la Propiedad del dominio del causante titular del PFA, como requisito necesario e indispensable para la concesión de las exenciones fiscales del DL, número

Por los mismos documentos se acreditará generalmente el plazo de pertenencia de los bienes en pleno dominio, plazo que, como dijimos, se refiere a titularidad de los valores, pero no a la titula-

8/1966. de 3 de octubre, fundándose en la analogía existente con otras situaciones, como la de los documentos relativos a viviendas de protección oficial. Y, entonces, considerando a la exención tributaria como beneficio (fiscal), se dice que al igual que en las citadas viviendas el Estado niega la subvención por cada una de las construidas si no se acredita dentro del plazo legal haberse extendido la correspondiente nota de calificación definitiva al margen de la inscripción de la declaración de obra nueva edificada, debiendo entonces liquidarse el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados declarado exento provisionalmente, también la Administración —como tercero— puede exigir la mencionada inscripción de las fincas rústicas del PFA a favor del causante.

Pero esta argumentación creemos se opone al artículo 313 de la Ley Hipotecaria, en el cual «la presentación de los documentos o escrituras, a efectos fiscales o tributarios» aunque no estén inscritos en el Registro, se exceptúa de la prohibición general de inadmisión que establece dicho precepto, porque toda exención del Impuesto—beneficio fiscal—es «un efecto tributario».

Por tanto, el dominio del causante del PFA puede acreditarse, no sólo con la certificación del Registro de la Propiedad (o nota de inscripción al pie del título), sino también con las escrituras públicas de adquisición, aunque no estén inscritas, e incluso mediante documentos privados, si bien, para que éstos puedan ser admitidos por la Oficina Liquidadora, deberán contener la correspondiente nota de pago, exención o no sujeción al Impuesto (art. 176 de LRT), la cual nota les da carácter de fehacientes en cuanto a su fecha (artículo 1.227 del Código civil).

En cambio, no consideramos prueba bastante de la propiedad del causante, la presunción derivada de la titularidad a su favor «en los amillaramientos de riqueza, Registro Fiscales o trabajos catastrales», que establecen los artículos 48 y 75 del RIDR y 128 de LRT, y ello, porque se trata de una presunción establecida «para exigir el Impuesto en las transmisiones de bienes y derechos de todas clases que se verifiquen por sucesión hereditaria», no para otorgar exenciones tributarias, y, además, la inscripción de las fincas del PFA en los dichos documentos fiscales no acredita, directa y plenamente, que pertenecen al causante en pleno dominio, durante el plazo de un año anterior a su fallecimiento.

En conclusión, la prueba de dicha titularidad del causante ha de ser documental, ya sea la resultante de la inscripción registral, de la escritura notarial o del documento privado con fecha fehaciente. Quizá deba el Liquidador exigir para conceder la exención del PFA la documentación (inscrita, simplemente notarial, o privada fehaciente) que sea habitual en cada zona, teniendo en cuenta la cuantía del patrimonio, la clase de cultivo de las fincas, etcétera, hasta poder asegurarse de que pertenecen en pleno dominio al fallecido. Así, el supuesto de hecho del artículo 145, 3), RIDR—presentación de los documentos que justifiquen el título del derecho del transmitente (causante)—que normalmente es una facultad de la Oficina Liquidadora, es ahora un requisito que, para gozar de la exención del PFA, deben cumplir los interesados, y, en consecuencia, un deber del Liquidador.

ridad de las fincas rústicas, sino a su explotación directa, como luego veremos (20).

D) *Condiciones especiales en cada clase de patrimonio familiar protegido.*

a) En el PFM la cotización calificada en Bolsa se acreditará generalmente con el mismo Boletín de Cotización Oficial, que habrá de presentarse para la comprobación de valores. También puede acreditarse con el *Boletín Oficial del Estado* en el que se publicó la declaración de cotización calificada o por certificación expedida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio.

b) Respecto al PFA, el apartado c) de la norma 9.ª, OM señala que «los interesados vendrán obligados a justificar ante la Administración que las fincas rústicas han sido cultivadas o explotadas directa e ininterrumpidamente por el causante durante el periodo mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de su fallecimiento».

Como no existe en nuestra Patria ningún organismo público ante el que consten de forma inmediata los cultivos o explotaciones directas de las fincas rústicas, ni siquiera a través de la certificación negativa del Registro de Arrendamientos Rústicos—cuya inscripción es hoy voluntaria—, el medio de prueba de este extremo es difícil.

El citado informe de la Sección de Derechos Reales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado dice lo siguiente: «Ante la ausencia de medio de prueba de garantía absoluta se

(20) Siendo necesario, conforme a la norma 10, párrafo 3.º, OM, que la vivienda sea propiedad del causante en todo o en parte y que viniera sirviendo de hogar familiar y domicilio habitual en la fecha de su fallecimiento, a los efectos de excluirla del cómputo para conceder la exención cuando el total haber hereditario excede del doble de los límites de cuantía señalados, para acreditar estas circunstancias bastará: respecto a la propiedad del causante, los documentos mencionados para las fincas rústicas del PFP, y con relación a que esa vivienda sea el hogar familiar, domicilio permanente en la fecha de la muerte, la certificación del Ayuntamiento, acreditativa de la residencia, con indicación de la calle o plaza y número, y piso, en su caso.

prefirió no fijar ninguno con carácter inexcusable, máxime cuando la realidad de las distintas provincias y, dentro de ellas, de los Ayuntamientos habrían aconsejado seguir criterios diferentes. A los medios probatorios consistentes en certificados de los Ayuntamientos, Juntas Vecinales y Hermandades de Labradores y Ganaderos del lugar donde se hallen las fincas cabe añadir uno importante: los recibos de los Seguros Sociales de quienes por cuenta del explotador directo como patrono trabajen en las fincas. Este medio de prueba habrá de ser útil cuando las fincas estén distanciadas unas de otras, circunstancia ésta que no constituye por sí sola presunción de ausencia de explotación directa, ya que la OM no exige que la misma sea personal.»

Acreditar el hecho de que el causante sea cultivador directo de ciertas fincas rústicas, lo que le convierte en «empresario agrícola», no es fácil. La prueba de esta situación encierra similares dificultades que la del carácter de comerciante, puesto que ambas condiciones—titularidad de la empresa agrícola y de la empresa comercial—no se determinan por un criterio personal (pertenencia a determinado gremio) ni por un criterio formal (inscripción en cierto Registro), sino por una circunstancia real (21): el ser titular de la explotación agrícola, asumiendo, en consecuencia, los riesgos totales de la empresa agrícola, sufragando los gastos a que la misma diere lugar (22).

No hay un medio de prueba plena y de carácter inexcusable (como vimos dice el citado informe) para acreditar el cultivo directo, sino medios de prueba de alguno de los datos externos—casi siempre consecuencias posteriores—de la explotación directa, pudiendo admitirse estos medios como base de presunciones, «por el enlace preciso y directo» que haya «entre ese hecho demostrado y aquel que se trate de deducir» (artículo 118 LGT).

Así, por ejemplo, y sin criterio exhaustivo, podemos señalar los siguientes:

(21) Véase GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2.ª ed., 1955, página 243.

(22) Como dice URÍA (*Derecho Mercantil*, 2.ª ed., 1960, pág. 86), «para ser empresario hay que ejercitar en nombre propio la actividad económica en que la empresa consista. Esto quiere decir que el empresario ha de asumir los derechos y obligaciones derivados de esa actividad, tanto si se realizan directamente por él, como si se realizan por sus representantes legales o voluntarios».

1. Documentos acreditativos de la entrega a un Organismo oficial de frutos o productos de los habituales de las fincas, especialmente de aquellos cuyo comercio está regulado en forma tal, que los agricultores directos que los obtienen de sus fincas deben venderlos a esos Organismos. Así, el trigo vendido al Servicio Nacional del Trigo; la remolacha, a las fábricas correspondientes; el lúpulo y el algodón, a los servicios respectivos.

También podrían admitirse los documentos expedidos por empresas privadas que compren habitualmente a los agricultores directos productos de sus fincas que no suelen venderse en otra forma, como es la uva vendida a las bodegas o Cooperativas de elaboración vinica, aceituna a las fábricas, etc.

2. Documentos justificativos de la condición de cultivador directo del causante, sobre todo en los supuestos en que, además, sea cultivador directo y personal. Así, las certificaciones de los Ayuntamientos o Juntas Vecinales del lugar de situación de las fincas; las de las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos del mismo lugar; las del Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural, conforme conste en los documentos T-5 y T-40 y mientras las fincas estén sujetas a concentración parcelaria.

3. Documentos acreditativos de ser titular de la empresa agrícola, teniendo obreros que trabajen por cuenta del patrono en las fincas de éste. Así, los recibos de Seguros Sociales de los trabajadores agrícolas (23).

Todos los citados documentos encierran la siguiente dificultad: no acreditan que el causante explotaba directamente y en forma

(23) El ser sujeto pasivo de la Contribución Territorial Rústica en ambas cuotas, fija y proporcional—en la primera como propietario (art. 16 del texto refundido de la Contribución citada, Decreto de 23 de julio de 1966), y en la segunda como titular de la explotación, propietario de las fincas agrícolas que las explota por sí (art. 38 de dicho texto refundido)—, podría ser un medio de acreditar el cultivo directo del causante. Pero este medio de prueba presenta los siguientes inconvenientes:

1.º El sujeto pasivo de la cuota fija puede también ser el usufructuario, el censatario, etc., y en la cuota proporcional también es sujeto pasivo el propietario que no explota las fincas por sí, sino en forma de aparcería asociativa u otra análoga (artículos citados).

2.º Al aplicarse la cuota proporcional solamente a las explotaciones agrícolas con base imponible en la cuota fija superior a 100.000 pesetas, se limita el campo de la exención del PFP a las herencias en que concurren muchos hijos o descendientes legítimos.

ininterrumpida precisamente las fincas que constituyen su patrimonio—individualmente—, ni muchas veces demuestran que el cultivo ha sido el del año inmediatamente anterior al fallecimiento.

Por ello, en ocasiones el medio más práctico será el acta de notoriedad acreditativa del cultivo o explotación directa durante el último año de vida del causante, respecto a las fincas que pertenecieron al mismo, en pleno dominio.

A dicha acta, que se tramitará conforme a los artículos 209 y 210 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, podrán aportarse como pruebas, e incluso puede el Notario «estimarlas necesarias», hayan sido o no propuestas por el requirente, las que anteriormente hemos expuesto.

En los casos en que se otorgue escritura de partición de la herencia o de protocolización del cuaderno particional, el Notario autorizante de ésta puede declarar la notoriedad del cultivo directo por medio de diligencia en la misma escritura, previa presentación por los mismos otorgantes, ahora requirentes de la notoriedad, de los medios de prueba correspondientes.

II. RESPECTO AL ELEMENTO SUBJETIVO.

a) Los contribuyentes beneficiarios de la exención del PFp. deben acreditar su carácter de herederos del causante mediante copia autorizada de las disposiciones testamentarias, si las hubiere, y en su defecto, testimonio de la declaración judicial de herederos; y si ésta no estuviere hecha, con relación de los herederos presuntos [artículo 115, 5), 2.º, RIDR] (24).

b) También debe justificarse el parentesco de los herederos con el causante [artículo 115, 5), 3.º, RIDR], prueba que a los efectos de la exención del PFp. tiene enorme trascendencia:

a') El cónyuge acreditará su condición de tal mediante la certificación de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil,

(24) Estos documentos son, como la certificación de defunción del causante, de obligatoria presentación para liquidación del impuesto en toda herencia.

«que da fe del acto del matrimonio» (artículo 69 Ley Registro Civil).

b') Los hijos legítimos justificarán su cualidad mediante las correspondientes certificaciones de la inscripción del nacimiento del Registro Civil, «que hacen fe del hecho, fecha, hora y lugar» (artículo 40 Ley Registro Civil); debiendo ser literales—y no en extracto—para que den fe de la filiación—legítima o ilegítima—con las notas marginales correspondientes, y se hará constar en las mismas certificaciones que se expiden para los asuntos en que las Leyes directamente distinguen la clase de filiación (artículos 29 y 30 del Reglamento de Registro Civil de 14 de noviembre de 1958).

Los descendientes legítimos deberán acreditar del mismo modo su filiación legítima y la de sus padres en cuya representación heredan, justificando con la correspondiente certificación de defunción el previo fallecimiento de los dichos padres.

B) *Concurrencia de los beneficiarios con otras personas.*

La norma 13, 2, OM reconoce que «cuando con el cónyuge o descendientes legítimos participen en la herencia otras personas» surge la posibilidad de una posterior adjudicación de bienes del PFp. a personas no beneficiarias. De aquí la importancia de la partición y subsiguiente adjudicación de los bienes.

a) Si los interesados presentan a la Oficina Liquidadora el cuaderno particional para la liquidación del Impuesto y declaración de la exención del PFp. no hay problema: la exención se concederá sólo respecto de los bienes del PFp. que adquieren los beneficiarios.

b) Pero si la liquidación se gira sobre relación de los bienes del causante, porque «no se acompaña el cuaderno particional» (norma 13, 2, OM), podría darse el caso de que luego se adjudicasen bienes del PFp. a las personas no beneficiarias de la exención, incluso habiéndose practicado liquidación definitiva, ya que para ésta sólo se exige que los interesados pidan que la liquidación se

practique con esa condición y «acompañen a las solicitudes o relaciones de bienes, firmadas por todos ellos, los correspondientes documentos judiciales o administrativos» [artículo 115, 3), RIDR].

La OM, en previsión de este supuesto, señala que «deberá manifestarse qué bienes de los constitutivos de dicho patrimonio (PFp.) se pretenden, en su caso, adjudicar a estas últimas—personas no beneficiarias—(norma 13, 2). Y para privar a las liquidaciones giradas de su posible carácter de definitivas añade: «Las liquidaciones practicadas y las exenciones concedidas en base de esta manifestación tendrán necesariamente carácter provisional» (norma 13, 2, citada).

Surgen aquí dos situaciones: una liquidación provisional y una exención provisional, ambas «condicionadas al efectivo cumplimiento de lo declarado» respecto a la adjudicación de los bienes del PFp. (norma 13, 2, dicha).

a') «Las liquidaciones practicadas con carácter provisional», como toda liquidación de esta clase, «serán revisables» en cuanto a «todos sus elementos» integrantes «al practicarse las liquidaciones definitivas, a la vista, en su caso, de la partición de la herencia» (norma 13, 2, repetida). Aunque esta norma de la OM sólo señala esa posibilidad de revisión, el artículo 118, 2), RIDR nos dice que «es revisable de oficio» toda liquidación provisional al practicarse la definitiva.

El plazo en que deba practicarse esa liquidación definitiva será —ya que la OM nada dice—el señalado por el RIDR, según el cual «se verificará dentro del año siguiente, a contar desde la fecha de la provisional, pudiendo dicho plazo prorrogarse por otro año por el Director General de lo Contencioso» (artículo 115, 6), «a cuyo efecto así se hará constar por nota extendida en el documento por el Liquidador al practicarse las liquidaciones provisionales» (artículo 120, 1, RIDR). «Transcurrido dicho plazo sin que los interesados hayan cumplido con lo previsto..., se requerirá a los interesados en la sucesión o a los presentantes de los documentos liquidados provisionalmente para que lo verifiquen en término de dos meses, pasados los cuales sin haber sido atendido el requerimiento se girará la liquidación suplementaria de la provi-

sional a cargo de cada uno de los herederos que esta última comprenda, y que consistirá en un 10 por 100 de las cuotas anteriormente liquidadas» (artículo 120, 2, RIDR).

La revisión de la liquidación provisional al girarse la definitiva puede ser:

Primero. En beneficio del contribuyente, con derecho a devolución de la cantidad correspondiente, en su caso, «cuando la liquidación definitiva se solicite dentro del plazo de los cinco años, contados desde la fecha en que debió hacerse» (artículo 115, 6, RIDR).

Segundo. En beneficio del Estado puede revisarse la liquidación provisional al girar la definitiva «si el término de prescripción de la acción administrativa para exigir este término no hubiese pasado aún» [artículo 118, 1), RIDR]. Este plazo de prescripción de la acción para exigir el impuesto será el de diez años [artículos 64, b), LGT, y 143, 1), RIDR] y resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 13 de enero de 1953); y «empezará a contarse desde la fecha de la última liquidación girada en la sucesión de que se trate, ya tenga el carácter de parcial o de provisional o de complementaria» (artículo 118, 1, citado).

Como en toda liquidación provisional—y conforme al artículo 115, 7, RIDR)—«los interesados satisfarán el interés legal en concepto de demora desde el día en que se practicó la provisional, por el importe de las nuevas liquidaciones a que la definitiva diere lugar» (25).

b') Al haberse concedido una exención (provisional) por la Ley, «cuya definitiva efectividad depende del ulterior cumplimiento por el contribuyente de cualquier requisito por aquélla exigido—presentar el cuaderno particional—, la Oficina Liquidadora hará figurar en la nota en que el beneficio fiscal se haga constar el total

(25) Aunque con las solas disposiciones del RIDR, se llega, como hemos visto, a la misma conclusión de que la liquidación practicada es provisional y que sus elementos serán revisables al girarse la definitiva, la OM, reconociendo el fracaso que en la práctica han tenido las liquidaciones definitivas y suplementarias, por el hecho de que la mayoría de las herencias que no se elevan a escritura pública, quedan en la liquidación provisional, trata de «recordar» que en los casos en que se aplique esta exención del PFP es de mayor trascendencia exigir se cumplan disposiciones sobre liquidaciones definitivas.

importe de la liquidación que hubiera debido girarse de no mediar el beneficio de la exención» (artículo 177 LRT 1964).

Esta liquidación que hubiere debido girarse de no mediar la exención se practicará a cargo de los beneficiarios a los que se adjudican bienes del PFP, ya que si todos esos bienes se adjudican a personas no beneficiarias no habría lugar a conceder exención.

La nota marginal de afección de los bienes transmitidos al pago de las expresadas cantidades, que los Registradores de la Propiedad y Mercantiles deben extender—hipoteca tributaria legal y expresa—, tendrá lugar en caso de solicitarse por algún heredero la anotación preventiva de su derecho hereditario o por legatario; también en los supuestos de adjudicación parcial—en escritura pública—de bienes del PFP. Cuando la partición fuere notarial no surgirá esa nota de afección si la adjudicación es de todos los bienes de la herencia.

APLICACION DE LOS BENEFICIOS FISCALES DEL PATRIMONIO FAMILIAR PROTEGIDO

El artículo 27 DL señala que «entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (día 4 de octubre de 1966). Y, consecuente con esta disposición, la norma 16 OM, única de la parte final (III), sobre «aplicación de los beneficios», nos dice que «las anteriores normas serán aplicables... para las sucesiones causadas a partir del día 5 de octubre de 1966, respecto al Impuesto sobre las Sucesiones».

No señaló el propio DL—que comenzó a regir el dicho día 5 de octubre—las condiciones y requisitos para el disfrute de los beneficios... «ni las obligaciones formales que los contribuyentes deban cumplir», dejando su determinación al Ministro de Hacienda, el cual usó de esa autorización en la OM de 17 de diciembre de 1966, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del día 19 siguiente. Surge entonces el siguiente problema: ¿Qué derechos tienen los beneficiarios del PFP. a los que no se conceda la exención por no haber cumplido las obligaciones formales correspondientes al no

conocerlas, ya que no se había publicado aún la OM a cuya determinación quedaban? O más concretamente, ¿en qué situación se encuentran las herencias de causantes fallecidos entre los días 5 de octubre y 5 de diciembre de 1966 (fechas de publicación en el *Boletín Oficial del Estado* del DL y OM), si en el haber hereditario hay bienes del PFp. y no se liquidaron como exentas?

A estos efectos distinguiremos tres situaciones:

A) Herencias cuyas liquidaciones han sido pagadas.

Entendemos que los beneficiarios de la exención tienen derecho a la devolución de las cantidades satisfechas, que, por corresponder a bienes del PFp., estarían exentas, sobre todo si en la solicitud de liquidación se pedía la aplicación de los beneficios fiscales PFp. o del DL de 3 de octubre de 1966.

Las razones de esta posición son las siguientes:

La indeterminación sobre elementos tan fundamentales como los que el DL dejó a «determinar por el Ministro de Hacienda» produjo un error de hecho en el contribuyente, nacido de la ignorancia derivada de la ambigüedad del DL, vigente desde el día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, pero que no establece todos los elementos esenciales del hecho imponible exento, de forma que pudiese aplicarse inmediatamente la exención.

Además, conforme al artículo 10 de la LGT, «se regularán en todo caso por Ley»:

«a) La determinación del hecho imponible, del sujeto pasivo, de la base, del tipo de gravamen del devengo y de todos los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria...»

«b) El establecimiento... de las exenciones.»

Si, como hemos dicho, el acto exento es un hecho imponible exceptuado por la Ley de pagar Impuesto, su «determinación» debe hacerse completamente en la misma Ley, sin que se pueda dejar al Ministro de Hacienda parte de «la determinación» de ese

hecho, puesto que «el establecimiento de las exenciones» en la propia Ley debe hacerse con todos los elementos suficientes para poder aplicarla, especialmente cuando la vigencia de la Ley que establece la exención es inmediata (26).

En consecuencia, consideramos puede seguirse el procedimiento del artículo 217 RIDR, relativo a las devoluciones.

B) Herencias cuyas liquidaciones han sido practicadas, encontrándose pendientes de pago.

En base de las argumentaciones que hemos expuesto consideramos que puede emplearse el procedimiento del apartado 3) del artículo 216 para subsanar errores materiales, porque son «manifiestamente comprobados».

Y también puede seguirse el recurso, bien de reposición, interponiéndole en el plazo de ocho días ante la misma Oficina liquidadora, bien la reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial correspondiente, dentro de los quince días, contados en ambos casos desde la notificación de la liquidación [artículo 216, 2) RIDR].

C) Herencias cuyas liquidaciones estén sin practicar.

Consideramos que, en aras de la economía del procedimiento, pueden los interesados cumplir las obligaciones formales correspondientes para gozar de la exención en el plazo de quince días a partir de la publicación de la OM en el *Boletín Oficial del Estado* (19 de diciembre de 1966). Y decimos plazo de quince días por analogía con las múltiples disposiciones del Reglamento del Impuesto que fijan ese término para la presentación de documentos complementarios..

(26) Sobre la constitucionalidad de las leyes fiscales, véanse SÁINZ DE BUJANDA: *La gran paradoja de la Ley General Tributaria*, en «R. D. F.», 1964, páginas 269 y sigs., y GARCÍA AÑOVEROS: *Las fuentes del Derecho en la Ley General Tributaria*, «R. D. F.», 1965, págs. 309 y sigs.

Estos problemas se hubiesen resuelto si la OM contuviera disposiciones «transitorias» (?) reguladoras de este anómalo supuesto de retroactividad de una disposición «interpretativa», a cuya determinación se dejó «la determinación» de elementos fundamentales para gozar de la exención del PFp. que introdujo el DL «determinado e interpretado» (27).

CEFERINO ESPINOSA AFONSO.

Registrador de la Propiedad de Sahagún.

(27) No ha determinado la OM qué requisitos deben cumplir los beneficiarios del PF, después de adquirido, para que no desaparezca inmediatamente éste, y, sobre todo, en fincas rústicas, para que se continúe el cultivo directo del causante. No imponer, en este sentido, ninguna limitación, daría al traste con la finalidad político-económico de la exención del PF.

NOTAS

Meditaciones en torno a la cancelación

SUMARIO: I. Un problema de anatomía descriptiva (¿Es la cancelación un asiento accesorio?).—II. Un problema de fisiología orgánica (Tanto el asiento de inscripción como el cancelatorio desempeñan una misma e idéntica función).—III. Un problema de patología interna (el consentimiento cancelatorio del artículo 82): A) Diagnóstico diferencial. B) Tratamiento clínico. C) ¿Ablación quirúrgica? D) Un ruego final.

I

UN PROBLEMA DE ANATOMIA DESCRIPTIVA: ¿ES LA CANCELACION UN ASIENTO ACCESORIO?

Todo asiento practicado en los libros de inscripciones del Registro de la Propiedad responde a un propósito fundamental: dar *publicidad* a un acto jurídico de tipo inmobiliario, acto normalmente constituido fuera del propio Registro, el cual solamente constata los distintos avatares a que la relación jurídica tabulada se halla sujeta a lo largo de su ciclo biológico.

En este sentido la inscripción vendría a ser algo así como la fe de vida de un acto jurídico; mejor dicho: de la relación jurídica que en dicho acto se constituye, modifica o transmite. Por el contrario, la cancelación vendría a suponer una especie de certificado de defunción de esa misma relación jurídica. Si la inscripción supone una especie de «abrazo» entre el Registro y la realidad jurídica—abrazo de cuya efusividad son harto elocuente prueba los artículos 17, 34 y 41 de la Ley—, la cancelación entraña una «lucha cuerpo a cuerpo» entre ambos elementos, real y registral. Una lucha en la que el Registro, al menos en apariencia, lleva todas las de ganar, como proclama, *aliis verbis*, el artículo 97.

No es de extrañar, por tanto, que, con la vista fija en los diametralmente opuestos resultados de uno y otro asientos, inscripción y cancelación sean consideradas como dos figuras perfectamente antagónicas, de suerte que bastaría con ir observando las características morfológicas de la inscripción para que, correlativamente y *via negationis*, fuésemos obteniendo el concepto analítico de la cancelación. En efecto: si la inscripción es un asiento positivo, ya que proclama, en resumidas cuentas, la vigencia de una relación jurídica, la cancelación será asiento negativo. Si en ciertos casos la inscripción puede ser un asiento provisional (pensemos en la tremenda eficacia del artículo 355 del Reglamento sobre las inscripciones de actos sujetos a caducidad o plazo resolutorio), tal cualidad debe serle negada a la cancelación. Si la inscripción, en fin, es un asiento principal, que tiene subsistencia propia, la cancelación debe ser un asiento accesorio, ya que no se concibe sin la previa existencia de una inscripción.

Accesoriedad... ¿Puede, en verdad, predicarse este atributo como propio de la cancelación? Todo dependerá del valor que demos a los conceptos de principalidad y accesoriedad. Si entendemos que basta con que una cosa preexista necesariamente a otra como condición suficiente para que ésta sea accesorio de aquélla, indudablemente la cancelación sería accesorio de la inscripción. Si, por el contrario, entendemos que la preexistencia es condición «necesaria», sí, pero «no suficiente», llegaremos a conclusiones muy distintas.

Trataré de explicarme a través de un ejemplo. Imaginemos un asiento de inmatriculación de la finca X, libre de cargas. Al cabo de unos años—pongamos más de dos para no hacerlo complicado—el propietario enajena a título oneroso el usufructo vitalicio de la finca. Se otorga la escritura y se practica una inscripción que tendrá el número 2. Andando el tiempo, el usufructuario renuncia a su derecho, otórgase la escritura y se practica un nuevo asiento, que lleva el número 3.

Pues bien; si admitimos que la cancelación es accesorio de la inscripción número 2, ya que nadie puede renunciar sino a aquello que le pertenece, de la misma manera tendríamos que admitir que el asiento número 2 es accesorio del número 1, o sea, del asiento

de inmatriculación. (Nadie puede disponer de aquello que no le pertenece.)

Si, por el contrario, negamos la accesoriedad de la inscripción número 2 respecto de la número 1 (cosa que con rara unanimidad *no* se suele negar), de la misma manera tendremos que negar la accesoriedad del asiento número 3 respecto del número 2. ¡O todos o ninguno, señores!

Toda cancelación presupone una inscripción anterior. Esto es evidente. Pero no lo es menos que la presupone precisamente para negarla y destruirla. ¡Extraño *accesorio* éste, cuya misión no es dar esplendor, sino destruir a lo *principal*! Por este camino llegaríamos a afirmar que el antibiótico es accesorio de la enfermedad; la muerte, accesorio de la vida, y... el certificado de defunción, accesorio de la fe de vida. O lo que es lo mismo y en términos registrales: que la cancelación es accesorio de la inscripción...

Conclusión, en forma de ruego: Suprimamos de los tratados hipotecarios, y en lo que a los asientos registrales se refiere, los ya de por sí perturbadores conceptos de principalidad y accesoriedad. Y en lo relativo a cancelaciones, carguemos el acento sobre su carácter de asiento negativo. Que ahí es donde radica su principal diferencia con la inscripción (1).

II

UN PROBLEMA DE FISIOLOGIA ORGANICA (TANTO EL ASIEN- TO DE INSCRIPCION COMO EL CANCELATORIO CUMPLEN UNA MISMA E IDENTICA FUNCION)

Cuestión eternamente debatida en el campo del Derecho inmobiliario es y será siempre la de determinar cuál sea exactamente el objeto de la registración. Nuestros más ilustres tratadistas han

(1) En contra de la accesoriedad de la cancelación ya se han pronunciado, acertadamente, CHICO Y BONILLA (*Apuntes*, tomo II, pág. 369). Y en pro de su carácter de asiento negativo, como rasgo más característico de la cancelación, nos apoyamos en el concepto que de este asiento nos brinda el profesor LA-CRUZ: *Asiento destinado exclusivamente a una negación de un anterior contenido registral* (*Lecciones*, pág. 333).

encontrado aquí campo abonado para sus más brillantes construcciones doctrinales, cada una de las cuales es perfectamente defendible *per se ipsam*, además de serlo siempre *auctoritatis gratia*.

Pocos, sin embargo, han procedido en esta materia con la impecable e implacable lógica de que ha hecho gala el Profesor LA-CRUZ BERDEJO cuando distingue entre el objeto de la presentación (siempre un título en sentido formal) el objeto inmediato de la registración (un título material relativo a bienes inmuebles) y el objeto mediato o de publicidad (las titularidades jurídicas sobre bienes inmuebles). Dejándonos, pues, guiar por el catedrático zara-gozano—cuyo razonamiento, repetimos, antójase nos irreproachable—volvamos al ejemplo que propusimos en la primera parte de este estudio y procedamos con valentía jurídica. Es decir, planteémonos problemas (2).

Ante nosotros se despliegan tres asientos consecutivos y correlativos. El primero de ellos proclama que la finca X pertenece a una persona determinada, en pleno dominio y libre de toda carga. El segundo nos informa que el propietario se ha desprendido de la facultad de uso y disfrute de la finca, y que esa facultad se atribuye a otra persona cuyo nombre consta tabulado. Y el tercer asiento, en fin, nos dice que el usufructuario ha dejado de serlo... Pero también nos dice otra cosa: que la facultad de uso y disfrute ha revertido al dueño. Claro está que no lo dice expresamente. Pero lo dice (3).

Tanto la inscripción como la cancelación presuponen un título formal que, a su vez, es la expresión de un acto jurídico material o sustantivo. Pero aparte de esa similitud, ambos asientos presentan otra mucho más acusada, a saber: la de ser *instrumentos para la publicidad del tránsito de una facultad jurídica* (4). El hecho de

(2) Con ello, no hago más que seguir la pauta que, en la «mesa redonda» de dictámenes y casos prácticos de nuestra época de opositores, se marcaba a sí mismo mi querido y admirado amigo JOSÉ ARISTÓNICO GARCÍA SÁNCHEZ. «No quiero soluciones; quiero problemas. Cuantos más, mejor». Muchas veces, y siempre con extrañeza, le oí pronunciar estas palabras. Pero de la eficacia de esta norma de conducta podrá dar cumplida fe todo el que haya seguido un poco de cerca la actuación que, con caracteres de verdadero *record*, tuvo este compañero en las últimas oposiciones a Notarias libres, celebradas en Madrid.

(3) Recordemos la «elasticidad del dominio», tantas veces comentada por JERÓNIMO GONZÁLEZ, y enlacemos esta cualidad con el artículo 97 de la Ley.

(4) Naturalmente, no todas las inscripciones entrañan tránsito de facultades jurídicas. La declaración de obra nueva, la registración de excesos de ca-

que ese tránsito sea de dentro a afuera (del dueño a un tercero) o de fuera a adentro («retorno» al dueño de una facultad propia del dominio) no aminora este enorme «parecido» entre la inscripción y la cancelación.

Partiendo de otros argumentos llegaríamos siempre al mismo resultado. Porque, en definitiva, inscripción y cancelación son *algo que se le viene encima a la relación jurídica inscrita*. Hemos visto en la primera parte de este estudio que los propósitos de uno y otro asiento son radicalmente distintos; hemos hablado de «abrazo» en la inscripción y de «lucha cuerpo a cuerpo» en la cancelación. Pues bien; si las intenciones son muy distintas, el resultado es, paradójicamente, el mismo: proclamar la verdad oficial (artículos 38 y 97) y anada más que la verdad (artículo 32) acerca del *status* jurídico de una finca, y contar como apoyo de esa verdad con la protección, al menos inicial, de los Tribunales (artículo 1.º).

Conclusión: Si en la vida real nada hay que se parezca más al abrazo que la lucha cuerpo a cuerpo, en la vida registral ocurre exactamente lo mismo. ¡Tenía razón ORTEGA Y GASSET!

* * *

Volvamos a nuestro caso concreto y fijémonos en la inscripción número 2. ¿Quién estará en puridad más interesado en que ese asiento se practique? Indudablemente, el usufructuario, es decir, el titular de una facultad jurídica objeto de transmisión. Y ¿por qué es él el principal interesado? Pues porque, aparte las positivas ventajas que la inscripción lleva consigo (citemos como más características las derivadas de los artículos 38, 41 y 313), el adquirente, que no pierde de vista los artículos 17 y 32, quiere ponerse a salvo de las molestísimas consecuencias de la no inscripción. Y es que sabe que en nuestro sistema inmobiliario, de inscripción puramente declarativa, los derechos reales pueden perder su cua-

bida, la agrupación, la división y la segregación de fincas—siempre que no vayan seguidas, estas dos últimas, de una transmisión—, suponen modificaciones puramente *objetivas*, y precisamente por ello quedan automáticamente excluidas del ámbito y propósito de este trabajo.

lidad de *erga omnes* en caso de retraso en la inscripción. Los artículos 17 y 34 forman en este sentido un *tandem* demoledoramente eficaz.

Partiendo, pues, de que el principal y casi único interesado en que la inscripción se practique es el titular de la facultad jurídica transmitida, ¿será necesario el consentimiento del transferente para que pueda practicarse la inscripción? Indudablemente, no. Por varias razones. Primera, porque al desprenderse de un derecho, una persona se desprende también de los accesorios del mismo, uno de los cuales es el derecho a la publicidad registral. Segunda, porque cuando las cartas hablan (...podrá... el que adquiere el derecho... artículo 6.º), las barbas, por muy dominicales que sean, deben permanecer en el más absoluto mutismo, al menos en lo que a consentimiento se refiere.

Fijémonos ahora en el asiento número 3 de nuestra historia, es decir, en la cancelación. Y preguntémonos si, *mutatis mutandis*, podemos trasplantar a ella los argumentos que acabamos de exponer referidos a la inscripción. Concretamente, si es necesario el consentimiento del usufructuario para que la cancelación pueda operarse. La lógica más elemental parece indicarnos que semejante trasplante es perfectamente válido y posible. Al desprenderse una persona de un derecho debe desprenderse también de su accesorio: la publicidad registral (porque aquí sí que cabe hablar de accesoriedad: salvo en la inscripción constitutiva, el asiento registral es siempre accesorio de un título material).

III

UN PROBLEMA DE PATOLOGIA INTERNA: EL CONSENTIMIENTO CANCELATORIO DEL ARTICULO 82

A) *Diagnóstico diferencial.*

Frente a la pretendida lógica de la interpretación que sustentamos—no es necesario que el titular consienta en la cancelación, dada la analogía entre este asiento y el de inscripción y dado,

además, que la Ley no lo exige en este último asiento—, parece salirnos al paso, cerrándolo a piedra y lodo, la dicción literal del artículo 82: *Las inscripciones... hechas en virtud de escritura pública... no se cancelarán... sino por escritura o documento auténtico en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción.*

Los términos del artículo 82 se presentan a primera vista claros y tajantes, pareciendo no admitir otra interpretación que la puramente literal. Es decir, *siempre* se requerirá, además del consentimiento material que consta en la escritura y que el artículo 1.261 del Código civil exige, un consentimiento *específico* para que el asiento sea cancelado.

Ahora bien, ¿nos es lícita esta interpretación? Y, sobre **todo**, ¿es práctica? Nuestra respuesta en ambos casos es la del más rotundo NO. Y nuestros argumentos son los siguientes:

a) *Argumento a fortiori.*

A lo largo de todo este estudio venimos tratando de demostrar la fundamental identidad entre la inscripción y la cancelación, basándonos en que tanto uno como otro asientos dan fe de una misma cosa: el tránsito de una facultad jurídica. Pues bien; imaginemos que el usufructuario de nuestro cuento, en vez de renunciar a su usufructo, decide enajenarlo. Se otorga la escritura y con ella en la mano el nuevo usufructuario, al amparo del artículo 6.º, solicita y obtiene la inscripción. ¿Exige la Ley que el usufructuario cesante consienta en la práctica de la inscripción a favor del nuevo titular? Ni mucho menos; el usufructuario cesante sólo es tenido en cuenta a los efectos del tracto y a los efectos de la calificación del título; si se desprendió en escritura pública de su derecho, inscripción *habemus*, sin entrar en más exigencias. Es decir, al tercer adquirente se le abren de par en par las puertas del Registro, cosa que no ocurre con el dueño, el cual, para poder registrar la consolidación del pleno dominio, necesita, además de la escritura de extinción, un específico consentimiento del ex usufructuario. Si ese consentimiento no se da o se niega, el dueño

—¡todo un dueño!—se ve forzado a acudir a los nada cómodos y, lo que es peor, nada rápidos trámites judiciales ordinarios.

Consecuencia: Para que un gravamen subsista, máximas facilidades (artículo 6.º). Para que la propiedad quede libre de cargas, máximas trabas (artículo 82). El Registro de la *Propiedad* parece convertirse en Registro de *cargas*.

b) *Argumento ad absurdum*.

Se ha otorgado la escritura de renuncia del usufructuario. Es decir, por virtud de su propia «elasticidad», el dominio ha quedado consolidado. El nudo propietario registral, pleno propietario en la vida real, quiere hacer coincidir ambos mundos, real y tabular. Pero he aquí que el usufructuario cesante, aun habiendo consentido ante Notario en que su usufructo revierta al *dominus*, quizá *por moer*, como el gallego del cuento—aquel que quería ser enterrado en Meira de Arriba si moría en Meira de Abajo y viceversa—, no ha prestado ese especial consentimiento a que alude el artículo 82.

El propietario, ajeno a estas minucias legales, ha presentado la escritura de renuncia en el Registro. Y ahora viene lo bueno del caso: ¿Cuál ha de ser la actitud del funcionario registral? Si cancela, como le pide el propietario, parece que se ataca un precepto legal, el artículo 82, el cual exige un requisito—consentimiento—ausente en este caso. Si no cancela, el Registrador está violando algo mucho más grande y más serio: la propia esencia de la Ley Hipotecaria.

En efecto, si el Registrador, como tantas veces hemos leído en nuestros maestros, actúa como Juez territorial con conocimiento de causa, entonces no puede ignorar el contenido de la escritura, que proclama a los cuatro vientos la consolidación del dominio. En efecto, la escritura ha sido presentada, con lo que el principio de rogación se ha cumplido. La escritura hace fe, entre otras cosas, del *hecho que da lugar a su otorgamiento* (artículo 1.218 del Código civil). La notoriedad registral es evidente. ¿Entonces? ¡A cancelar! Pero... ¿*Quid* del artículo 82? ¡Terrible dilema!

Garantizar la propiedad inmobiliaria; activar la circulación de la riqueza; facilitar las adquisiciones, la obtención de dinero por parte de los propietarios y el acceso al Registro de los bienes raíces, que en un 60 por 100 se hallan todavía sin inscribir... He aquí los propósitos fundamentales de la Ley Hipotecaria, dormidos en su Exposición de Motivos y esperando, como el arpa del poema becqueriano, la mano que sepa pulsar sus cuerdas. Pero ya hemos visto cómo en nuestro caso la mano del artista—*ars nobile* es el oficio de Registrador, decía don JERÓNIMO—se encuentra aherrojada por la realmente extraña, pero legalmente no imposible, conducta pasiva de una persona que no teniendo derecho alguno sobre una finca tiene, en cambio, un derecho *ex lege* sobre la publicidad registral de la misma, al menos mientras el Juez no le haga entrar en razón.

El panorama jurídico, tanto real como registral, y, lo que es peor, el panorama económico, contemplado desde el observatorio de la Exposición de Motivos, no puede ser más sombrío en tanto la *nollentia* del usufructuario siga en pie. Las *facilidades de adquisición* se esfuman; el propietario no tiene gran acceso que digamos a la *obtención de dinero*; el Registro publica una inexactitud que al Registrador consta *ex officio*, y, para terminar, se produce una desinscripción o, mejor dicho, un colapso en la vida registral. Con otras palabras, menos técnicas pero más reales: ni el interesado en adquirir la finca, diligente padre de familia, que quiere tener a su favor todos los pronunciamientos registrales, se anima a comprar algo que por circunstancias de lugar y tiempo le convenía adquirir precisamente entonces y no en otro momento; ni, del otro lado, el dueño de la finca puede adquirir esas «pesetiñas» que, a lo peor, le están haciendo mucha falta. En resumidas cuentas: lucro cesante à *gogó*, gracias (?) a la interpretación literal del artículo 82.

B) Tratamiento clínico del artículo 82.

En las líneas que preceden hemos intentado demostrar que la interpretación literal nos conduce al absurdo. Porque absurdo nos

parece que de la aplicación literal de un precepto de la Ley salgan malparados todos y cada uno de sus pilares básicos.

Rechazada, pues, esa interpretación hemos de buscar otra u otras más acordes con el espíritu de la Ley. Veamos el pie que para ello nos dan la propia Ley, la jurisprudencia y la doctrina.

B.1) *Antinomia legal: frente al artículo 82, su antagonista el 103.*

Solamente el titular del derecho inscrito puede dar su *consentimiento* para la cancelación. Y este consentimiento, que ha de ser *expreso*, no sólo puede, sino que, además, *debe*, emanar del titular inscrito. Y *de nadie más*. Tal parece indicar, con otras palabras, el artículo 82. Donde la Ley no distingue ¿nos es lícito a nosotros distinguir?

Respuesta: es lícito... porque la Ley *distingue*, aunque no en el artículo 82, sino en el 103, cuyo apartado 2.º obliga al Registrador a constatar en el cuerpo del asiento cancelatorio el nombre y apellidos de la persona *a cuya instancia o con cuyo consentimiento* se verifique la cancelación. Henos, pues, ante un interesante problema de interpretación cuyos puntos esenciales serían los siguientes:

a) *Instancia y consentimiento* ¿han de venir *necesaria y cumulativamente* conectadas a *una sola persona*? (La cual, por imperativo del artículo 82, no puede ser otra que el titular inscrito.) Entendemos que NO. Si el legislador lo hubiese entendido así hubiera empleado la conjunción copulativa *y* en vez de la disyuntiva *o*.

b) Ya que no *cumulativa*, ¿pueden serlo *alternativamente*, *pero siempre en relación a una misma persona*? Si por *instancia* entendemos (y en esto no existe la más mínima discrepancia doctrinal) la mera presentación de un título en el Registro y la práctica del correspondiente asiento en el libro Diario, es evidente que el artículo 103 da entrada a persona distinta del titular inscrito a que se refiere el artículo 82, el cual queda *ipso facto* en la más absoluta evidencia.

c) Supuesta una *dualidad de personas*, a una de las cuales se conecta la instancia y a la otra el consentimiento, ¿es necesaria la *concurencia* de ambas para la eficacia del acto cancelatorio? Si el legislador hubiese empleado el plural (las personas) y la conjunción *y*, evidentemente. Pero como no lo ha hecho...

d) ... No nos queda más remedio que admitir un hecho evidente: basta con que uno de los dos requisitos (consentimiento del titular inscrito o instancia de otra persona) se cumpla para que *sin más dilaciones* la cancelación haya de ser practicada. Subrayo deliberadamente la palabra dilaciones; si entre los ingleses el tiempo es oro, para nosotros los Registradores el tiempo supone muchísimo más. Para nosotros el tiempo es *lema*.

Conclusión: «El consentimiento es necesario», dice el artículo 82. «Basta con la instancia de otro», replica el 103. ¿A quién habrá que dar la razón? La Exposición de Motivos tiene la palabra, habida consideración de los intereses que en nuestro caso andan en juego. Y en tal coyuntura me parecería jugar con ventaja apostar por el artículo 103, y ganas de perder tiempo y dinero hacerlo por el 82.

B.2) *Posición jurisprudencial (no tan reiterada como se pretende y proclama).*

«La cancelación es un acto de desprendimiento de derechos que equivale a una enajenación.» Es decir, que no sólo la presupone, sino que se equipara a ella. Tal es el criterio de nuestro Centro Directivo a través de una reiterada jurisprudencia de la que son muestras las resoluciones de 22-VI-1936, 25-X-1932 y, más recientemente, la de 26-X-1964, glosada esta última en las páginas de nuestra *Rsvista* por CÁNOVAS COUTIÑO.

Ahora bien, esa reiterada jurisprudencia, de la cual son significativos botones de muestra las resoluciones transcritas y que entraña un enorme respeto hacia la dicción literal del artículo 82, ha dejado abiertos a veces pequeños portillos que dan pie, y no precisamente forzado, para sustentar otras posibles interpretaciones.

En tal sentido la resolución de 28-VI-1909 minimiza hasta hacerlo casi desaparecer el consentimiento formal, engarzándolo en el material, es decir, en el consentimiento «manifestado en los actos extintivos de derechos inscritos».

En la misma línea de pensamiento, la resolución de 30-VI-1933 pone de relieve la «inconsecuencia de que al consentimiento de los interesados se dé más valor que a los preceptos de la Ley misma, hasta el punto de que cuando ésta declara fenecidos los derechos se exija *también* el consentimiento».

Por si todavía quedara flotando alguna duda, la propia resolución termina diciendo: «Cuando las inscripciones carecen de vida y eficacia, la Ley *debe facilitar su formal cancelación*.» Creemos que no harán falta comentarios...

B.3) *Posición doctrinal (bastante hostil al artículo 82).*

Casi en su totalidad, nuestros más insignes hipotecaristas ven en el artículo 82 («... escritura o documento auténtico en que preste su consentimiento el titular...») la exigencia legal no ya de una específica cláusula de la escritura de extinción del gravamen inscrito, sino más bien la necesidad de una escritura cuyo *único objeto* sea precisamente la expresión de voluntad del titular inscrito para que su asiento sea cancelado y *sin que esa declaración de voluntad se apoye, al menos documentalmente, en acto jurídico material de ninguna especie*.

Así entendido—nada hay que lo impida—, el artículo 82 supone, por parte del legislador español, un clarísimo tributo de admiración al régimen jurídico inmobiliario alemán, por cuanto entraña nada menos que el trasplante a nuestro sistema, al menos en lo que a cancelaciones se refiere, del «acuerdo abstracto traslativo», eje diamantino en torno al cual giran todas las modificaciones jurídico-reales del Derecho germánico.

Nada tenemos en contra del admirable país teutón y menos aún contra su elaboradísimo sistema jurídico. Pero nos parece absurda, o por lo menos carente de razón de ser, la adopción por nuestro legislador hipotecario de un principio jurídico que en su

más íntima esencia choca abiertamente contra las líneas básicas de todo un sistema inmobiliario, regido, de un lado, por el sistema del título y el modo, y de otro, por el carácter no constitutivo, sino meramente declarativo de la inscripción.

DON JERÓNIMO GONZÁLEZ fue el primero en poner de manifiesto los peligros del consentimiento formal para la cancelación al decir que «puede convertirse en fuente de abusos y perjuicio de terceros» (5).

El maestro Roca no se pronuncia tan abiertamente en contra del artículo 82, pero no deja de ser significativo el hecho de transcribir ampliamente en su tomo III las resoluciones que antes traíamos a colación (resoluciones todas ellas hostiles al principio de consentimiento formal). Por si acaso quedara alguna duda citamos el siguiente pasaje, por demás expresivo del *respeto* que el consentimiento formal inspira al gran jurista barcelonés: «La notoriedad se impone al consentimiento, ya resulte (la notoriedad) del mismo asiento, ya de *documento fehaciente del que resulte que el derecho inscrito se ha extinguido*» (6). Veamos con anterioridad que la presentación en el Registro de la escritura extintiva de un derecho reforzaba más aún, si cabe, la notoriedad del documento público.

GIMÉNEZ ARNAU no se anda por las ramas a la hora de juzgar la utilidad del artículo 82 y su consentimiento formal, «sofístico y difícil de entender por un meridional» (7). Tesis ésta que, por vía de transcripción, suscribe y rubrica IGNACIO DE CASSO.

Los más violentos ataques contra el artículo 82 han partido del profesor LACRUZ BERDEJO. El consentimiento formal, entendido como «exclusiva declaración de voluntad de que se practique una cancelación» (8), será siempre «un caso más discutido en la teoría que frecuente en la práctica» (9), «pudiendo provocar una inexactitud registral» (10), toda vez que ese consentimiento «va destinado solamente a la publicidad, es decir, a evitar que un

(5) *Principios*, pág. 222.

(6) *Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 643.

(7) *Tratado*, tomo I.

(8) *Ob. cit.*, pág. 333.

(9) *Ibid.*, pág. 340.

(10) *Ibid.*, pág. 336.

derecho sea publicado» (11). Es decir, que no habrá por qué presumir extinguido el derecho al cancelar el asiento. O lo que es lo mismo, el artículo 82, entendido *more germánico*, pone al artículo 97 en la más absoluta evidencia. Así parece entenderlo SANZ FERNÁNDEZ al decir que «no se puede registrar la manifestación unilateral si no es *con alegación de causa*». Esta frase la recoge y hace propia el profesor LACRUZ, paladin, como se ve, de la hostilidad doctrinal hacia el consentimiento formal cancelatorio.

C) *¿Ablación quirúrgica?*

Antes de comenzar a plasmar gráficamente estas *Meditaciones*, su autor ha llevado a cabo una pequeña encuesta entre un selecto grupo de profesionales del Derecho Hipotecario. He aquí los resultados: de diez Registradores de la Propiedad, cada uno de los cuales cuenta en su haber con más de veinticinco años de servicios en el Cuerpo, solamente dos de estos compañeros han tenido que enfrentarse a lo largo de su vida profesional, dos veces uno de ellos y sólo una el otro, con escrituras de consentimiento formal cancelatorio. Y en los tres casos la escritura fue el remedio propuesto por el propio Registrador para poder resolver sendos problemas marcadamente patológicos... Esto, por el lado registral. Porque del lado notarial, cinco Notarios de Madrid—las páginas de esta REVISTA se han visto muchas veces enriquecidas con sus trabajos—han coincidido en afirmar la penuria estadística de las escrituras cancelatorias basadas en el puro consentimiento formal.

Hemos visto a lo largo de todo este estudio cómo la interpretación literal del artículo 82 nos conduce al absurdo; hemos observado igualmente cómo la interpretación «germánica» no goza precisamente del favor de nuestro más autorizado sector doctrinal. La práctica profesional y cotidiana, a través del testimonio de quince ilustres compañeros, nos pone, en fin, de relieve la escasa viabilidad estadística del consentimiento formal cancelatorio.

Así las cosas, nuestra pregunta—última que nos hacemos—

(11) *Ibid.*, pág. 334.

queda flotando en el aire: ¿Tiene derecho a subsistir un precepto legal cuya única misión sea facilitar la labor patriarcal del Registrador solamente para casos patológicos de tracto sucesivo, cuyas probabilidades de existencia son tan escasas?

D) *Un ruego final.*

Maestros del Derecho Hipotecario español: mi brazo no tiene fuerza ni autoridad para alcanzar con el dardo de mis *Meditaciones* ese blanco que está en el ánimo de todos vosotros—suponiendo que hayáis tenido paciencia suficiente como para leer este artículo hasta el final—. Mis mal trabados razonamientos han pretendido poner de manifiesto las perturbadoras consecuencias, hermenéuticas y prácticas, del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Si algo hay de aprovechable en mi estudio, yo os pido que lo recojáis y que con la fuerza de vuestra autoridad dictéis sentencia, absolviendo o condenando a ese perturbador precepto legal. Vuestro fallo, que desde ahora prometo acatar, será el mejor premio para el estudio de

TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI M.-CÓRDOVA.
Registrador de la Propiedad.

LEGISLACION

Crónica legislativa

SUMARIO: I. ORDEN MINISTERIAL SOBRE ASIMILACIÓN DE LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD A EFECTOS DE REGULACIÓN DE DERECHOS PASIVOS.—II. DECRETO SOBRE ACTUALIZACIÓN DE CLASES PASIVAS.—III. TEXTO REFUNDIDO SOBRE LA CONTRIBUCIÓN TERRITORIAL RÚSTICA Y PECUARIA: 1. Criterio seguido al redactarlo. 2. El hecho imponible. 3. Exenciones y bonificaciones. 4. Composición de la contribución. 5. Cuota fija: delimitación del hecho imponible, el sujeto pasivo, la base imponible, la base liquidable, la deuda tributaria. 6. Cuota proporcional: delimitación del hecho imponible, el sujeto pasivo, la base imponible, la base liquidable, devengo de la cuota y periodo impositivo, la deuda tributaria. 7. Disposiciones transitorias.

I

El *Boletín Oficial del Estado* de 3 de mayo último publicó la Orden ministerial de 26 de abril sobre asimilación de los Registradores de la Propiedad a los efectos de la regulación de derechos pasivos.

Dispone: Que las referencias de las categorías de Magistrados y Jueces de entrada, ascenso y término, que a los efectos de derechos pasivos de los Registradores de la Propiedad se contienen en el artículo 291 de la Ley Hipotecaria se entenderán hechas a la categoría única de «miembros de la carrera judicial» establecida en el artículo 4.º de la Ley de 18 de marzo de 1966; y que la certificación expresiva de los servicios prestados por los Registradores de la Propiedad y del número de trienios reconocidos, con deducción del tiempo transcurrido en situación de excedencia, se extenderá por la correspondiente Jefatura de personal de la Dirección General de los Registros y el Notariado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.º del texto refundido de la Ley de Dere-

chos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966.

II

El *Boletín Oficial del Estado* de 26 de abril último publicó el Decreto del 13 del mismo mes sobre actualización de pensiones de Clases Pasivas.

Dispone: Que la actualización de haberes pasivos civiles se efectuará respecto a las pensiones causadas antes del 1 de enero de 1965, aplicando a las mismas el coeficiente de aumento que se señala en el anexo del Decreto; que del mismo modo y por igual procedimiento se efectuará la actualización de las pensiones causadas o reconocidas con posterioridad a 31 de diciembre de 1964 que se hayan determinado con arreglo a la legislación anterior a 4 de mayo de 1965 y que no estén exceptuadas por el Decreto; y que los coeficientes se aplicarán sobre las pensiones, tomando como base su cuantía en 1 de julio de 1967.

En el anexo del Decreto figura la carrera judicial, con el 2,5 de coeficiente de aumento.

III

1. El texto refundido de la Contribución Rústica y Pecuaria se aprobó por Decreto de 23 de julio de 1966 y se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* del día 10 de septiembre del mismo año.

Para redactarlo se ha tenido en cuenta:

1.º No limitarse a la transcripción pura y simple de los preceptos con rango legal dictados en épocas en que prevalecían criterios económicos y sociales contradictorios, sino ajustarse a los principios de la actual sistemática tributaria.

2.º Incorporar al texto refundido las disposiciones dictadas por Departamentos ministeriales distintos del de Hacienda, pues de no hacerlo así tales disposiciones quedarían derogadas, en virtud de

lo dispuesto en la disposición transitoria 2.^a de la Ley General Tributaria, al entrar en vigor el nuevo texto, y se produciría una laguna legal de graves consecuencias.

2. La Contribución Rústica y Pecuaria constituye un impuesto a cuenta de los generales sobre la renta total de las personas físicas o de las Sociedades y demás Entidades, según la naturaleza del perceptor de dicha renta, y recae sobre el importe de la que anualmente producen real o potencialmente los bienes y actividades calificados tributariamente como rústicos y pecuarios.

El hecho imponible en la contribución se origina: por la percepción, devengo o susceptibilidad de obtención de los rendimientos de los bienes, derechos y actividades, calificados tributariamente de naturaleza rústica o pecuaria; y por la utilización, goce o posesión de los bienes que produzcan o puedan producir los expresados rendimientos.

Se considerarán, a efectos tributarios, bienes y derechos de naturaleza rústica o pecuaria:

1.º Las fincas rústicas.

2.º La ganadería.

3.º Las canteras, las tierras que constituyan primera materia para actividad fabril y las aguas salinas.

4.º Las edificaciones de carácter agrario que, situadas en predios rústicos, sean indispensables para la explotación de los mismos.

5.º Los terrenos ocupados por canales de navegación y de riego y pantanos, incluso álveos y riberas, los diques y murallas, de piedra o de tierra, los embarcaderos con muralla adyacente y los demás terrenos accesorios ocupados en servicio de los mismos canales y pantanos, o sean todos los terrenos que componen los planos aprobados para la ejecución de obras, así como las albuferas.

6.º Los terrenos ocupados por rías no incluidos en el llamado dominio natural.

7.º Los censos, fosos, subfosos, pensiones y cualquier otro gravamen que tenga carácter perpetuo establecido sobre terrenos rústicos exentos de la contribución, cualquiera que sea la persona física o jurídica obligada a satisfacerlos.

8.º Las aguas públicas o de propiedad privada que se utilicen mediante retribución en el riego de fincas ajenas, siempre que no se trate de una renta de capitales invertidos en obras de canalización o aprovechamiento de aquellas aguas que estén exceptuadas de tributación con arreglo a la legislación de aguas.

A los efectos de la debida delimitación del hecho imponible no tendrán la consideración de bienes de naturaleza rústica los gravados en la Contribución Territorial Urbana.

3. La Ley enumera las exenciones permanentes y generales, las exenciones permanentes por razón de la cuantía de la base imponible, las exenciones temporales y las bonificaciones tributarias generales.

4. La contribución comprenderá una cuota fija y una cuota proporcional que seguidamente se examinan.

5. Respecto a la *cuota fija*, interesan los siguientes extremos: Delimitación del hecho imponible, el sujeto pasivo, la base imponible, la cuota liquidable y la deuda tributaria.

a) *Delimitación del hecho imponible*.—Dicha cuota fija gravará las rentas reales o potenciales que correspondan a la propiedad o posesión de los bienes o derechos calificados tributariamente de naturaleza rústica y pecuaria, o al mero ejercicio de actividades agrícolas, forestales, ganaderas o mixtas. También se gravarán en la cuota fija las rentas reales o potenciales del ganado dependiente de las fincas, atendiendo a la capacidad productiva de las respectivas parcelas, con excepción de aquellos casos en que constituyan actividad ganadera independiente. La tenencia de ganado de labor que sea necesario para las actividades agrícolas o forestales no tendrá la consideración de actividad ganadera.

La actividad ganadera independiente también será gravada con cuota fija, entendiéndose que se realiza respecto al conjunto de cabezas de ganado que se encuentra comprendido en alguno de los casos siguientes: que pade o se alimente en tierras que no sean explotadas agrícola o forestalmente por el dueño del ganado, el estabulado fuera de las fincas rústicas, el trashumante o trastermi-

nante y aquel que se alimente fundamentalmente con piensos no producidos en la finca en que se críe. Las controversias que se susciten entre la Administración y los contribuyentes respecto al hecho de si un conjunto de cabezas de ganado debe reputarse como actividad ganadera independiente serán resueltas por el Jurado Tributario.

b) *El sujeto pasivo.*—Serán sujetos pasivos de la cuota fija de la contribución: el propietario o usufructuario de los bienes objeto de la misma o quienes legítimamente representen sus derechos; las herencias yacentes, comunidades de bienes que, aun carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición; el que ejerza el dominio directo cuando haya separación de dominios de carácter temporal; el censatorio cuando la separación de dominio sea de carácter perpetuo o por tiempo indefinido, constituyendo foros, censos y gravámenes análogos; los propietarios de cada una de las partes cuyas respectivas bases impositivas se calculen por separado a los efectos tributarios, en el caso de existir contrarios en virtud de los cuales haya separación de dominios, tales como suelo y vuelo, pastos y cultivos y otros análogos, y los perceptores de censos, tributos o cualquiera otra imposición establecida especialmente sobre terrenos o fincas exceptuados en absoluto del pago de la contribución.

Tratándose de parcelas arrendadas, la cuota fija se exigirá al arrendador y será responsable sobre el arrendatario en la parte que corresponda a la base imponible que exceda de la renta que perciba el propietario.

A tales efectos, no se considerará como contribución, la cuota empresarial para seguros sociales, en la agricultura, que continuará íntegramente a cargo del arrendatario.

c) *La base imponible.*—La base imponible en la cuota fija será el producto líquido de la tierra y el rendimiento de la ganadería estimados con arreglo a las normas que a continuación se enumeran:

La base imponible comprenderá la suma de las cantidades siguientes: la que en concepto de renta corresponda al propietario

de la tierra acrecida en el interés de los capitales invertidos actualmente en cultivo, la que en concepto de beneficio corresponde al que cultiva la tierra y la que en concepto de beneficio y de interés de los capitales invertidos anualmente en la explotación pecuaria corresponda al sujeto pasivo del tributo.

La base imponible de cada parcela catastral será la resultante de aplicar a la misma los productos o rendimientos líquidos que se calculen por una hectárea de cada uno de los cultivos o aprovechamientos en cada una de las intensidades productivas que se reconozcan en un término municipal, comarca o zona.

Para la determinación de las bases imponibles de la cuota fija se aplicarán los módulos de estimación que como media se obtengan de los que hayan prevalecido en los cinco años anteriores en la cuota proporcional.

La base imponible en las parcelas dedicadas a explotaciones forestales en ciclo de producción superior al año se fijará en el cociente que resulte de dividir los rendimientos totales a obtener en su ciclo de producción, calculando según los modelos que hayan prevalecido en el último quinquenio por el número de años que integran el citado ciclo.

En la base imponible para la cuota de las fincas rústicas se incluirán, en su caso, las rentas reales o potenciales del ganado dependiente de las mismas, con arreglo a la capacidad productiva de las parcelas integrantes de aquéllas.

La base imponible en la cuota fija de la actividad ganadera independiente se fijará en función del rendimiento neto presunto por año y cabeza, sirviéndose de la media de los módulos de estimación que hayan prevalecido en los cinco años anteriores.

Cuando la aplicación de la cuota proporcional resulte que en las explotaciones correspondientes a fincas arrendadas se deduzca en concepto de canon arrendaticio satisfecho una cantidad superior a la base imponible que figure en los documentos catastrales de las parcelas que aquéllas comprendan, se adicionará la base de la cuota fija en la siguiente forma: se estimará como adicional para un período de cinco años la diferencia entre el canon arrendaticio, reducido en una décima parte y la base liquidable de las parcelas correspondientes.

Cada cinco años se rectificarán las bases imponibles de la cuota fija de la contribución, tanto por lo que respecta a las fincas rústicas como al ejercicio de la actividad ganadera independiente.

d) *La base liquidable.*—Las bases liquidables de las parcelas agrícolas y forestales y de la actividad ganadera independiente en el año en que tenga efecto la rectificación y en los cuatro siguientes se fijará, como máximo, el 50 por 100 de las bases imponibles.

Las bases liquidables en las parcelas sujetas a esta contribución en que se hubieren realizado las mejoras que a continuación se indican no podrán exceder de las imponibles que les hubieran correspondido de no haberse realizado aquéllas.

Esta bonificación comprenderá los periodos de tiempo siguientes: 1) Tres años. Las plantaciones nuevas, realizadas anual y consecutivamente en dicho tiempo, de cereales, plantas leguminosas, forrajeras, textiles, bulbos y tubérculos, siendo condición precisa la alternativa no interrumpida de tales cultivos y que éstos se establezcan en terrenos en que antes había viñedos. 2) Cinco años. Los terrenos reducidos a cultivo o pasto por efecto de la desecación de lagunas o pantanos. 3) Seis años. Las plantaciones nuevas que se hagan con variedades o híbridos de vid americana resistentes a la filoxera, contándose el plazo desde el año siguiente a la plantación y siendo condición precisa que el terreno en que la misma se lleve a efecto estuviere dedicado con anterioridad al cultivo de la vid; las plantaciones de olivos, almendros, algarrobos, avellanos, castaños, encinas, manzanos y demás árboles o arbustos forestales en asociación con la vid. 4) Diez años. La de plantaciones nuevas de viñas o de árboles frutales, y la de terrenos transformados en regadío. 5) Veinte años. Las de nuevas plantaciones de olivos.

Los plazos indicados se contarán siempre a partir de la fecha de la terminación de la plantación u obras de mejora.

Las bases liquidables de las parcelas catastrales que hayan sido objeto de concentración parcelaria no podrán ser superiores a las que, como riqueza, o base imponible, tuviesen fijadas en la fecha en que fuera publicado el Decreto de Concentración que las afecte.

e) *La Deuda Tributaria.*—El tipo de gravámenes de la cuota fija a aplicar sobre la base liquidable será el 10 por 100. Sobre la

base liquidable, la cuota tributaria o la suma de cuota y recargos, se aplicarán o podrán aplicarse, según los casos, los recargos que fije la Ley.

6. Respecto a la *cuota proporcional*, interesan los siguientes extremos: delimitación del hecho imponible, el sujeto pasivo, la base imponible, devengo de la cuota y periodo impositivo y la deuda tributaria.

a) *Delimitación del hecho imponible*.—Tributarán por la cuota proporcional los rendimientos de las explotaciones agrícolas y forestales cuando su base imponible en la cuota fija sea superior a 100.000 pesetas, y las explotaciones ganaderas y mixtas cuando, igualmente, su base imponible en la cuota fija sea superior a las 100.000 pesetas. Reglamentariamente se aplicarán los criterios enunciados a las explotaciones de carácter mixto.

Se considerará como una explotación el conjunto de cabezas de ganado o cualquier extensión de terreno, aunque esté compuesto por varias parcelas, lindes o no entre sí, que, en forma técnicamente autónoma, tenga por objeto la producción ganadera, agrícola o forestal, cuyos riesgos se asuman por la persona o Entidad que las realiza.

Se considerarán imputables al cabeza de familia los rendimientos de todas aquellas explotaciones de las que por cualquier concepto sean titulares sus hijos menores o su cónyuge, salvo que, en cuanto a éste, medie sentencia de divorcio o separación judicial.

Si las fincas agrícolas o forestales, o el ganado de renta, estuvieren arrendados a persona ligada por relación de parentesco en primero o segundo grado de consanguinidad o afinidad con los propietarios o usufructuarios de aquéllas, podrá considerarse que, a pesar de ello, son explotados por estos últimos cuando tales contratos tengan por finalidad eludir total o parcialmente el impuesto.

Podrá presumirse que varias explotaciones agrícolas, forestales o ganaderas constituyen una sola cuando todas ellas se sirvan, indistintamente y con habitualidad, de unos mismos edificios, instalaciones, máquinas, tractores o pastos. No se considerarán como una sola explotación las que se realicen por una Cooperativa, Grupo Sindical de Colonización o Agrupación Sindical de Explotación

en Común, legalmente aprobadas o formen parte de una explotación conjunta, a la que por disposición con rango de Ley se reserve tal beneficio, cualquiera que sea la base imponible que corresponda al conjunto de las explotaciones agrupadas. Cuando alguno de los titulares de las explotaciones agrupadas en estas Entidades estuviera sujeto al pago de la cuota proporcional se le practicará la liquidación por dicha cuota de manera independiente.

Las presunciones expresadas admitirán prueba en contrario, que será apreciada por el Jurado Tributario.

En los casos de aparcería, así como en las explotaciones de carácter asociativo o cesión la forma pecuaria se considera titular de la explotación el propietario, sin perjuicio de la imputación de rendimientos que a continuación se regula.

Cuando se determine la existencia de una sola explotación cuyos rendimientos se distribuyan entre todos o varios perceptores se establecerá igualmente las personas físicas o Entidades que la integren y la forma en que se estima debe distribuirse físicamente la base liquidable que se impute a la explotación. Si no existiera documento con los requisitos legales para surtir efecto contra tercero que determine los porcentajes de distribución de los rendimientos entre los distintos partícipes, las controversias que se susciten entre la Administración y los contribuyentes serán resueltas por el Jurado Tributario.

b) *El sujeto imponible.*—Son sujetos pasivos en la cuota proporcional: los propietarios o usufructuarios de fincas agrícolas o forestales cuando las explotan por sí, e incluso en forma de aparcería, asociativa u otra análoga; los arrendatarios, si se trata de fincas arrendadas, sean o no protegidas; el titular de la explotación en todos los demás casos, y, en especial, en las explotaciones ganaderas, y las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás Entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición.

Cuando el sujeto pasivo de la obligación tributaria sea una Sociedad o Entidad pública sometida al Impuesto General sobre la Renta de Sociedades se limitará su tributación en la Contribución a la cuota fija, cualquiera que fuese la cuantía de su base im-

ponible, sin perjuicio de que le sean determinadas en el régimen de cuota proporcional los rendimientos obtenidos en sus explotaciones, aunque éstas estuvieren exentas o no sujetas a esta cuota, a los efectos previstos en la legislación reguladora del citado Impuesto sobre Sociedades.

c) *La base imponible*.—La base imponible de la cuota proporcional sobre los rendimientos de las explotaciones se determinará deduciendo de la suma de los ingresos brutos que se consideren obtenidos por aquéllas en el período impositivo, el importe de los gastos necesarios para su obtención y los de conservación y seguro de dichos bienes y de sus productos.

La Ley regula: que se considerará como ingreso bruto que se computará como gasto, régimen para la estimación objetiva o de estimación directa; recursos que podrán interponer los contribuyentes ante los Jurados Tributarios; la obligación de los contribuyentes que opten por el régimen de estimación directa de registrar todas y cada una de sus operaciones en la forma que reglamentariamente se señala, y las sanciones por omisión o falseamiento de las cuentas.

Los sujetos pasivos de la cuota proporcional tendrán derecho a que se les deduzcan en las bases imponibles que les sean fijadas el importe de las pérdidas, debidamente comprobadas, que hayan experimentado en sus explotaciones. Esta deducción se efectuará dentro de los cinco ejercicios siguientes a aquel en que se produjeran las pérdidas. Dichas deducciones se practicarán a instancia del contribuyente y solamente en la cuantía en que dichas pérdidas no hayan sido compensadas en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas, correspondientes al ejercicio en que se produjeron.

d) *La base liquidable*.—Las explotaciones de los terrenos convertidos de secano en regadío; los resultados de la desecación de lagunas, marismas y terrenos pantanosos y de las nuevas plantaciones forestales disfrutarán durante cinco años de una bonificación del 95 por 100 en la cuota proporcional. A tal fin, las bases liquidables se establecerán durante dicho período en el 5 por 100 de las imponibles.

Las nuevas explotaciones que resulten de la realización de la concentración parcelaria disfrutarán de una bonificación del 95 por 100 de la cuota proporcional durante diez años, si, dada su entidad económica, no estaban sujetos a tributar por dicha cuota antes de la concentración.

Igual beneficio disfrutarán aquellas explotaciones que resulten de la concentración voluntaria de diversas fincas por sus propietarios, salvo que la entidad económica de alguna de las fincas concentradas determine por sí sola la obligación de tributar por la cuota proporcional.

En los indicados supuestos, las bases liquidables se cifrarán en el 5 por 100 de las impositibles.

Las bases impositibles en la cuota proporcional se desgravarán hasta en un 50 por 100 cuando los sujetos pasivos realicen en el ejercicio correspondiente inversiones o gastos de investigación directamente aplicados a las explotaciones para mejora de su productividad. A este efecto, se determinarán reglamentariamente las distintas modalidades que la inversión puede revestir y el procedimiento y requisitos a que hayan de acomodarse. Si el importe de las inversiones de esta naturaleza fuera superior al 50 por 100 de las bases impositibles, en el ejercicio correspondiente, el exceso podrá ser elevado de la misma forma a las liquidaciones de ejercicios posteriores hasta que se compense totalmente el importe de la inversión. Este beneficio se aplicará, en su caso, una vez efectuadas las normales bonificaciones.

e) *Devengo de la cuota y periodo impositivo.*—La cuota proporcional de la contribución se devengará el 31 de diciembre de cada año; el periodo impositivo coincidirá con el año natural, y al mismo se referirán todos los gastos e ingresos de las campañas normalmente terminadas durante su transcurso, aunque la materialidad del pago o percibo de los mismos o de alguno de ellos tenga lugar en ejercicio anterior o posterior.

d) *La deuda tributaria.*—La cuota proporcional de la contribución se exigirá al tipo 17,5 por 100, sin que sobre ella pueda girarse recargo alguno.

En los casos de explotaciones agrícolas realizadas por el pro-

pietario o usufructuario de las fincas y en las explotaciones ganaderas se deducirá de la cuota proporcional el importe de lo satisfecho por cuota fija en el ejercicio correspondiente.

En las explotaciones agrícolas sobre fincas arrendadas o cedidas en forma análoga se deducirá de la cuota proporcional la parte de la cuota fija que haya sido legalmente repercutida sobre el arrendatario.

En las explotaciones forestales cuyo rendimiento no se obtenga anualmente sino por ciclos de producción superiores al año, de la cuota proporcional girada por el ejercicio en que se obtuvieron los productos, se deducirán las cuotas fijas devengadas en los años que comprende el citado ciclo de producción, siempre que no hubiesen sido deducidas de las cuotas correspondientes en ejercicios anteriores ni en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas.

Los sujetos pasivos de la cuota proporcional tendrán derecho a que se les deduzcan de las cuotas que se liquiden dentro de un periodo de cinco años el importe correspondiente al Tesoro de las cuotas fijas satisfechas por ejercicios en que hayan experimentado pérdidas, así como también aquella parte de la cuota fija imputable al Tesoro que no hubiese sido compensada en el ejercicio correspondiente.

Las deducciones practicadas a instancia del contribuyente y solamente en la cuantía en que dichas cuotas no hayan sido compensadas en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio en que se abonaron.

7. Contiene la Ley varias disposiciones transitorias relativas al régimen de cuota complementaria y a las autorizaciones otorgadas al Gobierno para elevar los límites de las exenciones de la contribución por razón de la cuantía de la base imponible.

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

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

Por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

JUSTIFICACIÓN DE TITULARIDAD PARA INSCRIBIR DETERMINADA FINCA. PRESENTADA INSTANCIA POR EL SINDICATO GENERAL DE GANADERÍA PARA QUE SE INSCRIBIESE A SU FAVOR DICHA FINCA, EN BASE DE QUE EN EL INVENTARIO DE BIENES DE LA ASOCIACIÓN GENERAL DE GANADEROS DE ESPAÑA FIGURA LA MISMA COMO PROPIEDAD DE LA ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE GANADEROS DE SANTANDER, FILIAL DE LA ASOCIACIÓN GENERAL DE GANADEROS DE ESPAÑA, QUE EN VIRTUD DE LA LEY DE 26 DE ENERO DE 1940 Y DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS SE INTEGRÓ EN EL SINDICATO NACIONAL DE GANADERÍA; NO ES POSIBLE ACCEDER A ELLO TANTO PORQUE LA ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE GANADEROS DE SANTANDER—A CUYO FAVOR APARECE INSCRITA LA REPETIDA FINCA—SE HA TRANSFORMADO EN UN SINDICATO PROVINCIAL (SINDICATO PROVINCIAL DE GANADERÍA DE SANTANDER, QUE PRETENDE ASIMISMO A SU FAVOR LA INSCRIPCIÓN DE AQUÉLLA) CUANTO PORQUE DE DISPOSICIONES POSTERIORES A LA MISMA SE DESPRENDE LA CAPACIDAD PARA ADQUIRIR BIENES Y AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA A LOS SINDICATOS PROVINCIALES, LO QUE CONDUCE A LA POSIBILIDAD DE TENER UN PATRIMONIO PROPIO, QUE FUE EN EL QUE SE INTEGRARON LOS BIENES, AL MENOS MIENTRAS NO SE DEMUESTRE EN FORMA INDUDABLE EL DESTINO QUE SIGUIERON LOS DE LA ANTIGUA ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE GANADEROS DE SANTANDER.

Resolución de 11 de febrero de 1967 («B. O.» de 6 de marzo).

La Asociación Provincial de Ganaderos de Santander, constituida el 25 de septiembre de 1916 con el carácter de filial de la Asociación General de Ganaderos de España, era propietaria de un almacén sito en dicha capital, calle de Castilla, número 25. El Reglamento de la mencionada Asociación Provincial, aprobado el 28 de febrero de 1930, establecía en su artículo 45 que, en caso de disolución, «todos los bienes, derechos y acciones de la Asociación Provincial de Ganaderos de Santander pasarán a propiedad de la Asociación General de Ganaderos de España o a la Entidad que legalmente la haya sustituido en su representación y fines sociales.» En virtud de la Ley de Unidad Sindical de 26 de enero de 1940 y disposiciones complementarias se integraron en el Sindicato Nacional de Ganadería las diversas Asociaciones de tal carácter existentes con anterioridad en España. En el inventario de bienes de la Asociación General de Ganaderos de España figuraba la finca referida como propiedad de la Asociación Provincial de Ganaderos de Santander, y el Presidente del Sindicato Nacional de Ganadería, en escrito de 8 de julio de 1964, acompañado de diversos documentos complementarios, solicitó del Registrador de la Propiedad de Santander la inscripción a favor de la Entidad que representaba de la finca anteriormente aludida.

Presentada en el Registro la anterior documentación, fue calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción solicitada en la precedente instancia, porque de lo dispuesto en las prescripciones legales que se citan en la documentación adjunta no se deduce de una manera clara y específica el pretendido derecho del Sindicato Nacional de Ganadería a inscribir a su nombre la finca que se describe en la citada instancia y que aparece inscrita en este Registro a favor de la Asociación Provincial de Ganaderos de Santander; siendo de tener en cuenta, además, que existe presentada en el Diario corriente, con fecha 27 de agosto de 1965, asiento número 1.270, una solicitud suscrita por el representante del Sindicato Provincial de Ganadería de Santander—acompañada de otros documentos complementarios—preteniendo igualmente la inscripción de la propia finca a favor de dicho Organismo, por considerar que el patrimonio de la extinguida Asociación Provincial de Ganaderos de Santander quedó integrado en dicho Sindicato Provincial de Ganaderos de Santander. Estimando insubsanable aquel defecto, no procede tomar anotación preventiva de suspensión».

Interpuesto recurso, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección ratifica el auto apelado en méritos de la doctrina siguiente:

Que en este expediente se ha de resolver acerca de si podrá inscribirse a favor del Sindicato Nacional de Ganadería un inmueble que figura inscrito a nombre de la Asociación Provincial de Ganaderos de Santander, en base a la solicitud presentada que contiene las disposiciones legales relativas a la organización de dicho Sindicato, así como los bienes y patrimonio que lo integran.

Que de las disposiciones legales citadas en el escrito no aparece suficientemente claro que sea titular del derecho de propiedad de la finca discutida el mencionado Sindicato Nacional de Ganadería, en cuanto que: a) El artículo 2.º del Decreto de 17 de julio de 1943 reconoce personalidad jurídica plena y patrimonio separado tanto a los Sindicatos Nacionales como a las Entidades Sindicales Menores, criterio que aparece confirmado, además, en los artículos 3.º y 6.º de la misma disposición legal, b) Los artículos 18, 19 y 20 de la Orden de 24 de diciembre de 1944 sobre constitución, estructuración, patrimonio e inscripción de los Sindicatos Provinciales, que les confiere fondos propios y les reconoce autonomía administrativa, ponen de manifiesto que en este caso concreto no sólo el Sindicato Nacional de Ganadería, sino también el Sindicato Provincial de Ganaderos de Santander, tienen capacidad para adquirir bienes y podrían ser, lo mismo uno que otro, titulares del dominio de la finca discutida, en cuanto prueben su adquisición por cualquiera de los medios admitidos en Derecho.

Que de los documentos complementarios que se acompañan no resulta tampoco claramente el título de adquisición del inmueble por el indicado Sindicato Nacional, ya que no puede servir de fundamento el contenido del artículo 45 del antiguo Reglamento de la Asociación Provincial de Ganaderos de Santander, que se limita a indicar el destino de los bienes en caso de disolución, pero no cuando se transforme, como aquí ha ocurrido, en un Sindicato Provincial, que más bien inducirá a pensar, dada la personalidad jurídica reconocida a este último por las disposiciones legales y la posibilidad de tener un patrimonio autónomo, que fue en él en donde se integraron los bienes, al menos mientras no se demuestre en forma indudable el destino que siguieron.

Para darse cumplida cuenta de esta Resolución—de pura fricción o choque de disposiciones administrativas—hay que leer con detenimiento el acabado estudio del problema hecho en su dictamen por el Registrador, recogido muy sumariamente en los considerandos, de los que podría desprenderse que disposiciones de rango inferior a una Ley—la de Unidad Sindical de 26 de enero de 1940—primaban sobre ésta, con olvido del artículo 5.º del Código civil, 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957; 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y hasta el 41 de la reciente Ley Orgánica del Estado.

Por todo ello, acaso, como indica el segundo considerando, «de las disposiciones legales citadas en el escrito no aparece suficientemente claro que sea titular del derecho de propiedad de la finca discutida el Sindicato Nacional de Ganadería...», etc.

Pero ¿no puede preguntarse igualmente que lo sea el Sindicato Provincial de Santander, mientras no se demuestre en forma in-

dudable el destino que siguieron los de la antigua Asociación?
In fine, considerando tercero y último.

REGISTRO MERCANTIL.—1.º COPIA PARCIAL.—BASTA PRESENTAR LA DEL DOCUMENTO PARTICIONAL CUANDO—COMO OCURRE EN EL CASO DEBATIDO—SE TRATA DE LA ADJUDICACIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES A UNO DE LOS HEREDEROS DEL SOCIO FALLECIDO.

2.º NOTA ACREDITATIVA DE HABERSE SATISFECHO EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES.—COMO APARECEN TRANSCRITAS CON DETALLE LAS LIQUIDACIONES PRACTICADAS, CON SUS CORRESPONDIENTES CARTAS DE PAGO, EN LA REFERIDA COPIA PARCIAL, MIENTRAS NO SE DEMUESTRE SU FALSEDAD HAY QUE ENTENDER CUMPLIDOS LOS PRECEPTOS QUE LA LEGISLACIÓN FISCAL E HIPOTECARIA EXIGEN DE QUE SE ACREDITE EL PREVIO PAGO DEL IMPUESTO.

3.º SIMILITUD DE LOS REGISTROS MERCANTIL Y DEL DE LA PROPIEDAD.—RECONOCIDA EN LA DISPOSICIÓN 4.ª TRANSITORIA DEL REGLAMENTO DEL PRIMERO, ES DE APLICAR LA PRÁCTICA SEGUIDA EN EL SEGUNDO DE SUSPENDER O DENEGAR EN LAS PARTICIPACIONES SOCIALES LOS EXCESOS DE LAS MISMAS QUE RESPECTO DE LA INSCRITA A FAVOR DEL CAUSANTE SE ADJUDIQUE AL HEREDERO.

Resolución de 16 de marzo de 1967 («B. O.» de 29 de igual mes y año).

Por escritura otorgada en Oviedo, el 13 de enero de 1933, ante el Notario don Ramón Fernández Prida se constituyó la Sociedad de Responsabilidad Limitada Hidroeléctrica «La Magdalena», de cuyo capital, aumentado por otra escritura posterior a 250.000 pesetas, correspondía al socio don L. M. F. la cuota de 23.172, según consta en las correspondientes inscripciones registrales; el citado socio falleció en La Foz, Concejo de Morcín, el 3 de febrero de 1950, y por auto del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo fueron declarados herederos sus dos hermanos, don E. y doña M.; por escritura de adjudicación y partición otorgada en Oviedo el 5 de abril de 1952 ante el Notario don Enrique de Linares y López-Dóriga se fijó el caudal hereditario en «27.776 pesetas, importe de su participación total» en la Sociedad, y se adjudicó a doña M. «la participación del causante en la Sociedad en cuanto sean derechos definidos...», quedando, por tanto, al heredero don E. el derecho a percibir la mitad de la parte que correspondería al causante en la indem-

nización que en el pleito pendiente con el Excelentísimo Ayuntamiento de Oviedo pudiera ser condenado éste, en definitiva, a satisfacer a la Sociedad por desviación de las aguas cuyo aprovechamiento disfrutaba aquélla, y valorado este derecho, a los efectos fiscales, provisionalmente en 3.776 pesetas», habiendo satisfecho la adjudicataria, «según afirman, a su hermano la mitad del resto, o sea, 12.000 pesetas, como indemnización de su haber». En la matriz del referido instrumento existen notas de haberse expedido primera copia para la Sociedad Hidroeléctrica «La Magdalena» y de constar en la misma haber sido satisfecho el Impuesto de Derechos Reales.

Presentada en el Registro primera copia parcial del citado documento, en que se testimoniaban otros complementarios y se consignaban las indicadas constataciones de la matriz, fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción de la precedente primera copia parcial de la escritura a que se refiere por contener los siguientes defectos:

Primero. Que para tener acceso al Registro debió acompañarse de la primera copia de la escritura que en la misma se dice, expedida para la Sociedad Hidroeléctrica «La Magdalena».

Segundo. Se observa que en la copia parcial presentada no aparece al pie de la misma la oportuna nota correspondiente al pago del Impuesto de Derechos reales.

Tercero. Por aparecer equivocada la participación asignada al socio fallecido, don L. M. F., de 26.776 pesetas, ya que, según el Registro, aquélla solamente es de 23.172 pesetas. Sin que se practique anotación por no haber sido solicitada».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección revoca la nota del Registrador mediante la doctrina siguiente:

En cuanto al primer defecto señalado—necesidad de presentar la primera copia íntegra de la escritura expedida para la Sociedad—, que los Notarios se encuentran autorizados en determinadas circunstancias a expedir no traslados íntegros de una matriz, sino de parte de la misma, posibilidad que aparece justificada en la mayoría de los supuestos en razón a que el resto del contenido afecta a otros interesados con independencia del acto relativo a la persona que solicita primera copia, y así el artículo 237 del Reglamento Notarial permite a instancia de parte expedir copias parciales, entre otras, de documentos particionales—como ocurre en el presente caso—de adjudicación de participaciones sociales a uno de los herederos del socio fallecido para hacer constar la transmisión operada en el Registro Mercantil.

En cuanto al segundo defecto, que por constar en la matriz, a solicitud de los interesados, la nota acreditativa de haberse satisfecho el Impuesto de Derechos Reales, extendida de acuerdo con lo establecido en el artículo 244, 2.º, del mismo Reglamento Notarial, y aparecer en ella transcritas con detalle las diferentes liquidaciones realizadas con sus correspondientes cartas de pago, según se lee en la copia parcial expedida, y dado el valor que todo documento notarial tiene en virtud de la fe pública que cubre su existencia, mientras no se demuestre su falsedad hay que entender cumplidos los dife-

rentes preceptos que en la legislación fiscal e hipotecaria exigen se acredite el previo pago del Impuesto para que los actos puedan tener acceso al Registro, y sin que, en consecuencia, sea necesario que aparezca al pie de la copia una nueva nota que confirme lo que ya resulta justificado.

Por último, y en cuanto al tercer defecto, que dada la similitud que presentan los Registros Mercantil y de la Propiedad—reconocida por el legislador en la disposición transitoria cuarta del Reglamento del Registro Mercantil, que declara aplicables al mismo, en cuanto no se opongan las normas del Reglamento Hipotecario—, procede utilizar aquí el argumento analógico y estimar que la falta de coincidencia cuantitativa entre las participaciones de que el causante era titular según el Registro y aquellas que son objeto de adjudicación en la escritura controvertida, debe resolverse, como permiten las normas hipotecarias, inscribiendo los bienes transmitidos cuyo tracto aparece cumplimentado y suspendiendo o denegando la inscripción de los restantes.

Véanse, sin embargo, respecto a lo que se expresa en el segundo considerando, el artículo 256 de la Ley Hipotecaria y 51-12.^a y 410 a 415 de su Reglamento, en cuanto a la necesidad de presentar y archivar las cartas de pago.

¿No puede abrir una brecha esta Resolución respecto a que sea suficiente la nota del pago al pie del documento, sin necesidad de acompañar las correspondientes cartas de pago?

Es caso distinto y excepcional que muy bien puede justificarse.

G. C. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ
Y FRANCISCO CASTRO LUCINI.

1) JURISPRUDENCIA CIVIL.

SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1967.—*Contrato de mediación. Libertad en la intervención o corretaje. El contrato de corretaje es válido aunque el intermediario no revista la cualidad de Agente de la Propiedad Inmobiliaria. El incumplimiento voluntario del contrato conseguido con la intervención del corredor no puede eximir del pago de la retribución convenida con éste.*

En la demanda se pedía el pago de una cantidad como mediación, corretaje, retribución por mandato o análogo, consistente en el 3 por 100 de 6.400 000 pesetas, ya que el demandante alegó haber intervenido, por encargo del demandado, como mediador en una compraventa de finca.

En la contestación se alegó, entre otros argumentos, que el actor no era Agente de la Propiedad Inmobiliaria colegiado, y que había sido objeto de un expediente por intrusismo en el Colegio de dichos Agentes.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó al demandado a pagar la cantidad reclamada e intereses legales desde la interpelación judicial, también pedidos, sin expresa condena de costas. La Audiencia confirmó dicha sentencia. El Tribunal Supremo falló no haber lugar a la casación.

Entre los Motivos de Casación alegados por el recurrente está el primero, que viene a decir: Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, infracción en el concepto de violación de los artículos 4, 1.255, 1.275 y 1.305, todos ellos del Código civil, al considerar el fallo recurrido válido y existente el contrato de mediación, cuando el mismo adolece de causa ilícita y es contrario al orden público obligar a cumplir al recurrente lo que se dice prometido. No es, como dice la sentencia recurrida, que se pretenda que los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria tengan un monopolio sobre las operaciones de compraventa de fincas. Lo que se dijo entonces y reiterase ante este Tribunal Supremo es que el intrusismo es ilícito y no se puede dotar de eficacia a los actos jurídicos que nacen y se desarrollan bajo su influjo. El señor B. aparecía y actuaba como Agente de la Propiedad Inmobiliaria. Sus actuaciones son las de tal. Realizaba servicios y exigió honorarios que en cuantía y en función a la operación son de Agente de la Propiedad. Con arreglo a lo dispuesto en el Código civil, cuando un contrato es nulo por ser ilícita la

causa no puede obligar al contratante, que ninguna intervención tuvo en el hecho ilícito que motiva la nulidad, a que cumpla lo estipulado.

En la legalidad vigente en el año 1963, en que el contrato se celebra, se consideró como delito previsto y penado en el artículo 321 del Código penal el que realizare actos propios de una facultad para la que fuese necesario título oficial. Y entre ellas nos encontramos con la de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, para cuya profesión se requiere título oficial, siendo actos propios de la misma los determinados en el artículo 27 del Reglamento aprobado por Decreto de 6 de abril de 1951. No se trata, como parece entender la sentencia de la Audiencia, que cuando no interviene un Agente y sí otra persona, la compraventa sea nula. Lo que se dijo es que cuando conforme a una retribución interviene una persona como mediador de la compraventa de una finca urbana o rústica, debe ser Agente de la Propiedad Inmobiliaria. La intervención retribuida de quien no tiene título es ilícita, e ilícita con necesidad de condena penal, porque se entiende que la licitud a que se refiere el Código civil no es la mencionada procesalmente, sino aquella que está en lo injusto, sea éste civil, penal, mercantil, etc., o aún más conforme al Derecho natural o a la normal.

En resumen, consideran que el llamado contrato de mediación no ha existido por una nulidad derivada de la ilicitud de la causa no advertible por parte del demandado, el que, por consiguiente, no puede ser obligado al cumplimiento de lo prometido, y por ser de orden público permisible la invocación de nulidad alegada.

La sentencia del Tribunal Supremo sienta los siguientes Considerandos:

Que el mediador, según la doctrina científica, entra en los tratos necesarios para concluir un negocio, buscar acercar las dos voluntades de los futuros contratantes—*utriusque consense ac voluntate adhibitus*—, allana las divergencias y, manteniendo el equilibrio para no ir contra los intereses de ninguna de las partes, realiza todo lo conducente a hacer converger las dos voluntades en un punto único, en el cual pueden encontrarse, pero, una vez juntas, cesa su obra, no tiene ninguna facultad de estipular el contrato que directamente será concluido entre las partes, por lo que, en una palabra, el mediador hace contratar, mientras el mandatario contrata.

Que como ha declarado esta Sala en su sentencia de 27 de diciembre de 1962, la dificultad de precisar la naturaleza jurídica del contrato de mediación, deriva de que la finalidad suya, que consiste en la conclusión de otro contrato, no puede ser prometida por el mediador, ya que ese hecho no depende de su voluntad, sino de la voluntad de los interesados, por lo que no se trata de arrendamiento de obra, ni tampoco de servicios, porque el mediador no tiene derecho a la retribución si el contrato previsto no se celebra, siendo más bien un *contractus sui generis* que se aproximara al contrato de trabajo o al contrato de obra, según que el mediador se obligue o no a prestar una determinada actividad para la obtención de un resultado, la celebración del contrato que los interesados desean.

Que en la doctrina legal anterior, mientras la sentencia de 10 de enero de 1922 proclamó que la intervención de una persona reducida a realizar las gestiones necesarias para poner en relación otras dos para la celebración de un contrato, sin contratar aquélla en nombre propio ni en el de su pretendido comitente, no puede calificarse de comisión mercantil y si debe considerarse de contrato innominado *facie ut des*, principal, consensual y bilateral, que

impone a las partes derechos y obligaciones recíprocas, cuya causa es la propia prestación de los aludidos servicios y que se rige por las disposiciones contenidas en los títulos I y II del libro IV del Código civil, la sentencia de 11 de junio de 1947 ha declarado que el contrato de mediación, como el de corretaje, no regulados por el actual Derecho constitutivo, no son sino figuras y especialidades comprendidas en el de mandato, por cuyas genéricas disposiciones han de regirse, siendo el mediador un mandatario, por lo que cumplida su obligación de gestionar el contrato, queda el mandante obligado a satisfacerle la retribución convenida en los términos por ambos pactados, sin que el incumplimiento o cesación voluntarios de la consumación total o parcial de aquel contrato pudiera eximirle de aquella obligación, puesto que entenderlo de otro modo equivaldría, con desconocimiento del fundamental principio acogido en el artículo 1.256 del Código civil, a dejar el cumplimiento de la obligación de retribuir, contenida en el contrato de mandato, al arbitrio de la demandante.

Que en el caso de autos, declarada la validez del contrato de mediación suscrito entre los litigantes en 30 de junio de 1962, condenando al demandado, hoy recurrente, a que abone al actor, hoy recurrido, la cantidad de 192.000 pesetas, importe de la comisión devengada por haberse formalizado en 13 de febrero de 1963 la compraventa privada de la finca descrita en el hecho segundo de la demanda, al ser evidente la intervención del actor como mandatario o comisionista en la conclusión de aquélla, sin que obste a ello que dicho intermediario no revista la cualidad de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, el motivo primero del recurso denuncia la violación de los artículos 4.º, 1.255, 1.275 y 1.305 del Código civil, por entender el recurrente que el aludido contrato de mediación es nulo, adolece de causa ilícita y es contrario al orden público.

Que basta para desvanecer dicha argumentación interpretar, como hace la sentencia recurrida, el artículo 1.º del Decreto de 4 de diciembre de 1948, regulador de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, que preceptúa que la creación de los Colegios de tales Agentes no entraña en ningún caso la intervención de los mismos en cuantas operaciones efectúen las personas naturales o jurídicas entre sí, criterio legal ratificado por el artículo 25 del Reglamento de 6 de abril de 1951, al señalar como voluntaria la intervención de los Agentes en los asuntos que como de su competencia comprende el artículo 27, excepto cuando los organismos oficiales hagan uso de mediador para sus transmisiones sobre fincas rústicas o urbanas, lo que confirma la regla general de libertad en la intervención o corretaje y priva de todo fundamento al motivo examinado.

SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1967.—*La prescripción de tres años del artículo 1967, 1.º, del Código civil es aplicable a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria. Interpretación de las normas legales. Una sola sentencia no constituye doctrina jurisprudencial. Esta supone reiteradas resoluciones de idéntica especie.*

Son Considerandos de interés de esta sentencia:

Que opuesta por el demandado la excepción de prescripción de la acción, que fué desestimada en ambos grados jurisdiccionales, el motivo sexto del re-

curso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncia la infracción por violación del número 1.º del artículo 1.967 del Código civil, fundado en que la conciliación previa se instó después de los tres años desde la fecha de los servicios cuyo pago se reclama, por lo que al presentarse la demanda ya había prescrito la acción para el cumplimiento de la obligación invocada, de acuerdo con el precepto sustantivo alegado.

Que establecido en el número 1.º del artículo 1.967 del Código civil el plazo de tres años para la prescripción de las obligaciones de pago de honorarios y derechos a los Jueces, Abogados, Registradores, Notarios, Escribanos, Peritos, «Agentes» y Curiales, la jurisprudencia lo ha estimado aplicable al caso de que se reclamen derechos u honorarios (sentencia de 12 de octubre de 1907), siendo evidente que en la expresión genérica «Agentes» están comprendidos los que tienen por oficio gestionar negocios ajenos, como señala para los de negocios el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, e inexcusable, por tanto, estimar como tales a los «Agentes de la Propiedad Inmobiliaria», que además devengan sus derechos por Arancel como los Notarios y Registradores incluidos *nominatim*, que no pueden ser de peor condición, al igual que la de los Jueces, Abogados y Escribanos, profesionales todos de superior clase y rango, interpretación que no puede calificarse de extensiva, sino simplemente declarativa. Habiendo declarado esta Sala que en materia de interpretación de las normas legales, si bien es preciso partir de la literalidad de un texto, no puede menos de tenerse en cuenta el valor del resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una cosa racional en el orden lógico (sentencia de 28 de marzo de 1950), y que no es recomendable encerrar la interpretación dentro de los límites estrechos del elemento literal, sin contemplar y controlar sus resultados mediante el empleo de los demás elementos históricos y sistemáticos que han de poner en claro el verdadero espíritu y alcance de la norma (sentencia de 27 de junio de 1941), no pudiendo los Abogados sin sueldo fijo y encargados de la defensa de los derechos de unos litigantes, reclamar el cobro de sus honorarios y el de los gastos y desembolsos realizados en el desempeño de sus funciones, sino dentro del lapso de tiempo de tres años, prescripción extraordinaria que como especial y diferente de las acciones personales reconoció nuestro Derecho tradicional (sentencia de 22 de enero de 1930), doctrina que, aplicable al caso de autos, hace estimable el motivo examinado.

Que a ello no es óbice la sentencia de 28 de febrero de 1957, pues de antiguo tiene declarado esta Sala que no puede asegurarse que hay dictrina de jurisprudencia cuando está fundada en una sola sentencia, porque esta singularidad no se aviene con la existencia de la verdadera doctrina, pues la jurisprudencia, por la misma naturaleza, supone reiteradas resoluciones de idéntica especie—sentencia de 30 de junio de 1906—, concepto éste que ha venido repitiéndose posteriormente, por lo cual la cita de una sola sentencia de esta Sala es insuficiente para fundamentar un recurso de casación, según se declaró en las sentencias de 1 y 20 de diciembre de 1927 (sentencias de 27 de octubre de 1930, 7 de febrero de 1940, 18 de enero de 1941, 30 de diciembre de 1944, 11 de diciembre de 1957, 28 de noviembre de 1960 y 9 de marzo de 1961).

SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1967.—*Resolución de contrato de compraventa de inmueble. La concesión de plazo prevenida en el artículo 1.124 no es aplicable; cede ante lo dispuesto en el 1.504. Hecho el requerimiento de resolución, el Juez no puede conceder nuevo plazo. Consignación extemporánea.*

Venta de una finca urbana a plazos. La cláusula 8.ª del contrato privado de venta decía: «Octava. Que la falta de pago de cualquiera de los plazos en las fechas de su vencimiento producirá, de pleno derecho, la resolución de este contrato, y en este caso la Sociedad vendedora hará suya la totalidad de las cantidades abonadas hasta aquel momento en concepto de indemnización por el incumplimiento del contrato y uso de la cosa objeto del mismo, sin necesidad de que tenga que justificar la cuantía de estos daños y perjuicios, quedando facultada la Sociedad vendedora para incoar el juicio de desahucio cualquiera que sean los ocupantes de los locales vendidos».

No habiéndose pagado los plazos pactados, se pidió en la demanda se dictase sentencia declarando resuelto el contrato de compraventa de la finca número ..., piso . . , de la Avenida del Generalísimo, de esta capital, en la forma que se establece en la estipulación 8.ª de dicho contrato, según la cual la actora, en caso de impago por el comprador de cualquiera de los plazos convenidos, hará suya la cantidad de 190.000 pesetas que recibió de éste, acordando igualmente el lanzamiento de la entidad demandada del piso objeto de autos para que la actora recupere su posesión, y condenando expresamente a la parte demandada al pago de las costas.

Se alegó en la Contestación a la demanda que la entidad demandada intentó satisfacer la totalidad del precio aplazado, sin que se accediese a ello por la parte actora, por lo que con dicho escrito de Contestación se consignaba la suma de 663.600 pesetas para pago a la Sociedad vendedora. Suplicó se dictase sentencia absolutoria de la demanda, con entrega a la actora de la cantidad consignada y que se la condenase en costas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, y absolvió al demandado por haber consignado el precio aplazado pendiente al comparecer en autos, y como moderación de la cláusula penal establecida, condenó al demandado a pagar la indemnización por el retardo en el pago, con aplicación en todo caso de la bonificación que se estableció por el anticipo de los plazos pendientes, que sería decidido en período de ejecución de sentencia, sin hacer expresa condena de costas. La Audiencia confirmó la sentencia de Primera Instancia en cuanto desestimó la demanda, y declaró firme la misma en cuanto al pronunciamiento sobre indemnización, sin condenar en costas en ninguna de las instancias.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al Recurso de Casación y dictó segunda sentencia, cuyo fallo dice:

Que revocando la sentencia apelada y que dictó el Magistrado Juez de Primera Instancia número 22 de los de Madrid, con fecha 31 de octubre de 1964, debemos declarar y declaramos resuelto el contrato privado de compraventa de la finca número ..., piso . . , letra . . , de la casa número ... de la Avenida del Generalísimo, de Madrid, otorgado el 30 de abril de 1962 entre la Sociedad F., como vendedora, y la Compañía Mercantil S. J. D., como compradora, en la forma que se establece en la estipulación 8.ª de dicho contrato, según el cual el vendedor, en caso de impago por el comprador de cualquiera

de los plazos convenidos, hará suya la cantidad de 190.000 pesetas que recibió; acordando la entrega por la entidad demandada del piso objeto del contrato para que la actora recupere su posesión; se declara mal hecha la consignación efectuada por la demandada, a quien se devolverá la cantidad consignada, y no se hace especial declaración sobre las cosas en ninguna de las instancias.

Los Considerandos de la primera sentencia dicen:

Que la implícita facultad de resolución de todas las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados incumpliese lo que le incumbe, que consagra con carácter general el artículo 1.124 del Código civil, autoriza a los Tribunales a señalar nuevo plazo de cumplimiento cuando concurren causas justificadas para ello, en cuyo desarrollo la constante jurisprudencia ha declarado que se precisa para llegar a la resolución no el mero incumplimiento, sino la concurrencia de circunstancias acreditativas de una contumacia, de una voluntad rebelde y declarada de faltar a los deberes libremente contraídos por el incumplidor; pero este principio de carácter general cede y desaparece en la venta de bienes inmuebles ante el precepto terminante y específico del artículo 1.504, en cuya virtud de una forma clara e insoslayable establece que, hayase o no convenido pacto comisorio, el comprador a precio alzado podrá pagar aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial, añadiendo el precepto que después del requerimiento el Juez no podrá concederle nuevo término, de donde se desprende que ante la redacción dada a la norma, es más benévola en principio que la del 1.124, pues autoriza a pagar después de vencido el término, aunque concurre el pacto comisorio, sin duda por la seguridad en el cobro del precio ante la permanencia del inmueble, hasta el requerimiento en forma; pero una vez practicado éste, resulta de mayor severidad y determina la resolución sin admitir aquella apreciación de causas justificadas de incumplimiento y prohibiendo en forma expresa y absoluta la concesión de nuevo término para cumplir la obligación.

Que sentada la anterior doctrina y acreditado en el juicio y aceptado por la sentencia recurrida que el demandante dejó de pagar la parte de precio aplazada a su vencimiento y que fué requerido de resolución del contrato por el vendedor notarial y judicialmente por medio del intentado acto conciliatorio, sin que abonara el descubierto hasta mucho después en que lo consignó al momento de contestar la demanda; no puede ofrecer la menor duda de que tal consignación fué extemporánea al estar hecha cuando el contrato estaba ya resuelto por haberse cumplido los requisitos exigidos por dicho artículo 1.504, que la resolución impugnada ha infringido por violación al entender lo contrario y estimar bien hecha la consignación concediendo implícitamente un nuevo término de cumplimiento contra lo prohibido en el precepto; y debe prosperar el primer motivo del recurso, encauzado procesalmente por el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, basado en la infracción de la norma por el concepto indicado, casando y anulando la sentencia, sin necesidad de entrar en el examen de los restantes motivos articulados.

Los Considerandos de la segunda sentencia dicen:

Que por los razonamientos consignados en la sentencia de esta misma fecha que precede, recaída en el recurso de casación, procede declarar resuelto el contrato de compraventa de referencia y por mal hecha, por extemporánea, la consignación efectuada por la parte demandada al contestar la demanda, a quien se devolverá su importe, revocando la sentencia apelada; y sin que

sea obstáculo para ello el contenido de la sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1958, en que se sustenta, en cuanto al caso contemplado, fué distinto al presente, ya que allí el acreedor dejó sin efecto el requerimiento por aceptar pagos con posterioridad a efectuarlo y señalar su crédito como embargable en procedimiento de apremio, ni tampoco la de 5 de febrero de 1914, por ser única y pugnar con la constante y reiterada doctrina jurisprudencial.

Que conforme a la estipulación 8.^a del contrato privado de compraventa de referencia, el vendedor, en caso de impago por el comprador de cualquiera de los plazos convenidos, haría suya la cantidad de 190.000 pesetas que recibió; y si bien es cierto que ello constituye una cláusula penal y es moderable conforme a lo dispuesto en el artículo 1.154 del Código civil, no lo es menos que el contrato data del día 30 de abril de 1962, y desde esa fecha hasta el presente el demandado viene ocupando la finca, y en su consecuencia, no es aconsejable la moderación, por ser la cantidad señalada como pena inferior al valor de esa posesión y disfrute.

SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1967.—Requisitos de la acción reivindicatoria y de la declarativa de dominio.

Aunque sea reiteración de anterior doctrina, estimamos de interés el contenido de los siguientes Considerandos:

Que la tutela del derecho de propiedad se desenvuelve y actúa especialmente a través de dos distintas acciones muy enlazadas y frecuentemente confundidas en nuestro Derecho, a saber: la clásica y propia acción reivindicatoria, que sirve de medio para la protección del dominio frente a una privación o una detentación posesoria, dirigiéndose fundamentalmente a la recuperación de la posesión, y la acción de mera declaración o constatación de la propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor, y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el actor es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo abroga; y aunque no se contengan en la Ley normas especiales acerca de la prueba de la propiedad en ambas acciones, les es aplicable el principio general (que tiene un reflejo en la regla del artículo 1.214 de nuestro Código civil), según el cual quien suscita la aplicación de una norma jurídica tiene la carga de la prueba de aquellos hechos (los llamados hechos constitutivos), que integran el supuesto de la norma misma; de donde resulta que es el propietario quien ha de suministrar la prueba del derecho de propiedad que pretende pertenecerle, mediante la demostración de estos tres elementos o circunstancias: que media un hecho jurídico apto para dar existencia a aquella relación entre persona y cosa en que la propiedad consiste; que la persona que acciona es aquella que es sujeto o substrato de la indicada relación, habiendo de agregarse todavía a estas demostraciones, cuando se trata de acción reivindicatoria propiamente dicha, el de que la persona contra la que se acciona tiene la posesión o tenencia de esa cosa sobre la que recae el derecho del actor.

Que perfectamente de acuerdo con los anteriores principios, la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado con obligada insistencia que para el éxito de la acción reivindicatoria es indispensable que quien la ejercite pruebe de modo cumplido el título de dominio de los bienes reclamados (acreditando no sólo el derecho del cual se adquirió la cosa, sino, además, el dominio actual de

ella), la identidad de la cosa o cosas de tal modo que no se susciten dudas racionales sobre cuáles sean, y la posesión o detentación de las mismas por parte del demandado, sin que la circunstancia de que el demandado esté poseyendo de hecho la cosa reclamada interese si no se solicita su entrega ejercitando la acción reivindicatoria, siendo forzoso reconocer que es precisa, por tanto, la prueba de la identidad de las fincas de que se trate cuando se ejercita una acción declarativa del dominio, como es la invocada por la parte demandante en este juicio, mas no hay que llegar al extremo de negarla por discrepancias no esenciales, pues según la doctrina legal no ha de deducir de las pruebas discrecionalmente apreciadas por el Tribunal *a quo*, teniendo en cuenta que la esencialidad o accidentalidad de las discrepancias que pueden existir en cada caso en cuanto a los linderos, extensión y demás elementos que hayan de tener en cuenta, ni la mayor o menor cabida, empece a dar por acreditado ese requisito, siendo de la competencia del juzgador de instancia apreciar la identificación, temiendo para ello presentes todos los elementos probatorios aportados al pleito.

SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1967.—*División material de finca urbana. La "actio communi dividundo" es irrenunciable; se estima de orden público e imprescriptible. La división por pisos o grupos de habitaciones, aunque queden elementos comunes, es división a efectos legales, es salir de la indivisión. Interpretación de los contratos.*

En la demanda se pedía, entre otros extremos:

Que dando por disuelta la comunidad que sobre la finca número ... de la calle de ..., de esta capital, venía existiendo entre dicho demandado y el actor, se acuerde proceder a la división y adjudicación por mitad a partes iguales de toda la finca referida en el hecho primero de la demanda y en la forma y modo que se acuerde, nombrando al efecto los Peritos que fueren precisos, todo ello en trámite de ejecución de sentencia, con la salvedad establecida en el artículo 405 del Código civil, y realizándose al efecto cuantas obras y mediciones que para ello fueren precisas.

En la Contestación se alegaba que no procedía la división principalmente, porque estando acogido el inmueble a la legislación de Viviendas Bonificables, cuando las viviendas no han sido destinadas a la venta y sí a arrendamiento, por imperio de la Ley no se podía proceder a la división material de la finca, por estar prohibido expresamente por las disposiciones especiales y por el Ministerio de la Vivienda.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que estimando la demanda formulada a nombre de don G. D. R. contra don M. R. P., declaró disuelta la comunidad existente entre los mismos sobre la finca número ... de la calle de ..., de esta capital, que se describe en el hecho primero de la demanda, y que se proceda a la división y adjudicación por mitad e iguales partes de toda ella, formándose dos lotes de pisos, y locales con sus elementos comunes anejos, evitándose en cuanto sea posible los suplementos a metálico, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 402 y 406, en relación con el 1.062 del Código civil, en cuanto sean aplicables, que, salvo casos de acuerdo, se distribuirán por sorteo entre los dos comuneros, condenándose al demandado a estar y pasar por esta declaración, etc

La Audiencia la confirió. El Tribunal Supremo no accedió a la casación, con base en los siguientes Considerandos:

Que haciéndose eco de un aforismo de la jurisprudencia romana, «*communo est mater discordiarum*», las legislaciones modernas consideran a la copropiedad como una situación transitoria que no merece un trato de favor, concediendo a los comuneros la *actio communi dividundo*, esto es, la facultad de obtener la división de la cosa común, y consiguientemente, la transformación de su derecho por cuota de condominio en propiedad exclusiva sobre la parte de la cosa que la división habrá individualizado con carácter irrenunciable, por estimarse de orden público e imprescriptible, porque se trata de una facultad, y para ello vale el principio *in facultativis non datur prescriptio*, y, además, de una facultad inherente al dominio, que no desaparece por efecto de la sola prescripción extintiva (sentencia de 30 de marzo de 1957).

Que como ha declarado esta Sala en su sentencia de 5 de noviembre de 1924, lo mismo por razones de orden económico que por las de orden jurídico, la institución de la comunidad de bienes tiene como principio fundamental el de que ningún copropietario está obligado a permanecer en la comunidad, criterio seguido por el Código civil de acuerdo con nuestro Derecho tradicional de las Leyes de Partidas, que decían que las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno solo que cuando son de varios, declaración que afirma dicho Código en su artículo 400, añadiendo que cada uno de los comuneros podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común.

Que es indiscutible, como declaró la sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1951, que el destino propio y esencial de una casa es servir de vivienda o alojamiento para un negocio, en la mayor amplitud de estos conceptos, y esto lo cumple cada piso o grupo de habitaciones que puede disfrutar por separado, con independencia de los demás del mismo inmueble, y por consiguiente, son susceptibles de apropiación individual, y al dividirse así y adjudicarse a distintas personas se facilita su aprovechamiento para el destino propio, sin que sea más que una cosa accesorio para ese uso independiente el que quede en común el disfrute y la propiedad de los elementos, como cimientos, patios y escaleras, que son indispensables para la subsistencia de cada una de esas propiedades individuales, y que por su naturaleza no pueden dividirse, pero que por su menor importancia económica, y sobre todo por su carácter accesorio o de medio para el fin esencial de que se disfruten las viviendas, no pueden privar a la propiedad de éstas de su carácter de singular, individual e indivisible, por lo que el dividir una casa en cada uno de esos departamentos para su adjudicación a cada uno de los copropietarios del inmueble en conjunto, es salir de la indivisión a los efectos del artículo 400, doctrina jurisprudencial que ha sido recogida por la Ley de 21 de julio de 1960, adicionando al artículo 401 del mismo Cuerpo legal el párrafo siguiente: «Si se trata de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista por el artículo 396».

Que si bien las disposiciones del título III del libro II del Código civil no son—generalmente y en principio—Derecho principal e inmediatamente aplicable, sino que tienen el carácter de reglas supletorias en defecto de las establecidas por otras disposiciones especiales o por la voluntad de los interesados, manifestada en actos «*inter vivos*» o «*mortis causa*», de los que se deriva el

título que estableció la comunidad, fuente que tiene carácter primario, por lo que declaró la sentencia de 28 de febrero de 1925 que, conforme al apartado 2.º del artículo 392, en todos los casos de régimen de la comunidad de bienes ha de ser el que establezcan los contratos o disposiciones especiales, y sólo en defecto de reglas de este origen se han de observar las prescripciones del título en que dicho artículo está comprendido, es lo cierto que en el caso de autos no se trata de la venta del inmueble por pisos, sino de una acción de división que no puede tener aquella naturaleza jurídica por aplicación de las pertinentes reglas de hermenéutica, que imponen se interprete el contrato *secundum subjunctam materiam*, reputándose necesariamente caso distinto de lo pactado, lo que no está integrado en la voluntad de los estipulantes, habiendo declarado esta Sala, que cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos que fueron objeto de la estipulación (sentencia de 23 de marzo de 1929), y que el precepto del artículo 1283 del Código civil trata de fijar por vía interpretativa el «ámbito» del contrato, no extendiéndole, cualquiera que sea la generalidad de los términos empleados al concertarlo, a «cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar», refiriéndose aquel artículo a la fijación de los elementos básicos del contrato, sin dejar resquicio a la duda (sentencia de 15 de octubre de 1965), y, a mayor abundamiento, la invocada legislación de Viviendas bonificables regula en el extremo debatido tan sólo efectos administrativos que no pueden enjuiciar esta jurisdicción, procediendo, en virtud de todo lo expuesto, la desestimación íntegra del recurso

SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1966.—*Validez de la cláusula "valor oro" o "valor plata" en un préstamo hipotecario. La prórroga de la obligación implica la de todos los pactos de la misma.*

Préstamo hipotecario de 15 000 pesetas, convenido en escritura pública de fecha 14 de enero de 1933. Se pactó: «Segundo. Tanto la devolución del capital prestado como los intereses que se devenguen después del primer trimestre, la deudora deberá efectuarlos en esta capital, lugar que señalan las partes para el cumplimiento de este contrato, en la calle de ..., 315, principal, domicilio de los consortes, en buena moneda de oro o plata, de curso legal, con exclusión de calderilla y de papel moneda; y si el curso de éste fuere declarado forzoso, el quebranto que experimente al canjearse por oro o plata en la plaza en el momento del pago será de exclusivo cargo de la deudora». La demandada, heredera de la deudora, pretendió pagar o estaba dispuesta a pagar la cantidad prestada, en papel moneda, declarado de curso forzoso; pero no el quebranto experimentado por dicho papel y que resultare al compararlo con el valor del oro o de la plata

Los demandantes razonaron en la demanda la validez de la cláusula expuesta. Sostuvieron que dicha validez estaba amparada en el artículo 1.170 del Código civil; y que si en el año 1933, fecha del préstamo, en que circulaba libremente la moneda plata, acuñada por el Estado español, a base de la Ley de 900 milésimas, y cuyo peso de cuarenta monedas de 5 pesetas representaba un kilo, o sean, 900 gramos de plata, la deudora, causante de la demanda, recibió de manos de los causantes de la actora 15 000 pesetas, o sean, 3.000 monedas de 5 pesetas de plata, o sea, un total de 75 kilogramos de moneda,

y en relación con el oro, recibió la deudora 150 monedas de 100 pesetas, que a base de las monedas acuñadas por el Estado español, tenía cada una de ellas 32,2508 gramos de oro fino; que pagando la demandada en el día de hoy, algunas de estas cantidades de oro o plata, que era exactamente lo mismo que recibió, realmente liberaría la obligación y devolvería exactamente la misma cantidad recibida. Que el problema se presentaba con el Decreto de marzo de 1937, que ordenó la entrega al Estado de todas las monedas de oro acuñadas; con la Orden de 20 de enero de 1939, que ordenó la entrega al Estado de la totalidad de las monedas de plata, y por último, con la de 9 de noviembre de 1939, que declaró de curso forzoso el papel moneda, y al conceder valor liberatorio a los billetes del Banco de España, hizo posible el cumplimiento de la cláusula contractual de pagar con la moneda de la especie pactada, y por ello—añadían—entraba en juego la segunda parte de aquel pacto y era a cargo de la deudora el quebranto de moneda de oro o plata; que los efectos de tal cláusula eran o extinción de la obligación por imposibilidad de efectuar la prestación a base de la especie y calidad contenidas o atribuir al acreedor la facultad de exigir en billetes del Banco de España el valor correspondiente al metal con que debe efectuarse la prestación, y la equidad y la justicia, así como el respeto debido a la voluntad de las partes, inclinaba a elegir la segunda, cuya validez y licitud se apoyaban en el artículo 1.255 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el 1.170 y los 1.753 y 1.182 del propio Código, y tampoco era contrario a la moral, no se oponía la misma al orden público, según acreditaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Que habiendo terminado el plazo fijado para la devolución del capital prestado sin que se hubiera pagado, era procedente la acción de reclamación de la suma de 107.310 pesetas, el importe de los intereses vencidos y no pagados desde 14 de enero de 1938 y el importe de las costas del juicio. Alegó los fundamentos de Derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictara sentencia en la que se condene a la demandada a pagar la cantidad de 15.000 pesetas, y además el quebranto que haya experimentado el papel moneda en relación con el que tenía en la fecha de constitución del préstamo, cuyo quebranto deberá fijarse en el momento en que el pago se efectúe; así como los intereses correspondientes al 7 por 100 anual, vencidos desde 14 de enero de 1938, y las costas del juicio.

La parte demandada contestó sustancialmente: Que como la cantidad prestada fué entregada en billetes de Banco, la cláusula mencionada era de estilo rutinario, que no correspondía a la voluntad ni a órdenes de los contratantes y que los Notarios solían estamparla como fórmula o plantilla en todas las escrituras de préstamo. Que los intereses se pagaron siempre en billetes de circulación legal antes del 18 de julio de 1936, y llegado el 12 de enero de 1938, ni los acreedores exigieron la devolución del capital prestado ni lo intentó pagar la mutuaría con billetes entonces en circulación, cuyo depreciado valor proclamó la Ley de Desbloqueo de diciembre de 1939, no habiendo pagado los intereses desde el 18 de julio de 1936 hasta el fin de la guerra para no perjudicar al acreedor. Acabada la guerra civil española, la deudora pagó a los acreedores los intereses correspondientes al tiempo de duración de aquélla, y llegado el término del contrato por propia conveniencia del acreedor fué demorado el cobro del capital mutuado y eludido exigir la devolución del mismo, sin que existiera pacto expreso alguno perfeccionado en tal sentido entre los acreedores o sus herederos y la deudora o sucesor. Al cabo de más de veinte años, se había formulado la demanda, que no era lícita ni

exigible en los actuales momentos, y no producía efecto alguno, no era viable. Estaban de acuerdo las partes en que el contrato de préstamo se regía por el artículo 1.753 del Código civil y estaba contra las normas de este precepto legal exigir al deudor la devolución de la suma recibida en moneda de oro y plata, siendo un pacto contrario a Derecho. En los momentos actuales no había duda de que dicho pacto era en absoluto inoperante si se admitía que en la fecha que se pactó no era contrario a Derecho, ya que el canje de los billetes por monedas de oro o plata era imposible en enero de 1938, porque habían sido retirados de la circulación el oro y plata amonedados por las autoridades de la República; que en segundo lugar, ni de forma expresa ni por escrito se convino renovar el contrato y en fijar una nueva fecha para la devolución del préstamo, y no podía fijarse una nueva fecha sin que ello implicara una novación del contrato. Fijado el plazo de 14 de enero de 1938, no podían las partes fijar otro por imperio de lo dispuesto en el artículo 1.091 del Código civil. Otro aspecto de la cuestión era que interpretada literalmente la cláusula de estabilización, que dice que la devolución del capital prestado debe hacerse en moneda de oro o plata, resulta ser una obligación alternativa, y como tal corresponde al deudor la elección, ya que en el pacto segundo de la escritura no se hizo que la elección correspondiera al acreedor, siendo de notar que la cláusula contenida en tal pacto es «cláusula moneda de oro o moneda de plata», pero no es cláusula valor oro o plata, y aun en este último caso correspondería la elección al deudor entre el valor que tuviere el oro o el que tuviere la plata en 14 de enero de 1938 o en 1 de enero de 1943. Alegó en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando se dictara sentencia absolviendo a la demandada de la demanda, con imposición de las costas a la parte actora por su manifiesta temeridad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en lo principal la demanda, pues condenó a la demandada a la cantidad de 15.000 pesetas por el concepto a que se refiere la demanda y además al quebranto que haya experimentado el papel moneda en relación con el oro o la plata el día en que se efectúe el pago en la forma siguiente: a) en el caso de que la deudora opte por el quebranto en relación al oro, además de la obligación nominal de pagar las 15.000 pesetas, deberá satisfacer el coste en más que tenga el día del pago, en relación al coste que tenía en 14 de enero de 1933, la igual cantidad de oro fino, que pudo adquirirse con dichas 15.000 pesetas entonces; b) en el caso de que la deudora opte por el quebranto con relación a la plata, además de la obligación nominal de pagar las 15.000 pesetas, deberá satisfacer el coste que tenga el día del pago, en relación al coste que tenía el 14 de enero de 1933, la igual cantidad de plata fina, que pudo adquirirse con dichas 15.000 pesetas, sin que, cualesquiera que fueran los resultados, haya de satisfacerse un quebranto que exceda del 615 con 40 centésimas por 100; condenando también a la demandada a que pague a las actoras los intereses de la cantidad de 15.000 pesetas, a razón del 7 por 100 pactado, desde el día 14 de enero de 1938 hasta el pago de dichas 15.000 pesetas, absolviendo a la demandada de las demás pretensiones de las actoras, todo ello sin hacer especial condena de costas.

La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado. El Tribunal Supremo falló no haber lugar a la casación, basándose en los siguientes Considerandos:

Que el pago, en su sentido técnico de cumplimiento efectivo de la prestación convenida, se rige, si se trata de deudas de dinero, por el artículo 1.170 del Código civil, con arreglo al cual dicho pago ha de hacerse en la especie pac-

tada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España, precepto que hoy no puede aplicarse en su integridad, dado que al modificarse el sistema monetario a que respondía dicho artículo, ha de ser éste entendido en un sentido amplio, referido a la moneda o papel moneda que tenga en la actualidad curso legal, por lo que, ante el hecho económico de la alteración de valor de la moneda, se plantea el problema de si el deudor se libera entregando el valor nominal de lo debido o ha de entregar el valor efectivo o real, imperando en la generalidad de las legislaciones el sistema nominalista, que es el acogido en España, para dar fijeza y seguridad al orden contractual, pero para remediar las consecuencias de la desvalorización monetaria y conseguir que el contenido de la obligación pecuniaria conserve, en el futuro, el mismo valor estimativo que tuvo para las partes en el momento de celebrarse el contrato, se ideó por aquéllas las llamadas cláusulas de estabilización, con arreglo a las cuales, o bien se pacta el pago en monedas de oro o plata—cláusula que *in natura* es nula en España, al no poderse imponer el pago en moneda carente de curso legal—, o se pacta que la cuantía del pago, hecho en moneda de poder liberatorio, se determine por el valor que en el momento de cumplir la obligación alcance la suma de oro o plata que se fijó en el contrato, cláusula de valor cuya validez ha sido muy discutida en la doctrina, pero aceptada por la jurisprudencia como remedio a la injusticia a que puede dar lugar el sistema nominalista en los contratos de tracto sucesivo, cuando las fluctuaciones del valor de la moneda son grandes por causa de su depreciación, y como respeto a la autonomía de la voluntad contractual que proclama el artículo 1.255 del Código, puesto que con tal cláusula, no prohibida expresamente por el Derecho español, no se estipula en principio nada ilícito ni inmoral, y su estimación—dice la doctrina legal—como contraria al orden público requiere la promulgación de una Ley que así lo establezca.

Que la aceptación del criterio valorista, si bien no unánime, es la doctrina científica dominante, que en nuestra Patria ha tenido su reconocimiento en el nuevo artículo 219 del Reglamento Hipotecario, que autoriza, aunque con importantes limitaciones, la aplicación de las cláusulas estabilizadoras a los préstamos hipotecarios, para los que rige la norma general contenida en el artículo 1.753 del Código civil, que prevé que el prestatario ha de devolver lo equivalente a lo recibido en una relación de igualdad, establecida sobre la cantidad—«otro tanto»—, la especie y la calidad, y si bien esta obligación se concreta en la deuda dineraria al disponer el artículo 1.754 que la restitución del dinero prestado ha de hacerse en la especie pactada o, en su defecto, en la de curso legal, a tenor del artículo 1.170, es lo cierto que admitido el criterio valorista no hay razón para que se excluyan del mismo las deudas de cantidad numérica determinada por el valor real de la moneda

Que el presente recurso gira en torno a la aplicación del pacto segundo del contrato de préstamo hipotecario de 15.000 pesetas, concertado el 14 de enero de 1933, con arreglo al cual, decretado el curso forzoso del papel moneda, «el quebranto que experimente al canjearse por oro o plata en el momento del pago será de exclusivo cargo de la deudora», pacto que los litigantes califican de cláusula de estabilización y que el juzgador *a quo* declara válido, condenando al pago de ese quebranto, interponiéndose contra dicha condena el presente recurso, comprensivo de diez motivos, de los que los primero y décimo denuncian el vicio de incongruencia, al amparo del número 3.º del artículo 1.292 de

la Ley de Enjuiciamiento civil, por no resolver la sentencia recurrida todas las cuestiones planteadas y condenarse a más de lo pedido, pero si bien es cierto que en el escrito de contestación se adujo la ilicitud del pacto y que la fecha para el quebranto de la moneda debe ser la del vencimiento del préstamo o la de terminación de la moratoria (motivo primero), también lo es que tales cuestiones se plantearon como argumentos defensivos, sin tener reflejo en el Suplico, único al que hay que atender para apreciar la congruencia, y como la estimación de la demanda lleva implícita la desestimación de dichas cuestiones, claro es que fueron resueltas, por lo que no se incidió en el vicio denunciado, y respecto al exceso, objeto del motivo décimo, como el quebranto es la diferencia que exista entre las dos fechas que el fallo fija, y el abono de los intereses a las actoras «en la proporción dicha» indica que se les ha de pagar por mitad, por ser ésta la participación que tienen en el capital del préstamo, no se ha cometido exceso, por lo que ambos motivos perecen.

Que los motivos segundo y tercero denuncian, respectivamente, error de hecho y de derecho en la apreciación de certificaciones de la Cámara Oficial de Comercio de Barcelona, expresivas de que en la fecha de terminación de la moratoria no tenían curso legal en España las monedas de oro y plata, pero como tal hecho está reconocido expresamente en el Considerando segundo de la sentencia de Primera Instancia, aceptada por la recurrida, y la retirada de dichas monedas fué ordenada por disposiciones legales de obligatoria observancia, no han podido cometerse los errores que estos motivos denuncian, los que han de desestimarse.

Que el motivo noveno no expresa el párrafo del artículo 1.692 en que se halla comprendido, cita obligada, a tenor del artículo 1.720, por lo que este defecto formal impide el estudio del mismo, y los restantes motivos, del cuarto al octavo inclusive, atacan la cláusula discutida, sosteniéndose en el cuarto su nulidad, en contra de la doctrina sentada en los dos primeros Considerandos de esta sentencia, lo que es bastante para su desestimación; el quinto trata de interpretar la cláusula sosteniendo que ésta impone el canje del papel moneda por moneda de oro o plata, lo que no es exacto, y como no patentiza la equivocación de la Sala, tratando de sustituir su criterio por el de ésta, el motivo ha de perecer, así como el sexto, porque al partir de la estimación del quinto, hace supuesto de la cuestión, y el séptimo va contra el hecho probado de que lo pactado es cláusula de valor, declarada válida, por lo que no puede ser estimado.

Que, finalmente, el motivo octavo denuncia la violación del artículo 1.204 del Código civil, porque la fecha del quebranto debe ser la del vencimiento de los cinco años pactados a la de la moratoria, motivo que tampoco puede prosperar, porque la prórroga de la obligación abarca la de todos los pactos de la misma, incluso de las garantías convenidas, si se hace de acuerdo por los contratantes, y como en este caso ni las acreedoras reclamaron el pago del préstamo ni la deudora intentó cancelarlo, lo que revela que hubo, por lo menos, consentimiento tácito para la prórroga, ésta ha de afectar a todas las estipulaciones del contrato, razón que impone el perecimiento de este motivo y con él la del recurso, con los pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley procesal.

SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1967.—*Doble inmatriculación. Debe resolverse conforme a los títulos civiles y al principio de prioridad en el tiempo de la inscripción.*

En autos sobre acción declarativa de dominio, en los que se debatieron varias cuestiones de hecho carentes de interés general, no se accedió a la casación. En la sentencia del Tribunal Supremo, cuarto Considerando, se lee: Tratándose, como se trata, de una doble inmatriculación, la cuestión debe resolverse conforme a los títulos civiles aportados y al principio de prioridad en el tiempo de la inscripción.

SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1967.—*La nulidad de las inscripciones del Registro de la Propiedad requieren como presupuesto indispensable la nulidad del título o acto jurídico que las originó, salvo que nazca dicha nulidad de defectos formales.*

Juicio de mayor cuantía, seguido por don M. S. contra don R. S., sobre cancelación de inscripciones en el Registro de la Propiedad. Se alegó, en resumen, en la demanda: Que don M. S. siguió juicio declarativo de mayor cuantía contra su padre don P. S., en solicitud de que fuera declarado pródigo, en el cual recayó sentencia el 19 de agosto de 1960, por la que se decretó la incapacidad, de conformidad con las prescripciones del Derecho foral catalán. La sentencia prohibía al pródigo la enajenación y gravamen de toda clase de bienes y el percibir alquileres y frutos por adelantado. Con posterioridad, la tutela de dicho pródigo recayó en la persona del demandante, por ser el único hijo de aquél. El actor solicitó anotación preventiva de la demanda de incapacidad sobre los bienes del incapaz. Unos días después, el 2 de enero de 1960, el incapaz malvendió todos sus bienes, dice la demanda, Vendió dos fincas mediante escritura pública a don R. S., la que fué inscrita en el Registro de la Propiedad.

De los antecedentes que tenemos a la vista se deduce que el juego de fechas en relación con el Registro de la Propiedad es el siguiente: el 13 de noviembre de 1959 se efectuó el asiento de presentación de la demanda de prodigalidad; el 28 de enero de 1960 se canceló dicho asiento de presentación, sin duda porque había transcurrido el plazo de su vigencia sin que (por las razones que fueren) se hubiese practicado la anotación; el 25 de junio de 1960 se inscribió el contrato de compraventa de 2 de enero de 1960, antes relacionado; el 13 de septiembre de 1960 se vuelve a presentar en el Registro el mandamiento para la anotación preventiva de la demanda de prodigalidad; y el 6 de junio de 1961 se anota la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Manresa, declarando la prodigalidad.

Basándose el demandante en que la sentencia de prodigalidad era firme, en que las fincas vendidas por don P. S. seguían siendo de propiedad del mismo, por el juego «de la anotación preventiva de demanda» y por el carácter condicional y condicionado de la compraventa, sujeta al resultado del juicio de prodigalidad, pidió en el Suplico de la demanda se dictara sentencia declarando nulas y sin efecto alguno las dos inscripciones de compra a favor de don R. S., que se librara el oportuno mandamiento al Registro para que se cancelaran y que se condenara a don R. S. a estar y pasar por la anterior de-

claración y a solicitar en forma del Registrador de la Propiedad dichas cancelaciones, y se condenase también en costas al demandado.

El demandado se opuso a la demanda y reconvinó pidiendo la cancelación de los asientos referentes a la constancia de la prodigalidad.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando nulas las inscripciones referidas de compra a favor de don R. S., demandado; lo absolvió de las demás peticiones; no dió lugar a la reconvencción, y no hizo expresa condena en costas. La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación; y en segunda sentencia revocó la sentencia de Primera Instancia confirmada por la Audiencia y absolvió de la demanda al demandado.

El único Considerando de la primera sentencia del Tribunal Supremo dice:

Que la declaración de nulidad de las inscripciones causadas en el Registro de la Propiedad, cuando no estén comprendidas en el número 4.º del artículo 79 en relación con el 30 de la Ley de 8 de febrero de 1946, por no fundamentarse en la existencia de defectos formales, requieren, como presupuesto indispensable para su obtención, la del título o acto jurídico que haya motivado el asiento cuya virtualidad se pretenda destruir, porque aun cuando el adverbio *previamente*, que emplea el párrafo 2.º del artículo 38 del mencionado texto legal, parezca indicar otra cosa, lo cierto es que en nuestro sistema inmobiliario el principio de legitimación registral que consagran los artículos 1, párrafo 3.º, 38, primer inciso, y 97 de la Ley Hipotecaria, a diferencia de lo que ocurría con la antigua *Gewere* germánica, no atribuye a sus transcripciones la facultad de producir por sí mismas efectos traslativos del dominio o derechos reales, ni las inviste de sustantividad propia para que purifiquen *erga omnes* el objeto de la inmatriculación, sino que, por el contrario, las considera como meros órganos de publicidad de los expresados derechos, y salvo en lo que afecta a las hipotecas, los niega eficacia constitutiva (sentencia de 10 de noviembre de 1954) y en ningún caso las permite convalidar los contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes (art. 33), lo que obliga a armonizar el referido párrafo 2.º del artículo 38 con lo dispuesto en el número 3.º del 79, que supedita el éxito de las cancelaciones a que se contrae a la simultánea invalidación del instrumento que las haya originado, conclusión a la que también se llega si se tiene presente el carácter accesorio que en nuestro Ordenamiento positivo ostentan las inmatriculaciones respecto a la validez del título que exteriorizan, porque, de admitirse cualquiera otra solución, se produciría la pugna entre los artículos 97 y 33 de la indicada Ley, dada la fuerza presuntiva que el primero otorga a las cancelaciones, y se contravendría el principio general de derecho que dice: *Accessorium sequitur naturam sui principalis*, por cuyas razones la jurisprudencia de esta Sala, de acuerdo con lo prescrito en el número 3.º del artículo 79 de la Ley y 173 de su Reglamento, ha proclamado tal doctrina de un modo implícito en sus sentencias de 2 de marzo de 1931, 14 de abril de 1958, 17 de diciembre de 1961 y 22 de octubre de 1965, y explícitamente en las de 22 de noviembre de 1905 y 27 de junio de 1914, y como en el presente caso la resolución impugnada estimó lo contrario, es indudable que incurrió en las infracciones que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se denuncian en el primer motivo del recurso, que en su consecuencia debe prosperar, sin que sea preciso entrar en el análisis de los restantes.

Los Considerandos de la segunda sentencia dicen:

Que al no haberse solicitado en el escrito inicial del presente proceso la declaración de nulidad de la escritura de 2 de enero de 1960, que motivó la inscripción que se pretende cancelar en estas actuaciones, y al no poderse pronunciar el juzgador sobre la eficacia o ineficacia de aquel documento, por impedirlo el principio de la congruencia consignado en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se hace preciso denegar las pretensiones de la parte actora y absolver al demandado por las razones que se expresan en la precedente sentencia de casación.

Que no es de estimar temeridad ni mala fe por parte de los litigantes al efecto de la imposición de costas causadas en ambas instancias.

B. M.

SUCESIONES

SUMARIO: A) ACCIONES: a) Acción de petición de herencia: a') Sus caracteres. Diferencia de la reivindicatoria. Legitimación: Sentencia de 7 de enero de 1966. b') Su nacimiento y prescripción: Sentencia de 7 de febrero de 1966. b) Acción de división: Sentencia de 13 de octubre de 1966. c) Acción de nulidad: Sentencia de 25 de noviembre de 1966.—B) ACRECIMIENTO O DERECHO DE ACRECER: Sentencia de 12 de febrero de 1966.—C) ADOPCIÓN: Derechos sucesorios del adoptado pactados en la escritura de adopción. Art. 177 (antiguo) del C. c.: Sentencia de 5 de enero de 1966.—D) ALBACEAZGO: Su prórroga y extinción. Carácter facultativo del art. 905, párrafo 2º, del C. c.: Sentencia de 3 de febrero de 1966.—E) COLACIÓN: No restitución del exceso. Arts. 636, 806, 813 y 1035 del C. c.: Sentencia de 28 de febrero de 1966.—F) CONDICIÓN RESOLUTORIA: Transmisibilidad del derecho hereditario sujeto a la misma: Sentencia de 17 de marzo de 1966.—G) COMUNIDAD HEREDITARIA: a) Su existencia no se presume: Sentencia de 17 de marzo de 1966. b) Inaplicabilidad de los arts. 451 y 452 del C. c. en el supuesto del art. 1.063 del mismo Cuerpo legal: Sentencia de 7 de enero de 1966.—H) HEREDERO DE CONFIANZA: Carácter: Sentencia de 30 de septiembre de 1966.—I) INTERPRETACIÓN DE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: a) De cláusula en la que se establece el derecho de acrecer. b) De cláusula testamentaria de residuo: Sentencia de 12 de febrero de 1966. c) De cláusula en la que, siendo aplicable la Compilación catalana, se ordena un legado en lugar de legítima para evitar la preterición: Sentencia de 4 de mayo de 1966. d) De pacto sucesorio contenido en capitulaciones matrimoniales navarras: Sentencia de 20 de enero de 1966.—J) LEGÍTIMAS EN CATALUÑA: Su fijación. Legado de alimentos en pago de legítima a ascendientes: Sentencia de 10 de marzo de 1966.—K) PACTO SUCESORIO: a) Contenido en la escritura de adopción: Sentencia de 5 de enero de 1966. b) Contenido en capítulos matrimoniales en Navarra: Sentencia de 20 de enero de 1966.—L) PARTICIÓN HEREDITARIA: a) Omisión de objetos o valores Art. 1079 C. c.: Sentencia de 20 de enero de 1966. b) Rescisión por lesión Art. 1074 C. c.: Sentencia de 12 de febrero de 1966. c) Partición hecha por los herederos. Naturaleza contractual. Amplitud de sus facultades. Pago de la cuota viudal asignando bienes en plena propiedad. Rescisión por lesión: Sentencia de 25 de febrero de 1966. d) La partición realizada por herederos capaces y mayores de edad, ¿puede realizarse en cualquier forma? ¿Puede comprender sólo parte de los bienes relictos?: Sentencia de 21 de mayo de 1966. e) ¿Puede ser convalidada la partición realizada «inter vivos» por la testadora y algunos de los interesados con base en un testamento revocado?: Sentencia de 4 de marzo de 1966. f) Imprescriptibilidad de la acción para pedir la partición: Sentencia de 13 de octubre de 1966. g) Partición realizada por el testador sobre bien ganancial: Sentencia de 25 de noviembre de 1966.—M) PRELEGADO: Independencia de los títulos de heredero y legatario. Art. 890 del C. c.: Sentencia de 17 de febrero de 1966.—N) LEGÍTIMAS EN CATALUÑA: a) Su fijación. Legado alimenticio en pago de legítima a ascendientes. Su nulidad contra la voluntad del legitimario: Sentencia de 10 de marzo de 1966. b) Preterición errónea de hijo póstumo. Nulidad de testamento: Sentencia de 4 de mayo de 1966. O) REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA: Sentencia de 5 de julio de 1966.—P) RESERVAS: Reserva lineal. La pertenencia a la línea de donde proceden los bienes se determina por la procedencia inmediata y próxima de los bienes reservables, no por la remota: Sentencia de 12 de marzo de 1966.—Q) RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO: Ley nacional: Sentencia de 10 de diciembre de 1966.—R) SIMULACIÓN: a) Compraventa simulada efectuada para burlar los derechos sucesorios del adoptado: Sentencia de 5 de enero de 1966. b) Compraventa simulada efectuada por la abuela a favor de sus nietos legitimarios por derecho de representación en perjuicio de otros nietos también legitimarios: Sentencia de 20 de enero de 1966. c) Compraventa simulada que encubre una supuesta donación en perjuicio de los herederos voluntarios: Sentencia de 17 de febrero de 1966.—S) SUCESIÓN EN CASAS BARATAS: es aplicable la legislación común: Sentencia de 1 de febrero de 1966.—T) SUCESIÓN: Ley nacional aplicable: Sentencia de 10 de diciembre de 1966.—U) SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: a) Sustitución

fideicomisaría de residuo. Derecho de representación: Sentencia de 5 de julio de 1966 b) S. f. familiar condicional en Cataluña: Sentencia de 15 de junio de 1966.—V) TESTAMENTO ABIERTO: a) Capacidad del testador. Enajenación mental no declarada judicialmente: Sentencia de 23 de septiembre de 1966. b) Fe pública notarial: ¿puede prevalecer sobre la afirmación del Notario autorizante del testamento el contenido de un acta notarial en la que los tres testigos del testamento manifestaron no conocer al testador ni recordar haber intervenido en semejante acto, la primera de cuyas negativas fué desvirtuada al declarar como testigos a presencia judicial?: Sentencia de 8 de octubre de 1966.—X) TESTAMENTO OLÓGRAFO: Nulidad por falta de autografía y de firma: Sentencia de 17 de noviembre de 1966.—Y) TESTAMENTO EN PELIGRO INMINENTE DE MUERTE: Sus requisitos. Domiciliación de los testigos: Sentencia de 10 de junio de 1966

A) ACCIONES.

a) *Acción de petición de herencia.*

a') Sus caracteres. Diferencia de la reivindicatoria Legitimación. Sentencia de 7 de enero de 1966.

b') Su nacimiento y prescripción. Sentencia de 7 de febrero de 1966. Artículos 192, 195, 1.016 y 1.021 del Código civil.

SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1966.

HECHOS

El Juzgado de Primera Instancia de Caspe declaró en 1960 herederos *ab intestato* de A. B. N., fallecido el 5 de octubre de 1945 en Chiprana, a sus cinco hijos, hoy demandados, F., E., T., A. y F., y a sus cuatro nietos, actuales demandantes, J., D., A. y M., representando a su madre, quienes reclaman los bienes hereditarios correspondientes a aquéllos. Se trata, pues, del ejercicio de la acción de petición de herencia por unos coherederos frente a otros.

Entienden los actores que los bienes relictos deben dividirse en seis partes iguales, correspondiéndoles una de ellas, a cuya pretensión se oponen los demandados alegando que los bienes fueron distribuidos por el causante en vida entre sus seis hijos y que los otros bienes que señalan eran propiedad exclusiva de la segunda esposa del causante, madre de los demandados y madrastra de la madre de los demandantes.

El señor Juez de Primera Instancia de Caspe estimó parcialmente la demanda declarando que pertenece a los actores la sexta parte indivisa de los bienes que se especificaba y la doceava parte indivisa de otros bienes (comunes) que asimismo determinaba, mientras que la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza estimó en parte el recurso de apelación formulado por los demandados.

Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo los rechaza en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín.

A estos efectos interesa el motivo primero del recurso interpuesto por la

parte demandada y apelante, «por aplicación indebida de los artículos 192, 1.016 y 1.021 del Código civil y violación del artículo 348 del mismo Código civil; alegando que aunque nuestro Código civil no regula la acción de petición de herencia, no hay duda de que persiste en nuestro Derecho, haciendo alusión a ella los artículos 192, 1.016 y 1.021 del Cuerpo legal citado...; la doctrina ha exigido que se den las siguientes circunstancias para que pueda hablarse de la existencia de la acción de petición de herencia: 1.º Que el reclamante invoque para fundar la acción su título de heredero. 2.º Que la acción se dirija contra quien posea todos los bienes hereditarios o parte de ellos, a título de heredero del mismo causante o sin invocar título alguno. 3.º Que se persiga como finalidad la restitución de tales bienes y no sólo el reconocimiento o constatación de la cualidad de heredero en el reclamante. Que estas circunstancias diferencian la petición de herencia de otras acciones como la reivindicatoria, que tiende a la recuperación de uno o más bienes del reivindicante mediante prueba de la propiedad de los mismos. En la demanda que se formuló... se reclama de una forma determinada una relación de bienes que se decía pertenecieron a don A. B. N., pero que se encontraban en poder de los hermanos B. R., solicitándose la propiedad de los mismos; en tal caso, la acción que se pretendía ejercitar no era la de petición de herencia, por la que el reclamante, fundado en su título de heredero, reclamase todos los bienes hereditarios dejados por el causante como una universalidad de bienes, sino que se discutía la propiedad de determinados bienes de los que se hallaban en posesión los hermanos B. R., en virtud del título que los demandantes no precisaban; la acción ejercitada era, por tanto, la reivindicatoria...»

El Considerando V rechaza este motivo manifestando que «la *actio petitio hereditatis*, implícitamente reconocida en los artículos 192, 1.016 y 1.021 del Código civil, por su carácter universal y finalidad dirigida primordialmente a la obtención del reconocimiento de la cualidad de heredero, difiere de la reivindicatoria regulada en el artículo 348 del mismo Cuerpo legal, pero no por eso deja de servir de vehículo para que las personas activamente legitimadas por ella puedan conseguir en beneficio de la masa común, la restitución de todos o parte de los bienes que compongan el caudal relicto perteneciente al causante, cuya posesión a título sucesorio (*pro heredere possesor*) o sin derecho alguno (*possidens pro possessore*) retenga en su poder el demandado, aspecto material que envuelve cierta coincidencia entre ambas acciones, y siendo ello así es indudable que dados los hechos que se declaran probados en la sentencia impugnada y que no se han desvirtuado en esta fase del proceso, concurren en el presente caso cuantos requisitos exigen la legislación y la jurisprudencia de esta Sala para el éxito de las mismas, con lo que, aun cuando prosperase el motivo, la resolución que habría de pronunciarse sería idéntica a la adoptada por el Tribunal *a quo* y la casación carecería de resultado práctico».

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1966.

El Tribunal Supremo, en ponencia del Magistrado don Francisco Bonet Ramón, viene a declarar que la acción de petición de herencia nace, en el supuesto en que resulta aplicable el artículo 195 del Código civil, a favor de los herederos a partir del momento de la declaración de fallecimiento y con efectos desde éste, de suerte que el plazo de prescripción de dicha acción no

comienza a contarse sino desde el momento en que se declare ocurrido el fallecimiento.

COMENTARIO

No cabe duda sobre la vigencia en nuestro Derecho de la acción de petición de herencia (en adelante, a. p. h.), regulada por el artículo 275 de la Compilación catalana y a la que aluden los artículos 192, 1.016 y 1.021 del Código civil, sobre cuya naturaleza se han mantenido tantas opiniones como sobre la naturaleza del derecho hereditario, en cuanto se participe de la idea de correlación entre acción y derecho protegido por ella. Descartando las tesis de la naturaleza real (PLANIOL, JOSSEAND, MESSINEO, BETTI), personal (PILLET, NICOLÒ), mixta (BAUDRY-LACANTINERIE, ROSEL y MENTHA) y de estado, en cuanto dirigida a hacer valer el estado que entraña la cualidad de heredero (VOCINO), la primera de las sentencias comentadas le atribuye naturaleza universal, tesis ya recogida en las sentencias de 18 de mayo de 1932, 12 de abril de 1951 y en la doctrina por CICU, PUIG BRUTAU y TRULLENQUE, entre otros. La calificación de la a. p. h. como acción universal, en cuanto fundada en un título de igual naturaleza—el de heredero—no parece satisfactoria, porque es difícil que de tal atribución dogmática puedan obtenerse fecundas consecuencias prácticas ni que sea, por tanto, útil. No hace falta acudir a una previa calificación dogmática para admitir que el heredero pueda reivindicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos ejercitando una sola acción, sino que la razón puede encontrarse en motivo de economía procesal. Si el heredero puede reivindicar mediante esta acción no sólo un conjunto de bienes, sino también un objeto determinado que pertenezca a la herencia (en contra de lo que se dice en el primer motivo del recurso) no se ve una razón práctica para excluir de la legitimación activa al legatario de cosa determinada propia del testador. Piénsese en la conveniencia de que pueda ejercitarla el heres ex re certa y todos los legatarios cuando la herencia se haya distribuido en legados, desde el momento en que no es esencial la institución de heredero. Podría intentarse una revisión de las posiciones clásicas estimando que la a. p. h. se dirige a colocar el patrimonio hereditario en la situación que debe tener, llamando al mismo todos sus elementos; se trataría de un medio que facilitaría la reconstrucción del patrimonio hereditario en cuanto evita el ejercicio de múltiples acciones y la prueba por quien la ejercita de la adquisición de la propiedad en su causante.

Aborda la sentencia incidentalmente la diferencia entre las acciones de petición de herencia y la reivindicatoria, que podemos sintetizar así: a) por su fundamento, pues la p. h. se funda en el título de heredero y la reivindicatoria en el título de dominio sobre un bien determinado; b) por la prueba, pues el actor ha de probar su título de heredero y la propiedad, respectivamente; c) por el objeto, en cuanto la primera tiene por objeto el reconocimiento de la cualidad de heredero del que puede derivarse el de un derecho real o de crédito, mientras que la reivindicatoria tiene por objeto el reconocimiento del derecho de propiedad sobre una cosa determinada.

La legitimación activa corresponde a cualquier heredero testamentario o ab intestato y, según la opinión que parece más autorizada, a los cesionarios de los herederos. A diferencia de la solución romana (texto de ULPIANO en Digesto, 5, 4, 1, 1) mantenida por la actual doctrina italiana, según la cual el

coheredero sólo está legitimado por su parte, la sentencia de 7 de enero de 1966 admite que el coheredero pueda conseguir en beneficio de la masa común la restitución de todos los bienes que compongan el caudal relicto.

Legitimada pasivamente está cualquier persona que posea las cosas hereditarias con título de heredero o sin título alguno, es decir, cualquiera que niegue al heredero su carácter de tal, incluso el deudor de la herencia si no niega su deuda, pero no el que invoque un título de adquisición singular.

Puede considerarse admitido para nuestro Derecho que el plazo de prescripción es de treinta años (sentencias de 18 de marzo de 1932, 12 de abril de 1951, 12 de noviembre de 1953, 8 de octubre de 1962, 25 de octubre de 1963). De la sentencia de 7 de febrero de 1966 parece inferirse que si al declararse el fallecimiento del desaparecido se determina que éste tuvo lugar hace más de treinta años, la acción de petición de herencia se ha extinguido. Pero no creemos que esto suponga derogación a la regla del artículo 1.969 del Código civil, conforme a la cual comienza a correr el tiempo de prescripción desde que se produce el hecho que posibilita ejercitar la acción, es decir, desde que alguien posee los bienes hereditarios.

b) *Acción de división.* Sentencia de 13 de octubre de 1966. Vid. L), f).

c) *Acción de nulidad.* Sentencia de 25 de noviembre de 1966. Vid. L), g).

B) ACRECIMIENTO O DERECHO DE ACRECER.

SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1966.

HECHOS

Doña S. G. C. murió el 22 de enero de 1948 bajo testamento, cuya única cláusula dispositiva rezaba así: «Instituye y nombra herederos de todos sus bienes, derechos y acciones de ella, presentes y futuros, a su hermana S. G. C., y a su esposo (de ésta, o sea, su cuñado), M. M. P., vecinos de ...; facultándoles para que vendan y consuman cualquiera de ellos, todos o parte de los bienes si cualquiera de dichos herederos llegaren a necesitar, a juicio de ellos, venderlos o consumirlos. Si alguno de esos dos herederos premuriese a la testadora, la parte de herencia del premuerto recaerá en el heredero sobreviviente, con las mismas facultades que se dejan determinadas. Pero los bienes y derechos que esos sus herederos o cualquiera de ellos no necesitasen, a juicio de los mismos, vender o consumir, serán heredados al fallecimiento de esos sus dos herederos: mitad de los que de ese modo quedaren, por los hijos del fallecido hermano de la testadora llamado C., y la otra mitad por su hermana doña A. G. C., y a falta de ésta, por fallecer antes que la testadora, por los descendientes que esa A. G. C. dejare».

S. G. C. y su esposo, M. M. P., otorgaron escritura de manifestación de herencia adjudicándose por mitades indivisas los bienes relictos el 21 de enero de 1949. Aquella muere sin descendencia el 5 de abril de 1952 y el 17 de junio siguiente su viudo, M., otorga escritura de manifestación de herencia adjudicándose todos los bienes. El mismo M. vende el 23 de marzo de 1956 a la

demandada J. M. C., en escritura pública, la nuda propiedad de todos los bienes, reservándose el usufructo vitalicio, por precio (que parece figurado) de 10.000 pesetas. Dos meses más tarde, el 21 de mayo, se casan vendedor y compradora. Esto es, M. y J. Al morir aquél el 13 de junio de 1961, las sobrinas de la testadora, doña S., llamadas J., C. y E. G. P., hijas de C. G. C., demandan a J. M. C. y piden, entre otros extremos:

1.º Que se declare nula parcialmente la escritura de manifestación de herencia de doña S. G. C., otorgada por don M. M. P. el 17 de junio de 1966 en cuanto se refiere a las fincas adquiridas por su esposa, doña S., en fideicomiso por herencia de su hermana S. G. C.

2.º Declarar inexistente la compraventa otorgada por don M. y doña J. el 23 de marzo de 1956.

El señor Juez de Primera Instancia de Jarandilla, estimando en parte la demanda (en cuanto a las fincas que se probó correspondían a la sucesión de S. G. C.), declaró la nulidad parcial de la escritura de manifestación de herencia y declaró asimismo nula e inexistente parcialmente la compraventa referida por ser simulada y no haber mediado entrega de precio de la misma, sentencia que fué confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres.

Interpuesto recurso de casación por la demandada, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al mismo, «Considerando... que si bien es cierto que en el caso presente parece deducirse del conjunto de las disposiciones testamentarias que la finalidad de la testadora era la de permitir el acrecimiento entre los herederos designados en primer lugar, en todo caso, por su deseo de que heredasen el conjunto de la herencia y dispusiesen de ella a su juicio, obligándose simplemente a transmitir el residuo de lo que no hubiesen necesitado consumir, concediendo a ambos la indicada facultad de disposición, interpretación que resulta confirmada por la propia cláusula discutida, no es menos cierto que la conclusión a que llega la sentencia que ahora se impugna en casación ni es lógica ni mucho menos absurda, pues siendo indiscutible la nulidad por inexistencia de la venta efectuada con posterioridad, el resultado práctico a que se vendría a parar sería el mismo...».

COMENTARIO

Se enfrenta aquí el Tribunal Supremo con la posibilidad de interpretar de dos maneras diferentes la cláusula transcrita, habida cuenta que en el presente caso la testadora premurió a ambos herederos y no alguno de éstos a aquélla.

En un primer sentido puede entenderse que la porción de S. no puede acrecer a su marido M., sino que debe pasar a los herederos fideicomisarios con derecho al residuo de lo que los primeros dejasen, pues el verdadero derecho de acrecer tiene lugar solamente a falta de uno de los llamados «al tiempo» en que la sucesión se abre, es decir, exige que alguno de los herederos llamados no llegue efectivamente a serlo, produciéndose una vacante de persona por ineficacia de alguno de los llamamientos sucesorios, la cual origina, a su vez, una porción vacante, que será la que acrezca (art. 982, párrafo 2.º, del C. c.). Esta tesis, que podemos llamar de interpretación literal de la cláusula en cuestión, es la mantenida por la parte actora y recurrida, acogida en ambas instancias.

En cambio, la parte demandada y recurrente sostuvo la aplicación con carácter general de la regla establecida específicamente en el testamento para el supuesto de premoriencia de uno de los herederos con respecto al causante, estimando que la testadora había instituido heredero de manera clara y rotunda a la unidad constituida por el matrimonio de S. y M.; que si bien es cierto que la previsión de acrecimiento la hizo para el caso de que falleciera uno de los cónyuges antes que la testadora, no se puede suponer que deseara lo contrario si el fallecimiento era posterior, pues otra interpretación llevaría al absurdo de suponer que la voluntad de la testadora cambiaba según la fecha del fallecimiento de los herederos, que se advierte claramente que la testadora tenía un gran cariño, no a uno de los cónyuges, sino a los dos, y a favor de los dos testa, y está claro que si hubiese fallecido el esposo antes que su hermana S., su voluntad no era que la hermana perdiese desde entonces la mitad de su herencia, ya que la instituye heredera con prelación a otros hermanos. En favor de esta segunda interpretación, que pudiera llamarse integral o finalista y de la que parece mostrarse partidario el Tribunal Supremo, siquiera carezca en este caso de trascendencia práctica, debido a la inexistencia de la compraventa, podría invocarse el párrafo 2.º del artículo 637 del Código civil por analogía.

Cuestiones no planteadas en el recurso son las de si es preciso el consentimiento de ambos herederos mientras los dos viviesen para disponer de los bienes, o basta el de uno, quien podría así disponer de su mitad respectiva.

C) ADOPCIÓN.

Derechos sucesorios del adoptado pactados en la escritura de adopción.— Artículo 177 (antiguo) del Código civil.

SENTENCIA DE 5 DE ENERO DE 1966.

HECHOS

Los cónyuges A. F. y M. M. adoptaron a la demandante, apelante y recurrida M. F. M., por escritura otorgada el 22 de septiembre de 1931, con obligación de instituir la heredera en el tercio de sus respectivos bienes. En la misma fecha y ante el mismo Notario los adoptantes otorgaron sendos testamentos, disponiendo la esposa de sus bienes así: Un tercio en pleno dominio a favor de la adoptada M. F. M.; el resto en usufructo a su marido A. F. y en nuda propiedad a la adoptada, la mitad del usufructo al fallecimiento de su esposo, a su hermano F., consolidando el pleno dominio de esta mitad al fallecimiento del usufructuario sustituto.

Don A. F. murió el 11 de diciembre de 1941, habiéndole premuerto el sustituto F. el 18 de mayo de 1935. Su viuda vendió el 8 de agosto de 1950 a M. L. G. M. su ajuar y ropas de casa en documento privado, y el 21 de marzo de 1951 vendió a la misma y a don A. M. N. todos sus demás bienes, consistentes en cuarenta y nueve fincas, en escritura pública.

La adoptada, una vez fallecida su adoptante doña M. M., demanda a los compradores pidiendo su participación hereditaria en la herencia de su madre adoptiva, que se declare la nulidad de la compraventa por simulación y

ser contraria al pacto sucesorio contenido en la escritura de adopción y que se condene a los demandados a entregar a la actora dichos bienes con los frutos percibidos y debidos producir por las fincas desde la fecha de la muerte de M. M., rendición de cuentas, etc.

El señor Juez de Primera Instancia de Infiesto estimó en parte la demanda, declarando nulo y sin valor legal alguno por inexistente el documento privado de venta de ajuar y reconociendo a la adoptada derecho a la participación en la herencia de su madre adoptiva, desestimándola en cuanto a los demás pedimentos, esto es, manteniendo la validez de la compraventa otorgada en escritura pública.

Apelada esta sentencia por la adoptada, adhiriéndose la demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo declaró la nulidad e ineficacia jurídica de todos los contratos de compraventa por simulación en fraude del derecho de la actora en la sucesión de su madre adoptiva.

Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, fué rechazado por el Tribunal Supremo en sentencia, de la que fué ponente el Magistrado don Victoriano Juvenco Escribano Ruipérez, declarando en la parte pertinente de sus Considerandos: En el primero, que «cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la obligación contraída por la adoptante, conforme al artículo 177 del Código civil en su redacción anterior a la reforma de 1958, cuando, como en el caso contemplado, no sólo se contrajo aquella obligación, sino que en cumplimiento de la misma la adoptante otorgó testamento instituyendo heredera en un tercio de sus bienes a la adoptada, se da un supuesto similar al de los herederos legítimos, estando la adoptada facultada para impugnar los actos o contratos que su causante haya podido otorgar con el designio de menguar o hacer ilusorio tal derecho, sin que sea óbice a ello la circunstancia de que además de haberla instituido heredera del tercio pactado en la escritura de adopción, extendiera la institución al resto de su herencia, pues el hecho de que en parte sea heredera voluntaria no altera la realidad de que por lo que afecta a la cuota pactada es heredera forzosa».

COMENTARIO

De esta sentencia parece desprenderse que el heredero voluntario no puede impugnar los actos simulados de su causante, lo que estimamos erróneo, porque: 1) la naturaleza de la simulación, sea absoluta o relativa, exige otorgar la máxima eficacia a la acción que la reprime; 2) no se ve por qué razón, en caso contrario, el legítimo puede ejercitar la acción en toda su extensión. Para ser congruente con esa posición, sólo debería poder ejercitar la acción de simulación en cuanto ésta perjudique a su legítima, consecuencia que no puede admitirse, pues implicaría reducir la acción de simulación a un medio protector de la legítima, siendo así que su fundamento es otro; la falta de una voluntad real (simulación absoluta), o la existencia de una voluntad real distinta de la manifestada (simulación relativa).

La equiparación del derecho sucesorio del adoptado antes de la reforma de 1958 a la de un legítimo no nos convence, ya que en cuanto a la cuota pactada no puede ser heredero forzoso precisamente porque hay pacto; otra cosa es que su derecho sea irrevocable. No es preciso acudir a analogías dudosas cuando basta contemplar la naturaleza contractual del derecho sucesorio del

adoptado para llegar a la conclusión de que el mismo no puede quedar sin efecto por la sola voluntad del adoptante.

D) ALBACEAZGO.

Su prórroga y extinción.—Carácter facultativo del párrafo 2.º del artículo 905. del Código civil.

SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1966.

Esta sentencia, debida a la ponencia del Magistrado don Manuel Lojo Tato, declara que «el párrafo 2.º del artículo 905 del Código civil no ordena imperativamente que si no se hubiese cumplido la voluntad del testador tenga el Juez forzosamente que conceder otra prórroga, sino que entra en las facultades del órgano jurisdiccional el estimar su procedencia o improcedencia y, consecuentemente, otorgarla o denegarla por el tiempo que fuere necesario, atendidas las expresadas circunstancias, usando al respecto la Ley la palabra *podrá*, que es término potestativo y no imperativo».

«Si el albacea contador no cumple su encargo en el tiempo que al efecto le fué concedido, el término queda expirado y caducado *ipso iure* el albaceazgo, aunque no haya terminado su gestión, pues así se deduce del artículo 910 y lo declara la sentencia de 6 de octubre de 1897, seguida por otras posteriores».

E) COLACIÓN. NO RESTITUCIÓN DEL EXCESO.—Artículos 636, 806, 813 y 1.035 del Código civil.

SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1966.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Juvencio Escribano Ruipérez, falla no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

«Considerando: Que se acusa la violación de los artículos 636, 806 y 1.035 del Código civil, argumentándose que en la cláusula del testamento de la causante cuya nulidad se postuló en la demanda, en la que dispuso que "si lo colacionado por cada uno de sus citados hijos excediese de su haber, no vendrán obligados a reintegrar cantidad alguna a la masa hereditaria", es efectivamente nula, por ir contra los preceptos legales que cita en el motivo, pero sobre ello es de señalar que en tales supuestos las disposiciones testamentarias que men-
gúan la legítima de los herederos forzosos no son radicalmente nulas y sí solamente inoperantes, dando lugar, en su caso, a las reducciones procedentes en cuanto fueren inoficiosas o excesivas, tal cual se previene en los artículos del Código civil que se citan en el motivo y en el 813 del mismo Cuerpo legal, por cuyas razones procede la desestimación del motivo».

COMENTARIO

La expresada disposición testamentaria viene a establecer una mejora tácita a favor de los hijos de la testadora en cuanto el exceso de lo recibido quepa dentro de los tercios de mejora y de libre disposición, quedando siempre a salvo, naturalmente, el tercio de legítima estricta.

Las posibles confusiones surgen por la implicación de la colación (institución de derecho voluntario) con las legítimas (institución de derecho necesario), sobre cuya distinción se insiste en otro lugar (vid. apartado N).

Una de las cuestiones que se plantean en materia de colación es la relativa al alcance práctico de la misma, esto es, a la posible restitución o no del exceso. La solución es clara cuando, como en el presente caso, se prevé el supuesto en el testamento, habiendo de estarse a lo dispuesto en el mismo. Pero a falta de disposición del testador, se han mantenido las dos principales y opuestas opiniones siguientes:

1.ª El colacionante debe colacionar también el exceso, porque así lo da a entender el artículo 1.036 del Código civil, ya que precisamente la facultad de repudiar sirve para liberarse de la obligación de restituir el exceso (MANRESA, MORELL, OYUELOS, VALLET—cfr. pp. 593 a 602 de sus «Apuntes de Derecho sucesorio»—).

2.ª El colacionante no debe colacionar el exceso, pues el artículo 1.047 habla sólo de «tomar de menos» y no de restitución, la cual tiene sentido en el sistema de colación «in natura», pero no en el de colación por imputación que sigue el Código, y porque la restitución del exceso de lo donado respecto a la cuota hereditaria del colacionante es propio de las instituciones que se configuran en defensa de la legítima, y concretamente de la reducción por inoficiosidad, operando con el alcance que ésta tenga. Además, la colación no produce desplazamiento patrimonial alguno, ni hasta el límite de la cuota ni más allá de él (CALDERÓN NEIRA, ROCA SASTRE, LACRUZ BERDEJO, PUIG BRUTAU, DE LOS MOZOS).

F) CONDICIÓN RESOLUTORIA.

Transmisibilidad del derecho hereditario sujeto a la misma.—Artículo 1.114 del Código civil.

SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1966.

En el primer Considerando de esta sentencia, de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, se afirma que «la cláusula testamentaria en cuya virtud se dispone la transmisión de la nuda propiedad de una parte alicuota de la herencia a favor de determinadas personas, supeditando la consolidación del pleno dominio de la cuota correspondiente a cada una de ellas a la circunstancia de que sobreviva el usufructuario, por pasar en caso contrario los bienes a los descendientes del primero o acrecer a los demás, implica respecto de aquél un llamamiento sometido a condición resolutoria y no suspensiva, como se deduce de los términos en que está redactado el artículo 1.114

del Código civil y del contenido de la sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 1934, por depender del cumplimiento de dicho evento la extinción o pérdida de la cualidad de heredero o legatario y no el nacimiento de tal derecho, y como ese tipo de vocaciones hereditarias no está comprendido en la sección IV del capítulo II, título III, libro III del expresado Cuerpo legal, que ni siquiera la menciona, ni se rige por el artículo 759, según indica su propio contexto, exclusivamente dedicado a las suspensivas, y como sin embargo es perfectamente válido y eficaz en nuestro Derecho positivo, que ni tácita ni expresamente lo prohíbe en su artículo 790, de ahí que su regulación haya de ajustarse a las normas que establecen los artículos 1.113 a 1.124 de la Ley civil sustantiva, por remitir a ella el artículo 791 en lo no prevenido en la sección en que éste se halla inserto, y no a las enunciadas en los artículos 759 y 799, cualquiera que sea el criterio que se adopte para solventar la pugna que pueda existir entre ambos preceptos, y siendo ello así es evidente que el instituido de ese modo desde el momento en que fallezca el testador (arts. 657 a 661) y en tanto la condición no se cumpla (arts. 1.114 y 1.123), es verdadero titular de la porción del caudal relicto o de los bienes específicos que, en su caso, le hayan sido asignados, y como tal goza de la facultad de cederlos, enajenarlos, gravarlos o realizar con relación a ellos cuantos actos o contratos estime convenientes, aun cuando por imperativo del principio general de Derecho *nemo dat quod non habet* los efectos de dichos negocios jurídicos se extinguen para los adquirentes con el advenimiento de la contingencia a que el derecho del transmitente se hallare sometido, conforme al aforismo *resoluto iuris dantis, resolvitur ius accipientis*».

G) COMUNIDAD HEREDITARIA.

a) *Su existencia no se presume.*—Artículo 1.068.

El Considerando tercero de la misma sentencia acabada de citar manifiesta que «si bien es cierto que conforme a la doctrina legal sustentada por esta Sala con referencia a dicho precepto—se refiere al artículo 1.068—el heredero no puede disponer de los bienes singulares de la herencia mientras no se lleve a efecto su partición (Ss. de 26-1-1906, 11-4-1953 y 6-5-1958), por no disfrutar hasta entonces más que de un derecho impreciso e inalienable sobre las cosas de que se componga, no es menos exacto que para que el mencionado artículo 1.068 entre en juego es imprescindible que de forma clara y evidente se acredite la previa existencia y subsistencia de la comunidad hereditaria a la que la partición deba poner fin, es decir, la de una verdadera *universitas* en la que respecto a una pluralidad de sujetos se agrupan diversas relaciones patrimoniales activas y pasivas que integran no sólo la totalidad de los bienes, derechos y acciones que proceden del *de cuius*, sino también las deudas y obligaciones que éste tuviere o hubiere impuesto en su testamento (art. 659), de las que solidariamente responderán sus componentes (art. 1.084), situación completamente distinta de la que representa una mera cotitularidad de legatarios sobre bienes concretos y determinados del caudal relicto, en la que el derecho sucesorio de cada uno de ellos lo es a título particular y no universal, y como en la hipótesis aquí controvertida se practicó la partición de la herencia sobre que versa el litigio en 12 de junio de 1917, y en ella se confeccionó una hijuela en la que se incluyeron las fincas afectadas por el legado establecido en la cláusula 13 del testamento

de 13 de abril de 1910, no puede ponerse en duda que en tal momento se extinguió la comunidad hereditaria de donde dichos bienes procedían, y que en cuanto a ellos se constituyó una nueva, sometida a las prescripciones del título III del libro II del Código civil, que no impide a los distintos partícipes enajenar la porción indivisa que les corresponda sobre cada uno de los inmuebles comprendidos en el legado, siempre que lo hagan, como aquí ha sucedido, con la limitación impuesta por la condición resolutoria a que se hallaba vinculado su derecho».

b) *Inaplicabilidad de los artículos 451 y 452 del Código civil en el supuesto del artículo 1.063 del mismo Cuerpo legal.*

SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1966.

HECHOS

Vid. apartado A).

«La situación jurídica que regula el artículo 1.063 es inconfundible con lo previsto en los artículos 451 y 452 del mismo texto legal, al concretarse aquél al uso y disfrute de determinados bienes que si bien se hallan en poder de un coheredero, no son poseídos por él en su propio nombre, sino en el de la comunidad sucesoria a que pertenece, razón por la cual y con independencia de la buena o mala fe de la posesión, deben ser integrados en la masa hereditaria, conforme a las prescripciones contenidas en dicho precepto, en el apotegma *fructus augent haereditatem*, e incluso en el artículo 1.049, relacionado con la colación de dichos bienes».

H) HEREDERO DE CONFIANZA.

SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1966.

Vid. apartado U).

I) INTERPRETACIÓN DE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

a) *De cláusula en la que se establece un derecho de acrecer.*

b) *De cláusula testamentaria de residuo.*

SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1966.

HECHOS

Vid. apartado B).

«En el proceso interpretativo de las cláusulas testamentarias, cuando existe duda respecto de alguna de ellas es imposible detenerse en el puro y simple sentido literal si resulta que fué otra la voluntad del testador, debiendo observarse lo que aparezca como más conforme con la intención de éste según el tenor del mismo testamento, para todo lo cual es preciso conjugar dicho sentido literal con el lógico, el teleológico y el sistemático, al modo como dijeron, entre otras muchas, las sentencias de 4 de marzo de 1952, 4 de noviembre de 1961 y 3 de abril de 1965, a causa de que los problemas que surgen del acto testamentario nunca son producidos por un conflicto entre los sujetos de la relación sucesoria, es decir, entre el causante y sus sucesores, sino que, propiamente hablando, el conflicto se produce entre la voluntad real y su declaración o expresión—carente de naturaleza recepticia—en los términos literales que se discuten, cuyo autor no está, por otra parte, en condiciones de aclarar ni precisar y cuyo sentido aparente tiene por fuerza que dejar paso a aquella auténtica voluntad, siempre que pueda ser claramente apreciable, por impropias, inadecuadas e incluso contradictorias que parezcan las fórmulas empleadas, a la manera como proclamaron las sentencias de 6 de febrero de 1958, 4 de junio de 1959, 4 de noviembre de 1961 y 21 de febrero de 1962».

c) *De cláusula en la que, siendo aplicable la Compilación catalana, se ordena un legado en lugar de legítima para evitar la preterición.*

SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1966.

Vid. apartado N).

d) *De pacto sucesorio contenido en capitulaciones matrimoniales navarras.*

SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1966.

Vid apartado siguiente K).

«La constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, declarativa de que la facultad de interpretar el sentido y verdadero alcance de las diversas cláusulas de los contratos, testamentos y donaciones corresponde a los Tribunales de instancia, la cual debe prevalecer sobre el particular criterio de los recurrentes, siempre que no sea equivocada o manifiestamente errónea, tal doctrina es aplicable a la interpretación de los llamamientos hereditarios hechos en capítulos matrimoniales, dado su doble carácter de contrato o donación *inter vivos* y disposición testamentaria—sentencia de 9 de marzo de 1923—...».

J) LEGÍTIMAS EN CATALUÑA.

Su fijación. Legado de alimentos en pago de legítima a ascendientes.

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1966.

Vid apartado N).

K) PACTO SUCESORIO.

a) *Contenido en la escritura de adopción.*

SENTENCIA DE 5 DE ENERO DE 1966.

Vid. apartado C).

b) *Contenido en capitulaciones matrimoniales en Navarra.*

SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1966.

HECHOS

En 27 de mayo de 1929, con ocasión del matrimonio de doña M. A. I. y don A. O. G., de vecindad civil navarra, se otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales en la que el padre de aquélla y la madre de éste les hicieron sendas donaciones de bienes inmuebles estipulándose en ella que «para el caso de que el futuro matrimonio de doña M. y de don A. se disolviese sin sucesión o que los hijos muriesen antes de la edad de poder testar, por fallecimiento de doña M., los inmuebles donados a ésta revestirán al donante don J., y en defecto de éste a los más próximos parientes de la donataria, y si la disolución fuere por fallecimiento de don A. los inmuebles donados a éste pasarán en pleno dominio a doña F., y en defecto de ésta a sus hermanos o descendientes, sin perjuicio todo del usufructo foral del cónyuge sobreviviente».

Seis meses después de celebrado el matrimonio muere el marido donatario, y en cumplimiento de la cláusula transcrita, los inmuebles a él donados revirtieron a su madre donante, doña F.

El 27 de octubre de 1950 muere el padre de doña M., y ésta, que carecía de descendencia de su matrimonio con A., contrae segundas nupcias el 30 de abril de 1954—contando cincuenta y ocho años—con uno de los demandados, E. B. A., otorgando ambos cónyuges capitulaciones matrimoniales en las que contiene la siguiente cláusula: «Es pacto entre ambos contrayentes que en el supuesto de que el proyectado matrimonio se disuelva sin descendencia, fallecido cualquiera de los esposos, heredará el sobreviviente todo el patrimonio familiar del fallecido como único y universal heredero, sin limitación alguna, apartando a cuantas personas alegaren derechos legítimos con la foral del

Reino de cinco sueldos febles o carlines por muebles y una robada en los montes comunes por inmuebles».

Surgidas poco después desavenencias entre los cónyuges, el 22 de diciembre de 1954 otorgaron escritura modificando la anterior, en la que pactaron: «Los comparecientes, por circunstancias que no son del caso, viven separados de hecho, por lo que han convenido formalizar esta escritura en los términos siguientes: Primero: Pactar que, fallecido cualquiera de los esposos estando subsistente el hecho de la separación, no se aplicará el pacto sucesorio antes expresado, sino que cada esposo podrá disponer, tanto en vida como por testamento, de todos sus bienes con absoluta libertad, pues incluso renuncian al usufructo foral de viudedad que corresponde al sobreviviente... Tercero: Se presumirá que ambos esposos viven separados de hecho siempre que no hagan constar la reanudación de su vida conyugal por medio de acta notarial, desde cuya fecha perderá toda validez el presente contrato y recobrará su valor el de 30 de abril pasado, otorgado ante mí. Cuarto: Don E. B. recibe en este acto de manos de su esposa la cantidad de setenta y cinco mil pesetas como parte de la presente transacción, de cuya cantidad le da carta de pago y queda obligado a su reintegro en caso de una reconciliación».

El 20 de febrero de 1959, y sin que conste haya habido reconciliación entre los esposos ni se haya hecho constar la reanudación de la vida conyugal por acta notarial, muere doña M., dejando como más próximos parientes a catorce primos hermanos, cinco por línea materna y nueve por línea paterna.

El viudo, don E. B. A., otorga escritura de aceptación de herencia en la que se adjudica todos los bienes de su mujer y seguidamente vende algunos de ellos al otro demandado, don J. A. B., a pesar del previo requerimiento notarial que le hizo uno de los primos de su mujer, don D., actor, apelado y recurrido, para que se abstuviera de realizar actos de disposición a títulos de dueño; por lo que éste, por sí y en representación de la comunidad hereditaria, interpuso demanda en la que suplicó se dictara sentencia declarando: Primero: La validez del pacto sucesorio otorgado en 1929. Segundo: Que por haberse cumplido las condiciones de disolución del matrimonio de doña M. y don A. sin hijos y muerte del donante, los llamados a suceder en los bienes inmuebles donados a aquélla son sus más próximos parientes. Tercero: Nulidad de la cláusula tercera de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada el 30 de abril de 1954 entre doña M. y don E. o subsidiariamente declararla revocada por el contrato otorgado el 22 de diciembre de 1954 Cuarto: Nulidad de la escritura de aceptación de herencia otorgada por don E. Quinto: Nulidad de la compraventa citada. Sexto: Nulidad de las inscripciones en el Registro de la Propiedad Séptimo: Declarar que don E. carece del derecho de usufructo foral. Octavo: Condenar a don E. y a don J. a estar y pasar por las anteriores declaraciones »

El señor Juez del Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Pamplona, dictó sentencia—confirmada por la de la Audiencia en todas sus partes—por la que estimando la demanda declaró: Primero: Que es válido y subsistente el pacto sucesorio que con respecto a los bienes inmuebles donados a doña M. A. I. por su padre, don J. A. G., con ocasión de su matrimonio con don A. O. G. se contiene en la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada en 27 de mayo de 1929. Segundo: Que por haberse cumplido las condiciones señaladas en dicha cláusula—disolución del matrimonio de doña M. y don A. sin hijos y muerte del donante don J.—los llamados a suceder en los bienes inmuebles que

le fueron donados a doña M. son los más próximos parientes de ésta. Tercero: Que es nula la cláusula tercera de la escritura de 30 de abril de 1954. Cuarto: Que es nula la escritura de aceptación de herencia otorgada por don E. Quinto: Nulidad de las inscripciones registrales. Sexto: Que don E. carece del usufructo viual. Séptimo: Nulidad del contrato de compraventa...

El demandado, don E. B. A., interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Victoriano Juvencio Escribano Ruipérez, en base a los siguientes argumentos:

1.º Que de los términos del pacto transcrito «se infiere que en el mismo y para la eventualidad prevista se convino no solamente la reversión de los bienes al donante, sino también un llamamiento sucesorio en favor de los más próximos parientes de la donataria».

2.º Que frente a la argumentación del recurrente de que el llamamiento hereditario se había hecho para la única y sola eventualidad de que el matrimonio contraído por la donataria con don A. se hubiera disuelto por fallecimiento de aquélla, pero no en el caso de que se disolviera, como se disolvió, por fallecimiento del marido, debe prevalecer la del Tribunal de Instancia, siempre que no se pruebe sea equivocada o manifiestamente errónea.

COMENTARIO

Según la tesis del recurrente, lo que condicionaba el llamamiento de los parientes de doña M. a los bienes donados a ésta era no el fallecimiento de la esposa sin descendencia de su matrimonio con don A., sino el hecho de que el matrimonio entre ambos se disolviera por fallecimiento de la mujer y sin haber procreado hijos o con hijos que no llegaron a la edad de poder testar. Y si nos fijamos en la circunstancia de que a la muerte de don A. revertieron a la madre de éste los bienes que le había donado, pero no tuvo lugar la reversión de los bienes donados a doña M. por su padre a favor de éste parece que debe acogerse esa interpretación y concluir que como la fallecida no fue doña M., ésta no se encontraba ya vinculada por tal pacto al no darse el presupuesto del mismo.

Pero si en vez de esta interpretación literal se atiende a averiguar la verdadera intención de los contratantes al concertar dicha cláusula, parece que éstos pretendieron no sólo determinar el destino sucesivo de los bienes donados al cónyuge premuerto, sino también el ulterior destino de los bienes donados al cónyuge superviviente, siempre y cuando se cumpliera la condición de que el matrimonio se disolviera sin hijos o con hijos muertos antes de poder testar. Se trataría de un supuesto análogo a la sustitución «si sine liberis decesserit», en el que todo hecho que no sea la supervivencia del hijo con facultad de testar mantiene los bienes sujetos a la trayectoria predeterminada. Esta analogía induce a contestar negativamente la cuestión de si la donataria podía o no disponer de los bienes, tema que no se aborda en el pleito. La dicción literal del pacto, «los inmuebles donados a ésta revertirán» y no «los inmuebles donados a ésta que quedaren a su fallecimiento revertirán», inclina asimismo a la negativa.

La sentencia diferencia acertadamente la reversión a favor del donante del llamamiento sucesorio a favor de los más próximos parientes de la donataria,

en el que, pese a la incorrecta expresión del artículo 641 del Código civil, no puede haber reversión, pues nunca tuvieron en su poder los bienes donados, sino que existe una estipulación sobre el destino eventual y futuro de unos bienes que puede envolver un llamamiento hereditario si la transmisión se hace depender de la muerte del donatario, razón por la cual el propio artículo 641 declara aplicables las limitaciones de las sustituciones fideicomisarias.

L) PARTICIÓN HEREDITARIA.

a) *Omisión de objetos o valores. Artículo 1.079 del Código civil.*

SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1966.

Omitido en el inventario la participación que el causante tenía en una Sociedad mercantil colectiva irregular, constituida en documento privado para la explotación de una línea de autobuses, procede completar y adicionar la partición «incluyendo en su inventario la citada participación por el valor que tuviere en el momento del fallecimiento» de dicho causante.

Frente al criterio del señor Juez de Primera Instancia de Gandía, quien estimó debía tenerse en cuenta el *valor actual* de la citada participación, la Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia que, por lo demás, confirmó la sentencia del Juzgado, entendió que dicho valor será el que la participación tenía en el momento de la muerte del causante. Interpuesto recurso de casación por la demandante, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón casa de oficio la sentencia recurrida sin entrar en el fondo del asunto apreciando la excepción de falta de legitimación pasiva; y en la segunda sentencia declara que procede completar la partición, incluyendo en su inventario la citada participación social por el valor que tuviera en el momento de la muerte del causante.

NOTA.—La valoración de la participación social no fue motivo del recurso, sino que éste se centró sobre la indivisibilidad de la participación social que correspondía al causante.

b) RESCISIÓN POR LESIÓN.

Artículo 1.074 del Código civil.

SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1966.

En esta sentencia, de la que ha sido ponente el Magistrado don Tomás Ogayar y Ayllón, se contiene la siguiente doctrina:

«Considerando: Que la sentencia impugnada declara, por la apreciación conjunta de la prueba realizada, que la partición cuya rescisión insta la sindicatura recurrente no fue simulada y está compensada la diferencia de adjudicaciones, por lo que no estima la lesión en que se basa la acción ejercitada ni que sea simulada la venta de la concesión de aguas potables, así como la im-

procedencia del saneamiento por evicción, y contra tales declaraciones se interpone el presente recurso basado en siete motivos, en los que se estudian los problemas de simulación y lesión planteados en la instancia, y como es básico en casación el principio de la inmutabilidad del hecho probado, debe examinarse con preferencia el motivo que lo ataca, que es el quinto, en el que, por el ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, porque en la escritura de partición que se invoca como documento auténtico sólo se alude a la compensación de adjudicaciones, pero no la establece, motivo que no puede prosperar porque: 1.º Una jurisprudencia reiterada establece que los documentos sobre cuyo alcance o interpretación se ha discutido en el juicio y resuelto en la sentencia carecen de autenticidad a efectos de casación, por lo que discutiéndose si en la partición impugnada hubo o no lesión, las manifestaciones que en ella hicieron las partes no hacen prueba por sí solas, 2.º Al implicar el error de hecho una contradicción evidente entre el hecho narrado en el documento y el apreciado por [el juzgador] *a quo*, para que tal contradicción pueda estimarse es necesario que dicho documento obre copiado en su integridad en el apuntamiento y como tal copia no existe, esta omisión impide que esta Sala pueda formar juicio exacto del mismo; y 3.º La Sala sentenciadora aprecia la ausencia de simulación, no sólo por lo consignado en la escritura de partición, sino por el conjunto de la prueba practicada, lo que impide que este conjunto pueda desarticularse por el resultado aislado de uno de los elementos integrantes del juicio.»

«Considerando: Que el rigor formal de la casación exige que se exprese por el recurrente el concepto en que estima cometida la infracción que denuncia, por ser este concepto el que señala el ámbito dentro del cual ha de desenvolverse la actividad del Tribunal de casación, requisito exigido por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y como el modo como la Ley fue infringida se señala por tres vías distintas en el número 1.º del artículo 1.692, de gran diferencia esencial por su contenido y alcance, según tiene reiteradamente dicho esta Sala, no cabe la posibilidad de su invocación conjunta, pues al ser dichos conceptos auténticos, no puede un mismo precepto ser infringido a la vez en más de una de las formas legales, faltándose si así se invocan a la precisión y claridad exigidas, defecto en que inciden los motivos tercero—al citar como concepto la interpretación errónea y la aplicación indebida del artículo 1.058 del Código civil—y sexto—denunciador de violación e interpretación errónea del artículo 1.214 del Código civil—, los que, al contener este defecto formal, son inadmisibles, a tenor de la causa 4.ª del artículo 1.729, y en este trámite se convierten en causa de desestimación.»

«Considerando: Que en igual defecto incurren el motivo primero, en el que se denuncia la violación y falta de aplicación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, porque si bien la jurisprudencia tiene admitido como concepto autónomo la falta de aplicación declarando que la violación de un precepto puede hacerse positivamente—vulnerando el alcance de la norma—o negativamente—al no aplicarlo cuando no es procedente—, no es posible que a la vez se cometan ambas infracciones, por ser opuestas, pero es que, con independencia de este grave defecto formal, no respeta los hechos que el juzgador *a quo* sienta, sino que analiza y examina las pruebas aportadas por vía inadecuada, y en todo caso la de presunciones es subsidiaria y no puede imponerse, dado que el juzgador sólo debe acudir a ellas cuando estime que el hecho dudoso no tiene demostración eficaz por los demás medios probatorios, razones que hacen perecer este motivo»

«Considerando: Que siendo vinculantes para esta Sala los hechos que el juzgador *a quo* fija como premisa de su fallo, así como para el recurrente si no los impugna en forma adecuada, tal principio, esencial y básico en casación, no se observa en los motivos 2.º, 4.º y 7.º, pues en el 2.º se parte de que está demostrada la lesión, en contra de lo que afirma la sentencia combatida al sostener que el conjunto de la prueba acredita que las adjudicaciones de los interesados en la partición fueron compensadas, por lo que tal lesión no existió; en el 4.º se razona, consecuencia del motivo 3.º ya desestimado, que la Sindicatura es la única que puede pedir la rescisión por lesión, con olvido de que la sentencia recurrida no pone en duda la personalidad de aquélla y sí que no puede accionar por no existir lesión al hacer la partición; y en el 7.º, al sostener que hay violación del artículo 882 del Código de Comercio, hace supuesto de la cuestión, pues tal precepto exige que haya simulación en fraude de acreedores, lo que no se estima probado, razones que hacen perecer estos motivos, lo que supone la total desestimación del recurso, con los pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley procesal».

c) *Partición hecha por los herederos. Naturaleza contractual. Amplitud de sus facultades. Pago de la cuota viudal asignando bienes en plena propiedad. Rescisión por lesión.*—Artículos 1.058 y 1.074 del Código civil.

SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1966.

Desestima, en ponencia del Magistrado don Victoriano Juvencio Escribano Ruidáñez, el recurso de la viuda del causante por los siguientes argumentos:

«Considerando: Que la naturaleza contractual de la partición de herencia hecha o aprobada por los llamados a ésta impone la aplicación a la misma de los preceptos sustantivos que determinan la existencia, validez y eficacia de los negocios jurídicos y consiguientemente de los referentes a su inexistencia, nulidad y rescisión—sentencia de 9 de marzo de 1951—, de lo cual se sigue que las particiones de la clase expresada en las que hayan concurrido los esenciales requisitos que exige el artículo 1.261 del Código civil para la existencia de los contratos, podrán ser anuladas conforme al artículo 1.265 si el consentimiento prestado lo ha sido por error, violencia, intimidación o dolo, y rescindidas no solamente por las causas legalmente previstas para las obligaciones en general—artículos 1.073 y 1.291 del Código civil—, sino también por la especial de lesión en más de la cuarta parte, comprendida en el artículo 1.074 del mismo Cuerpo legal, pues carente nuestro Código civil de todo precepto de carácter general relativo a la nulidad de las [particiones] son aplicables en esta materia las normas generales del Derecho sobre invalidez de los negocios jurídicos, y por ende lo relativo a la ausencia o ilícito de la causa—Ss. de 6 de noviembre de 1934 y 2 de noviembre de 1957—».

«Considerando: Que tanto la doctrina legal como la científica han estimado que el artículo 1.058 del Código civil contiene una amplísima facultad para los herederos mayores de edad que por sí mismos efectúan la partición de los bienes que constituyen la herencia, pues tal operación mediante el concierto de sus voluntades tiene carácter de contrato, en el cual, por virtud de lo que previene el artículo 1.255 del Código civil, pueden establecer válidamente quienes las otorgan cuantos pactos, cesiones o transacciones tengan por conveniente

para la valoración, liquidación y distribución del caudal hereditario, incluso la adjudicación al cónyuge superstite en pago de su cuota legal usufructuario de un capital en efectivo, tal como previene el artículo 838 del Código civil, cuando exista acuerdo mutuo, creándose para todos los otorgantes las consiguientes obligaciones derivadas de la unánime conformidad prestada al acto complejo que entraña la partición hereditaria».

«Considerando: Que la ilicitud de la causa viene definida en el artículo 1.275 del Código civil por la nota de oposición a las leyes o a la moral, cuyo concepto genérico se desenvuelve en la doctrina jurisprudencial con gran amplitud y flexibilidad, aplicándose no solamente en los supuestos de convenciones ilícitas por razón de su objeto o de su motivo en los casos en que este último debe ser tomado en consideración por estar integrado en el contenido del contrato, sino también a múltiples negocios jurídicos que no encerrando en sí ningún elemento de manifiesta antijuridicidad son ilícitos por el matiz in-moral o de fraude de la Ley que reviste la operación en su conjunto—Ss. de 14 de diciembre de 1940, 2 de abril de 1941, 12 de abril de 1946 y 30 de octubre de 1955—, en la primera de las cuales destaca como elemento fundamental y característico el ataque o lesión de un interés general de orden jurídico o moral; pero como quiera que en los actos documentados de partición hereditaria cuya nulidad radical o absoluta se propugnó en la demanda, tal cual fácticamente se reflejan en el fallo impugnado, no concurre ninguna circunstancia susceptible de ser encuadrada dentro del concepto genérico de "oposición a las leyes o a la moral", no puede prosperar el motivo 1.º del recurso, que con amparo en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, acusa la violación del artículo 1.275 del Código civil y doctrina contenida en diversas sentencias de esta Sala, que cita, pues centrado el problema litigioso en una supuesta lesión patrimonial padecida por la recurrente, dada la desproporción que, a juicio de la misma, existe entre el verdadero valor del caudal hereditario y la cuota a ella asignada en plena propiedad en pago del usufructo viudal que libremente convino y aceptó, ello hubiera podido hallar su correctivo específico mediante el ejercicio de la acción rescisoria prevista en el artículo 1.074 del Código civil, pero sin posibilidad de que sea calificado como acto opuesto a la ley o a la moral».

«Considerando: Que en el segundo de los motivos por la misma vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil se denuncia la interpretación errónea de los artículos 1.058 y 1.255 del Código civil, así como de la doctrina legal contenida en diversas sentencias de esta Sala, que cita, y en su desarrollo viénese a reproducir en lo esencial las alegaciones contenidas en el ordinal primero del recurso, si bien contempla el problema en un aspecto diferente, aunque similar; y sobre ello es de tener en cuenta que el principio de autonomía de la voluntad predominante en materia de obligaciones viene limitado por adecuadas normas de matiz imperativo y carácter ético, en evitación de que el derecho contractual sea puesto al servicio de fines inmorales o antisociales, conceptos recogidos en el artículo 1.258 del Código civil, prohibitivo de todo aquello que sea contrario a las leyes, a la moral o al orden público; mas como quiera que los razonamientos expuestos en el precedente Considerando, desestimatorio del primero de los motivos del recurso, son plenamente aplicables al presente, procede también por idénticos fundamentos desestimar este segundo motivo».

Considerando: Que en el ordinal tercero por vía del número 7.º del artícu-

lo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil se acusa error de derecho en la apreciación de las pruebas, con infracción del artículo 632 de la Ley de ritos, motivo que no puede prosperar porque, aparte de que el mencionado precepto es de carácter adjetivo e impropio de un recurso de casación por infracción de ley, contiene una facultad cuyo uso es potestativo de los Jueces y Tribunales de instancia y de su privativa apreciación, solamente sometido a las reglas de la sana crítica, siendo de destacar, por otra parte, que el Tribunal de instancia no se apartó, aunque pudo hacerlo, del dictamen pericial, pues lo reflejó en uno de los Considerandos.. ».

COMENTARIO

No parece que la manifestación contenida en el segundo Considerando —«cuando exista acuerdo mutuo»—deba entenderse como expresión de que sólo cabe la conmutación del usufructo viudal en caso de plena conformidad entre los herederos y el viudo—según la tesis de MEZQUITA DEL CACHO—, pues no es este el tema del recurso, en el que hay que partir de la conformidad manifestada por el viudo al hecho de la conmutación. Sin embargo, la cita del antiguo artículo 838 del Código civil permite descubrir una actitud más radical que la mantenida por sentencias anteriores—v. gr., 20 de diciembre de 1911, 28 de marzo de 1942, 11 de octubre de 1943, 13 de abril de 1956—, que es conveniente señalar.

d) La partición realizada por los herederos capaces y mayores de edad, ¿puede realizarse en cualquier forma? ¿Puede comprender sólo parte de los bienes relictos?

A ambas preguntas responde afirmativamente la sentencia de 21 de mayo de 1966, de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, no dando lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de don A. A. M. contra la sentencia de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, que confirmó en todas sus partes la del Juzgado de Primera Instancia de Utrera, en base a los siguientes razonamientos:

«Considerando: Que en el primer motivo del recurso... se denuncia la violación del artículo 659 del Código civil, a cuyo tenor "la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte", al entender que la división efectuada por todos los actuales litigantes y el resto de sus hermanos al fallecimiento de la madre de todos ellos, afectó sólo a uno de los bienes que integraban el haber hereditario de la misma, olvidando que, según se declaró probado por el Tribunal *a quo*, y no ha sido impugnado en casación..., lo dividido, que era una parcela de tierra, constituía el *objeto principal* de la herencia, con respecto del cual los interesados estimaron necesario efectuar la operación particional en la forma escriturada elegida, que no puede quedar sin valor por el simple hecho de que no comprende todo el caudal relictos, en cuanto que el precepto legal invocado como infringido no impone dicha obligación, sino que es perfectamente compatible con la partición del resto por otro procedimiento o su adjudicación material o incluso la continuidad, con relación al mismo, de una proindivisión no hereditaria, permitida por el sistema de comunidad de bienes regulado en nuestra le-

gislación por los artículos 392 y siguientes del Código civil, todo lo cual obliga a la desestimación del referido motivo».

«Considerando: Que de acuerdo con la constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala—ya iniciada en las sentencias de 28 de febrero de 1913 y 13 de marzo de 1928—, la aludida validez intrínseca de los actos jurídicos similares al que es objeto del presente recurso tampoco puede quedar enervada por la falta de constancia en una forma determinada, especialmente la escritura pública, como consecuencia de la vigencia del principio espiritualista que, con profunda raigambre en nuestro Derecho histórico, consagra de modo positivo y con carácter general para toda clase de negocios jurídicos el artículo 1.278 del primer Código sustantivo español, salvo en aquellos casos en que de manera específica y excepcional se exija el cumplimiento de una forma expresa necesaria para el complemento sustancial del acto en sí, sin que dentro de esta excepción puedan considerarse incluidos todos los supuestos enumerados en el artículo 1.280, precisamente porque este precepto es necesario ponerlo en relación con el artículo 1.279 también del Código civil, donde el legislador se limita a conceder a las partes intervinientes la *facultad* de compelerse recíprocamente a llenar aquella forma a partir del momento en que hubiesen intervenido el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su *validez*, es decir, a partir del instante en que dicho contrato sea ya válido en Derecho, teniendo eficacia propia al margen de la forma que no le integra sustancialmente, razones todas ellas que fuerzan a la desestimación del motivo del recurso en que se alega interpretación errónea del artículo 1.068 del Código civil, puesto que, según todo lo declarado anteriormente, la partición realizada era completamente legal con independencia de su constancia en escritura pública».

e) *¿Puede ser convalidada la partición realizada «inter vivos» por la testadora y algunos de los interesados con base en un testamento luego revocado?*

Semejante posibilidad resulta de la sentencia de 4 de marzo de 1966, según la cual no puede ser impugnada la partición realizada *inter vivos* por la testadora y algunos de los interesados con base en un testamento revocado por otro posterior, cuando los recurrentes interesados en la misma que inicialmente no la habían suscrito prestaron su consentimiento ratificándola expresamente con posterioridad al fallecimiento de la causante.

Los HECHOS son, en síntesis, los siguientes: M. M., C. F. V. y los hijos de V. F. V., premuerta a su padre, hicieron una partición conjunta de las herencias de los padres de las tres nombradas. A su vez, M. M., una vez muerto su marido, practicó la partición de sus bienes en un cuaderno aprobado por ella y algunos de sus descendientes mediante documento privado en base a su testamento—de M. M.—, otorgado el 3 de mayo de 1900, siendo así que la misma falleció el 26 de abril de 1907 bajo testamento abierto, otorgado el 8 de noviembre de 1903, en el que se contiene la siguiente cláusula: «Ordena que en el supuesto de que sus citados hijos y nietos no aprueban la partija realizada en vida de la testadora, llevada a cabo por el Perito de P. ., don C. P. C, en este inesperado caso, entiéndase legado a favor de su tan citado hijo el M. G. todo el tercio de libre disposición de su herencia, con señalamiento a cuenta de la renta que se hizo mérito, además, mejorando en el otro tercio de la mejora, distribuyéndose el resto de todo su haber entre sus hijos y nietos con arreglo a Derecho, esto es, si la M. J. y nietos mencionados no aceptan dicha partija».

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, desestima el recurso:

«Considerando: Que el tercero de los motivos del recurso, formulado por el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, alega la violación del artículo 1.058 del Código civil y de la doctrina legal que cita, respecto a la necesidad del simultáneo consentimiento de los herederos para la liquidación de la sociedad legal de gananciales y para la ejecución de cualquier fase de las operaciones particionales; mas al razonar así se parte de un hecho contrario del que ha sido afirmado por el Tribunal *a quo*, que no ha sido controvertido adecuadamente: el de la existencia del consentimiento, que deduce de diversos actos jurídicos, incluso del resultado que ofrece la prueba testifical acreditativa de que los interesados convalidaron y reconocieron todas las operaciones particionales que los recurrentes intentan desconocer, y al deber partirse de dichas afirmaciones imbatidas, debe perecer el motivo que se apoya en su desconocimiento».

«Considerando: Que el cuarto de los motivos del recurso, .., alega la violación de los artículos 739 y 658 del Código civil, y está dirigido contra la eficacia de determinada partición por no haber sido practicada con arreglo al testamento en vigor, sino según otro que había sido dejado sin valor, pero por idénticos fundamentos a los sentados respecto al anterior motivo, al reconocer la sentencia como hecho la aprobación y expresa aquiescencia a esta partición por los ahora impugnantes, sin ser atacado por la vía adecuada, no cabe desconocerla, por lo que debe perecer el motivo que se examina».

«Considerando: Que el quinto de los motivos .. acepta una doble dirección impugnatoria: de una parte, por la violación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil, dirigido a la interpretación de la partición, y en segundo lugar, por la violación del artículo 1.058 del Código civil y de la doctrina legal citada sobre la ya aludida falta del simultáneo consentimiento de los que son afectados por dicha partición, debiendo oponer al primer concepto que es cuestión distinta la interpretación de la partición, es decir, el sentido y alcance de las estipulaciones o cláusulas de la misma, como acto contractual de su invalidez, por apreciarse la inexistencia o la anulabilidad del acto jurídico, lo que excluye la cuestión de su interpretación, razones por las que a dichos efectos no pueden tener valor las reglas interpretativas que se invocan, y en segundo término, que la afirmación fáctica ya señalada sobre la aquiescencia explícita de los afectados por dicha partición, como hecho, sólo cabía ser desvirtuada por el empleo del adecuado cauce procesal del número 7.º del citado precepto legal, donde por la cita de documentos auténticos, no valorados en la sentencia, o por la equivocación cometida al no darse el debido valor a la prueba que imponga una norma legal que hubiera sido desconocida, se diera lugar a este error, y no cabe, como a través de este motivo se pretende, hacer un nuevo examen y valoración de las pruebas y de los actos y omisiones de los litigantes para interpretarlos en el sentido que el recurrente pretende. ».

COMENTARIO

Aun sin entrar la sentencia en el fondo de este asunto, se me ocurre la siguiente pregunta: La revocación del testamento por otro posterior, ¿arrastra

necesariamente la ineficacia de la partición «inter vivos» practicada con base en el testamento revocado? Parece que pudiera distinguirse:

A) Si el nuevo testamento contiene referencia a la partición, de tal modo que explícita o implícitamente pueda entenderse una voluntad del causante favorable a su subsistencia, la partición queda a salvo. Este parece ser el supuesto del caso de autos, pues mediante la cláusula testamentaria transcrita la testadora pretende evitar que la partición sea impugnada por no haber concurrido a su aprobación algunos de los interesados, a quienes, caso de impugnarla, deja su legítima estricta. Se ve, pues, clara una voluntad de la testadora favorable a la subsistencia de la partición, aunque no lo diga así e presa y claramente.

B) Si el nuevo testamento no se refiere en absoluto a la partición «inter vivos», practicada con base en un testamento revocado, cabe.

a) Que en el nuevo testamento se partan los bienes o que, con base en el mismo, se practique nueva partición «inter vivos». En ambos casos parece claro que la anterior partición queda sin efecto, si bien pudieran suscitarse problemas derivados de la entrega de bienes si se hizo.

b) Que no haya nueva partición. En este caso, ¿puede alguno de los interesados invocar la subsistencia de la partición practicada con base en el testamento revocado?

Está claro que consintiendo todos los interesados puedan dar por válida y eficaz la partición primitiva. Ahora bien, con independencia de este consentimiento unánime, ¿subsiste ésta? A mi juicio, pudiera responderse afirmativamente en tanto que el acto particional no resulte contradicho por el acto dispositivo contenido del testamento, y ello sin necesidad de sostener las tesis extremas de DE BUEN, ROCA SASTRE y MARÍN LÁZARO en cuanto a la no necesidad del testamento para su validez. En tanto la partición no se oponga a lo dispuesto en el testamento posterior, su eficacia puede y debe ser mantenida, ya que no cabe revocación automática (art. 739), porque la partición no forma parte del contenido del testamento revocado, aunque sea su complemento; el artículo 1.056 permite que la partición sea anterior o posterior al testamento, y en fin, si es posible la existencia de varios testamentos (v. gr., arts. 672, 739; Res. de 12 de diciembre de 1912 y 18 de diciembre de 1951), la subsistencia del anterior testamento compatible con el posterior por «disparidad del ámbito de extensión objetiva» (DÍEZ PICAZO) o por «voluntad conservadora tácita» (PASTOR RIDRUEJO), que normalmente existe en los testamentos interpretativos, particionales y modificativos, con mayor razón subsistirá la partición «inter vivos» anterior. Por último, puede añadirse que esta solución puede mantenerse con mayor fuerza si se opina que la partición «inter vivos» es acto dispositivo y es la que mejor conviene a la naturaleza de la revocación, evitando dar soluciones distintas al mismo problema, según que la revocación sea real o expresa.

Este problema no lo hemos visto tratado expresamente en la obra de PASTOR RIDRUEJO («La revocación del testamento», edit. Nauta, 1964), donde, en cambio, se estudia el supuesto inverso, la por él llamada «revocación informal del testamento por acto particional realizado entre vivos» (págs. 84 y 85), recogiendo las opiniones de MUCIUS SCAEVOLA (afirmativa sin restricciones), SÁN-

CHEZ ROMÁN y VALVERDE (*afirmativa, siempre que la partición incompatible con un testamento anterior se contenga, a su vez, en testamento*) y compartiendo la opinión de LACRUZ BERDEJO, para quien la clave está en la consideración de la partición como negocio incompleto, anejo y complementario al testamento («Derecho de sucesiones», 1961, pág. 495).

f) *Imprescriptibilidad de la acción para pedir la partición.*

SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1966.

«Considerando: Que para que la imprescriptibilidad de las acciones *communi dividundo* y *familiae erciscundae*, que establece el artículo 1.965 del Código civil, no proyecte sus efectos frente a bienes concretos y determinados procedentes de una herencia, es menester que los mismos se hayan poseído por alguno de los coherederos o por un extraño, en nombre propio, ininterrumpidamente y durante el lapso de tiempo que para la usucapación extraordinaria se señala en el artículo 1.959 de dicha Ley sustantiva, circunstancias todas ellas que no concurren cuando después del fallecimiento del causante continuaron perteneciendo al caudal relicto, sin que sobre ellos dejara de subsistir la comunidad hereditaria (sentencias de 22 de junio de 1904, 24 de noviembre de 1906, 6 de junio de 1917, 8 de junio de 1943, 8 de junio de 1945, 21 de marzo de 1955 y 10 de octubre de 1958), porque en tal evento, si por cualquier causa, fuere o no intencionada, se omitió la inclusión de alguno de dichos bienes en el oportuno cuaderno particional al efecto confectionado, deberá éste complementarse o adicionarse en la forma prevista en el artículo 1.079 del expresado Texto legal (sentencias de 2 de julio de 1908, 17 de junio de 1915, 28 de mayo de 1943 y 13 de octubre de 1960), y cómo, según la resolución impugnada, esto es lo sucedido en el supuesto que aquí se debate, y como además la posesión de los bienes litigiosos por parte del común de que forman parte los contendientes, se deduce, salvo prueba en contrario aquí irrelevante por no practicada (sentencia de 27 de febrero de 1963), de las presunciones establecidas en los artículos 440, 450 y 661 del referido Código, de ahí que, al haberse pronunciado el juzgador de instancia en el sentido acabado de exponer, no haya incurrido en las vulneraciones señaladas en los motivos 2.º y 3.º del recurso..., y que los mismos, así como la totalidad del recurso, hayan de ser rechazados».

g) *Partición realizada por el testador.—Artículo 1.056 del Código civil.*

SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1966.

«Considerando: Que el Tribunal *a quo*, en la sentencia que se impugna en este recurso, declara que la facultad concedida a los padres por el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código civil, de poder disponer en su testamento la conservación indivisa de una explotación agrícola, industrial o fabril, mandando que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos, sólo puede utilizarla cuando tal unidad de explotación sea de la propiedad del testador, pero no en los supuestos de que tal bien tenga carácter ganancial; y calificando de radicalmente nulos los actos testamentarios-particionales que en sus respectivos tes-

tamentos llevaron a efectos los causantes don C. S. S., fallecido el día 24 de septiembre de 1927, y su esposa doña M. V. G., fallecida en 24 de abril de 1944, declara imprescriptible la acción encaminada a obtener la nulidad de tales disposiciones, y aunque en el motivo 2.º del recurso, ..., se acusa la infracción del artículo 1.964 del Código civil por su no aplicación, razonando que la acción de nulidad de un testamento es de naturaleza personal y prescribe a los quince años; al acaecer como acaece que no ha sido impugnada la calificación que de "radicalmente nulos" se hace por la Sala de instancia respecto de los actos dispositivos mencionados, el motivo carece de la suficiente base de sustentación para que pueda prosperar, pues incluso en su desarrollo se argumenta sobre la nulidad de testamentos, siendo así que la cuestión litigiosa se constreñía exclusivamente a la nulidad de cláusulas testamentarias en las que disponía de bienes que no eran de la exclusiva pertenencia de los respectivos testadores, debiendo en su consecuencia ser desestimado el motivo.

Sobre la cuestión abordada, sin entrar en el fondo de la misma, por esta sentencia, concerniente al ámbito objetivo de la facultad concedida por el artículo 1.056, párrafo 2.º, del Código civil, se han ocupado diversos autores (Cfr. Manuel de la CÁMARA, *El legado de cosa ganancial*, Anuario de Derecho civil, 1952, V, 2, págs. 467-551, especialmente págs. 522 y sigs., y *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, en Publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado, Secc. 3.ª, vol. I, Estudios Jurídicos varios, 1964, págs. 709-1.006, especialmente págs. 941 y sigs.).

M) PRELEGADO.

Independencia de los títulos de heredero y legatario.—Artículo 890 del Código civil.

SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1966.

HECHOS

Don A. C. M., tío de los demandados, vendió el 22 de julio de 1953 a la demandante, doña E. E. O., la nuda propiedad de una dehesa, cuyo arrendatario era el marido de la compradora, reservándose el usufructo vitalicio, en documento privado. La documentación privada obedeció, según la demandante, al deseo del vendedor de mantener secreta la venta a fin de evitar disgustos con sus sobrinos; según éstos, la compraventa fué absolutamente simulada, sin haber mediado precio alguno.

El 30 de diciembre de 1953 don A. otorga testamento notarial concediendo al albacea la facultad de documentar en escritura pública la venta anterior. Pero dicho testamento fué revocado por el notarial de fecha 2 de abril de 1954, y éste, a su vez, por el de 14 de noviembre de 1955, en ninguno de los cuales se mencionaba la compraventa. Además, con posterioridad a ésta, don A., en concepto de propietario—no de usufructuario—, concertó nuevo contrato de arrendamiento con el marido de la compradora.

En el último testamento citado don A. instituye herederos a sus sobrinos L. y M., legándoles además la dehesa objeto del contrato de compraventa, dividida

por el mismo testador en dos fincas. Don A. muere el 14 de febrero de 1961. El albacea y los herederos se negaron a reconocer la compraventa, adjudicándose a éstos la finca como prelegado de cosa propia del testador.

Por ello, E. demanda a los dos herederos del testador pidiendo se declare la nulidad de dicha adjudicación y se reconozca la validez de la compraventa, a lo que se oponen los demandados por entender que ésta adolece de simulación [vid. más adelante letra N)], y por tanto era plenamente válido el prelegado. Resuelto el litigio favorablemente para los demandados en esta cuestión, tanto por el señor Juez de Primera Instancia del Juzgado número 2 de Badajoz, como por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso de la parte actora en el extremo que nos interesa, razonando así:

«Considerando: .. D) Que, finalmente, tampoco puede prosperar el motivo cuarto, en que se denuncia la infracción por falta de aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 890 del Código civil, pues este precepto, que se limita a establecer la independencia en cuanto a su aceptación o renuncia de la herencia y del prelegado, no ofrece base ni fundamento alguno para su aplicación al caso controvertido; claro es que con su cita pretende el recurrente ampliar su argumento en pro de la falta de acción del heredero para impugnar los actos realizados por su causante; pero aparte de que en tal sentido la cita del artículo 890, párrafo 2.º, del Código civil, más perjudica que favorece la tesis del recurrente, pues que esa independencia entre la cualidad de heredero y la de prelegatario no permitiría que la acción petitoria del legado se viese obstaculizada por limitaciones procedentes de la consideración del prelegatario como sucesor a título universal en los derechos y obligaciones del *de cuius* en referencia estricta al caso de autos, no es admisible la interpretación que quiere darse al testamento otorgado en 14 de noviembre de 1955, admitiendo que se quiso hacer un legado de cosa ajena al mismo tiempo que se legaba la dehesa le impedía la adición del legado por el respeto impuesto por el testador con carácter general a sus anteriores actos dispositivos, pues lo cierto y verdadero es que el propio supuesto vendedor fué en su testamento contra lo por el mismo contratado, manifestando su voluntad impugnatoria, que legitima ahora la postura adoptada por el legatario, y ello parte de la consideración, de carácter general, de que lo dispuesto en el artículo 661 del Código civil permite al sucesor desconocer o impugnar los negocios jurídicos inexistentes o incursos en vicio de nulidad absoluta, por todo lo cual decae también este cuarto y último motivo del recurso que se examina».

N) LEGÍTIMAS EN CATALUÑA.

a) *Su fijación. Legado alimenticio en pago de legítima a ascendientes. Su nulidad contra la voluntad del legitimario.*—Artículos 659 del Código civil y 21 y 129 de la Compilación de Cataluña.

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1966.

HECHOS

Don J. A. G., hijo legítimo de doña R.—demandante, apelada y recurrente en este pleito—y esposo de la demandada, apelante y recurrida doña M., murió en Lérida sin descendencia el 15 de diciembre de 1959, bajo testamento otorgado el 9 de marzo de 1942, cuya cláusula «C» es del siguiente tenor: «La legítima que por la Ley pudiera corresponder a mis padres, es mi deseo sea satisfecha por mi heredera ayudando a mis padres para que se alimenten, procurando facilitarles los alimentos que necesiten». Y en la cláusula siguiente, «D», el causante instituye heredera universal, libre de toda traba y sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula anterior, a su esposa M.

La demandante, única ascendiente y legitimaria de su hijo, pretende que se declare: a) Que se tiene por no puesta la cláusula «C» del testamento; b) Que quedan nulas y sin efecto alguno las donaciones efectuadas por el testador y que siendo en consecuencia bienes de propiedad del causante, aumenten con su valor el caudal relicto a efectos de la cuota legitimaria. Y las demás peticiones que se derivan de éstas y omitimos en aras de la brevedad.

El señor Juez de Primera Instancia de Lérida estimó parcialmente la demanda, declarando tener por no puesta la cláusula «C» del testamento, condenando a la demandada a pagar a la demandante en concepto de legítima en la herencia de su hijo, en metálico o en bienes, la cantidad de ... pesetas, desestimando el resto de las peticiones. Apelada esta sentencia por la demandada, la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona estimó en parte el recurso y revocó la anterior resolución, declarando no haber lugar a añadir al valor de los bienes de la herencia de don J. los de la demandada doña M., a efectos de determinación de la cuantía en aquella herencia.

Interpuesto recurso de casación por doña R., el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Tomás Agayar y Ayllón, declara haber lugar al mismo, fallando que se ha de tener por no puesta la cláusula «C» del testamento otorgado por el causante de las litigantes el 9 de mayo de 1942, comprensivo de su última voluntad, condenando a doña M. a estar y pasar por dicha declaración y a abonar a la actora la cantidad de 173.809,75 pesetas, en metálico o en bienes de la herencia, más el interés legal de dicha suma desde el 15 de diciembre de 1959, fecha del fallecimiento del causante, absolviéndola de las demás peticiones de la demanda no estimadas, en base a las siguientes razones:

«Considerando: Que según el artículo 659 del Código civil, la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, o sea, el remanente que resulte después de pagarse los legados, las deudas y los gastos de última enfermedad, entierro y funeral, a lo que hay que agregar la colación de valores basada en la presumible voluntad del causante de igualar a los legitimarios, con la formación ficticia de una masa a efectos del cómputo de las legítimas y para comprobar si las liberalidades son inoficiosas, lo que tiene lugar cuando en la herencia hay un heredero forzoso que ha recibido donaciones del causante y si concurre con otros también forzosos, ha de agregarse a la masa hereditaria los bienes o valores recibidos por liberalidad, doctrina que es aplicable a Cataluña, puesto

que al no considerar el artículo 21 de su Compilación como donaciones entre cónyuges las hechas antes del matrimonio fuera de capitulaciones, es evidente que el artículo 129 no puede referirse a las mismas y sí únicamente a las hechas a los legitimarios, para fijar igualitariamente su cuota, y al cónyuge, que retroactivamente se convalidan, doctrina que hace perecer el motivo primero, puesto que el artículo 129 no afecta a la donación hecha con anterioridad al matrimonio».

«Considerando: Que, cual antes se expresa, al comprender la herencia la totalidad de los bienes dejados por el causante, no hay duda de que deben computarse para los efectos de la fijación de la cuota legitimaria las acciones que poseía aquél por el valor de continuación que tuvieron en la fecha de su fallecimiento, bien fácil de acreditar, pero como en la sentencia de primera instancia se denegó la computación de dichas acciones al no haberse acreditado su valor real y tal denegación fue consentida por el hoy recurrente al no apelar de la misma constituye ese pronunciamiento cosa juzgada...»

«Considerando: Que, finalmente, el motivo segundo ha de acogerse porque el artículo 129 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña exige que de la herencia se deduzca, entre otras cosas, los gastos de la última enfermedad, entierro y funeral, y la cuarta parte de ese valor líquido es la cuantía de la legítima, y como la sentencia impugnada deduce esos gastos de la cuarta parte y no del total, con lo que los hace recaer íntegramente sobre el legítimo, se ha cometido la violación que este motivo denuncia, lo que obliga a su estimación, con los pronunciamientos del artículo 1.745 de la Ley procesal».

COMENTARIO

En la presente sentencia se abordan dos temas principales: 1.º Nulidad de la cláusula «C» del testamento de don J., concebida en los siguientes términos: «La legítima que por la Ley pudiera corresponder a mis padres, es mi deseo sea satisfecho por mi heredera, ayudando a mis padres para que se alimenten, procurando facilitarles los alimentos que necesiten». 2.º Cálculo de la legítima.

Ambas cuestiones se plantean con referencia a la Compilación de Cataluña, pues aunque el causante murió el 15 de diciembre de 1959, la demanda deducida el 13 de abril de 1961 alegó los preceptos de la Compilación, sin que la parte demandada hubiese obstado en contrario, como podía haberlo hecho fundándose en las disposiciones transitorias 6.ª de la Compilación, 1.ª y 12 del Código civil, conforme a las cuales no cabe duda que lo pertinente era la cita del Derecho especial de Cataluña anterior a la Compilación. Cosa distinta es que los preceptos de ésta coincidan con la legalidad precedente, lo que no cabe, sin más, dar por supuesto. El Supremo no se pronunció sobre el particular, lo que plantea la cuestión de si las partes pueden renunciar a la aplicación de la Ley, que señala la norma aplicable a la relación jurídica existente al producirse el cambio legislativo (normas de colisión, disposiciones transitorias), o, dicho de otro modo, si cabe opción de los particulares para determinar aplicable la nueva o la antigua Ley, tema que no abordamos por no ser objeto de la sentencia comentada, si bien hacemos constar nuestra opinión favorable a la solución negativa por regla general: salvo que expresamente se conceda la facultad de optar, ha de aplicarse la norma que resulte de las disposiciones transitorias. En el presente caso, conforme a las disposiciones transitorias 6.ª de la Compi-

lación y 1.^a y 12 del Código civil, parece que debería haberse aplicado la legislación catalana anterior a la Compilación o, por lo menos, haberse dejado clara la identidad entre ambas en el caso controvertido, ya que los derechos hereditarios nacen en el momento de la muerte del causante y para resolver las cuestiones conexas deberá tenerse en cuenta la legislación vigente en el momento en que tuvieron lugar los actos (verbigracia: liquidación de la sociedad conyugal, colación).

Acerca de la primera cuestión fueron unánimes las sentencias de instancia y la del Tribunal Supremo declarando la nulidad de la cláusula en la que el testador de vecindad catalana expresa su voluntad o deseo de que la legítima que pueda corresponder a sus padres sea pagada por su viuda mediante una pensión alimenticia, teniendo dicha cláusula por no puesta, pues va en contra del derecho que asiste al legitimario para recibir su legítima de manera inmediata en dinero o en bienes de la herencia (arts. 124, 137 a 139 de la Compilación).

La cuestión relativa al cálculo de la legítima se resuelve por el artículo 129 de la Compilación, según el cual «la cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base resultante de aplicar las reglas siguientes: se partirá del valor que los bienes de la herencia tenían al tiempo de fallecer el causante, con deducción de las deudas del mismo, los gastos de su última enfermedad, entierro y funeral. A este valor líquido se añadirá el de los bienes que hayan sido donados por el causante, sin más excepción que las donaciones, liberalidades y expensas a que se refiere el artículo 1.041 del Código civil, las efectuadas de conformidad con el uso, el esponsalicio o "escreix" y la "soldada"».

Comentando este precepto y con referencia principalmente al primer párrafo transcrito del mismo, dicen CONDOMINES y FAUS: «El artículo 129 establece la verdadera doctrina respecto al cálculo de la legítima. Por su carácter de "pars valorum bonorum" los bienes han de valorarse por el que tenían al ocurrir el fallecimiento del causante, a diferencia de la cuarta trebeliánica y de la cuarta marital que son simplemente "pars bonorum". Pero para su cómputo hay que tener en cuenta no sólo el "relictum", sino el "donatum", y, por tanto, no puede decirse simplemente que la cuantía de la legítima es la cuarta parte del valor líquido de la herencia al fallecimiento del causante. Ahora bien, según el propio artículo, el valor del "donatum" es el que tenía al fallecer el causante, y no al tiempo de la donación, sin perjuicio de que en caso de enajenación de los bienes donados tal valor se refiera al momento de la enajenación.»

Por eso el Tribunal Supremo acoge el segundo motivo del recurso, que dice así: Segundo: Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., infracción de Ley resultante y en el concepto de violación del artículo 129 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña por el fallo recurrido al establecer la cuantía de la legítima en 156.082,77 pesetas, cantidad a que llega mediante un procedimiento que viola lo dispuesto en el artículo 129 al deducir los gastos de última enfermedad y entierro en su totalidad de dicha legítima y no del valor de los bienes de la herencia. Que el artículo 129, tantas veces citado, establece un orden en las operaciones a seguir para la fijación de la legítima. Orden que tiene un fundamento de justicia y sobre el que no puede hacerse caso omiso. Y así se establece que, partiendo del valor que los bienes de la herencia tenían al tiempo de fallecer el causante, se le deducirán los gastos de última enfermedad, añadiendo los de entierro y funeral, más los bienes-

colacionables, y de dicho valor será la legítima la cuarta parte. Pues bien, la sentencia recurrida ha incidido en una absoluta violación de esta norma, como se aprecia en el penúltimo de sus Considerandos, que motiva el fallo recurrido al fijar la legítima de modo inverso, o sea, estableciendo la cuarta parte del total y deduciendo de esa cuarta parte y no del total, como debía haber hecho, los gastos de entierro, funeral y última enfermedad, con lo que se ha venido a perjudicar a esta parte en unas 17.000 pesetas».

En cambio, desestima el motivo primero, interpuesto «al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., infracción de Ley en el concepto de violación del artículo 129 de la Compilación del Derecho especial civil de Cataluña, así como y en relación del artículo 1.035 del Código civil al declarar el fallo recurrido no haber lugar a añadir al valor de los bienes de la herencia los de la demanda a efectos de determinación de la cuantía de la legítima. Que el fallo de que recurre contiene la afirmación de que los bienes de doña M., esposa del causante, no tienen que ser traídos a la herencia a fines de determinación de la legítima. Que esa afirmación obliga a examinar el discurso lógico seguido por el juzgador para estimar los bienes y llegar a la conclusión que se recurre. Y por ello el Considerando que sirve de precedente y de motivación al fallo en este aspecto concreto dice que no es donación entre cónyuges la hecha antes del matrimonio fuera de capitulaciones y no comprenderla, por consiguiente, el artículo 20 ni el 21 de la Compilación...»

El razonamiento del Tribunal Supremo es el siguiente: El artículo 129 tiene en cuenta el valor de «los bienes que hayan sido donados por el causante». El artículo 21 declara que «no se consideren donaciones entre cónyuges las hechas antes del matrimonio fuera de capitulaciones»; luego tales donaciones no son tomadas en cuenta por el artículo 129, ya que éste, además, se refiere sólo a las donaciones hechas a los legitimarios y el viudo no lo es en Cataluña.

La sentencia no separa con la nitidez que sería deseable el cálculo para averiguar si alguna donación es inoficiosa de la verdadera y propia colación, operación que no corresponde al cálculo de la legítima, sobre cuya distinción ha insistido la más autorizada doctrina (VALLET, LACRUZ).

Según ésta, la «computación» es la operación meramente contable por la que se calcula el valor del haber hereditario para deducir el correspondiente a la legítima. Supone la adición puramente ideal al patrimonio relicto líquido de «todas» las donaciones hechas por el causante, sean o no colacionables. La «imputación» es la operación inversa, mediante la cual las donaciones y legados se colocan a cuenta del tercio correspondiente para comprobar si son o no inoficiosos. Tras la reunión ficticia del «donatum» y del «relictum» y su división para averiguar la cuantía de la legítima individual (computación), viene la imputación a cada legitimario de cuantas liberalidades hubiera recibido del causante para averiguar si está o no pagado de su legítima. La computación y la imputación son operaciones que propiamente corresponden al cálculo de la legítima. En cambio, la «colación» es operación que propiamente no corresponde al cálculo de la legítima, sino a la partición de la herencia entre varios legitimarios y aunque se practique entre éstos no es un instrumento de defensa de la legítima. Las principales diferencias entre la computación, a la que se refiere el artículo 818 del Código civil, que impropriamente emplea el término «colación», y la colación determinada en el artículo 1.035 del mismo Cuerpo legal resultan del siguiente cuadro:

COMPUTACIÓN (art. 818)

COLACIÓN (art. 1.035')

1. Tiene por fin fundamental la protección de las legítimas.

Su fin principal es mantener la proporcionalidad entre los herederos-legitimarios, por presumirse que la intención del causante fue ajena a toda desigualdad de trato.

2. Se rige por normas imperativas, no pudiendo dispensarla el causante, puesto que se basa en la intangibilidad legitimaria.

Se rige por normas dispositivas, pudiendo dispensarla el causante, puesto que se basa en una presunción de su voluntad.

3. Tiene lugar, aunque sólo haya un legitimario.

Sólo tiene lugar cuando concurren varios herederos-legitimarios.

4. Comprende la totalidad líquida del caudal relicto y todas las liberalidades.

Puede no comprender la totalidad líquida del caudal relicto, pues normalmente se excluyen los legados, ni todas las liberalidades objetivamente colacionables, pues el causante puede excluirlas de la colación.

5. Significa sólo una agregación ideal, puramente contable, de lo donado a lo relicto, sin perjuicio de la posible reducción por inoficiosidad.

No significa mera agregación ideal, pues técnicamente puede realizarse: por toma de menos o materialmente.

6. No cabe que el causante fije una valoración diferente de la resultante de aplicar las reglas legales.

Cabe que el causante fije una valoración diferente de la resultante de aplicar las reglas legales.

7. Su cálculo lleva como secuela la posible reducción de los legados y donaciones inoficiosos.

No produce, por lo general, ningún desplazamiento de bienes, limitándose a modificar la proporción en que se adjudica el caudal relicto.

8. Supone la suma al caudal relicto de todas las donaciones hechas a legitimarios y a extraños.

Sólo comprende las donaciones hechas a legitimarios que sean herederos y acepten la herencia.

En el caso de autos parece claro que estamos ante un supuesto de computación y no ante un caso de colación, como lo da a entender la cita del artículo 129, mientras que la colación aparece regulada en el artículo 273 de la Compilación.

b) *Preterición errónea de hijo póstumo. Nulidad de testamento.*

SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1966.

HECHOS

Don R. B. C., esposo de la actora doña A. B. S., con quien casó el 6 de octubre de 1958, murió en Figueras ostentando la vecindad civil catalana bajo testamento notarial otorgado en estado de soltero el 17 de octubre de 1955, en el que instituyó herederos universales por partes iguales a sus hermanos J. y E., existiendo en el mismo la siguiente cláusula: «Lega a su citado padre y al solo efecto de evitar la preterición a cuantas personas pudieran acreditar y pretender legítima de sus bienes, la que les corresponde según Ley».

El testador falleció el 23 de noviembre de 1959 y el 14 de marzo de 1960 su viuda da a luz un hijo, bautizado con el mismo nombre del padre, cuyo fallecimiento había ocurrido a consecuencia de un accidente de automóvil.

Su viuda, en nombre de su hijo póstumo, R. B. B., promueve demanda contra sus cuñados J. y E., pidiendo que se declare nulo y sin validez alguna el testamento por existir preterición de hijo póstumo, abriéndose en consecuencia la sucesión intestada a favor de éste como único heredero de su padre y reconociendo como propiedad del causante e integrante del caudal relicto una casa sita en ..., inscrita a nombre de doña E. en el Registro de la Propiedad.

Los demandados se oponen alegando que la cláusula testamentaria transcrita comprende los descendientes posibles y futuros para dejarles su legítima y que, por ello, no hay preterición citando en su apoyo la sentencia de 4 de julio de 1889, según la cual, cuando en el testamento se instituye heredero y además se lega cierta cantidad a todo el que tenga derecho a pedir legítima, no cabe impugnar la validez del otorgamiento porque haya nacido después un hijo al testador y bajo el supuesto de que este descendiente esté preterido.

El señor Juez de Primera Instancia de Figueras desestimó la demanda en todas sus partes, sentencia que fue confirmada por la de la Sala 1.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, contra la cual se interpone recurso de casación por la actora y apelante.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Diego de la Cruz Díaz, declara haber lugar al mismo con la subsiguiente nulidad del testamento y apertura de la sucesión intestada con reconocimiento del hijo como único heredero y que la propiedad de la casa pertenecía al causante.

La doctrina es la siguiente:

«Considerando: Que si detenidamente se examina el proceso y resolución que le puso fin, causa del presente recurso, se advertirá fácilmente que la fundamental cuestión en aquél, debatida y traída a la casación, queda limitada a la interpretación de determinada cláusula testamentaria, a fin de decidir, en definitiva, si en ella son especialmente mencionados los posibles hijos póstumos del testador o, por el contrario, no fueron contemplados ni tenidos en cuenta al testar, contradictoria conceptual que lleva a una de dos consecuencias, o bien estimar válido el testamento si se entiende que hay una inequívoca mención, o reputarlo nulo si se acepta que en ella los póstumos legi-

timarios han sido preteridos, sin que en realidad haya ningún otro problema esencial planteado en el litigio ni abordado en el recurso por el actor, el cual, en su primer motivo por el camino que ofrece el apartado inicial del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciar, denuncia la violación, en cuanto derecho supletorio vigente en Cataluña, de los fragmentos del Digesto &: 33, 8, 6, 3, 35, 1, 101; 50, 17, 12 y 50, 15 (refiriéndose al 16) 120, así como la del artículo 675 del Código civil v doctrina jurisprudencial que cita».

«Considerando: Que, como el Tribunal de instancia que, en trance de interpretar la cláusula testamentaria que textualmente dice: "Lega a su citado padre, y al solo efecto de evitar la preterición, a cuantas personas pudieran acreditar y pretender legítima en sus bienes, la que les corresponda según Ley», categóricamente argumenta como esencial fundamento de su decisión que a lo dispuesto en esta cláusula se ha de prestar completa y total atención sin entrar en el examen de la voluntad del causante por meras conjeturas producto de subjetivas apreciaciones que no nazcan de la misma conciencia del testador, claramente pone de manifiesto que rechaza y subestima inicialmente cuanto se dirija a conocer cual fuere la auténtica voluntad de éste, estimando superflua toda investigación de qué fuese lo realmente querido, cuando, a juicio del juzgador, ello aparece del sentido literal de las palabras empleadas, mas por ser el testamento una manifestación de voluntad en que se expresa aquello que se quiere se haga después de la muerte, es absolutamente necesario llegar al convencimiento de lo que el testador realmente dispone, siendo de toda evidencia que este logro no puede detenerse en un somero examen de la literalidad de las cláusulas testamentarias, pues esto sólo es suficiente y atendible cuando incontrovertiblemente es exacto reflejo del querer del testador, pero nunca si se presta a diversas interpretaciones o si pese a su aparente claridad no se compadece con lo por él querido, que, por tratarse de una declaración de voluntad no recepticia ha de imponer su hegemonía sin nada que coarte, si no se opone a la Ley, su libre decisión; supremacía de la voluntad sobre toda manifestación externa, que impera y rige la interpretación de sus postreras manifestaciones, así las que son reguladas por el Derecho común como aquellas que, como la examinada, lo son por el foral catalán, en el cual, por ser de aplicación el Derecho romano "en las condiciones de los testamentos se deben considerar más bien la voluntad que las palabras"—Dig., 35, 1, 101—, "en los testamentos se interpretan mas plenamente las voluntades de los testadores"—Dig., 50, 17, 12—, y "han de entenderse las palabras según la voluntad del testador"—Dig, 33, 6, 3—. a cuya doctrina se ajusta con fidelidad la jurisprudencia—sentencias de 2 de julio de 1920, 17 de mayo de 1927—, referentes a problemas de Derecho foral, y las de 9 de octubre de 1943, 5 de mayo de 1944, 1 de junio de 1946, entre otras, que con idéntico sentido valoran y aplican el artículo 675 del Código civil».

«Considerando: Que esta abstención del Tribunal de Instancia en la investigación de cuál fuere la voluntad del testador, por entender que "el póstumo es llamado determinadamente y en forma que ninguna duda ofrece", cuando la literalidad de los términos de la cláusula por su indeterminada extensión necesariamente obligan a una exégesis de la misma, constituye la infracción del artículo 675 del Código civil, de que el primer motivo acusa y trae a la casación en su plena integridad el tema interpretativo al que debe preceder el dejar sentado que, tanto por lo dispuesto en la Constitución II del título II del libro VI, volumen 1.º de las de Cataluña, que inserta una de Pedro III, dada

en las Cortes de Monzón de 1363, como por el privilegio concedido a la ciudad de Barcelona, vigentes en la fecha del fallecimiento del testador, 23 de noviembre de 1959, como por lo preceptuado en el párrafo tercero del artículo 141 de la Compilación de Derecho especial de Cataluña, de procedente cita y consideración, ya que en ella "se acepta en su integridad su régimen escrito y consuetudinario—cuyo complejo de normas continúa en esencia el Derecho romano—, es exigida la mención del legitimario para que no se conceptúe preterido, cuya consecuencia, caso de serlo, si se trata de póstumo, constituye preterición errónea que le inviste de acción para obtener la nulidad total del testamento"; existe, pues, como problema previo a la interpretación, el de precisar cómo han de ser mencionados los *postumi sui* para que se entienda que no hubo de ellos preterición, lo que permitiría seguidamente apreciar si en la cláusula discutida se cumple lo dispuesto por el Derecho aplicable».

«Considerando: Que exigido por el Derecho romano al que ha de acudir para determinar cómo ha de ser mencionado el póstumo para no conceptuarlo preterido, que tanto para instituir como para desheredar se requiere la designación nominativa de los herederos necesarios, esta exigencia comprende de modo indudable también a los *postumi sui*—Dig., 28, 3, 3, 5—, ya que al ser legitimarios del *pater familias*, en ellos concurre, aun acrecentada, la razón que justifica la necesidad de designar nominativamente al hijo que se deshereda, sin que esta exigencia, como la doctrina científica advierte, suponga una consignación de nombre del que al testar se carece, sino simplemente una determinación clara, precisa, y en todo caso individualizada, que notoriamente muestre cómo el designado fue contemplado singularmente al hacer la declaración de voluntad, sin que quepa una determinación *inter caeteros*, siempre requirente de suponer comprendido en ella lo que por no ser mencionado singularmente ni fue contemplado por el testador ni, por ende, señalado en la forma requerida por el Derecho».

«Considerando: Que si lo expuesto es bastante para estimar que en la fórmula "a cuantas personas pudieran acreditar y pretender legítima en sus bienes, lo que corresponde según Ley", no puede admitirse una mención que por sí afirme que allí, en ese grupo de personas, se deshereda expresa y singularmente al hijo póstumo, la que emitida en la forma prescrita por el Derecho por constituir patente preterición del *postumi sui* da lugar a la nulidad del testamento y consiguiente apertura de la sucesión intestada; a cuya conclusión se llegaría también, tras una interpretación objetiva y aislada de la cláusula en que se prescindiera de las formalidades impuestas por el Derecho romano, porque en todo caso ni gramaticalmente cabe estimar comprendido en la compleja e imprecisa mención al póstumo, junto al singularmente mencionado padre, ya que éste por aquél queda desplazado sin posibilidad de coexistir, ni lógicamente cabe tampoco entender que en el contenido de la cláusula aparecen contemplados los posibles póstumos, pues si la conclusión que se siente, tras investigar cuál fuese el querer del testador, deriva de un proceso intelectual que lleva a una convicción, no es dable admitir que con tan ambigua expresión solemnemente se desheredaba a los posibles póstumos, ya que ello pugna con la lógica y aun repugna con las normales motivaciones afectivas determinantes de esta clase de disposiciones de última voluntad, que sólo pueden ser interpretadas contra un desarrollo normal de la actuación del hombre cuando claramente se demuestra esta contradicción, mas no cuando, como en el caso enjuiciado, la no modificación del testamento permita colegir la

convicción del otorgante de que la existencia de descendientes legitimarios anulaba lo que no tuvo otro alcance que una institución hecha en atención a las circunstancias que en la fecha del otorgamiento concurrían respecto al único heredero legitimario "expresa y singularmente mencionado".

COMENTARIO

Con criterio más acertado que la anterior, esta sentencia aplica la legislación anterior a la Compilación, aun reconociendo que la cita de ésta es pertinente en cuanto no innova, sino que recoge la legalidad precedente.

En cuanto a las disposiciones citadas son las siguientes:

Digesto, 33, 8, 6, 3: «Verba secundum voluntatem testatotis exaudienda» (Paulus, lib. IV, ad Sabinum).

Digesto, 35, 1, 101: «In conditionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari oporteat» (Papinianus, lib. VIII, Responsorum).

Digesto, 50, 17, 12: «In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur» (Paulus, lib. III, ad Sabinum).

Por la Constitución dada en las Cortes de Monzón de 1363 se exigió la men- ción de los hijos para que los testamentos no fuesen nulos ni irritos, salvo con respecto a Barcelona y pueblos que gozan de sus privilegios en virtud del con- cedido por el mismo Pedro III en 1339, según cuyo tenor «concedemos, esta- blecemos y ordenamos que mientras el testador u otro cualquiera que dispusiera cualquiera última voluntad tuviese facultad de hacer testamento e instituyere herederos capaces, tal testamento u otra cualquiera última voluntad de cual- quiera que fuese, no sea ni se pueda decir nulo o nula, o pueda anularse, "aun cuando las personas que según el derecho común deben instituirse o deshe- redarse sean preteridos o desheredados, o no se haga mención alguna de pós- tumo o póstumos"..."»

Comentando este privilegio manifiesta DURÁN Y BAS: «Pero en cuanto a la preterición del póstumo, es necesario distinguir entre si el testador tenía cono- cimiento, al tiempo de otorgar el testamento, de que estaba su esposa encinta, o lo ignoraba. En el primer caso el testador hubo de tener presente al póstumo, y si no le instituyó heredero, es porque no quiso; la condición del póstumo, pues, ha de ser en este caso igual a la del nacido. Pero cesa la presunción de que no le quiso instituir, y, por consiguiente, el motivo de respeto a la libertad de testar, cuando el padre ignoraba que su esposa llevase un hijo suyo en su seno; y para este caso debe modificarse el privilegio concedido a los ciuda- danos de Barcelona» («Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña», Barcelona, 1883, pág. 189).

Esta es la distinción entre «preterición errónea», la del legitimario que haya nacido o llegado a serlo después de otorgado el testamento o cuya exis- tencia ignoraba el causante al testar que produce la nulidad total del testa- mento si el preterido es descendiente legítimo, y la «preterición intencional» o hecha a sabiendas, consciente y deliberadamente, que no produce la nulidad del testamento, si bien al preterido le queda a salvo su derecho a exigir la legítima. Distinción que recoge el artículo 141, así como los artículos 106 y 146 de la Compilación, bajo la idea de equiparar la preterición intencional a la desheredación en cuanto a los efectos que producen.

O) REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA.

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1966.

Vid. apartado U), *Sustitución fideicomisaria de residuo*.

P) RESERVAS.

Reserva lineal. La pertenencia a la línea de donde proceden los bienes se determina por la procedencia inmediata y próxima de los bienes reservables, no por la remota.—Artículo 811.

SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1966.

HECHOS

D. casó en primeras nupcias con J., hija de M. y M., el 8 de enero de 1910, de cuyo matrimonio nació el 6 de diciembre de 1912 la hija M. A. M., nieta por línea paterna de J. y T. y por la materna de M. y M.

J. murió el 17 de mayo de 1913 bajo testamento notarial, otorgado el 22 de febrero del mismo año, en el que instituyó por su única y universal heredera a su hija M. A. M., y dejó a su esposo D. la porción usufructuaria del artículo 834 del Código civil.

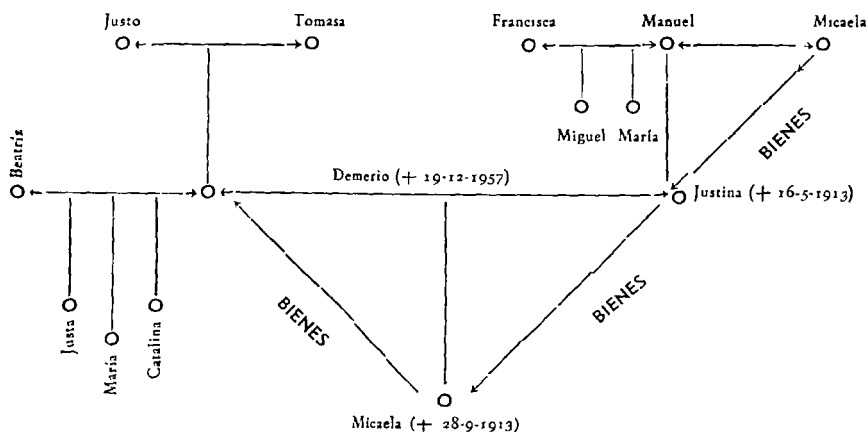
A su vez, la hija M. murió el 29 de septiembre de 1913, cuatro meses después que su madre, de la que era heredera universal, a la temprana edad de nueve meses, por lo que le sucedió su padre D. como único heredero *ab intestato*, quien contrajo segundas nupcias con B., de cuyo matrimonio tuvo tres hijas, J., M. y C., a las que donó las fincas heredadas de su hija y por ésta de su madre.

D. murió el 19 de febrero de 1957, estando casado en terceras nupcias con C. M. M., de cuyo matrimonio no deja descendencia, bajo testamento notarial otorgado el 6 de diciembre de 1950, en el que, manifestando no haber tenido sucesión de su primer matrimonio, instituyó herederas por terceras partes iguales a sus tres hijas habidas con B., J., M. y C., sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente a su tercera esposa, C. M. M.,

El abuelo paterno de M., hija de D. y J., llamado M., había contraído segundas nupcias con F., de cuyo matrimonio viven dos hijos, M. y M., los cuales son hermanos consanguíneos de J. y tíos de la menor M., a la que heredó *ab intestato* su padre D., y que a su vez había sucedido a su madre J. La dicha doña M. renunció pura y simplemente a sus derechos como heredera reservataria en escritura fecha 23 de julio de 1957, antes de iniciarse el presente pleito, que lo fué en 1960 y después de muerto D. Por ello, el actor y apelante, luego recurrido, M., argumentando que es el único pariente dentro del tercer grado con derecho a los bienes reservables, pues su hermana M. renunció a sus derechos y otros hermanos de J. y tíos de la niña M. murieron antes que el reservista D., lo mismo que los padres y abuelos de J., pretende

se declare le corresponde el pleno dominio de los bienes heredados por D. de su hija M., fallecida sin haber otorgado testamento, la cual, a su vez, los había heredado de su madre J., pues el actor, como hermano consanguíneo de ésta es pariente dentro del tercer grado por la línea de procedencia de los bienes.

Las demandadas, hijas y tercera esposa de D., apeladas y recurrentes, se oponen a esta pretensión, alegando que no existe tal supuesta reserva, porque el actor M. no es pariente dentro del tercer grado *por la línea de procedencia de los bienes*, pues los bienes que de doña J. pasaron a su hija M., y luego al padre de ésta y marido de aquélla, D., proceden de la madre de J., primera esposa de M., llamada M., la que ninguna relación de parentesco guarda a estos efectos con el demandante, quien es hijo de la segunda esposa de dicho M., según se ve claramente en el gráfico que se adjunta para mayor claridad. En resumen, que como los bienes no proceden de M., sino de su primera esposa, M., con la que el actor no guarda parentesco, no hay tal supuesta reserva:



El señor Juez de Primera Instancia de Toro desestimó la demanda, pero la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid revoca la sentencia, declarando: 1.º Que don D. heredó por ministerio de la Ley de su hija M. los bienes inmuebles que ésta había heredado de su madre doña J., quedando obligado a reservarlos por lo dispuesto en el artículo 811 del Código civil; 2.º Que desde el fallecimiento de D. dichos bienes pertenecen al actor don M. como único pariente dentro del tercer grado de M., que pertenece a la línea de donde los bienes proceden, que no ha renunciado a la reserva; 3.º Que quedan resueltas a partir de dicho fallecimiento y en cuanto a los bienes reservables, las donaciones que D. hizo a sus hijas, las actuales demandadas.

Interpuesto por éstas recurso de casación, la Sala 1.ª de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue Ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato, declara no haber lugar al mismo.

«Considerando: Que el artículo 811 del Código civil, si bien *inspirado* en

un principio de troncalidad, no responde derechamente a un concepto de sucesión troncal en sentido pleno, y ello no sólo por ser más limitado su ámbito y distinta su naturaleza, cual ya sostenía la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 1907, sino también porque en realidad implica como una especie de transacción entre el derecho de troncalidad y la sucesión gradual, pues no persigue el fin de perpetuar en determinada familia ciertos bienes concretos, tal como el precepto parece redactado (sentencia de 24 de mayo de 1945), ni, por otra parte, hay que remontarse para su aplicación a la procedencia remota de los bienes, porque, cual sostiene la sentencia de este Tribunal de 26 de noviembre de 1943, al fijar el reducido alcance del mencionado precepto legal. "la jurisprudencia de esta Sala *ha establecido reiteradamente* que para buscar la procedencia de los bienes no se puede ir más allá del ascendiente o hermano de quien los hubo el descendiente del obligado a reserva", "o. lo que es lo mismo, que en la reserva *de traza especial* amparada por esa norma *no entra en juego la procedencia remota, sino la inmediata y próxima de los bienes que han de reservarse*", doctrina que con claridad ya se mantenía en la sentencia de 30 de diciembre de 1897, según la que "el texto del artículo 811 no autoriza para buscar la procedencia de los bienes, *al efecto de determinar el parentesco lineal*, más allá del ascendiente o del hermano de quien los hubo por título lucrativo el descendiente del obligado a reservar", criterio también patrocinado por uno de los eminentes jurisconsultos que conocidamente formó parte de la Subcomisión redactora del texto del comentado precepto, sin que a la expresada doctrina se oponga la sentencia de 7 de noviembre de 1927 cuando sostiene que no cabe dar a dicho artículo otro sentido ni alcance que el resultante de su literal contexto, habida cuenta de las circunstancias que concurrían en aquel pleito».

«Considerando: Que en el caso presente debe partirse para dilucidar lo que es objeto de recurso, de los hechos siguientes: A) Que la descendiente a que se refiere el artículo 811 era la niña M. A. M., fallecida el 28 de septiembre de 1913 cuando contaba unos nueve meses; B) Que, por ministerio de la Ley, fué declarado heredero de la mentada niña su padre D. A. A., fallecido el 19 de diciembre de 1957; C) Que los bienes heredados por la expresada niña procedían de su madre, doña J. M. C., fallecida el 16 de mayo de 1913, quien los había a su vez heredado de la suya y de un tío; D) Que el demandante, don M., es hermano consanguíneo de J., como hijos ambos de un mismo padre; E) Que D. era padre de las demandadas, habidas de un segundo matrimonio, las que no tienen parentesco alguno de consanguinidad—o sea, de sangre—con J., ascendiente de quien inmediatamente provenían los bienes heredados por su hija y descendiente».

«Considerando: Que los motivos primero y segundo, sustentadores de este recurso y amparados en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil, se acusa, respectivamente, la interpretación errónea del artículo 811 del Código civil y la aplicación indebida de la misma norma legal, expresando las recurrentes que la estimación del primero ha de llevar consigo, como lógica consecuencia, la del segundo, centrándose la cuestión esencial de la tesis en que aceptado que don M. es pariente dentro del tercer grado de la causante de la reserva y que los bienes, en efecto, reunían la condición de reservables, tal parentesco del accionante no lo era en la línea de donde los bienes proceden, por entender las impugnantes que el grado en que se encuentra el pariente reservatario se refiere exclusivamente a esa línea especialísima; mas los

razonamientos con que esa tesis se desenvuelve no se estiman convincentes, porque el Tribunal *a quo*, para llegar a la conclusión mantenida en el fallo, se atiene a la doctrina enunciada en el razonamiento inicial de esta sentencia y haciendo una correcta exégesis de la jurisprudencia aplicable, sin olvidar las sentencias de esta Sala que, como principales, se citan en el motivo primero, llega a la conclusión de que este Tribunal Supremo no ha dado prioridad en ningún caso al reservista o a sus causahabientes, basándose en la opinión sustentada por las demandadas (que es la misma que constituye la tesis mantenida en el recurso por las recurrentes), sosteniendo la doctrina que juzga adecuada "por su peso y tradición", partiendo siempre de que el artículo 811 "no tiene un carácter rigurosamente troncal", como así es, en efecto; pero, además, debe destacarse que el tantas veces mentado artículo no formula distinciones en cuanto a las ramas de la línea materna o paterna que sea aplicable, pudiendo darse el caso de que el ascendiente de quien directamente hereda el ascendiente (querrá decir el ascendiente de quien directamente hereda el descendiente) haya adquirido los bienes por herencia de un extraño o por compra, y en lo que concierne a la procedencia más remota de dichos bienes, como queda dicho, no hay que buscarla *más allá* del ascendiente o del hermano de quien hubo el descendiente del obligado a la reserva, y ello aun al efecto de determinar el parentesco lineal, de modo que el trazar una línea especial siguiendo la trayectoria de los bienes reservables, implica una inquisición o búsqueda de la más remota procedencia de los mismos, cuando tal exigencia no surge del texto legal ni resulta de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, y en este caso es la procedencia de J. M. C. la que debe tenerse en cuenta, por ser la ascendiente y madre de M. A. M., y de quien ésta heredó dichos bienes, sin que aquélla tenga parentesco alguno de consanguinidad—o sea, de sangre—con las demandadas ahora recurrentes».

Q) RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO.

Ley nacional.—Artículo 10 del Código civil.

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1966.

Fallecido don M. L. B., de nacionalidad inglesa, su viuda acepta la herencia ante Notario español. Reclamando a ésta un acreedor del causante, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso de casación por cuanto aplicándose la ley nacional del causante, en este caso la inglesa que establece la separación absoluta entre el patrimonio hereditario y el del heredero, no responde éste con sus bienes propios de las deudas de su causante.

«Considerando Que el pleito plantea como cuestión básica la de la aplicación y alcance del estatuto personal de la demandada, señora B., en la sucesión de su esposo, dada la nacionalidad inglesa de ambos cónyuges, partiendo como supuesto jurídico admitido por la parte demandada de que le es aplicable dicho estatuto, si bien opone que su situación legal queda afectada por el otorgamiento en España de un documento notarial por el que aceptó la

herencia pura y simplemente, reconociendo, por otra parte, de que conforme a la legislación inglesa es aplicable el régimen de separación de bienes en el matrimonio, y que las deudas del cónyuge fallecido sólo se cubren y responsabilizan con los bienes del causante, y decidido el litigio desestimando las pretensiones de la parte actora, por la aplicación de su estatuto nacional, con las consecuencias legales apuntadas, es combatida en el primero de los motivos del recurso..., que denuncia la interpretación errónea de los artículos 10 y 11 del Código civil, y debe limitarse el concepto de infracción denunciado a oponer a la interpretación gramatical y lógica que el juzgador estime adecuada respecto a éstos, la que considere que se deriva de los propios términos de dichos artículos, no en cuanto a la aplicación que de los mismos haya hecho el juzgador de instancia, que no podría encontrarse en el vicio que se denuncia, debiendo declararse que respecto al artículo 11 no se plantea ninguna divergencia interpretativa, y en suma, el documento otorgado en España por la señora B. se acomodó en sus formalidades, que es lo que dicho precepto legal dispone, a las que a dicho instrumento público han de serle aplicadas, dado el país en que se otorga, y en relación al invocado artículo 10, que al disponer que las sucesiones legítimas y testamentarias, así respecto al orden de suceder, como la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren, ha de entenderse que afecta tanto a los derechos en sentido estricto, cuanto a las obligaciones, esto es, a cuanto esté comprendido en la herencia, en armonía al contenido de ésta que define el artículo 659 del Código civil como integrado por los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, razón por la que la aplicación de la ley nacional no se limita, cual el recurrente pretende, a la simple declaración de heredero, sino que abarca como parte del derecho sucesorio todas las limitaciones legales que esta ley establece, y por ello la que excluye los bienes de la heredera de responder del pago de las deudas del causante, razones que hacen decaer el examinado motivo».

R) SIMULACIÓN.

a) *Compraventa simulada hecha para burlar los derechos sucesorios del adoptado.*

SENTENCIA DE 5 DE ENERO DE 1966.

HECHOS

Vid apartado C).

«Considerando: Que esta Sala viene declarando con reiteración que la acción declarativa de simulación puede ejercitarla cualquier tercero que ostentando un derecho jurídicamente protegido resulte afectado por el acto o contrato simulado que haya podido otorgarse en su perjuicio, y a estos fines se viene reputando como "tercero interesado" al heredero forzoso o legitimario

que ve menguada o desaparecida su porción legitimaria por actos de su causante otorgados con la finalidad de privarle de los derechos que la ley y no la voluntad del testador le confiere; y por ello, es evidente que cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la obligación contraída por la adoptante, conforme al artículo 177 del Código civil en su redacción anterior a la Ley de 24 de abril de 1958, cuando, como en el caso contemplado, no sólo se contrajo aquella obligación, sino que en cumplimiento de la misma el adoptante otorgó testamento instituyendo heredera en un tercio de sus bienes a la adoptada, se da, un supuesto similar al de los herederos legitimarios, estando ésta facultada para impugnar los actos o contratos que su causante haya podido otorgar con el designio de menguar o hacer ilusorio tal derecho, sin que sea óbice a ello la circunstancia de que además de haberla instituido heredera del tercio pactado en la escritura de adopción, extendiera la institución [al] resto de la herencia, pues el hecho de que en parte sea heredera voluntaria no altera la realidad de que por lo que afecta a la cuota pactada es heredera forzosa, y al apreciarlo así el Tribunal *a quo*, admitiendo la legitimación de la demandante para impugnar los contratos simulados otorgados por su causante con el propósito de menguar o desconocer totalmente los derechos sucesorios derivados de la escritura de adopción, aplicó rectamente la doctrina jurisprudencial referida y no infringió ninguno de los preceptos señalados en el motivo sexto del recurso, que por vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil acusa la violación de los artículos 659, 661 y 1.003 del Código civil y doctrina relativa a los actos propios contenida en la sentencias de esta Sala que cita, así como la aplicación indebida de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1.023 del mismo Cuerpo legal; por lo que procede la desestimación de tal motivo».

b) *Compraventa simulada efectuada por la abuela a favor de sus nietos legitimarios por derecho de representación en perjuicio de otros nietos también legitimarios.*

SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1966.

c) *Compraventa simulada que encubre una supuesta donación en perjuicio de los herederos voluntarios.*

SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1966.

HECHOS

Vid. apartado K).

«Considerando: Que en el recurso presentado por la parte actora, en la demanda origen del juicio se trata de combatir el pronunciamiento absolutorio dictado en cuanto a la misma y cuyo fundamento radica en estimar que el documento privado de fecha 22 de julio de 1953, suscrito entre la actora y el causante de los demandados, fue un contrato disimulado que en vez de compraventa de la nuda propiedad de la finca a que se refiere suponía una dona-

ción de la misma, la que por adolecer en cuanto a forma de la solemnidad exigida por la Ley, no podía producir efecto alguno, tratándose en realidad de un contrato inexistente, y estas conclusiones, establecidas por la Sala sentenciadora, son combatidas en el recurso a través de los cuatro motivos de que consta y sobre los que procede hacer las observaciones siguientes: A) Que en el primero se denuncia un supuesto error de hecho cometido al estimar la ausencia del precio en el contrato privado referido. ; ... C) Que... al proclamar la sentencia de instancia que no existió precio, para que pudiera tenerse por perfeccionada la venta, sino propósito de donar no plasmado en la forma solemne que la Ley exige para ello dada la naturaleza de lo donado y por imperio del precepto terminante contenido en el artículo 633 del Código civil, es indudable que el documento privado de fecha 22 de julio de 1953 quiso reflejar un contrato realmente inexistente en concepto o calidad de venta como de donación...».

COMENTARIO

La materia relativa a la simulación suele ir relacionada frecuentemente con cuestiones sucesorias, por la razón de que mientras vive una de las partes que intervinieron en el contrato simulado las demás, trátase de simulación absoluta o relativa, no se atreven a romper la apariencia creada, y en otras ocasiones se mantiene el secreto hasta el momento del fallecimiento de una de las partes. Como la simulación, cualquiera que sea su especie, envuelve un engaño—en tal sentido la célebre definición de FERRARA: «Declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo por las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio que no existe o que es distinto del realmente acordado»—nunca se alabará bastante la meritoria labor de los profesionales que niegan su colaboración a tales actos y ponen de manifiesto a los particulares las graves consecuencias y perjuicios a que seguramente dará lugar. Por lo mismo, acabada la posibilidad de la prevención y llegada la hora de la represión, debemos felicitarnos cuando el criterio jurisprudencial es todo lo riguroso que tales actos merecen.

De las sentencias citadas se desprende que la simulación rara vez presentará prueba directa de su existencia, dado el deseo de las partes en ocultarla, y, por el contrario, habrá de basarse en presunciones que lleven a la convicción del juzgador la inexistencia del contrato figurado, según se expresa en la segunda de dichas sentencias. Como signos de la existencia de simulación citan estas sentencias la falta de necesidad de la enajenación, el sigilo del otorgamiento, la continuación posesoria de los bienes a nombre de la supuesta parte vendedora, el precio irrisorio o confesado, la proximidad a la muerte del vendedor, el parentesco de éste con los compradores, etc.

S) SUCESIÓN EN CASAS BARATAS.

Es aplicable la legislación común.

SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1966.

HECHOS

D. G. R. murió el 8 de marzo de 1955 bajo testamento abierto, en que instituye herederos en diversas cuotas a los demandantes y demandados, por lo que, a fin de conservar los beneficios sobre una casa barata construida al amparo del Real Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924 y su Reglamento, reconocieron todos ellos como único titular al heredero C. G. C., si bien en otro documento se hacía constar que ello era sólo aparente y se verificaba a los solos efectos de no perder la titularidad y los beneficios sobre la casa expresada, y que, pese a tal apariencia, la verdadera titularidad y disfrute correspondía *pro indiviso* a todos los herederos de D., satisfaciéndose la amortización pendiente entre todos.

Al llevar C. seis años viviendo en la casa en compañía de su hermana V. G. C. sin pagar cantidad alguna a los otros herederos ni aceptarles cantidades para la amortización, comportándose como si fuera el único titular de la vivienda, los demás interesados acudieron al Juzgado suplicando dictara sentencia declarando: 1.º Que para la herencia de la casa barata número 7 de la barriada ... es aplicable la legislación civil común; 2.º Que para que se adjudique dicho inmueble es necesario que éste pierda su condición legal de casa barata mediante la oportuna desvinculación, con devolución y abono de la parte que corresponde a los beneficios percibidos; 3.º Se condene a los demandados a estar y pasar...

El señor Juez de Primera Instancia del Juzgado número 1 de Burgos declaró haber lugar a la demanda accediendo a todas las peticiones, sentencia que fue confirmada por la de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

La Sala 1.ª de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, desestima el recurso, declarando en su tercer Considerando «que ventilándose en este pleito los derechos sucesorios que corresponden a los litigantes sobre una casa barata, se trata eminentemente de indiscutibles derechos civiles, aunque incidan sobre un objeto al que alcanzan las limitaciones administrativas impuestas por el Real Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924, que implícitamente reconoce en dicha materia la competencia de la jurisdicción ordinaria al conferírsela en todas las cuestiones judiciales civiles a que diese lugar la adquisición de solares y terrenos y la construcción de casas baratas (art. 69), y con ello a todas las demás civiles que puedan derivarse de su propiedad, pues como declara la sentencia de 15 de abril de 1941, sólo es de exclusiva competencia de la Administración pública cuanto hace referencia a calificación de casas baratas, aprobación de proyectos y determinación económica de cada casa, extremos ajenos a los discutidos, todo lo cual hace perecer el motivo segundo».

T) SUCESIÓN.

Ley nacional aplicable.

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1966.

Vid. apartado Q).

U) SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

a) *Sustitución fideicomisaria de residuo. Derecho de representación.*

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1966.

El fideicomiso de residuo envuelve una sustitución fideicomisaria condicional, aplicándose el artículo 759 y no el artículo 784 del Código civil, por lo que el fideicomisario que premuere al fiduciario no transmite derecho alguno a sus herederos, aunque sobreviva al fideicomitente.

El derecho de representación no se aplica a la sucesión testada.

Artículos 675, 759, 799, 784, 924 del Código civil.

HECHOS

Don J. T. J. murió el 23 de septiembre de 1907 bajo testamento notarial otorgado el 2 de agosto de 1901, en cuya cláusula 5.ª dispuso que «en uso del derecho que las Leyes le conceden, elige y nombra por sus únicos y universales herederos, de todos sus bienes, derechos y acciones por iguales partes, a sus sobrinos carnales, hijos de su hermana difunta doña C. y de su hermano don P., que lo son de aquélla don A. y doña R. P. T., y de éste, hoy don J., doña R., doña C. y doña P. T. G., y a cualesquiera otros que su dicho hermano pueda procrear de legítimo matrimonio; haciéndose, por tanto, tantas partes iguales del caudal del señor testador como sobrinos carnales hijos de sus dos nombrados hermanos hayan existido a contar desde hoy hasta el día de su fallecimiento, pues es su voluntad que si alguno de los nacidos o que hasta entonces pudiera nacer falleciese en ese plazo, su porción acrezca sólo a su hermano o hermanos, a menos que lo sea por muerte de todos los hermanos de cada parte, pues de ocurrir así pasará a la otra; queriendo el señor testador que sucedan igualmente con respecto a los bienes que de su procedencia puedan dejar aquél o aquéllos, que lleguen a heredarlo, de sus sobrinos que mueran sin dejar sucesión».

Fallecido el testador sin más sobrinos que los citados, le sucedieron por sextas partes los seis sobrinos, de los cuales dos eran hijos de una hermana premuerta y los otros cuatro de un hermano del causante.

Al morir en 1912 el sobrino A. sin descendencia, los bienes que había heredado del testador y de los que no había dispuesto hicieron tránsito a su hermana R. P. T.

En 1947 fallece J. T. G., dejando tres hijas, A., S. y J. T. C.; en 1950 muere doña R. P. T.—la misma que había sucedido en la parte antes heredada por A.—sin descendencia.

El problema debatido se centra en si doña A. T. C.—demandante, apelada

v recurrente—y sus dos hermanas, todas ellas hijas y herederas de su padre don J.—el cual premurió a su prima hermana y coheredera doña R. P. T.—tienen derecho a suceder en el residuo de los bienes dejado por doña R. en concurrencia con sus tías, las demandadas, apelantes y recurridas doña P. y doña C. T. G., por pertenecer todas a la misma rama—descendencia del hermano del testador don P—o bien no tienen tal derecho. Nada se dice en la sentencia respecto a doña R. T. G.

El Juzgado de Primera Instancia de Motilla del Palancar estimó lo primero, resolviendo que el residuo de la herencia de don J. T. J., vacante por fallecimiento de la heredera doña R., corresponde por terceras partes iguales a doña C. y doña P. T. G. y a las hermanas doña A.—la demandante—, doña S. y doña J. T. C., éstas tres en representación de su difunto padre don J..

Apelada esta sentencia por las demandadas, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete da lugar al recurso revocando la sentencia del Juzgado y absolviendo a las demandadas.

Interpuesto recurso de casación por doña A., invocando infracción de los artículos 675, 799 y 924 del Código civil y aplicación indebida del artículo 759 del propio Cuerpo legal, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en ponencia del Magistrado don Victoriano-Juencio Escribano Ruipérez, declara no haber lugar al recurso de casación en base a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Considerando: Que los términos literales del último inciso de la cláusula 5.ª del testamento otorgado por el primitivo causante son suficientemente claros y expresivos de que se está ante un *fideicomiso de residuo*, pues a tal equivale su explícita declaración de voluntad de que los bienes de su procedencia que puedan dejar aquel o aquellos de sus sobrinos que lleguen a heredarle y fallezcan sin sucesión pasen a los otros coherederos en la misma forma dispuesta por el testador en la institución hereditaria».

«Considerando: Que en trance de encuadramiento jurídico de las cláusulas de residuo ha predominado en la doctrina y se ha proclamado con reiteración por la Jurisprudencia de esta Sala el criterio de reputarlas como una modalidad de las sustituciones fideicomisarias, pero sin llegar a identificarlas totalmente, de tal modo que clasificados como sustituciones condicionales, las excluye del artículo 784 del Código civil y las estima comprendidas en el artículo 759, con la consecuencia obligada dentro de esta tesis de que en los supuestos en que el fideicomisario llamado al residuo premuera el fiduciario, aunque haya sobrevivido al testador fiduciante, no transmite derecho alguno a sus herederos, dirección ésta no conseguida totalmente, porque esta Sala, en sentencia de 29 de marzo de 1955, apunta una dirección distinta en el sentido de que la condición de que queden bienes al fallecer el fiduciario es consustancial a la existencia y naturaleza del fideicomiso de residuo, con lo que viene a calificarla de "condición impropia", pues el evento de que queden bienes no actúa en función de la eficacia o ineficacia del fideicomiso de residuo, sino que condiciona la existencia misma de la institución, de tal modo que más que una condición en sentido propio se está ante una figura análoga o similar a la denominada *conditio iuris*, si bien en cualquier caso habrá de estarse a la voluntad del testador».

«Considerando: Que en materia de interpretación de disposiciones testamentarias del artículo 675 del Código preceptúa que aquéllas deberán 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 con la intención de aquél según el tenor del mismo testamento, de lo cual se infiere que cuando los términos de la disposición son claros y completos, las palabras deben entenderse lisa y llanamente; teniendo declarado esta Sala con reiteración que en esta materia es función privativa del Tribunal *a quo* la de fijar el verdadero sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo prevalecer su criterio si no resulta manifiesta y ostensiblemente equivocado, por ofrecerse de modo patente que la voluntad del testador fue distinta de la apreciada por la Sala de instancia, y como en el caso presente los términos de la cláusula 5.^a del testamento evidencian con toda claridad que el causante ordenó la sucesión en el residuo de los bienes que de su herencia dejasen sus herederos que falleciesen sin sucesión, en la misma forma en que ordenó la institución—“queriendo el señor otorgante que suceda igualmente...”—, al estar como está hecha tal institución hereditaria en favor de sobrinos carnales, hijos de hermanos, perfectamente individualizados y nominalmente señalados, no cabe inducir que quiso llamar también a los hijos de tales sobrinos, pues la circunstancia de que no los excluyera expresamente no puede tener el alcance de considerárseles incluidos cuando no existe un llamamiento expreso ni tácito; razones todas ellas suficientes para desestimar el primero de los motivos del recurso...».

«Considerando: Que el *ius representationis* regulado en los artículos 924 a 929 del Código civil, requiere que el presentado premuera al causante, de quien no llega a ser heredero, pues los representantes suceden directamente al de *cujus*; pero establecido solamente en las sucesiones *ab intestato*, sus posibles aplicaciones en las sucesiones testamentarias no tienen lugar propiamente en las que siendo de esta última naturaleza son de carácter voluntario, porque la institución no es forzosa sino en las legales, o sea, en lo relativo a las legítimas—sentencias de 26 de junio de 1931 y 7 de junio de 1950—; y como además, a tenor del artículo 925, en la línea colateral sólo tiene lugar en favor de los hijos de hermanos del causante, sin que alcance a los hijos de hermanos de los herederos—sentencia de 1 de marzo de 1902—, al acaecer, como acaece en el presente caso, que quienes pretenden ampararse en el derecho de representación no son hijos de hermanos del testador, sino hijos de un sobrino de aquél, se encuentran fuera del ámbito limitado en que tal derecho tiene aplicación, y por ello procede desestimar el segundo de los motivos del recurso...».

«Considerando: Que en el tercero y último de los motivos del recurso, ..., se acusa la violación del artículo 799 del Código y la aplicación indebida del 759, alegando sustancialmente que lo ordenado por el testador era una sustitución fideicomisaria a término o plazo, pero que aun en supuesto de tratarse de un fideicomiso de residuo con condición suspensiva, el artículo 799 citado establece que la misma no impide al heredero adquirir su derecho y transmitirlo a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento; pero sobre este tema es de tener en cuenta que no se está ante una sustitución fideicomisaria pura, sino ante un fideicomiso de residuo, cuya condicionalidad, al margen y con abstracción de su verdadera naturaleza jurídica tal como quedó razonada en este fallo, es manifiesta, en cuanto que el testador lo dispuso

para el supuesto acaecido de que el instituido falleciera sin dejar sucesión—*si sine liberis decesserit*—, condición excluyente del término o plazo que propugna la recurrente, y a la que es aplicable, tal y como correctamente hizo la Sala de instancia, lo dispuesto en el artículo 759 del Código civil, pues el 799 de dicho Cuerpo legal, no obstante su tenor literal, alude a situaciones jurídicas, *certus an, incertus quando*, más bien que a una condicionalidad propiamente dicha—sentencias de 4 de marzo de 1952, 20 de octubre de 1954 y 6 de diciembre de 1957—; debiendo, en su consecuencia, ser desestimado dicho motivo.

COMENTARIO

En la discutida cláusula testamentaria se establece:

1.º *Un derecho de acrecer entre los nombrados, con preferencia de los hermanos entre sí, y, por su falta, entre los primos hermanos, todos ellos hijos de una hermana (premuerta) y de un hermano del testador.*

2.º *Un fideicomiso de residuo en favor de los hermanos y, por su falta, de los primos hermanos.*

3.º *Además, se cuestiona sobre la posibilidad de un posible derecho de representación.*

No siendo tema de la sentencia el derecho de acrecer, puesto que faltó su necesario presupuesto, pasamos a considerar el segundo punto en relación con el concepto, modalidades y naturaleza jurídica del fideicomiso de residuo.

I. CONCEPTO.—*Con los nombres de sustitución fideicomisaria (en adelante, s. f.) de residuo, fideicomiso de residuo (f. de r.), cláusulas de residuo o disposiciones testamentarias de residuo, se conocen aquéllas por las que el testador designa a una persona como heredero o legatario, ordenando que los bienes de que no haya dispuesto a su muerte pasen a otro heredero o legatario.*

II. MODALIDADES.—*El f. de r. ofrece dos modalidades principales, cuya común característica es que en ambas es incierta la cuantía mínima de lo que el fiduciario debe restituir, la cual puede ser todo el caudal hereditario, mucho, poco o nada del mismo. Estas dos modalidades son:*

A) F. de r. "*si aliquid supererit*", *cuando el testador faculta al fiduciario para disponer de los bienes sin trabas de ningún género, en cuyo caso los fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede, si algo queda efectivamente.*

Se suele sobrentender, aunque no con unanimidad, que el fiduciario no está facultado para disponer "mortis causa" de los bienes fideicomitidos, sino sólo por actos "inter vivos", bien únicamente a título oneroso, bien incluso a título gratuito (cfr. en contra, CREHUET, "El fideicomiso en caso de abintestato", La Notaria, 1948, pág. 99, n. 1, cit. por J. LÓPEZ LÓPEZ, "Las s. f. de cuantía mínima incierta", A. D. C., 1959, XII-3, pág. 1.070).

B) F. de r. "*de eo quod supererit*", *cuando el testador restringe los poderes dispositivos del fiduciario de tal forma que siempre los fideicomisarios deben*

recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente debe recaer en ellos por expresa voluntad del causante (Sentencias de 21 de noviembre de 1956, 7 de enero de 1959, 25 de noviembre de 1960, 20 de octubre de 1962, 31 de enero de 1963 y Resolución de 5 de octubre de 1966).

En el presente caso pudiera discutirse si estamos ante el supuesto A) o antes el B). En favor del primero milita la consideración general de que al exigir los artículos 783 y 785 del Código civil que los llamamientos sean expresos, demuestra que con ello se pretende impedir limitaciones en los derechos del fiduciario no dispuestas, clara, explícita y terminantemente por el testador, y que como las limitaciones de disponer no se presumen, el silencio del testador hay que interpretarlo a favor de la libertad de disposición por el fiduciario; es decir, que en la duda hay que entender que el testador quiso facultar implícitamente al fiduciario para disponer de los bienes y no que su voluntad fuera impedirle esa libertad de disposición, conforme al principio *"in dubio contra fideicomiso"*, aparte de que, caso de optar por la solución contraria, se nos plantearía inmediatamente el problema de determinar el límite de los actos dispositivos del fiduciario. En este caso concreto actúa en favor de que estamos ante una s. f. de residuo *"si aliquid supererit"*—y no ante una s. f. de residuo *"de eo quod supererit"* ni, mucho menos, ante una s. f. vulgar—la consideración, también específica y concreta, de que la cláusula testamentaria reza: *"... bienes que de su procedencia puedan dejar..."* y no *"... bienes que de su procedencia queden..."* o algo por el estilo, y la palabra *"dejar"*, unida a *"poder"*, implica la facultad de llevar a cabo algo, realizar actos, en oposición a los términos *"quedar"*, *"restar"*, etc., más impersonales.

A favor de la solución B) puede argumentarse que la referencia a la *"sucesión"*, entendida como sinónimo de descendencia, de los fiduciarios, implica que la voluntad del testador es la de que necesariamente pasen a los otros llamados los bienes (necesariamente algunos) que pueda dejar el fiduciario que muera sin sucesión, esto es, sin hijos; de donde estaríamos ante un supuesto de s. f. de residuo condicional del tipo *"si sine liberis decesserit"*. Ahora bien, no parece del todo correcto interpretar *"sucesión"* como sinónimo de *"posteridad"*, pues puede entenderse que la frase *"sin dejar sucesión"* se refiere a que el fiduciario no deje herederos legítimos o con derecho a sucederle *"ab intestato"*, o incluso a que no deje ordenada *"su"* sucesión en testamento. Ignoramos, pues no se dice ni siquiera se alude a ello en la sentencia, si alguno de los fiduciarios dispuso de todos o parte de los bienes y, concretamente, si dispusieron de algunos don A. y doña R. P. T., así como lo que sucedió con doña R. T. G., la cual recibió una sexta parte de los bienes y a la que no se refiere en adelante la sentencia. Al decir la cláusula *"puedan dejar"*, parece que alude a una posible facultad de disposición en favor del fiduciario, en cuya virtud no operaría la subrogación real caso de que éste hubiese dispuesto efectivamente de los bienes (cosa distinta sería si se dijera *"puedan quedar"*, o *"lo que quede"*, etc., pues mientras *"dejar"* implica necesariamente un acto voluntario—yo dejo—"quedar" tiene un significado más bien impersonal), lo cual no es más que una aplicación en el caso concreto de la opinión más generalizada contraria, en principio, a la actuación de la subrogación real cuando no pueda deducirse un criterio favorable a su aplicación de la voluntad del testador (cfr. arts. 212, párrafo final, y 214 de la Compilación catalana, conforme a los cuales sólo actúa la subrogación real en el f. de r. *"de eo quod supererit"* y no en el *"si supererit"*). Los posibles y peligrosos equívocos en orden a esta institución resultan así descar-

tados por la *Compilación catalana*, al establecer claramente la diferencia entre la sustitución preventiva de residuo (arts. 210, 216) y los fideicomisos y s. f. de residuo (arts. 212, 214), pues mientras en éstos el fiduciario sólo puede disponer por actos "inter vivos", en la primera puede disponer incluso "mortis causa"; otra cuestión importante resuelta en la *Compilación* es que al decir que "la s. f. de r. implicará la vulgar tácita" (art. 210, párrafo final), evita la duda, entre otros, de los problemas relativos a si en caso de premoriencia o repudiación del fiduciario los fideicomisarios de residuo serán sustitutos vulgares de aquél, aunque expresamente no se haya dicho así en el testamento. Lo cual es ejemplo de diversas soluciones, no siempre justificadas, para distintos territorios españoles y evidencia la necesidad de terminar con la pluralidad legislativa acogiendo normas forales que además de ser justas—o al menos no resultar injustificadas—eviten posibles litigios, utilizando su espíritu como punto de partida para la elaboración de principios generales utilizables en el llamado *Derecho común*.

III. NATURALEZA JURÍDICA.—Respecto a la naturaleza jurídica del f. de r. se han mantenido dos opiniones principales:

A) Según la primera de ellas, no cabe encuadrarlo dentro de la genuina s. f., siquiera se le apliquen sus normas por analogía, dado que el Código civil carece de disposiciones específicas, pero siempre se trata de una institución autónoma, cuya autonomía y especialidad estriba en la condicionalidad que la afecta, la cual lleva a decir a CLEMENTE DE DIEGO que se trata de una especie de institución condicional de heredero a favor de los fideicomisarios, estribando la condición en que existan bienes al morir el fiduciario. Esta es la opinión que puede decirse predomina en la doctrina y en la jurisprudencia (sentencias de 13 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de 1955, 25 de noviembre de 1960 y 20 de octubre de 1962, afirmando la de 10 de julio de 1954 que se aplican los artículos 791, 1.114 y 1.121, y no los arts. 781 y siguientes, denominándola "institución condicional de residuo"), apoyándose fundamentalmente en la consideración de que falta la obligación de conservar y de restituir bien todos, bien una parte de los bienes.

B) Se trata de una modalidad de la s. f., pues hay obligación de restituir el remanente, caso de haberlo, y, en consecuencia, no es preciso acudir a la analogía para aplicar las normas del Código civil relativas a aquélla. Esta es la opinión que parece tiende hoy a abrirse camino en la doctrina (GONZÁLEZ PALOMINO: "Enajenación de bienes pseudousufructuados", A. A. M. N., V, p. 913; ROCA SASTRE: "Estudios de Derecho privado", II, p. 77; J. LÓPEZ LÓPEZ: "La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español", A. D. C., VIII-3, julio-septiembre 1955, pp. 743-789), fundada en consideraciones de tipo histórico y en que el inciso final del artículo 783, "... salvo el caso de que el testador...", permite entenderlas comprendidas en la s. f. de modo directo.

La resolución de 8 de febrero de 1957 sintetiza muy bien estas dos opiniones al decir que el Tribunal Supremo estima que el fideicomiso de residuo es una institución condicional de heredero, subordinada a que al morir el primer instituido queden algunos bienes hereditarios, sin que hasta entonces corresponda a los fideicomisarios más que una simple expectativa para adquirir la cualidad de herederos; en cambio, para otros autores no ofrece duda que el f. de r. participa de la naturaleza de las s. f., en las que el llamado en segundo lugar adquiere derecho al residuo desde el momento de la muerte del testador (fidei-

comilente), puesto que el llamamiento de los fideicomisarios no está condicionado cualitativamente, sino sólo en su contenido.

Del aludido carácter condicional el Tribunal Supremo ha deducido que la diferencia fundamental entre la s. f. y el f. de r. es que mientras en la primera el fideicomisario transmite su derecho conforme al artículo 784 del Código civil, este precepto no se aplica al f. de r., sino que se aplica al artículo 759, en cuya virtud el fideicomisario que premuera al fiduciario nada puede transmitir, aunque, naturalmente, sobreviva al fideicomitente (sentencias de 4 de marzo de 1952 y 20 de octubre de 1954, entre otras muchas). De esta dirección parece desviarse la sentencia de 30—no de 29, como se dice equivocadamente en ésta que comentamos—de marzo de 1955 (C. L. núm. 138, t. XXXIX, páginas 538 y sigs.), cuyos dos únicos Considerandos dicen así:

«Considerando: Que en el único motivo de este recurso y con base en el número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., se acusa por el recurrente que la sentencia recurrida infringe el artículo 759 del Código civil, en cuanto instituidos fideicomisarios en un testamento que contiene una cláusula de residuo determinadas personas, todas ellas murieron antes que la heredera fiduciaria, no dándose el derecho de representación, por lo que debió abrirse la sucesión intestada en favor del recurrente, pero es claro que no planteándose problema alguno de interpretación de testamento y si sólo de aplicación de dicho artículo 759 del Código civil, el rigor que en nuestra Ley procesal caracteriza el recurso de casación veda a esta Sala examinar cuál sea el alcance de la institución de herederos fideicomisarios hecha en el testamento y las consecuencias que pudieran derivarse del fallecimiento de los instituidos antes de la fiduciaria autorizada para disponer de los bienes de la herencia del causante».

«Considerando: Que cualquiera que sea la estimación que se adopte en cuanto a la naturaleza jurídica de la cláusula testamentaria de residuo, tan discutida por los tratadistas, que no se ha llegado a una conclusión definitiva respecto a si le son aplicables las normas de la institución pura, las de la condicional, las de a plazo, o las modales, hasta el punto de que más bien debe atenderse a la voluntad del testador expresada en el testamento para deducir si en el fideicomiso se ha querido fijar un plazo o más bien se quiso establecer una condicionalidad, carácter condicional a que se inclina la doctrina de esta Sala, pero lo cierto es que la condición está en todo caso referida únicamente a que a la muerte del fiduciario queden bienes por no haber dispuesto de nada o sólo de parte de ellos, pues en otro supuesto el acto jurídico de la sucesión no se habría producido por la inexistencia de "résiduo", quedando reducida la institución a una simple expectativa, y esto demuestra que la condición es consustancial a la existencia y naturaleza del fideicomiso de residuo y no puede serle aplicable el artículo 759 del Código civil, que se refiere a la institución de heredero o legatario afectado por una condición extrínseca a tal institución y como la define el artículo 1.113 del mismo Cuerpo legal, precepto aquél que es una aplicación concreta del principio que sienta con carácter general el artículo 1.114, y siendo éste el único motivo y fundamento del recurso, debe ser desestimado».

De aquí parece desprenderse que al tratarse de una condición impropia o "condictio iuris" no se le puede aplicar el artículo 759 del Código civil, que se refiere a las condiciones propias.

En cuanto al posible derecho de representación, cuya existencia admitió el Juzgado, se rechaza por el Tribunal Supremo, argumentando:

a) Que teniendo su razón de ser, en este caso, tal supuesto derecho de representación en la herencia de don J. T. J., y exigiéndose para su actuación la premoriencia del representado al causante, este requisito no se cumple, pues J. T. G. muere bastante después que don J., aunque premuera a su prima R. P. T.

Pero nótese que, en realidad, el problema no se centra sobre la premoriencia a don J., sino en la premoriencia de don J. a doña R. P. T., siendo ésta la transmisión que se discute, una vez que ya los bienes hicieron tránsito a la misma. Quizá por ello, no estimando el anterior razonamiento del todo convincente, se añade:

b) Que el derecho de representación no tiene lugar en la sucesión testada, al menos por lo que respecta a la que sea de carácter voluntario—de donde implícitamente pudiera considerarse admitido en cuanto a la legítima—, y que los supuestos representantes se encuentran fuera del límite de llamamientos establecido en el artículo 925, pues no son hijos de un hermano del testador, sino hijos de un sobrino del testador.

Tradicionalmente se ha venido considerando la representación como institución típica y exclusiva de la sucesión intestada, constituyendo una excepción a la regla de que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto ("proximiores excludunt remotiores"), lo que no obsta para que se haya planteado la cuestión de su posible aplicación a la sucesión testamentaria, bien por vía indirecta—entendiendo que la palabra "hijos" utilizada por el testador comprende no sólo a sus descendientes directos o de primer grado, sino también a los de grado ulterior, conforme a la Ley "De verborum significatione", según la cual "filii appellatione omnes liberos intelligimus"—, bien directamente, con independencia de la interpretación testamentaria, tal y como funciona este derecho en la sucesión intestada.

El problema ha recibido distintas soluciones en las legislaciones modernas, pudiendo citarse: a) legislaciones que admiten el derecho de representación en la sucesión testamentaria, como la inglesa y los Códigos civiles de Austria, Alemania, Costa Rica, Italia (de 1865 y 1942), Turquía y Venezuela, y b) aquellas otras que no admiten la representación en la sucesión testada o, por lo menos, no la admiten expresamente como los Códigos civiles de Argentina, Cuba, Francia, Portugal y el nuestro, ante cuyo silencio una parte de la doctrina pretende su admisión.

Al estudiar en nuestro Derecho esta cuestión parece conveniente distinguir entre los tres tercios de la herencia, si bien como en el tercio de mejora la parte de que efectivamente ha dispuesto el testador juega—dentro de su limitado ámbito personal—de una forma similar a la parte de libre disposición, y la parte de que no ha dispuesto juega de manera análoga a la de legítima estricta, el problema queda reducido, en realidad, a examinar la posible actuación del derecho de representación en los tercios de libre disposición y de legítima estricta, cuyas respectivas reglas se aplicarán al de mejora según que el testador haya dispuesto o no del mismo.

Como argumentos favorables a la existencia del derecho de representación en la parte libre pueden citarse:

1.º El mismo argumento de piedad, humanidad o equidad que justifica la existencia del derecho de representación en la sucesión intestada.

2.º La palabra "siempre" que emplea el artículo 925 del Código civil indica que la representación tiene lugar "siempre" en la línea recta descendente, es decir, tanto en la sucesión intestada como en la testada, pues para referirse sólo a la primera no se hubiera empleado ese término.

3.º El artículo 929 del propio Código admite la posibilidad de representar a una persona viva en el caso de desheredación, y como ésta—la desheredación— es una institución genuina de la sucesión testada (art. 849), resulta admitida la representación en esta sucesión.

4.º La interpretación de los artículos 761, 766 y 857 del Código civil, unidos a la amplia fórmula empleada por el artículo 927 de dicho Código.

5.º En el Derecho histórico se citan como favorables la Ley 40 de Toro, una Ley de Cortes de Pamplona de 1580 y el Fuero aragonés "De fideicommissis" de 1533.

6.º En apoyo de esta solución se citan también algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y un grupo de sentencias del Tribunal Supremo relativas a Cataluña.

Frente a tales argumentos cabe decir que:

1.º El testador tiene un medio muy fácil para evitar la supuesta injusticia que trata de prevenirse mediante la equidad, como es ordenar la sustitución vulgar.

2.º La palabra "siempre", como dice LACRUZ, se refiere a que la representación se extiende en la línea recta indefinidamente y que la misma tiene lugar incluso cuando suceden los nietos solos, sin concurrir con sus tíos, siendo antitética al adverbio "nunca", utilizado en el mismo artículo 925 al hablar de la representación en la línea recta ascendente.

3.º Si el testamento contiene sólo la desheredación se abrirá la sucesión intestada (art. 912, núm. 2.º), y si en el mismo existen disposiciones patrimoniales, el derecho de representación—en caso de que sea tal—se circunscribe a la legítima (art. 857), con lo que estamos fuera de la sucesión testada.

4.º De los artículos 761, 766 y 857 no puede desprenderse un argumento favorable a la existencia del derecho de representación en la sucesión testada en cuándo, en los distintos casos de concurrencia, se hereda por cabezas o por utilizables tendrían que decir que el representante legitimario adquiere derecho a todo lo que por testamento se atribuye a su representado, lo que, desde luego, no manifiestan en absoluto. Y el artículo 927 está destinado a explicar cuándo, en los distintos casos de concurrencia, se hereda por cabezas o por estirpes, por lo que al no ser su materia la cuestión relativa a la existencia del derecho de representación, carece de trascendencia a estos efectos.

5.º Los textos históricos citados no abordan el puro problema de la existencia del derecho de representación en la parte libre de la sucesión testada, sino que contemplan supuestos enlazados con la doctrina de los hijos puestos en condición, y además una disposición de las Cortes de Tudela de 1583 se muestra contraria al mismo, por lo que la cuestión tampoco era pacífica en el Derecho histórico, como se puede comprobar en nuestros clásicos.

6.º La jurisprudencia no es decisiva, pues se resiente de las mismas dudas, pudiendo citarse sentencias asimismo relativas a Cataluña, en las que se rechaza el juego del derecho de representación en la sucesión testada.

Con independencia de los anteriores argumentos negativos, pueden citarse los siguientes:

a) *La misma naturaleza del derecho de representación, en cuya virtud es la Ley y no la voluntad la que llama directamente a la estirpe del heredero; interferir un llamamiento legal en la sucesión testamentaria es un contrasentido que la Ley no autoriza, máxime existiendo para llenar este vacío la posibilidad de la sustitución vulgar.*

b) *La colocación sistemática de la materia relativa a la representación dentro del capítulo "De la sucesión intestada" en el Código civil, parece que no debe entenderse como algo casual y nos pone en la pista de que la idea del legislador es contraria a su aplicación en la sucesión testamentaria.*

c) *Esta interpretación se confirma por cuanto el propio Código alude a la representación cuando los llamamientos son legales (v. gr., art. 922) y nunca cuando resultan ineficaces los llamamientos testamentarios (v. gr., arts. 888, 912, 913, 986), siendo digna de notarse la supresión del inciso final del artículo 562 del Proyecto de 1851—equivalente al actual artículo 751—, que admitía el derecho de representación en la institución genérica hecha a favor de los parientes del testador.*

d) *El artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940 viene a dar a entender que fuera del supuesto excepcional regulado en el mismo no se admite el derecho de representación.*

e) *Históricamente parece más segura y generalizada la opinión que rechaza la ampliación de la representación a la sucesión testada, pudiéndose decir otro tanto de la jurisprudencia (sentencias de 4 de abril de 1871, 22 de junio de 1931, 7 de junio de 1932, 7 de junio de 1950 y 6 de diciembre de 1952, entre otras).*

f) *El artículo 766 del Código civil, al decir "el heredero voluntario... no transmite..." no puede menos de significar que el heredero voluntario no puede ser representado por sus sucesores en los derechos hereditarios que el testador le haya atribuido voluntariamente, pues interpretado literalmente sería un precepto redundante e inútil, por ser evidente que quien premuere al testador nada adquiere ni, por tanto, nada puede transmitir.*

A la vista de lo expuesto y aunque haya quienes, como NOVOA SEOANE, GIMÉNEZ ARNAU, ALEI AGERO, MARTÍNEZ CALCERRADA y CASTÁN, se muestran partidarios de admitir la representación en la sucesión testada, puede concluirse que no es preciso invocar ésta, pues para conseguir sus mismos efectos se puede entender, cuando exista base suficiente para ello en el testamento—lo que normalmente sucederá más fácilmente cuando todos los interesados sean descendientes del testador que si se trata de colaterales o extraños—, que hay a favor de los descendientes ulteriores una sustitución vulgar tácita, ya que, como dice DE LA CÁMARA, siempre que el testador haya instituido a todos sus sucesores legales de un mismo rango o grupo de ellos sin discrepar de la regulación legal del "ab intestato", podrá acudirse a las normas de éste para interpretar y completar las disposiciones testamentarias oscuras o insuficientes, suministrándonos el propio Código civil, en su artículo 770, un ejemplo de lo que decimos. Por todo lo cual parece conveniente reafirmar con la mayor energía y claridad posibles la inexistencia del derecho de representación en la sucesión testamentaria, al menos en cuanto a la porción libre y a la de mejora de que

dispuso el testador. En cuanto a la parte de legítima escrita y a la de mejora de que no ha dispuesto el testador, sólo diremos, por no ser tema de esta sentencia, que la opinión más general entiende que en los supuestos de incapacidad, indignidad o desheredación no hay propio derecho de representación, sino una "successio graduum", y que en el caso de premoriencia existirá preterición, conforme declaró la Resolución de 14 de noviembre de 1959 frente a la sentencia de 6 de diciembre de 1952, que admitió la representación en este caso.

b) Sustitución fideicomisaria familiar condicional en Cataluña.

SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1966.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el demandado don R. F. B. contra la sentencia pronunciada por la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria en cuanto al dicho demandado, apelante y recurrente, de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 18 de Barcelona.

«Considerando: Que para resolver con acierto la primera cuestión—si las cláusulas del testamento otorgado por don J. O. V. en 7 de noviembre de 1889 no establecen un fideicomiso familiar condicional de manera clara y concreta y, por tanto, existiendo duda sobre ello debe prevalecer el criterio de libertad de disposición en el instituido—basta tener en cuenta que aquel testador en su discutido testamento dispuso: «Instituyo y nombro en heredero mío universal a mi amado hijo I., con la obligación empero de . . . de cuya herencia el citado I. si muriera dejando hijos uno o más legítimos y naturales y de legítimo y carnal matrimonio procreados, podrá disponer libremente a favor de los mismos sus hijos del modo que mejor le parezca. Y para el caso de morir sin hijo o hijos, podrá disponer... y de lo demás al mismo I. sustituyo y en herederos míos universales instituyo a los demás hijos suyos varones, que nacidos o póstumos, en el día de mi muerte, tal vez existiesen, no a todos juntos, sino al uno después del otro, orden de primogenitura guardado, con las mismas obligaciones y condiciones que impuse a mi hijo primogénito...».

«Considerando: Que, por tanto, cuando la sentencia recurrida afirma que en tal testamento se estableció un fideicomiso familiar condicional, interpreta correctamente sus cláusulas, pues en ella aparece claramente reflejada la voluntad del testador de que su hijo I no podía disponer libremente de la herencia que le deja más que haciéndolo en favor de sus aludidos hijos, adjudicándole a cada uno lo que estimase conveniente—en la forma que le parezca—con tal que los distribuya toda la herencia; contra esa interpretación no puede prevalecer la que propugna el recurrente en el primer motivo del recurso, el que sostiene que al ordenar el testador que su hijo I. pueda disponer libremente en favor de sus hijos, le faculta para disponer libremente de sus fincas como le plazca en favor de cualquier persona, aunque no sea hijo suyo. .».

«Considerando: Que el motivo segundo del recurso también tiene que claudicar, porque el recurrente para fundarlo parte de un supuesto que no se da en el presente caso: sostiene el motivo que el testamento de don J. O. V. con-

tiene cláusulas oscuras de las que no aparece la imposición de la carga o gravamen de restitución de bienes al don I., y, consiguientemente, ante esa duda debe optarse por la libertad de disposición; pero como la realidad es otra, pues no existe tal duda, sino que aparece clara la imposición de aquel gravamen de restitución, el motivo, al carecer de apoyo, no puede prosperar».

COMENTARIO

Los motivos primero y segundo del recurso aducen, respectivamente, la violación o no aplicación del artículo 675 del Código civil, por haberse interpretado erróneamente el testamento otorgado por don J. O. V. y la violación o no aplicación de las Leyes 25, 1, del Digesto, "De legatis et fideicommissis"; 9.ª, "Quando dies legat vel fideicommissis cedat"; 1.ª y 27, "De vulgari et pupilari substitutione"; 3.ª del Codex, "De liberis praeteritis vel exheredatis"; 5.ª, "De impuberum et aliis substitutionibus", así como los artículos 165, 169 y 174 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, 783 y 785 del Código civil y doctrina del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 21 de mayo de 1890 y 8 de julio de 1929, y el principio de Derecho romano "in dubio contra fideicomisso".

La argumentación se mueve toda ella en la misma línea, consistente en invocar la regla de que, en caso de duda, debe estarse a favor de la mayor libertad de disposición, por lo que el fideicomiso no se presume (art. 165 de la Compilación catalana); en la duda, se entenderá que es simple recomendación (art. 169); prevalece la sustitución vulgar sobre la fideicomisaria en los casos dudosos y el fideicomiso de sustitución sobre el puro (art. 169).

En el presente caso nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria condicional familiar y de elección, impuesta al fiduciario en favor de sus hijos, cuyo precedente se encuentra en la Novela 159 de Justiniano. Precisamente durante la dominación romana nació el fideicomiso familiar en Cataluña, cuya defensa hace DURÁN Y BAS ("Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña", Barcelona, 1883, págs. 248-250). Parecen, por tanto aplicables los principios que inspiran el Derecho catalán, recogidos en los artículos 177, 178 y 180 de la Compilación.

Afirmada la existencia de la sustitución fideicomisaria, la regla general, recogida en el artículo 186, párrafo 1.º, de la Compilación—conforme el precedente del Codex 6, 43, 3—es la de la inalienabilidad de los bienes fideicomitidos, que arrastra la nulidad de las enajenaciones hechas por el fiduciario, según manifiestan las sentencias dictadas en el presente caso.

V) TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL.

a) *Capacidad del testador. Enajenación mental no declarada judicialmente. Heredero de confianza.*—Artículos 661, 663, 664, 666, 685, 695.

SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1966.

HECHOS

Fallecido en San Baudilio el 29 de marzo de 1959 F. A. B., bajo testamento notarial abierto—único otorgado—, de fecha 30 de enero de 1940, en el que nombró heredero de confianza al que sea Alcalde-Presidente del Ayuntamiento del pueblo de S. al tiempo de su muerte, circunstancia que concurrió en el demandado, para que distribuya los bienes relictos entre las diez familias pobres más necesitadas de la expresada localidad, uno de los cinco hermanos del testador, R. A. B., pretende que se dicte sentencia declarando la nulidad absoluta y radical ineficacia de dicho testamento por enajenación mental del testador, el cual había sido internado en una clínica psiquiátrica, donde permaneció hasta su muerte, el 1 de marzo de 1941—por tanto, después de haber otorgado el testamento—, si bien no había sido declarado legalmente incapacitado.

El Juzgado de Primera Instancia de Cervera declaró nulo de pleno derecho el testamento; pero apelada por el demandado la sentencia, la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona estima el recurso, y revocando la sentencia del Juzgado, absuelve al demandado.

Interpuesto recurso de casación por el demandante y apelado, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al mismo en base a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Considerando: Que por tratarse de un testamento público autorizado notarialmente habrá igualmente de tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 685 y 695, ambos del Código civil, en el primero de los cuales se dice: «también procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», añadiéndose en el segundo, después de establecer los requisitos formales a que habrá de ajustarse esta clase de testamento, que «el Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento», preceptos que consiguientemente no puede afirmarse que fueron aplicados indebidamente, como se pretende en el motivo sexto del recurso, porque al no existir, como no existía, una declaración legal de incapacidad, la aseveración del Notario de que el testador se encontraba en la integridad de sus facultades mentales es absolutamente necesaria en cuanto que autorizó el testamento de referencia, como reconoció la constante jurisprudencia de esta Sala, la cual ha precisado que la expresión «procurarán asegurarse» del artículo 685, que sustituye a la más imperativa «deberán asegurarse» de la primera edición oficial del Código, revela que no se requiere una aseveración de capacidad con certeza absoluta, ni tampoco la intervención facultativa, sólo necesaria en el caso de demencia, previsto en el artículo 665 (sentencia de 25 de mayo de 1940), sino que simplemente indica un juicio que sirve para integrar una presunción *iuris tantum*, a la cual habrá que estar mientras que de

una manera clara, concluyente y terminante no se demuestre la incapacidad del testador (sentencias de 16 de noviembre de 1918, 8 de mayo de 1922, 25 de octubre de 1928 y 23 de febrero de 1944), lo que pone de relieve la procedencia de la aplicación efectuada por la sentencia recurrida y obliga al perecimiento de dicho motivo».

«Considerando: Que con el fin de atacar esta presunción que la Sala sentenciadora estima no fue suficientemente desvirtuada, se alegan los cuatro primeros motivos del recurso, en el primero de los cuales se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, con apoyatura en cuatro clase de documentos, de los que se pretende resultar con evidencia la denuncia del testador: a) una certificación médica, del momento del internamiento del interesado en un casa de salud varios meses después de otorgado el testamento, en la que se dice que padecía una anomalía psíquica desde cuatro años antes; b) un diagnóstico de parafrenia crónica, redactado por un médico especialista; c) un certificado de defunción, donde figura que la causa de la misma había sido la esquizofrenia; d) finalmente, unos llamados «documentos delirantes», redactados al parecer por el propio testador cinco años antes del otorgamiento del testamento; debiéndose decir, sin embargo, que ninguno de ellos sirve para la finalidad pretendida, no sólo porque carecen del carácter de auténticos exigidos por la Ley a los efectos de la casación civil, sino además porque no se refieren al momento mismo de la redacción del testamento, que es al que se contrae la aseveración notarial de capacidad, de acuerdo con la norma del artículo 666 del Código civil, siendo inoperante el hecho de la causa de la muerte acaecida diecinueve años después, así como la circunstancia del internamiento en un centro psiquiátrico, puesto que el artículo 664 del mismo Código legal proclama la validez del testamento hecho antes de la enajenación mental, y en este caso, según ya se ha dicho, no existió precedentemente una declaración legal de incapacidad; del mismo modo que es irrelevante la situación mencionada de anomalías anteriores que se afirma existieron, en cuanto no debieron ser ni constantes ni graves hasta el instante en que aquel internamiento tiene lugar, pues, caso contrario, éste se habría verificado con anterioridad; todo ello con independencia de la disparidad diagnóstica que algunos de dichos documentos ponen de manifiesto, al afirmarse en uno que el testador padecía una parafrenia crónica—que, por otra parte, no indica sino la presencia de manías más o menos acusadas—, y sostenerse en otro que falleció a consecuencia de la esquizofrenia que padecía, pues se trata de conceptos técnicos perfectamente diferenciados en el mundo de la moderna psiquiatría; razones todas ellas que obligan a la desestimación del indicado motivo».

«Considerando: Que... se denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba, y concretamente la pericial, afirmándose que la sentencia recurrida infringió la norma del artículo 1.243 del Código civil, en relación con el 632 de la Ley Procesal, al no dar valor debido al dictamen emitido por tres médicos que negaron la lucidez del testador, frente a la cual es preciso afirmar que la doctrina de esta Sala es constante y unánime en el sentido de que aunque la prueba pericial fuese la única utilizada en el juicio, no puede obligar al Tribunal a aceptar el dictamen del perito ..., quedando en definitiva sometida la prueba pericial a la discrecional apreciación del juzgador de instancia.... debiéndose añadir que, por otra parte, el dictamen alegado ni se refiere al momento concreto del otorgamiento del testamento—que una vez

más es necesario recordar es al que se contrae el artículo 666 del Código civil—, ni es emitido como consecuencia de un examen personal de presente, sino a la vista de unos diagnósticos e historias clínicas redactadas precedentemente y que fueron presentadas a los facultativos que lo emiten, a causa de todo lo cual este motivo está también obligado a perecer».

«Considerando: Que .. la presunción derivada de la fe notarial en cuanto a la capacidad del testador no fué desvirtuada por una prueba plena y concluyente, sino que, por el contrario, quedó reforzada con el resultado negativo de la practicada, que no ha sido bastante para el fin que se propuso. ».

COMENTARIO

Esta sentencia insiste en una doctrina ya consolidada, cuyos principales puntos son:

1.º *La apreciación de la capacidad del testador es una cuestión de hecho, cuya valoración es de la competencia exclusiva de la Sala sentenciadora (sentencias de 9 de abril de 1948—C. L. núm. 110—, 18 de mayo de 1954—C. L. número 204—, 18 de diciembre de 1958—C. L. núm. 769—, 16 de abril de 1959—C. L. núm. 239—y 24 de abril de 1959—C. L. núm. 268—, la cual hace referencia, a su vez, a las de 8 de mayo de 1909, 24 de noviembre de 1944, 10 de abril de 1944, 9 de abril de 1948 y 16 de abril de 1959).*

2.º *Al no existir una declaración legal de incapacidad, la aseveración del Notario de que el testador se encontraba en la integridad de sus facultades mentales, a juicio del mismo, es absolutamente necesaria y suficiente, integrando una presunción "iuris tantum", a la cual habrá que estar mientras que de una manera clara, concluyente y terminante no se demuestre la incapacidad del testador.*

Sobre este particular, sentencias anteriores manifiestan que la intervención del fedatario imprime a las afirmaciones contenidas en el testamento que autoriza una mayor seguridad, que obliga al juzgador a examinar incluso la falsedad del acto para producir sus declaraciones contrarias al mismo (sentencias de 9 de abril de 1948, 18 de diciembre de 1958 y 16 de abril de 1959) y que la capacidad mental de todo testador se presume, salvo prueba en contrario, por lo que su incapacidad ha de tener cumplida demostración (sentencias de 1 de febrero de 1956—C. L. núm. 64—y 25 de marzo de 1957—C. L. número 257—, que cita las de 30 de abril de 1920, 8 de mayo de 1922, 7 de diciembre de 1927 y 10 de abril de 1944).

3.º *La expresión "procurarán asegurarse" revela que no se requiere una aseveración de capacidad con certeza absoluta.*

Sabido es que las frases "procurarán asegurarse" y "a su juicio", de los artículos 685 y 965 del Código civil fueron introducidas en la segunda edición del Código, en atención a la crítica adversa que suscitó la primitiva redacción (cfr. Modesto FALCÓN, "Código civil español", Apéndice, tomo V, Madrid, 1890, páginas 53-55), de la que pueda servir de muestra las siguientes palabras, pronunciadas por Luis SILVELA en la discusión parlamentaria: "El Notario puede dar fe de aquellas cosas que entran por los sentidos; por ejemplo, de que están presentes el testador y los testigos; pero dar fe de que el testador tiene la capacidad necesaria para otorgar testamento, es decir, de que tiene su mente

serena, de que sabe perfectamente lo que dice y de que no está loco, en ocasiones es sumamente difícil" ("El Código civil". *Discusión parlamentaria en la legislatura de 1888 a 1889. Colección de discursos pronunciados en el Senado y Congreso de Diputados, Madrid, 1889, pág. 345*).

4.º *Se declara además que "aunque la prueba pericial sea la única utilizada en un juicio no puede obligarse al Tribunal a aceptar el dictamen del perito", conforme a un criterio ya reiterado.*

5.º *En cuanto al heredero de confianza, por no ser su naturaleza jurídica y atribuciones objeto del recurso, se limita a declarar la sentencia que es una categoría especial, según el Derecho catalán, que está privada en absoluto del carácter de parte interesada y que se presenta rodeada, más que de derechos, de auténticos deberes en cuanto al modo de distribución de los bienes hereditarios entre los verdaderos herederos.*

Esta figura se encuentra regulada en los artículos 118 a 121, 244, 262 y disposición transitoria 1.ª de la Compilación catalana, a partir de cuya entrada en vigor sólo podrá nombrarse herederos o legatarios de confianza a personas individualmente determinadas y no a personas jurídicas ni a personas físicas por razón de su cargo, pues tales cargos entrañan conocimiento y hasta intimidad de los designados con el testador, que no puede darse en las personas jurídicas ni en los cargos renovables. Como el causante falleció antes de la vigencia de la Compilación, no hay lugar a plantearse siquiera el problema de derecho transitorio.

6.º *Por último, interesa precisar que no es rigurosamente exacto, contra lo que se afirma en la sentencia, que la aseveración notarial de capacidad, de acuerdo con el artículo 666 del Código civil, se contrae al "momento mismo" de la "redacción" del testamento, sino al del otorgamiento, pues tal y como es interpretado el requisito de la unidad de acto es perfectamente posible que la redacción del testamento preceda en bastante tiempo al otorgamiento. Quizá advirtiendo este "lapsus" rectifica luego la sentencia, manifestando que el momento concreto del otorgamiento del testamento es el que se contrae al artículo 666 del Código civil.*

b) *Fe pública notarial: ¿puede prevalecer sobre la afirmación del Notario autorizante del testamento el contenido de un acta notarial en la que los tres testigos del testamento manifestaron no conocer al testador ni recordar haber intervenido en semejante acto, la primera de cuyas negaciones—no conocer al testador—fué desvirtuada al declarar como testigos a la presencia judicial?*

La sentencia de 8 de octubre de 1966 responde negativamente.

«Considerando: Que en el primero de los motivos... se alega error de derecho en la apreciación de la prueba, diciéndose infringido lo dispuesto en el artículo 1.218 del Código civil..., centrándose la pretendida infracción en torno al acta de requerimiento notarial de 2 de diciembre de 1959, en que los tres testigos del testamento que da lugar a las presentes actuaciones, otorgado el 12 de marzo del mismo año, afirmaron no conocer al testador ni recordar haber intervenido en semejante acto, afirmación que después a lo largo del pleito y concretamente al declarar como testigos a la presencia judicial, fué desvirtuada en cuanto a lo primero, momento éste en que se apoya fundamentalmente la sentencia recurrida para llegar a la conclusión impugnada, que no

incurrir en el error de Derecho que se denuncia, porque, como tiene proclamado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala..., las manifestaciones o declaraciones hechas por las partes en documento público, especialmente actas notariales, carecen de fe pública en cuanto a su veracidad intrínseca, pues lo único que aquélla cubre es el hecho en sí de las mismas, pero nunca su certidumbre, que puede ser desvirtuada por cualquiera de los demás medios probatorios dentro del conjunto de la prueba que se practique, al modo como sucedió en el presente caso».

«Considerando: Que el perecimiento del anterior deja sin la base fáctica indispensable el segundo y último de los motivos del recurso..., en cuanto que en el testamento cuya nulidad se pretendió resulta que intervinieron los testigos de conocimiento requeridos legalmente, no pudiéndose, por tanto, sostener que se incumplieron las formalidades exigidas ni que sea preciso aplicar la sanción que para estos supuestos se decreta en el artículo 687, lo que obliga a la desestimación de este motivo y con él la del recurso en su totalidad...».

X) TESTAMENTO OLÓGRAFO.

Nulidad por falta de autografía y firma.

SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1966.

«Considerando: Que el primer motivo del recurso acusa la infracción, por violación de lo dispuesto en el artículo 688 del Código civil, ya que éste, en su párrafo segundo, dice que para que sea válido el testamento ológrafo deberá estar todo él escrito y firmado por el testador, con la expresión del año, mes y día en que se otorgue, circunstancias que, a juicio del recurrente, concurren en el que es objeto de autos; pero es fácil ver que tal afirmación choca radicalmente con la que hace la Sala sentenciadora al proclamar textualmente "que admite" en sustancia los argumentos y presunciones *ad hominem* contenidos en el octavo Considerando de la sentencia recurrida, estima que el documento manuscrito fechado en Plasencia el 23 de diciembre de 1959, y que se protocolizó por el Notario de dicha ciudad, don ..., el día 23 de enero de 1962 con el número 5 de su protocolo corriente, no fué escrito de puño y letra de don G. G. C., no habiendo sido tampoco firmado por dicho señor, y estima igualmente que el repetido don G. no estampó su firma al pie del documento mecanografiado que aparece fechado en 15 de noviembre de 1959, ambos documentos literalmente transcritos en los hechos cuarto y sexto, respectivamente, de la demanda", aceptando así de modo expreso lo que, por su parte y también de modo textual, consignó el Juzgado al declarar que "el examen conjunto de los objetivos y de las presunciones *ad hominem*, antes aludidos, impide al Juzgado el estimar probada la autenticidad de los documentos cuestionados y la falta de prueba de esta autenticidad ha de ser padecida, conforme a las reglas distribuidoras del *onus probandi*, que, como la jurisprudencia dice, son reguladoras de la falta de prueba, por la parte actora reconvenida"; es decir, que el motivo, en su literal enunciado, no puede prosperar porque parte de un supuesto negado en las sentencias de instancia, y que, por referirse a

simples cuestiones de hecho, exigía en casación su impugnación previa, por el cauce o vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil».

«Considerando: Que, pasando del enunciado al desarrollo del motivo, se advierte que en el fáctico necesario para que prospere la infracción por violación del artículo 688 del Código civil, estima el recurrente que se da a su favor, por cuanto, según afirma, "el reconocimiento de que el testamento de 3 de diciembre de 1959, otorgado por don G. G. C., estaba escrito todo él de puño y letra del testador y firmado por el mismo, con expresión del año, mes y día en que se otorgó, consta de forma clara, terminante y definitiva en el auto del Juzgado de Plasencia de 10 de enero de 1962, que resolvió el expediente de protocolización y ordenó la incorporación de dicho documento al protocolo de la Notaría de don . . . de Plasencia, incorporación que se llevó a cabo en 23 de enero de 1962", y en cuyo primer Considerando se dice textualmente que "el testamento ológrafo cumple todas las condiciones exigidas, por estar todo él escrito por el testador, y que el mecanográfico, también acompañado, no podía viciar aquél, por el principio *utile per inutile, non viciatur*, pues en el último término se tendrá por no existente", de cuyas alegaciones y de las demás que se contienen en el motivo se viene a deducir que, al conceder una fuerza vinculante tal al auto ordenando la protocolización del testamento discutido, que invalida *per se* y *a priori* lo afirmado por los juzgadores de instancia al resolver el procedimiento contencioso, iniciado posteriormente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 693 del Código civil, establece de manera indirecta una presunción de cosa juzgada a favor de lo resuelto en aquel auto que por sí contiene la base fáctica necesaria para apoyar la tesis que el motivo definido, prescindiendo de las afirmaciones hechas en contrario por quienes juzgaron el pleito a que el recurso se contrae, lo que obliga a examinar, por su trascendencia, este aspecto de la cuestión, tanto en su fase meramente formal, como en la que atañe a su fondo y contenido».

«Considerando: Que para ello es preciso tener en cuenta: A) En su matiz meramente formal: 1.º) Que esa discordancia entre el enunciado del motivo y su contenido material se compagina difícilmente con la claridad y precisión que se exige en la formación del recurso por el párrafo 1.º del artículo 1.720 de la Ley Procesal, 2.º) Que el tema de la "cosa juzgada" tiene para su acceso a la casación el cauce específico del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, por lo que es incorrecto el planteamiento de la cuestión al amparo del número 1.º de aquél; 3.º) Que teniendo la "cosa juzgada" un matiz predominantemente sustantivo, requiere para su éxito en casación la cita del artículo 1.252 del Código civil, absolutamente omitida en el caso de autos; y 4.º) Que, por imperativo de lo dispuesto en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil, no puede plantearse en casación eficazmente el tema de la "cosa juzgada" si no se ha alegado esta excepción en el juicio, debiendo entenderse la prevención legal en el sentido de haber de deducirse en el período expositivo de aquél, pues en otro caso y a efectos de admisión, y en su caso desestimación, de este recurso extraordinario, entrará en juego lo dispuesto en el número 5.º del artículo 1.629, que excluye las llamadas "cuestiones nuevas", o sea, las no debatidas en el pleito, y en el presente litigio aducida y postulada, por vía reconvenzional, la declaración de nulidad del testamento, base de la demanda, por faltarle el esencial requisito de la autografía, el actor renunció al trámite de réplica y contestación a la reconvencción, y nada ha argüido ni propuesto hasta este trance sobre la excepción que ahora tan tardía e indirectamente se

alega. B) En cuanto al fondo de la cuestión, basta con tener en cuenta que si bien los preceptos de carácter procesal contenidos en la sección IV del capítulo 1.º del título III del Código civil, que hubo de incluir en su articulado al introducir como nuevo el testamento ológrafo, no ofrecen una identidad absoluta con los que en la Ley de Enjuiciamiento regulan los actos de jurisdicción voluntaria, pudiendo señalarse diferencias, alguna tan acusada como la de no ser obstáculo la oposición que se formule para la decisión del expediente y aun para la ejecución de lo acordado en la misma, no puede negarse la finalidad común de fijar, por trámites abreviados, una situación jurídica, sin perjuicio del derecho de los interesados para discutir la misma cuestión en un procedimiento posterior más amplio; este derecho lo fija, para los interesados, en la validez o ineficacia del testamento ológrafo, el párrafo 2.º del artículo 693 del Código civil, cuya infracción ni siquiera se aduce en el presente recurso, y por la generalidad con que el precepto se expresa no estableciendo cortapisa ni limitación ninguna para el ejercicio del derecho que reconoce y atendido el carácter restringido y especial que ofrece la prueba que se autoriza a practicar en el expediente de protocolización que la cita para la práctica de las diligencias se ciñe a las personas que señala el artículo 692, por lo que pueden estar en involuntaria ausencia del expediente los verdaderamente interesados en la sucesión, y, sobre todo, habida cuenta de la importancia que tiene la fijación de la norma rectora de aquélla, que pueda afectar a intereses cuantiosos, sin existir razón alguna para que se disminuyan sus garantías en el terreno procesal, se ha de concluir, sentando la doctrina ya anticipada por esta Sala al proclamar que la resolución que recaiga no puede ser objeto del recurso de casación, por no tener carácter de definitiva, que el auto accediendo o denegando la protocolización no puede producir o fundamentar la excepción de "cosa juzgada" ni aun en el sentido limitado a la autografía del testamento que el recurrente propugna, todo lo que impone, unido a lo dicho en el Considerando primero, la plena desestimación del motivo que se examina».

«Considerando: Que en el segundo de los que integran el recurso y también al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se denuncia la infracción, por violación, de la doctrina legal aplicable al testamento ológrafo y que se hace derivar de las sentencias que se citan, ninguna de las cuales debilita, sino que, por el contrario, robustece cuanto queda con anterioridad dicho; en esencia, la tesis del recurrente se centra en la alegación de que tanto la afirmación notarial de quedar cumplidos los preceptos legales que regulan el testamento abierto, como la que haga el Juez de Primera Instancia en el mismo sentido, al dictar el auto con que resultaba el expediente de protocolización del testamento ológrafo, son sendas presunciones que sólo cabe destruir por adecuada prueba en contrario; hasta aquí la tesis resulta correcta, pero lo que a continuación agrega el recurrente es que en el caso de autos la prueba no fué suficiente para llegar a la afirmación contraria a lo establecido en el auto ordenando la protocolización, e intenta demostrarlo mediante un estudio subjetivo de los dictámenes periciales vertidos o aportados a los autos; de nuevo la rotulación del motivo no corresponde a su contenido real, pues evidentemente lo que se aduce es un error de Derecho, cometido en la valoración de la prueba, cuyo cauce adecuado sería el del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley ritualaria, pero que sin duda no lo utilizó el recurrente ante la reiterada doctrina sentada por esta Sala de que las normas reguladoras de la valoración de la prueba de peritos no pueden servir de

fundamento a un recurso de casación, dada la libertad que para su apreciación se concede a los Tribunales de instancia, y como, en suma, contra tal libertad de apreciación se va en el motivo que ahora se examina, tampoco el mismo puede prosperar».

Y) TESTAMENTO EN PELIGRO INMINENTE DE MUERTE.

Sus requisitos. Domiciliación de los testigos.—Artículos 681, número 2.º, 687, 700 del Código civil.

SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1966.

HECHOS

El testador, señor Cura párroco de ., falleció el 17 de noviembre de 1960, a los ochenta y nueve años de edad, bajo testamento—cuya validez se discute—otorgado el día antes de su muerte ante cinco testigos, de los cuales dos estaban domiciliados en diferente término municipal, conforme al artículo 700 del Código civil, el cual fué ordenado protocolizar por el Juzgado, y en cuya virtud resultaban considerablemente perjudicadas las dos sobrinas del testador, únicas herederas del mismo, conforme al testamento notarial abierto, otorgado el 7 de marzo de 1934, las cuales veían, por tanto, sumamente mermadas sus participaciones en la herencia de su tío.

Las sobrinas del causante suplican al Juzgado de Primera Instancia que se declare nulo y sin valor alguno el pretendido testamento ante testigos, como así lo declaró el Juzgado.

Apelada esta sentencia por el principal favorecido, según el supuesto testamento testifical, la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de ... estimó la apelación y revocó la sentencia del Juzgado.

Interpuesto recurso de casación por las demandantes y apeladas, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso, casando y anulando la sentencia de la Audiencia y confirmando la del Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Considerando: Que al girar toda la discusión que ha dado lugar al presente recurso en torno a la validez de un determinado acto testamentario, es imprescindible partir del carácter que el testamento tiene en nuestro Derecho, en el sentido de que por su esencia es eminentemente formal y solemne, que precisa la existencia de una forma escrita—que aquí es requisito *as substantiam*—y de otros requisitos requeridos por cada especie de los que el testador no puede prescindir ni sustituir y cuyo incumplimiento acarrea inexorablemente la sanción del artículo 687 del Código civil...».

«Considerando: Que la antedicha regla formalista de carácter general tiene aplicación lógica en el caso—como el aquí contemplado—del testamento hecho en peligro de muerte, regulado en el artículo 700 del Código civil, puesto que

está incluido dentro del mismo capítulo, que es el 1.º del título III del libro 3.º del propio Código, que supone una excepción a la forma pública ordinaria en la que no es necesaria la presencia del Notario, bastando la concurrencia de los cinco testigos allí prescritos, quienes habrán de reunir las condiciones indispensables de idoneidad que la Ley establece y sin que, por tanto, medie ninguna de las causas de incapacidad señaladas en el artículo 681, donde se enumeran las personas que no pueden ser testigos en los testamentos, las cuales tendrán que ser interpretadas aquí con criterio restrictivo—como ya dijeron las sentencias de 5 de mayo de 1897, 4 de octubre de 1957 y 24 de octubre de 1958—, dada la índole excepcional del supuesto a que se refieren, pues una cosa es que se den facilidades para la confección de esta clase de testamentos y otra completamente distinta que al socaire de aquella facilidad se pretenda eludir el cumplimiento de los demás requisitos esenciales exigidos para esta clase de actos en la sección del Código civil dedicada al testamento abierto, siempre que, como dijo la sentencia de esta Sala de 4 de octubre de 1957, sean racionalmente compatibles con las peculiaridades que distinguen a esta forma especial de testar, con el fin de que no se ponga en peligro su autenticidad con una posible confabulación posterior».

«Considerando: Que entre los referidos requisitos de capacidad que deben reunir los testigos testamentarios interesa destacar—dado el problema planteado en este recurso—el comprendido en el número 2.º del citado artículo 681 del Código civil, es decir, la domiciliación, establecida en la forma de considerar inhábiles a "los no domiciliados en el lugar del otorgamiento", salvo en los casos en que expresamente exceptúe la Ley o cuando intervenga Notario, siempre que los testigos aseguren conocer al testador y dicho Notario conozca tanto a éste como a aquéllos, excepción ésta que fué introducida con la reforma de 24 de abril de 1958 siguiendo las huellas de la Ley del Notariado de 1 de abril de 1939, cuyo artículo 2.º, en su párrafo 2.º, así lo había establecido para el mencionado supuesto específico del testamento autorizado por fedatario público, único que permite contemplar la propia redacción del precepto, así como el sentido lógico y sistemático que la doctrina científica reconoció unánimemente y que la misma sentencia recurrida no duda tampoco en admitir sin discusión».

«Considerando: Que al no estar incluido el testamento hecho en peligro de muerte en ninguno de los casos en que la exigencia del domicilio hace excepción, es necesario precisar su concepto a los efectos de valorar si en el presente caso fué cumplida o no con respecto al testamento que aquí se discute, debiéndose a este fin tener en cuenta lo siguiente: a) Que el único domicilio que la Ley toma en consideración es el civil, es decir, el definido en el artículo 40 del Código como "el lugar de la residencia habitual", sin perjuicio de los requisitos específicos que puedan establecer las Leyes administrativas al referirlo a determinado Municipio, al modo como ya dijo esta Sala en las sentencias de 20 de noviembre de 1906 y 17 de abril de 1907; b) Que, como consecuencia, lo decisivo es el hecho de dicha residencia habitual, con absoluta independencia del empadronamiento o demás exigencias de orden administrativo a los efectos de su concreción en un término municipal, siempre que no se trate de una residencia accidental o pasajera, como también se dijo por esta misma Sala en las sentencias de 30 de abril y 1 de junio de 1909 y en la de 31 de diciembre de 1893; c) Que igualmente es independiente de los conceptos canónicos de parroquia y de feligres, pues como declaró la jurisprudencia

ciá anterior al Código civil—especialmente en las sentencias de 17 de febrero de 1882 y 19 de mayo de 1887—el único criterio aceptable para fijar el concepto de vecino en caso de conflicto entre demarcaciones eclesiásticas y civiles es el hecho de pertenecer al mismo Municipio o término municipal, siendo, por tanto, indiferente que sean todos feligreses de una misma parroquia o habiten en diversos grupos de población; d) Que el domicilio exigido, entendido como residencia habitual, ha de ser el del lugar del otorgamiento del testamento».

«Considerando: Que el testamento discutido que da lugar al presente recurso aparece otorgado el día 18 de noviembre de 1960 en la parroquia de San Martín de Meirás, término municipal de Sada, figurando en el mismo dos de los cinco testigos—concretamente, don A. D. G. y don A. M. D.—como vecinos de San Martín de Dorneda, del término municipal de Oleiro, distinto, consiguientemente, de aquel en que el testamento fué otorgado, como el Tribunal *a quo* reconoce abiertamente, sin que la disparidad aludida pueda quedar justificada por la circunstancia de que la parroquia de la segunda de las citadas poblaciones la tuviese anexionada el testador, siendo absolutamente inoperante a efectos civiles el hecho de que los indicados testigos fuesen o no feligreses del testador y en esta condición le conociesen—al modo como para toda clase de testigos y testamentos exige el párrafo 2.º del artículo 685 del Código civil—, pues como ya se ha dicho anteriormente, este simple conocimiento—única posible consecuencia civil de la feligresía de orden canónico—no puede ser bastante en los testamentos como el que aquí se examina, en que no interviene un Notario autorizante, ni tampoco puede sostenerse que la anexión eclesiástica de la parroquia pueda suponer una idea de término territorial superior y comprensivo de las demarcaciones administrativas, y al entenderlo de otro modo la sentencia recurrida es evidente que cometió la infracción, por violación del artículo 681, en conexión con el 700 del Código civil, que se denuncia en el motivo primero..., que, en consecuencia, debe ser estimado y con él la totalidad del recurso interpuesto..., casando y anulando la sentencia que se recurre».

Y en la segunda sentencia se confirma íntegramente la del Juzgado.

COMENTARIO

Merece aplauso esta sentencia, que continúa la trayectoria de otras anteriores a la reforma de 1958 (v. gr., sentencias de 17 de noviembre de 1898, 20 de noviembre de 1893 y 31 de diciembre de 1900), en cuya virtud y con criterio netamente jurídico se corta la posibilidad de abusos y el consiguiente desprestigio del acto testamentario. Así, la sentencia de 19 de octubre de 1953 expresa que "las condiciones exigidas a los testigos en los testamentos en peligro inminente de muerte han sido objeto de un amplio criterio, admitiendo que puedan serlo los vecinos y domiciliados en la localidad donde se otorga, por constituir su residencia habitual; pero no se autoriza para ello a los transeúntes, como ocurre con las personas que circunstancialmente prestan servicios de vendimia en determinado lugar, sin ser residentes en él".

Los artículos 572 y 590 del Proyecto de 1851 venían a establecer el principio contrario, esto es, la no domiciliación de los testigos, salvo en el caso de que la Ley lo exigiese expresamente, observando GARCÍA GOYENA que "la Ley recopi-

lada 1, título 18, libro 10, exigía la calidad de vecinos; pero como en muchos casos podía ser dudosa y dar ocasión a pleitos, se ha sustituido la vecindad por el domicilio, que en casi todos los casos bastará para que los testigos conozcan al testador, y ellos mismos sean conocidos". La "ratio" de la exigencia parece ser, por tanto, la de que los testigos conozcan realmente al testador, lo que se presume más fácilmente si tienen el mismo domicilio. Pero nótese que tal exigencia es prácticamente inoperante en poblaciones de alguna importancia. Quizá por esta razón, la jurisprudencia ha acentuado el carácter formalista y "abstracto", pudiéramos decir, de la domiciliación, destigándolo de su objetivo o finalidad. Por lo mismo, parece que no sería aplicable en este punto la solución dada por las Instituciones, el Código y las Partidas (2, 10, 7; 6, 23, 1, y 6, 1, 9, respectivamente), favorable a la validez del testamento en el caso de que se padeciese error en la domiciliación del testigo, originado por la creencia común o la opinión pública de tener el testigo un domicilio distinto al real y efectivo.

F. C. L.

2) JURISPRUDENCIA MERCANTIL.

POR RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS.

II. SOCIEDADES

Sociedad irregular. Régimen (Gallego y Crespo c. Carnicero).

SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1966.

De acuerdo con las sentencias de 22 de diciembre de 1926 y 24 de marzo de 1952, los contratos de Sociedad privada (es decir, aquellos que no se constituyen mediante escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil) se rigen, aplicando el párrafo 2.º del artículo 1.669 del Código civil, por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes; por lo que no cabe poner en duda, cual enseña la Jurisprudencia interpretando dicho precepto legal, que en esta clase de Sociedades los socios conservan la propiedad de sus aportaciones, lo que ha de tenerse presente en trance de liquidación, doctrina que también debe aplicarse a las cantidades anticipadas por los socios a favor de la Sociedad y a su correspondiente reintegro.

VI. QUIEBRAS Y SUSPENSIONES DE PAGOS

¿Es admisible la casación contra la sentencia de la Audiencia Territorial que declara el estado de quiebra? (Guillamón c. «Manufacturas Textiles, T.-B., S. A.»).

SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1966.

Declarado el estado formal de quiebra por auto del Juzgado de Primera Instancia, el actor dedujo ante el propio Juzgado oposición a tal pronunciamiento judicial, mediante demanda incidental. El Juzgado dictó sentencia desestimando dicho demanda incidental; apelada, fué confirmada por sentencia de la Audiencia Territorial. Contra esta resolución judicial se interpuso recurso de casación, que no prosperó. El Tribunal Supremo se fundó en los siguientes argumentos:

— Que nuestro Ordenamiento procesal, siguiendo la corriente general de otros países, sólo reputa susceptibles de recurso de casación por infracción de Ley aquellas resoluciones que gozan de la máxima importancia material y funcional, determinando que, en términos generales, sólo cabrá tal recurso contra las sentencias definitivas que pronuncian las Audiencias—artículo 1.689, núme-

ro 1.º, y que también cabrá contra aquellas otras que, no obstante ser resoluciones interlocutorias y no definitivas, sin embargo, al recaer sobre un incidente o artículo, se equiparan a ellos, pues ponen término al pleito, haciendo imposible su continuación—artículo 1.690, número 1.º—, es decir, aquellas que, recayendo sobre una cuestión previa que impide entrar en el fondo del pleito, bloquean la continuación de las actuaciones judiciales y dejan terminado definitivamente el asunto principal.

— Que la sentencia de la Audiencia, confirmatoria de la del Juzgado, no tiene el concepto de definitiva, porque no pone término al pleito haciendo imposible su continuación, sino que, por el contrario, deja subsistente la declaración judicial que había iniciado el juicio universal de quiebra (conforme a los autos del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1924, que reiteraba doctrina anterior; 8 de octubre de 1949, 29 de septiembre de 1886, 7 de octubre de 1890, 3 de octubre de 1922 y sentencia de 7 de octubre de 1949).

— Que si bien la tramitación del recurso de casación tiene una fase previa en la cual debe decidirse si el recurso es o no admisible, con independencia de su fundamentación de fondo, ello no quiere significar, sin embargo, que en la posterior fase de decisión no puedan valorarse ya los motivos de admisibilidad y que quede el Tribunal vinculado a su admisión, pues si un recurso ha sido indebidamente admitido, puede en la ulterior fase de decisión rechazarlo por razones previas de fondo, que en definitiva constituyen una desestimación última del recurso (así sentencias de 3 de diciembre de 1927, 31 de mayo de 1928, 3 de junio de 1929, 24 de enero de 1930, 7 de noviembre de 1931, 15 de abril de 1932, 15 de febrero de 1936, 12 de junio de 1940, 21 de septiembre de 1945, etcétera).

R. G. S. de F.

3) JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

REGIMEN JURIDICO E IMPUGNACION DE LAS LICENCIAS
URBANISTICAS

SENTENCIA DE LA SALA 4ª DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE ABRIL DE 1967.

I —PLANTEAMIENTO.

1 Los hechos.

Los hechos que dieron lugar al recurso contencioso-administrativo resuelto por la sentencia que se comenta, son los siguientes:

a) El 26 de diciembre de 1962, la Comisión permanente del Ayuntamiento de Madrid otorgó licencia para construir en terrenos situados en la ciudad satélite de La Florida, precisamente en parcelas colindantes a la que es propiedad de don J. M., licencia que se publicó en el *Boletín del Ayuntamiento* de 31 de diciembre de 1962.

b) El 9 de octubre de 1963, don J. M. denuncia, ante el Ayuntamiento de Madrid, la infracción de la Ordenanza municipal número 23, en que se incurria en la construcción de obras que se venían realizando en terrenos colindantes a su propiedad.

c) El 10 de diciembre de 1963, ante la denuncia formulada, se acuerda la suspensión de las obras, suspensión que se deja sin efecto por acuerdo de 20 de diciembre siguiente, por entender que habían sido concedidas las licencias reglamentarias, atendiendo a las características de la parcelación de la manzana y a las dificultades que se presentaban para obtener un mejor aprovechamiento, y que los acuerdos de concesión había creado a favor de los beneficiarios un derecho subjetivo que no podía ser revocado más que en vía de recurso, que no se había presentado en plazo legal, por haberse publicado los acuerdos en el *Boletín del Ayuntamiento* de 31 de diciembre de 1962.

d) Don J. M. interpuso recurso de reposición contra el anterior acuerdo, en el que solicitaba.

a') La revocación de las licencias otorgadas, reduciéndose la concesión a una sola, previa la reparcelación que procediese legalmente y con la superficie edificable que en función del terreno correspondiera legalmente a la casa que hubiese de mantenerse; y

b') En su defecto, la anulación parcial de ambas licencias, reduciendo el

contenido de cada una de ellas a la superficie edificable que correspondía como máxima, según la Ordenanza municipal número 24, con demolición de lo construido indebidamente en exceso.

e) Desestimando el recurso de reposición por la Comisión municipal permanente de 30 de diciembre de 1964, don J. M. interpuso recurso contencioso-administrativo, que es estimado por sentencia de la Sala 2.ª de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, de 22 de octubre de 1966. cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

«Que rechazando las excepciones de inadmisibilidad alegadas, debemos estimar, en parte, el recurso contencioso-administrativo tramitado con el número 74 de 1965, promovido por el Procurador señor M. A. en nombre y representación de don J. M. V., contra el Ayuntamiento de Madrid, sobre anulación de los acuerdos de dicha Corporación de fechas 26 de diciembre de 1962 y 20 de enero y 30 de diciembre de 1964, acuerdos que se declaran nulos por no ser ajustados a Derecho, y, en consecuencia, se condena a la Corporación demandada a que anule, como otorgadas por error, las licencias concedidas por acuerdos de 26 de diciembre de 1962, a favor de don E. P. M. y don E. B. S., para construir dos hoteles en la ciudad satélite La Florida, sitios en Nuestra Señora de Begoña, con vuelta a Lasarte, y Lasarte con vuelta a Motrico, indemnizando a los titulares en la cuantía que se fijará en ejecución de sentencia. Firme esta sentencia y antes de proceder a su ejecución, oficiase a la Comisión Provincial de Urbanismo a los efectos previstos en el artículo 228 de la Ley del Suelo, absolviendo a la Administración Municipal de las demás peticiones instadas. Todo ello sin costas».

2. La sentencia de la Sala 4.ª de 22 de abril de 1967.

El Tribunal Supremo, ante el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia de la Audiencia, dicta sentencia el 22 de abril de 1967, que confirma la apelada.

Fué ponente de esta sentencia el excelentísimo señor don Enrique Amat Casado, cuyos considerandos y fallo se transcriben a continuación:

«Considerando: Que como correctamente estima la Sala sentenciadora en sus considerandos 4.º, 5.º y 6.º, las licencias municipales de 26 de diciembre de 1962, a favor de don E. P. y don D. E. B., para construir dos hoteles en la ciudad satélite de La Florida, sitios en Nuestra Señora de Begoña, con vuelta a Lasarte, y Lasarte con vuelta a Motrico, implican, por su propia virtualidad, una modificación, a título singular, de las Ordenanzas municipales de la Edificación de Madrid, de 29 de noviembre de 1950, y de las del mes de febrero de 1947 para el Sector de La Florida, en cuanto que por un conocimiento incompleto o equivocado de las realidades de diversa índole que las determinan, entre otros aspectos de la cuestión, del uso de las zonas verdes o de los espacios libres, se encuentra claramente en pugna con lo preestablecido en las Ordenanzas de la Edificación para zonas que, cual la de autos, se hallan catalogadas en la señalada con el número 24 de las Municipales de Madrid, como edificación dispersa de lujo, tal como implícitamente reconoce la propia Administración Municipal al consignar, en su acuerdo de 20 de enero de 1964,

que la parcela es «inferior a la prescrita en el proyecto de reparcelación, re-basándose, además, el límite de la superficie edificable».

Considerando: Que como también establece con acierto en su considerando 3.º la sentencia recurrida, estas singulares modificaciones urbanísticas de Planes que gozan de rango general, emergen manifiestamente opuestas al derecho del propietario colindante señor M. V., que, al amparo del artículo 209 de la Ley sobre el régimen del Suelo de 12 de mayo de 1956, cimiento de conocidas limitaciones dominales inscribibles en el Registro, se halla paralelamente investida, como titular de signo contrario de un auténtico derecho real, consiguientemente individualizado, a efectos administrativos.

Considerando: Que como igualmente expresa la sentencia recurrida en su considerando 2.º—el primero es de puro planteamiento—, es indudable que el demandante señor M. V., parte recurrida en esta apelación, por cuanto ostentaba derechos directamente afectados por las licencias municipales impugnadas, tenía en la fecha de la tramitación de las mismas, como sigue teniendo todavía, el más caracterizado carácter procesal de interesado, con todas las legales consecuencias que esta investidura jurídica lleva consigo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 23, apartado b), de la Ley reguladora del procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, por lo que, en cumplimiento a lo prescrito en el artículo 26, se le debió comunicar, no ya la terminación, sino la propia transmisión del expediente incoado por el Ayuntamiento, preceptos éstos que, con el artículo 296 del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1953 y con el 31 del propio Reglamento, por su concreta aplicación al supuesto de que existan «interesados», son de insoslayable engarce procesal con los artículos 9, 10 y 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1955, que el apelante invoca como exclusivamente aplicables en el procedimiento administrativo, originador de las licencias impugnadas.

Considerando: Que esta total y absoluta omisión del procedimiento administrativo que afectaba al interesado señor M. V. no constituye un defecto cualquiera, ni una simple omisión parcial de lo normado, sino que da lugar a una clarísima situación de indefensión del señor M. V., sustancialmente contradictoria de disposiciones procesales administrativas de carácter general, que lleva indudablemente aparejada la invalidez del acto administrativo con nulidad de pleno derecho, a la luz del artículo 47, apartado c), de la Ley reguladora del procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, precepto aún más decisivo y terminante que el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1957, aplicado en su considerando 5.º por la Sala sentenciadora.

Considerando: Que si con arreglo al artículo 109 de la Ley reguladora del procedimiento administrativo, antes calendada, y a la doctrina de las sentencias de este Supremo Tribunal de 14 de mayo y 15 de noviembre de 1965, la invalidez de los actos nulos de pleno derecho podrá pedirse por el interesado en *cualquier momento*, claro es que, consiguientemente, deben ser rechazados los dos primeros motivos básicos de este recurso de apelación: a) inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo respecto de aquellos actos que fuesen reproducción de otros definitivos y firmes o confirmatorios de acuerdos consentidos, y b) inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, por recurso de reposición fuera de plazo: el primero por no haber devenido firmes,

ni estar consentidos por el señor M. V. los acuerdos municipales de 26 de diciembre de 1962, y el segundo, porque siendo imperativa en el procedimiento administrativo que hubo de determinarlos la notificación personal de aquéllos por lo establecido en los artículos 313, 314 y 315 del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales, anteriormente citado, no es pertinente admitir el juego del artículo 58, número 3, apartado b), de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, invocada por la parte recurrente, que sólo se da en el caso de que no sea preceptivo el recurso de reposición y que no proceda la notificación personal.

Considerando: Que es igualmente cierto el criterio de la Sala 2.^a de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid: a) al ordenar en su considerando 8.º la notificación de la sentencia de la Comisión Provincial de Urbanismo, a los efectos preceptuados en el artículo 228 de la Ley sobre régimen del suelo de 12 de mayo de 1956; b) y al precisar en su considerando 6.º el verdadero alcance de la invalidez que estima: lo primero porque no afectando al fallo propiamente dicho, sino a su comunicación una vez ya pronunciado y firme, en modo alguno rompe ese equilibrio entre el *petum* de pleito y la parte dispositiva de la sentencia, en que en realidad reside el centro de gravedad del principio de la congruencia en las resoluciones judiciales, y lo segundo, porque como sienta reiteradísima doctrina, la incongruencia no existe cuando se concede menos de lo pedido, aunque no esto siguiera lo que hace en su sentencia el Tribunal *a quo*, sino que por la circunstancia de las cuestiones comprendidas en el suplico del escrito de reposición de 23 de marzo de 1964, prudencialmente las subsane en el artículo 172 de la Ley sobre régimen del suelo de 12 de mayo de 1956, como automática consecuencia suya; de acuerdo con la sentencia de la Sala de 23 de abril de 1964, según la cual: "No es preciso el examen de todas y cada una de las alegaciones convergentes en una sola pretensión, cuando la estimación de la más importante y trascendental para el objeto común hace superfluo cualquier pronunciamiento sobre las otras, carentes de consecuencias directas e inmediata por sí, y ello, no por economía en labor jurisdiccional, sino en observancia de una prudencia concisión, al sentar materia que, como la administrativa, tan fácilmente se presta a la invocación extensiva de reales o supuestos precedentes, propios para una multiplicidad de exégesis que tanto daño hace al principio de la seguridad jurídica".

Considerando: Que, por el contrario, no es dable compartir el criterio de la Sala de instancia al insertar en el fallo un pronunciamiento de indemnización, porque lo fundamental en la problemática de las cosas que se conceden en la *litis* es que no se condena al demandado a algo no pedido en el pleito por el actor, siendo evidente que el demandante nada pide en cuanto a ello en estos autos, y que, por consiguiente debe en justicia prosperar la apelación en este punto, en cuanto resulta generador de derechos en favor de tercero que nadie ha solicitado en este procedimiento, y que, por ende, no han podido ser discutidos ni valorados en él, sin que obste la razón que aduce la Sala de la Audiencia, de que la indemnización se halla comportada por la propia invalidez del acto administrativo, conforme el artículo 172, número 2.º, de la Ley para el régimen del suelo de 12 de mayo de 1956, y al 16, número 3.º, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955.

Considerando: Que no concurren motivos para la imposición de costas,

tanto en ésa como en la primera instancia, dentro de lo prevenido en el artículo 131 de la Ley jurisdiccional,

Fallamos: Que no dando lugar a la apelación instada por la representación jurídica del Ayuntamiento de esta capital, contra la sentencia dictada por la Sala 2.^a de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, de 22 de octubre de 1966, sobre anulación de los acuerdos de dicha Corporación, de 26 de diciembre de 1962 y 20 de enero y 30 de diciembre de 1964, por cuya resolución se declaran nulos dichos acuerdos y se condena a la Corporación demandada a que anule, como otorgadas por error, las licencias concedidas por los acuerdos de 26 de diciembre de 1962, a favor de don E. P. M. y don E. B. S., para construir dos hoteles en la ciudad satélite La Florida, sitios en Nuestra Señora de Begoña, con vuelta a Lasarte, y Lasarte con vuelta a Motrico, excepto en lo relativo al pronunciamiento que se hace en ella sobre la indemnización, único punto en que se estima este recurso, debemos confirmar y confirmarnos en lo demás dicha sentencia con todos los extremos que contiene, sin perjuicio de los derechos que pueda corresponder a cualquiera que se crea perjudicado por la invalidación de los actos administrativos, sin hacer expresa imposición de costas.»

3. *Problemas.*

La sentencia que comentamos plantea interesantes problemas sobre el régimen jurídico de las licencias, tanto en el aspecto del procedimiento como en el de fondo. En especial, los siguientes:

a) Sujeción de la licencia a las Ordenanzas.

b) Procedimiento para la concesión de licencia. Concretamente, intervención de los interesados y notificación a los mismos de la resolución, con la consiguiente repercusión en orden a su impugnación.

Al estudio de cada uno de estos problemas se dedican los apartados siguientes:

II.—NATURALEZA REGLADA DE LAS LICENCIAS.

1. La licencia presupone el ejercicio de una actividad típicamente reglada: se otorgará o denegará en función del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones o requisitos que establecen las normas aplicables; dependerá de que se esté dentro de los límites y cumplan los deberes que establecen la Ley del Suelo y los planes de Ordenación (art. 61 del Reglamento de Servicios).

Cuando el artículo 165 de la Ley del Suelo sujeta a previa licencia, las actividades que en él se enumeran es para impedir que se vulneren los planes que son obligatorios (art. 45 de la Ley del Suelo). Y precisamente por ello, por ser obligatorios los Planes también para la Administración, ésta no puede denegar una licencia cuando la edificación para la cual se pida sea conforme al Plan de ordenación previsto. La Administración, entonces, no puede, discrecionalmente, concederla o denegarla, sino que debe concederla, sin

discrecionalidad alguna. Y en este sentido existe numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias, de las que, por no hacer de ellas un acopio desmesurado, citaremos sólo las de 29 de diciembre de 1956, 13 de junio, 31 de octubre y 6 de noviembre de 1953, 5 de octubre de 1960 y 9 de abril de 1962. Y la propia jurisprudencia ha subrayado el fundamento de tal vinculación, diciendo que de otro modo «quedaría reducido a mera entelequia el derecho, que, como accesorio del dominio, concede a todos los titulares el artículo 388 del Código civil» (sentencia de 23 de enero de 1957), «llevando al absurdo de que un Ayuntamiento pudiera impedir arbitrariamente las actividades constructoras de los particulares, cercenando sustancialmente derechos dominicales» (sentencia de 29 de diciembre de 1956).

Entre la jurisprudencia mas reciente, una sentencia de 14 de abril de 1966 establece: «Cuando se demuestra (sentencia de 24 de enero de 1961) que no existe el fundamento en que basó el Ayuntamiento su negativa del permiso, tiene el interesado derecho a que el mismo se le conceda, ya que si la facultad de otorgar licencia se entendiera como discrecional, ello llevaria al absurdo de que un Ayuntamiento pudiera impedir arbitrariamente las actividades de los particulares, cercenando sustancialmente sus derechos (sentencias de 29 de diciembre de 1956 y 10 de noviembre de 1960, entre otras)». Otra, de 13 de octubre de 1966, afirma: «Como el criterio reglado de investigación pública en la libre iniciativa de los administrados, y más cuando ésta se concreta en el ejercicio de una potestad dominical, supone limitaciones eventualmente obstativas de otorgamiento de licencia de edificación; éstas deben sujetarse, rigurosa y no extensivamente, a la completa carencia de los supuestos exigibles para la edificación, bastando, en otro caso, condicionar el otorgamiento de tales licencias a que la construcción suponga el paralelo y efectivo compromiso de dotar al inmueble de los servicios mínimos en cuestión».

Y la de 16 de octubre del mismo año, resume así esta reiterada doctrina: «Que constituye un principio básico e indiscutible el de que las Corporaciones Locales, al intervenir, condicionar y eventualmente prohibir las actividades privadas en una materia urbanística tan caracterizada, como la de edificación de viviendas, están sujetas a preceptos generales, terminantemente encauzadores de sus facultades, ya sean de alcance nacional, ya estrictamente locales, dentro de cuyos límites pueden apreciar las circunstancias que concurren en las solicitudes y proyectos de edificación, tanto contemplando si su confrontación con las normas preestablecidas permite su aprobación, como concesión graciosa, como igualmente teniendo presentes otras circunstancias más generales de interés público urbano; pero nunca invirtiendo el orden de las motivaciones de sus actos, esto es, sin llegar a contrariar los específicos preceptos en vigor regulatorios de la materia por móviles que, aun bien intencionados—como el «aspecto higiénico-sanitario» que invocó para su denegación el Ayuntamiento—, no hayan recibido su consagración positiva: pues con todos los defectos—inherentes a cualquier humana formulación de regla estricta de Derecho—impide la anarquía de conductas, y si los móviles metajurídicos merecen su consagración, o si, dicho desde otra perspectiva, los Reglamentos y Ordenanzas resultan insuficientes o inadecuados para proteger y promover los intereses generales de los que son gestores las Corporaciones, está al alcance de éstas iniciar o acordar la modificación de las normas, pero nunca anticiparla en sus efectos al decidir un caso concreto, con la consecuencia indiscutible de transformar una discrecional y aun arbitraria, una potestad de acción

regulada, vulnerando derechos subjetivos de obligado respeto, criterio recogido *inter alia* en los apartados 122, f), de la Ley de régimen local, y 70, 78 y 79, del Reglamento de Administración Municipal de Navarra, con el refuerzo del principio, enunciado en el artículo 5.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales».

Ante la petición de cualesquiera de las licencias a que se refiere el artículo 165 de la Ley del Suelo, el órgano competente deberá verificar si el proyecto de actuación está de acuerdo con los planes vigentes, y no proyectos futuros de aprobación más o menos inmediata. Aun cuando se esté tramitando la modificación de un plan, el órgano competente no podrá invocar la nueva ordenación para denegar licencias, a no ser que se den las circunstancias formales que prevé el artículo 22 de la Ley del Suelo.

En este sentido, también se ha pronunciado la jurisprudencia. Así, entre otras, una sentencia de 27 de noviembre de 1961 ya sentó la siguiente doctrina general: «Que las relaciones entre el plan de aprobación parcial y la licencia de edificación están previstas y reguladas en el artículo 22 de la Ley de régimen del suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956, y con arreglo al mismo, los órganos competentes para la formación del plan pueden acordar la suspensión del otorgamiento de licencias de edificación en las fincas comprendidas en el perímetro del mismo, publicándolo en el *Boletín Oficial de la Provincia*, y por término de un año, prorrogable a dos, con indemnización a los peticionarios de licencias anteriores a la publicación de esa suspensión; mas como el Ayuntamiento no usó esa facultad, no había razón para que no pudiera otorgar la licencia, siempre y cuando, con arreglo a los preceptos de la Ley y de la Ordenanza vigente, procediera ese otorgamiento».

Luego, no existiendo el acuerdo de suspensión dictado a tenor del artículo 22 de la Ley del Suelo, los Ayuntamientos respectivos—a los que corresponderá el otorgamiento de licencias, según el artículo 166 de la propia Ley—habrán de atenerse a los planes vigentes en aquel momento, y sólo a tenor de sus normas, sería correcta la resolución denegatoria.

2 Con arreglo a estos elementales principios, la licencia a que se refiere la sentencia comentada no debió otorgarse, por impedirlo las Ordenanzas vigentes. De aquí la doctrina correcta del primer considerando. La sanción de la infracción de la Ordenanza es, en principio, la anulabilidad.

III—PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LICENCIAS.

1. Ahora bien, para que el acto de concesión o denegación de una licencia sea válido, no basta que se ajuste a las Ordenanzas vigentes en el momento de la petición. Es necesario, además, que se dicte previos los trámites de inexcusable cumplimiento.

Por remisión expresa del artículo 165, párrafo 2, de la Ley del Suelo, el Ayuntamiento decidirá sobre las peticiones de licencia con arreglo al procedimiento regulado en el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, del que serán supletorias las normas sobre procedimiento de la Ley de régimen local y del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales, y en defecto de éstas, las de la

Ley de procedimiento administrativo (art. 1.º, párrafo 4, de ésta). Si la Corporación respectiva hubiese dictado el Reglamento que se prevé en el artículo 258 del Reglamento de organización, habrán de tenerse en cuenta sus normas. Como recuerda la sentencia de 24 de marzo de 1961, el artículo 165, párrafo 2, de la Ley del Suelo, señala que el procedimiento y condiciones de otorgamiento de licencias se ajustarán, en todo caso, a lo establecido en el Reglamento de Servicios.

Como los actos administrativos han de adaptarse mediante el procedimiento que, en cada caso, estuviere establecido (art. 40, párrafo 1, de la Ley de procedimiento administrativo), cuando el órgano competente se aparte del mismo, el acto que dictare podrá ser nulo de pleno derecho [art. 47, párrafo 1, apartado c), de la Ley de procedimiento administrativo], anulable o simplemente irregular (art. 48, párrafo 2, de la misma Ley).

La sentencia comentada se refiere a problemas procedimentales tan concretos, como el de la intervención de terceros interesados.

2. En el procedimiento de concesión de licencias, como en todo procedimiento administrativo, hay que distinguir, en función de la legitimación para intervenir en el mismo, dos tipos de interesados:

a) *Titulares de derechos que puedan resultar directamente afectados por la decisión que se adopte en el procedimiento.*—En este caso, el titular del derecho es interesado desde el momento mismo de incoarse el procedimiento [art. 23, b), de la Ley de procedimiento administrativo]. Desde este momento son interesados, con las facultades que a los mismos se reconoce en el procedimiento administrativo. Es evidente, pues, que el órgano ante el que se tramita deberá notificarles los actos que les afecten y darles audiencia y vista, aun cuando no hubiesen comparecido. Es más: el artículo 26 de la Ley de procedimiento administrativo dice: «Si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal se advierte la existencia de interesados, comprendidos en el apartado b) del artículo 23, y que no hayan comparecido en el mismo, se comunicará a dichas personas la tramitación del expediente». Así, las sentencias de 10 de noviembre de 1964 (Ponente: ESTEVA), 28 de junio de 1965 (Ponente: VITAL) y 6 de noviembre de 1965 (Ponente: CAMPRUBÍ). «Cuando en un procedimiento administrativo —dice la sentencia de 9 de diciembre de 1966 (Ponente: GONZÁLEZ GARCÍA)—, al lado del que lo inicia como titular de pretensiones legítimas, surja un tercero con derechos que puedan resultar directamente afectados por la decisión que en su día se adopte, según previene el apartado b) del artículo 23 de la Ley expresada, sea inexcusable, a tenor de su artículo 26, y siempre que no medie publicidad en las actuaciones, ni haya comparecido en las mismas, comunicarle, en concepto de interesado accesorio, la tramitación del expediente, a fin de que alegue lo que estime adecuado en su defensa, conforme al artículo 83, para evitar, en la hipótesis de desviarse de la trayectoria marcada, el motivo de invalidación previsto en el inciso c) del artículo 47».

Ahora bien, para gozar de esta situación, es necesario no sólo la titularidad de un derecho, sino que el mismo pueda resultar directamente afectado. Existen supuestos evidentes, como en un procedimiento sancionador, el supuesto responsable; en un procedimiento expropiatorio, el expropiado; en un procedimiento sobre caducidad de concesión, el concesionario; en procedimientos

sobre declaración de ruina, el propietario y los ocupantes del inmueble, etcétera. Pero en otros supuestos, la solución no es tan clara y dependerá de la concurrencia de una serie de circunstancias de hecho. Pensemos, por ejemplo, en un procedimiento sobre concesión de un aprovechamiento de las aguas públicas de una corriente en la que preexistan otros concesionarios. Para que éstos gocen de la posición que contempla el artículo 23, b), de la Ley de procedimiento administrativo, es necesario que, dado el caudal del río, la nueva concesión supusiera una merma del caudal anteriormente concedido.

A tal efecto, en los procedimientos de concesión—de servicio público y de dominio público—suele existir un trámite de información pública, en el que pueden comparecer aquellos interesados. Pero aun cuando no exista tal trámite, si del expediente resulta la existencia de interesados comprendidos en el artículo 23, b), de la Ley de procedimiento administrativo, será aplicable el artículo 26 de la propia Ley. «No se ostenta la condición de interesado, ni, por tanto, existe necesidad de dar audiencia, cuando la decisión que se dicte en el procedimiento no afecta los derechos subjetivos de que se puede ser titular el sujeto». Así, no tiene tal condición en procedimiento para conceder la autorización de derribo del piso alto de un inmueble el arrendatario del piso bajo» (sentencia de 21 de noviembre de 1966).

b) *Titulares de intereses legítimos, personales y directos, que puedan resultar afectados por la resolución.*—Están asimismo legitimados, si bien sólo ostentarán las facultades propias de los interesados desde el momento de la comparecencia. Así, sentencia de 7 de julio de 1962. Por lo que no ostentan la condición de interesados quienes no se personaron como tales interesados personales y directos en el procedimiento (sentencia de 23 de diciembre de 1965).

En sentencia de 20 de abril de 1966 (Ponente: FERNÁNDEZ HERNANDO) se recuerda que «los apartados b) y c) del artículo 23 exigen para reputar como interesados a los que no hubieran promovido el expediente, o bien la realidad de un derecho que puede resultar directamente afectado por la decisión, o al menos que sean portadores de un interés legítimo, personal y directo, de donde se infiere que, en este caso, la legitimación se halla estrechamente unida a la titularidad y no cuentan al efecto intereses indirectos o problemáticos».

La comparecencia puede tener lugar en cualquier momento del procedimiento «en tanto no haya recaído resolución definitiva [art. 23, apartado c), de la Ley de procedimiento administrativo], aun cuando en ningún caso podrán retrotraerse las actuaciones».

Puede tener lugar la comparecencia durante la tramitación del recurso que se hubiese interpuesto contra la decisión dictada en el procedimiento.

2. La sentencia comentada se enfrenta con el problema de la condición de interesado del propietario colindante al terreno al que se refiere la licencia solicitada, y no duda en considerarle titular de un derecho subjetivo, que llega a calificar de «real, consiguientemente individualizado a efectos administrativos» (2.º considerando). Consecuencia ineludible: su condición de interesado a todos los efectos, y, entre ellos, la necesaria notificación al mismo, no sólo del acto de terminación del procedimiento, sino su tramitación a efectos del trámite de audiencia y vista. Al no hacerse así, se incurrió en infracción que determina la invalidez del acto.

3. Ahora bien, a la hora de determinar el grado de la invalidez, la sentencia comentada, en sus considerandos 4.º y 5.º, quizá no sea del todo acertada al considerar que existe nulidad de pleno Derecho, a tenor del artículo 47, párrafo 1, apartado c), de la Ley de procedimiento administrativo. No porque estemos ante un acto local y no sea aplicable la Ley de procedimiento administrativo, pues—y en esto la sentencia sienta doctrina correcta—al ser ésta supletoria de la legislación local y no existir en ésta una especial regulación de las nulidades, debe acudirse a los preceptos de la Ley de procedimiento administrativo. Si afirmamos que la doctrina de la sentencia no es correcta, es porque para que pueda aplicarse el artículo 47, párrafo 1, apartado a), de la Ley de procedimiento administrativo, es necesario que exista ausencia total de procedimiento

Para que se dé el supuesto, pues, no basta que se infrinja alguno de los trámites esenciales del procedimiento. «Hay que notar—dice la sentencia de 15 de noviembre de 1965—en la recta interpretación del apartado c) del artículo 47 aducido, que el empleo de las dos locuciones adverbiales de que se vale: total y absolutamente, recalcan la necesidad de que se haya prescindido por entero de un modo manifiesto y terminante del procedimiento fijado en la Ley para elaborar el acto, exigencia totalitaria que se comprende, como se razonó en sentencia de esta Sala de 7 de marzo de 1963 por la trascendencia que reviste para la seguridad jurídica la invalidación radical o de pleno derecho del acto que consecutivo a ella se defina de inexistente». Cuando se ha seguido el procedimiento reglamentario, pero se ha incurrido en la infracción de alguno de sus trámites, podrá producirse la anulabilidad—en los supuestos del artículo 48, párrafo 2.º, de la Ley de procedimiento administrativo—o no tener repercusión alguna la infracción en otro caso (1).

(1) La jurisprudencia, a veces, al referirse a estos supuestos de anulabilidad, emplea impropriamente el término «nulidad». Esta imprecisión terminológica se acusa también en el libro de DE LA OLIVA, *Los vicios de forma del acto administrativo*, Madrid, 1963, pp 39-40, al decir: «La nulidad de pleno derecho alcanza, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a algunos casos en los que no hay una ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. Puede citarse la sentencia de 9 de febrero de 1960, relativa a deslinde de terrenos de dominio público. El Tribunal Supremo declara la nulidad de todas las actuaciones practicadas en expediente administrativo y también la Orden Ministerial recurrida. Pero no era una hipótesis en la que se hubiere prescindido del procedimiento adecuado, si bien se habían cometido defectos graves en el mismo. Esto sucede también en otros casos de procedimientos especiales. Así, la sentencia de 14 de febrero de 1962 declara la nulidad de una Orden del Ministerio de Trabajo por traer base de un acta de inspección que contiene varios defectos de forma. Existía expediente, no había ausencia total y absoluta de procedimiento, pero los vicios tramitados llevan a la declaración de nulidad con efecto *ex tunc*, al igual que en el caso de la sentencia de 9 de febrero de 1960. Las mismas consecuencias se producen en el caso resuelto por sentencia de 31 de enero de 1962, que declara nula un acta de licitación de seguros sociales por carecer de datos exigidos legalmente, de «ineludible mención» y da lugar a un defecto «fundamental y básico». La sentencia de 28 de febrero de 1962 se expresa en los siguientes términos: «Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo... que el Tribunal debe declarar, aun de oficio, la nulidad de actuaciones cuando se han infringido los trámites esenciales del procedimiento administrativo.» Se trataba de un caso de «nulidad de pleno derecho por violación de las normas que contienen las reglas esenciales para consecución del fin de la contratación por subasta», como alterar un licitador su oferta al conocer la de otro».

En realidad, las sentencias que cita, aun cuando hablan de nulidad, están contemplando un supuesto de anulabilidad, hecho valer a través de la impugnación deducida dentro de los plazos legales. Para que legalmente se contemple

Para que se dé la nulidad de pleno Derecho, es imprescindible, no la infracción de alguno o algunos de los trámites, por esenciales que sean, sino la falta total de procedimiento, que se haya prescindido absolutamente del procedimiento previsto en la Ley para dictar el acto (2). Como dice la sentencia de 10 de noviembre de 1964, «los actos de la Administración son nulos de pleno Derecho si se dictan, prescindiendo, total y absolutamente, del procedimiento legalmente establecido para ello». En análogo sentido, la sentencia de 10 de diciembre de 1965. Pero no cuando, existiendo procedimiento, sólo se ha producido la omisión parcial de trámite, «lo que, sin duda, implica una de las muchas formas de concreción de las anulabilidades relativas que recoge amplia redacción del artículo 48, párrafo 1, de la Ley de procedimiento administrativo» (sentencia de 29 de abril de 1966).

Una sentencia de 31 de marzo de 1966 (Ponente. FERNÁNDEZ VALLADARES) se refiere a «la esencial significación que en el contenido de dicha norma [artículo 47, párrafo 1, apartado c), de la Ley de procedimiento administrativo], tienen las palabras, «total y absolutamente», referidas al procedimiento legalmente establecido, pues como se razonó en la sentencia de esta Sala de 7 de marzo de 1963, el matiz tan rotundo y reiterado de la expresión entrecomillada denota claramente la finalidad de resaltar al máximo la *mens legis*, de que, en atención al procedimiento, sólo podrá estimarse el acto administrativo nulo de pleno derecho si ha prescindido, total y absolutamente, de las normas establecidas para su confección y emisión». Cuando se prescinde, total y absolutamente, del procedimiento especial y legalmente establecido para dictar un acto, la consecuencia es la nulidad de pleno derecho, con arreglo al apartado c), número 1, del artículo 47, de la Ley de procedimiento administrativo (sentencia de 15 de noviembre de 1966).

En sentencia de 14 de noviembre de 1966 (Ponente: PARRA JIMÉNEZ), se dice: «Si la nulidad de pleno derecho, a tenor del artículo 47 de la vigente Ley de procedimiento administrativo, va implícita, entre otros casos, en aquellos actos en que se prescinde, total y absolutamente, del procedimiento legalmente establecido, la nulidad, jurisdiccionalmente declarada, se impone como ineludible cuando la Administración vulnera en sus relaciones lo establecido en la Ley, contradiciendo sustancialmente las normas que regulan la actuación administrativa o incidiendo en desviaciones del procedimiento que abiertamente vulneran un imperativo mandato legal de inexcusable observancia, cuya violación hace que el acto carezca de los indispensables requisitos para alcanzar su fin»

Ya se ha dicho que la Administración puede, por sí, unilateralmente, no sólo dictar decisiones ejecutivas, sino llevar a cabo la ejecución material de las mismas frente a la resistencia del obligado (art. 102 de la Ley de procedimiento administrativo). Pero para ello, para legitimar esta actuación material, es necesario que exista la decisión, el acto administrativo (art. 100 de la misma Ley). Si cuando existe el acto jurídico el particular obligado carece

un supuesto de nulidad de pleno derecho, sería necesario que se hubiera planteado fuera de aquellos plazos y que el Tribunal Supremo hubiera estimado la pretensión de nulidad.

(2) DE LA OLIVA, *Los vicios de forma*, Madrid, 1963, pp. 37-38, cita las siguientes sentencias que contemplan este supuesto de nulidad: 21 de enero de 1960, 27 de febrero de 1962, 7 de marzo de 1961, 10 de marzo de 1961, 26 de enero de 1962, 21 de diciembre de 1961 y 7 de marzo de 1961.

de los medios jurisdiccionales ordinarios para defenderse frente a la actuación material de la Administración, cuando el acto falta estamos ante la vía de hecho y el particular puede utilizar los medios judiciales ordinarios (3).

En el supuesto que contempla la sentencia comentada no existió, propiamente, ausencia total del procedimiento establecido. Se siguió el procedimiento, si bien con omisión de un trámite esencial, que determinó la indefensión de un interesado. Y, por tanto, la anulabilidad era incuestionable.

4. Ahora bien, la conclusión a que llega la sentencia es correcta. Y a la misma se hubiera llegado partiendo de la anulabilidad. Pues, al existir un interesado al que no sólo no se le concedió audiencia, sino que no se le notificó el acto que puso fin al procedimiento, no podía correr el plazo para impugnar el acto.

De aquí que cuando, al ver que se levantaba una edificación que infringía la Ordenanza, acude al Ayuntamiento, en defensa de sus derechos, no podía invocarse frente al mismo el consentimiento de un acto que no se le había notificado. La doctrina del acto consentido únicamente opera respecto de actos que han sido debidamente notificados.

J. G. P.

(3) Sobre el problema, me remito a mi libro *El procedimiento administrativo*. Madrid, 1964, pp. 373-375.

LIBROS

Manuel AMORÓS GUARDIOLA: *Sobre el derecho inmobiliario registral y su posible autonomía*. Publicaciones del Colegio de Registradores de la Propiedad de España. Madrid, 1967.

La portada o enunciado de la obra induce a pensar que vamos a encontrarnos ante un apasionado intento—sería atrevido decir logro—de desgajamiento del derecho inmobiliario hipotecario o registral, como cada cual prefiera llamarle, que—esto sí que es innegable—tiene su fe de vida en el común o general Derecho civil.

Conociendo de tiempo a su autor este enunciado y aún las páginas en que polariza sus reflexiones sobre el aislamiento de esta parcela (vocablo que empleamos por ser de su preferencia) jurídica, en momento alguno nos engañaron al respecto.

Por ello, cuando a través de su docto ensayo (que no vamos a resumir o concretar, pues equivaldría a desvelarlo, restando interés a sus lectores) se pregunta, llegando al final del mismo: «¿Significa esta construcción—que en su mente la sitúa en la disgregación de este derecho registral del común civil—el fraccionamiento a ultranza del ordenamiento jurídico?», su respuesta, tajante, es aleccionadora. El mundo jurídico es uno—dice—, aunque contemple una realidad plural y comprenda distintas perspectivas. La filosofía orteguiana de la perspectiva, que—indica Amorós—ha sido aplicada con tanto fruto por el profesor Guasp al campo del Derecho, es, sin revelarlo especialmente, asimismo su norma. Y por ello sus páginas van sucediéndose en exposiciones divergentes y varias a las que nuestro autor pone el contrapunto—sin quererlo especialmente—de la duda.

Dijimos que no queríamos revelar nada del contenido de la obra. Sin embargo, hay en ella un punto crucial que no es posible soslayar. Nos referimos a lo que denomina Amorós *La relación jurídica registral*. He aquí el contenido sustancial de la obra, del que vamos a apuntar una sucinta referencia.

¿Original el concepto, como indica su prologuista JUAN JOSÉ BENAYAS? Innovador, compendioso, diríamos nosotros, sin el más ligero ánimo de rectificar a dicho prologuista.

En las tres preguntas: ¿Qué se inscribe? ¿Cómo se inscribe? ¿Para qué se inscribe?, que se formula el joven autor se halla la línea—en su nacimiento y fin—que conduce al concepto, cuya enjundia por el enunciado de las mismas es bien patente.

Porque va implícita en ella, nada más y nada menos, que el debatidísimo problema de lo que ha de reflejar el Registro: si titularidades o derechos. Descartaremos el de fincas. Porque éstas son la fuente de los asientos. El objeto primordial de la Institución o Registro de la Propiedad.

Prescindamos de opiniones de autores, o a lo más afloremos la brillante, aunque no muy sólida, del profesor LACRUZ: se inscriben títulos, pero se publican derechos. Porque la publicidad es un todo, el *lei-motiv*, sustancia del Registro. Es por lo que diríamos se contradice AMORÓS cuando escribe que «personalmente prefiere entender que con carácter general el derecho inscribible es el objeto de la inscripción y no sólo de la publicidad general». Poco tarda—unas líneas—en rectificar para expresar: «Se inscribe el derecho, pero en unión con su título.»

Pero es que al Registro tienen acceso no sólo derechos (títulos-derechos, diríamos nosotros), sino otras figuras: pretensiones procesales, resoluciones judiciales, prohibiciones de disponer a título gratuito (esa «ciega figura jurídica», en frase de Moxó). Todo ello, en su máxima exposición de publicidad, justifica el concepto de «relación jurídica registral».

¿Con su mundo propio? Somos escépticos—por no decir adversos—de acotar conceptos, materias, ideas; como se quiera. Esa feliz intuición—para AMORÓS—del admirado RAMÓN DE LA RICA de la coexistencia en nuestro derecho de una dualidad de normas: los de la Ley Hipotecaria, que rigen la propiedad inmueble inscrita, y las del Código civil, que se aplica más bien a la propiedad no inscrita, siendo distintos los criterios que inspiran una y otra legislación, la verdad es—entendemos—que día a día la vemos debelada, sino destruida. La buena fe, la inexactitud—latente—registral, la doble inmatriculación, hasta—si profundizamos—la doble venta, la

enerva. No deja de ser una bella ilusión, como las bellas palabras de que nos hablara GONZÁLEZ PALOMINO.

La verdad es que cada día, por imperio de la seguridad jurídica, en todos los países (cualquiera que sea el principio latino o germano en que su sistema se inspire), el titular—por transcripción o inscripción—resulta protegido de la invalidación de la titularidad del transferente (no sólo por la fuerza de aquéllas, sino con la ayuda del tiempo, buena fe y otras circunstancias) porque en su beneficio se subsanan o convalidan los defectos de dicha titularidad (1).

No olvidemos, por otra parte, que estamos o vivimos en plena evolución—o revolución—jurídica.

La nueva noción del derecho real de GIORGIANNI (2) lo prueba. Las bases de su distinción del derecho de crédito que tienen como presupuesto un estadio de la economía, al variar con el contenido y enriquecimiento del último, ha impuesto una revisión de aquéllos y, por consiguiente, de la distinción de la clásica noción de uno y otro derecho.

Una consecuencia práctica podríamos extraer en la propiedad horizontal o mejor en nuestro quehacer diario al reflejar en los libros del Registro aquélla.

Como expresa GIORGIANNI, la doctrina y la jurisprudencia, seducidas por el viejo criterio de distinción entre derechos reales y derechos de crédito, han entendido que, atribuyendo a las relaciones que en dicha propiedad se producen (reglamentos de edificación y de condominio, parcelaciones, zonas verdes, etc.), atribuyendo a tales relaciones, repetimos, naturaleza de obligaciones, quedaba excluida su eficacia frente a terceros, y en una tentativa de que no se frustrasen o así no sucediese, se ha tratado de colocar estas situaciones en el ámbito de las «servidumbres». Pero como ello sólo es factible en cuanto tales limitaciones se concretan en una mera inactividad del sujeto (servidumbres negativas), se ha renunciado a calificar de servidumbres tales situaciones, limitándose a reconocer que, en virtud de la inscripción, se *traspasan* a todos los sucesivos adquirentes del fundo.

(1) ANGEL CRISTÓBAL. *Algunas reflexiones sobre el sistema registral venezolano*, págs 42 y 44 de esta Revista, núm. enero-febrero 1967.

(2) Esta Revista, núm. enero-febrero 1967, *Los derechos reales*, según la sugestiva traducción de Díez Picazo.

Ello, para GIORGIANNI, es altamente *ejemplar*. Significa que se ha terminado por reconocer que se trata de una relación *obligatoria* desde un punto de vista *y real* desde otro. En el fondo el paradigma no es nuevo: se encuentra exactamente en una viejísima institución, como es la *carga real*, cuya sistematización había sido objeto de eternas disputas, precisamente por la falta de adecuación del tradicional criterio de distinción entre Derechos reales y Derechos de crédito (3).

Lo expuesto es un botón más de muestra del acierto de nuestro joven autor en el hallazgo del concepto: «relación jurídica registral», cuya elasticidad puede tener repercusiones insospechadas.

Poco más nos queda por decir, sino que el libro—breve libro—, todo él, seduce: desde su presentación, contenido de materias y esmerada y represada—sin acumulaciones, sólo las precisas citas—dogmática.

Revela una «vocación». Y esto sí que es importante. La del investigador, con su secuela de exponer y señalar aquello que puede ser todo un afán de vida.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Luis Díez PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Volumen primero (Parte general y Derecho de obligaciones). Editorial Tecnos. Madrid, 1966; 727 págs.

Con el título que encabeza estas líneas, el profesor Díez PICAZO acaba de publicar un libro realmente interesante. Se recogen en él un amplio repertorio de sentencias—exactamente 229—de nuestro Tribunal Supremo sobre temas de Derecho civil, cuyo contenido

(3) La obligación *propter-rem*, págs. 94 a 107 en A. A. M. Notariado, tomo VI, año 1952 (de nuestra Conferencia «El Abandono en la Hipoteca», pronunciada el 10 de febrero de 1948). FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL: *Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones «propter-rem»*, «Revista de Derecho Privado», octubre 1962

coincide con el de los dos primeros cursos de Derecho civil, que se estudian en nuestras Facultades universitarias, relativos a Introducción al Derecho civil y Derecho de la persona, por un lado, y Derecho de obligaciones y contratos, por otro. Además de su numeración correlativa, las sentencias aludidas se ordenan sistemáticamente alrededor de los principales capítulos que dentro de esas dos grandes ramas o cursos pueden establecerse. De esta manera, y apuntando ya a su estructura sistemática, el libro se divide en tres partes. En la primera se recoge la Introducción al Derecho civil y Derecho de la persona, y dentro de ella se estudian, con abundante acopio jurisprudencial, los siguientes temas, separados en capítulos: 1. Teoría de las normas jurídicas.—2. Estado civil, condición y capacidad de las personas.—3. Personas jurídicas.—4. Los derechos de la personalidad.—5. Las cosas y el patrimonio.—6. Teoría del negocio jurídico.—7. El ejercicio de los derechos subjetivos.—8. La representación de los actos jurídicos.—9. La prescripción de derechos y acciones.

La segunda parte trata del Derecho de obligaciones en general. Su contenido se integra por los siguientes capítulos, todos los cuales sirven de centro de referencia o de agrupación de las diversas sentencias relativas a estas materias: 1. Las atribuciones patrimoniales y sus causas.—2. Teoría general de los contratos: Precontrato y promesas de contrato.—3. La formación del contrato.—4. Contratos abstractos.—5. Los llamados contratos de fijación.—6. Los contratos de adhesión y las condiciones generales de la contratación.—7. Interpretación e integración de los contratos.—8. Efectos de los contratos para los terceros.—9. Modificación sobrevinida de las circunstancias del contrato y la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*.—10. La resolución de los contratos.—11. Los sujetos de la relación obligatoria: solidaridad y mancomunidad de las obligaciones.—12. La prestación y sus modalidades.—13. Las cláusulas de estabilización.—14. El cumplimiento de las obligaciones.—15. Las facultades de defensa del derecho de crédito.—16. Las garantías de la obligación.—17. Las fuentes de las obligaciones.—18. Los daños contractuales.—19. La extinción de las obligaciones.

En la tercera parte se estudian las Particulares relaciones obligatorias, con arreglo al siguiente orden de capítulos: 1. Compra-

venta.—2. Donación.—3. Arrendamiento.—4. Contratos de servicio y de gestión.—5. Contratos de obras.—6. Contrato de sociedad.—7. Contratos aleatorios.—8. Contratos de transacción y de compromiso.—9. El derecho de daños.

Las sentencias recogidas se individualizan no sólo por su fecha, sino también, y sobre todo, por la designación del nombre de los litigantes, de acuerdo con la técnica expositiva anglosajona, hoy ya generalizada en muchos otros países. Aparte de su valor uniforme, se quiere subrayar así el hecho de que cada sentencia no es sólo una fecha, sino primariamente un conflicto entre personas, cuyo recuerdo dota de contenido real a la referencia jurisprudencial.

Antes de exponer cada sentencia de casación se extractan adecuadamente los antecedentes de hecho que motivaron el problema discutido y las sentencias de instancias previas a la del Tribunal Supremo. Así se adquiere una visión adecuada del «caso», tal como fue planteado y resuelto. A través de esta técnica expositiva se muestra partidario Díez PICAZO de la tesis, a mi juicio irreprochable, según la cual sólo puede comprenderse adecuadamente la doctrina de cada sentencia si se la pone en conexión con el problema real o supuesto de hecho que trata de resolver. Como el propio autor afirma con precisión, «Una sentencia del Tribunal Supremo consiste en lo que decide y en la razón inmediata de decidirlo en estrecha vinculación con el caso decidido. Sólo esto es verdadera jurisprudencia». Desgraciadamente esta necesaria conexión entre sentencia y caso no ha sido suficientemente aplicada en nuestro país.

La doctrina jurisprudencial se recoge en todo caso mediante la transcripción de los considerandos. Pero a veces las sentencias van acompañadas de unas notas de comentario, que me parecen especialmente útiles. Se trata de unos comentarios por lo general breves, lúcidos, más de sugestión de los problemas que se plantean que de su acabada resolución. En todo caso muestran cumplidamente el buen criterio del autor y su agudeza interpretativa.

Afirma el profesor Díez PICAZO que no ha tratado de recoger en las páginas del libro que comentamos lo que podríamos llamar las grandes sentencias de nuestra jurisprudencia civil. Paladinamente confiesa que la selección de sentencias realizada es arbitraria, fruto

de un determinado cuadro de preocupaciones personales del autor. Y es lógico que sea así, porque la tarea de seleccionar o elegir implica ya una previa valoración. En este sentido destacan las sentencias sobre Derecho de daños (indemnización del daño causado, material o moral, culpable o mera consecuencia de la creación de un riesgo) y sobre Contratos de adhesión (revisión de las condiciones generales de los contratos y defensa del contratante individual contra las cláusulas abusivas de los contratos impuestos por las grandes empresas); temas ambos sobre los que se proyecta lo que Díez PICAZO califica acertadamente de jurisprudencia evolutiva o progresiva, frente a la inmovilista o conservadora, y que por ello merecen la especial atención del profesor de Valencia. Por lo demás, aparecen también recogidas en este extenso y bien matizado repertorio jurisprudencial las sentencias de casación más importantes en nuestra historia jurídica, aquellas que abrieron caminos nuevos de interpretación o fueron objeto de censura por la doctrina. Las cuales han pasado luego a nuestros Tratados y Manuales, en los que todos las hemos estudiado, sin detenernos quizá suficientemente a leerlas en su realidad de antecedentes de hecho y criterio decisorio.

En este último grupo, por lo que respecta a las materias tratadas en este volumen, y por ser conocidas de todos, podemos recordar las siguientes: Pérez Valdivieso contra Estapé Garriga (S. 25 de enero de 1899), sobre prelación de créditos con embargo, anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad; Icaza contra Ubao (S. 19 de febrero de 1901), sobre interpretación del artículo 321 del Código civil; Musso Cánovas contra Moya Ojanguren y Vicente Rey (S. 6 de diciembre de 1912), sobre indemnización del daño moral; Compañía Catalana de Gas y Electricidad, S. A., contra Consorcio de la Zona Franca de Barcelona (S. 14 de febrero de 1944), que consagra por primera vez la doctrina del abuso de derecho; Pujol Pons contra Pons Sellés (S. 5 de marzo de 1947), sobre extensión y alcance de la tutela en caso de incapacitación por imbecilidad; Tovar Rentero contra Flores Sánchez (S. 1 de julio de 1951), acerca de la eficacia de la promesa de venta; Román Manfredi contra Martorell Mata (S. 30 de abril de 1955), sobre la eficacia del contrato de apoderamiento de toreros; Pardo Pardo contra Pardo Pardo

(S. 18 de febrero de 1965), que muy recientemente y en forma sorprendente, en caso de un negocio fiduciario, admite la validez de la enajenación hecha por el fiduciario sin necesidad de buena fe en el tercer adquirente, etc.

El libro va precedido de un bello prólogo, en que el autor explica, con un elegante estilo expresivo, ese complejo y misterioso fenómeno de aplicación de la Ley a un caso concreto de la vida real, que viene a realizar el juez y que llamamos jurisprudencia.

El presente libro va específicamente destinado a dos grupos de personas: los estudiantes de la Facultad de Derecho y los profesionales que, en la resolución de sus problemas prácticos, han de conocer y aplicar cada día las líneas orientadoras de la interpretación jurisprudencial. Desde el punto de vista de los estudiantes universitarios, el trabajo del profesor Díez PICAZO me parece especialmente útil. Mi experiencia como profesor ayudante de clases prácticas de Derecho civil en la Universidad de Madrid, durante unos cuantos años, me confirma cumplidamente en la absoluta necesidad de sustituir el estudio memorístico, abstracto, desconectado de la realidad social, por otro más en contacto con la jurisprudencia de intereses, con el estudio singular de cada caso en su apasionante complejidad. En Derecho, como en otras disciplinas, sólo a partir del problema jurídico que nos viene previamente dado por la realidad puede honradamente construirse la teoría interpretativa. Sin atención a los casos que se plantean, no hay doctrina jurídica válida. Y sólo a partir de un depurado repertorio de teorías pueden ser lúcidamente enfocados aquellos problemas. La tensión entre teoría y práctica—mejor diría yo, entre teoría interpretativa y realidad interpretada—, que se da en todas las ciencias, presenta un perfil especialmente agudo en la ciencia del Derecho. Desgraciadamente, los jóvenes universitarios que se inician en el estudio del Derecho civil, olvidan con frecuencia esa vinculación de la teoría al caso—quizá para ahorrar el esfuerzo suplementario que una formación de ese tipo supone—y aspiran sólo al recuerdo de teorías que no siempre comprenden o a la repetición mecánica de datos como único bagaje de conocimientos. Se impone, en verdad, completar el estudio de cada problema o de cada institución con la consideración despaciosa de los principales casos que han jalonado

su historia. Díez PICAZO postula el retorno a la realidad viva de los casos como contrapunto de la enseñanza teórica y despegada de la realidad. Nada más cierto. Desde esta perspectiva, el libro que comentamos resulta una ayuda muy valiosa para los que se inician en el estudio del Derecho civil y complemento indispensable de los otros libros de texto.

También puede ser este libro de gran utilidad para los profesionales del Derecho en general. El creciente e ininterrumpido desarrollo de la doctrina jurisprudencial, la especialización de materias dentro de una misma jurisdicción, hacen dificultosa la búsqueda de las sentencias relativas a un punto concreto. Obviamente se aprecia que el repertorio de sentencias aquí contenido no es monográfico ni íntegro. Recoge las principales sentencias de nuestro Tribunal Supremo sobre las materias objeto de estudio, no sólo en su inmediata realidad decisoria, sino también en su evolución dinámica e histórica: los cambios de orientación que a través de los años ha ido sufriendo la interpretación jurisprudencial frente a determinados problemas. De esta forma se obtiene una visión de conjunto de las líneas cardinales de nuestra jurisprudencia civil. Visión panorámica que puede ayudar en gran manera la consulta de las sentencias y ahorrar mucho tiempo para la búsqueda de esas líneas generales.

El volumen que comentamos es, primariamente, un libro de casos de Derecho civil. Pero la orientación personal que le da sentido apunta a algo más. Así lo reconoce el propio autor en el prólogo: «En su más profunda raíz este libro trata de ser una investigación sobre el Derecho civil y sobre la jurisprudencia civil... Por encima de una y otra idea hay una preocupación constante por comprender lo que el Derecho sea y por tratar de establecer, aunque sea de modo intuitivo, la inaprehensible relación que existe entre el Derecho cristalizado en los textos legales y el Derecho que incesantemente se realiza en las decisiones de los casos.» Efectivamente, la específica atención que Díez PICAZO presta en este libro a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, expuesta caso por caso en su irrepetible singularidad, había sido ya puesta de manifiesto en otro espléndido libro suyo anterior: el estudio sobre *La doctrina de los propios actos* (Bosch, Barcelona, 1964), que vino a abrir en nuestra

patria una nueva línea de acercamiento a los problemas jurídicos a través de la consideración separada de los diversos casos contemplados por la jurisprudencia y el enjuiciamiento global de su desarrollo avolutivo.

En la actual situación de nuestra cultura jurídica no parece necesario insistir sobre la importancia que la jurisprudencia, entendida ésta como la autorizada interpretación judicial que realiza el Tribunal Supremo, tiene para la ciencia del Derecho y la técnica de su realización. Desde ese doble planteamiento, el tema es, en verdad, acuciante y actualísimo, y se enlaza con otros temas más amplios de la Teoría general, que van desde la jurisprudencia como fuente del Derecho y el precedente judicial vinculante, hasta la uniformidad de las decisiones judiciales, la apertura de nuevas vías de interpretación, la revisión de los criterios interpretativos y la valoración jurídico-social en cada momento histórico de las situaciones en conflicto. Por este camino mental, que subraya la valoración del caso en su específica realidad al margen de la generalización abstracta y conceptualista, discurren las más recientes opiniones en materia de interpretación. Baste con aludir en este sentido al realismo americano, la tónica casuística y la jurisprudencia valorativa. Sin entrar en ese amplio panorama de pensamiento, que sólo es recordado aquí como muestra de las actuales tendencias, interesa retener sólo la idea según la cual el derecho se realiza y desarrolla a través de cada caso que la realidad social nos plantea. La ciencia del Derecho se nos aparece como una ciencia de casos, construida a partir de la valoración social y la respuesta jurídica que el ordenamiento nos brinda para la resolución de aquéllos. Es necesario, por tanto, tener en cuenta cada vez más la labor jurisprudencial, la interpretación jurídica que los jueces —en nuestro caso, el Tribunal Supremo—elaboran para la solución de los conflictos. Con esos presupuestos mentales, el trabajo de Díez Picazo se nos aparece como una obra interesante, renovadora, muy útil y de obligada consulta.

La REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, de cuyo Consejo de Redacción es secretario el profesor Díez Picazo, felicita a su ilustre colaborador por la aparición de este libro. Y hace votos

para que su autor complete en un futuro próximo esta obra, que será pronto clásica, con la publicación de las sentencias correspondientes a las otras ramas del Derecho civil, todavía inéditas.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
Registrador de la Propiedad.

Francesco MILANI: *La proprietà forestale*. Giuffrè Editor, 1964.

Dividida en tres capítulos, comprensivos de las siguientes materias:

Capítulo I.—*Aspectos generales de la propiedad forestal:*

1. Introducción.
2. El lado subjetivo de la propiedad forestal.
3. El lado objetivo de la propiedad.
4. Indisponibilidad del bien forestal de interés público.
5. Distinción entre limitaciones y vínculos.

Capítulo II.—*El régimen de la propiedad forestal:*

1. El vínculo hidrológico.
2. El vínculo de defensa.
3. El vínculo militar.
4. El vínculo económico.
5. El vínculo sobre la floresta como belleza natural.
6. Interpretación analógica en materia de vínculos.

Capítulo III.—*Derechos reales y negocios jurídicos en el campo forestal:*

1. Enfiteusis.
2. Usufructo del bosque.
3. La hipoteca sobre los bienes forestales.
4. Servidumbres prediales sobre bienes forestales.
5. Los usos forestales.
6. Negocios en el campo forestal.

Parte el estudio de Milani del concepto de bosque como conjunto constitutivo de un complejo superior y diferenciado dentro del que incluye, en un sentido amplio, a las plantaciones, es decir, a todos aquellos vegetales que puedan existir sobre el suelo, destinados a convertirse en árboles, y que sean lo suficientemente numerosos

y homogéneos como para configurar un complejo. El bosque así considerado se examina en relación no sólo al lugar que ocupa, sino a sus utilidades directas e indirectas que, en definitiva, son el fundamento de las limitaciones que a su propiedad se ligan, pues en general el propietario de terrenos ordenados y repoblados debe realizar la labor de dirección conforme al plano de cultivo y conservación aprobado por el Ministerio competente, con la consecuencia de que su facultad de goce se encuentra, al menos, inicialmente paralizada, ya que si la ley no impone un obstáculo definitivo al ejercicio de tal facultad, si exige al propietario el obtener la autorización de la Administración pública.

De ahí que la propiedad forestal radicada en la actividad del propietario y que, en un sentido subjetivo, configura una forma de soberanía privada, no deja de presentar una interesantísima faceta de propiedad-función, que no se concentra únicamente en el interés privado, sino que objetivamente obedece en lo fundamental a finalidades de público interés, de donde se derivan naturalmente los límites impuestos a esta especie de propiedad—genéricamente incluida dentro de la propiedad territorial—, ya que con primacía al derecho de gozar y disponer se encuentra el deber de administrar en provecho de la colectividad. La consecuencia es la indisponibilidad del bien forestal si no median determinados requisitos, siendo lícito, a juicio del autor, delinear una nueva subdistinción de los bienes de propiedad privada: bienes de interés privado y bienes de interés público. Tratándose de un bien forestal nos encontramos ante una catalogación intermedia, pues tal bien reviste un interés público y goza de una especial protección de normas de policía, pero pertenece al propietario privado, de donde se desprende su carácter de bien cuasidemanial o precisando más de indisponible, característica que no significa inalienabilidad, sino solamente que para su enajenación habrá de acudirse a un procedimiento especial de desvinculación, o respetarse el particular destino impuesto al mismo. Como consecuencia, a diferencia de los bienes demaniales, pueden ser objeto de diversos negocios jurídicos privados, incluso de los traslativos de la propiedad, sin más que someterse a las normas del Derecho público. Este capítulo concluye con el estudio del vínculo, es decir, de la sujeción, por lo menos parcial, a una pública

potestad, que tiene lugar a través de una serie de normas administrativas, y con el de los límites a la propiedad privada, impuestos en interés público, entre los que destaca dos categorías: los negativos, que consisten en un *non facere* y que delimitan exactamente el alcance de las facultades inherentes a la propiedad individual, y los positivos, que tienen por contenido un dar o un *facere*, y que sancionan los hechos o los actos del sujeto.

La regulación de la propiedad forestal, objeto del capítulo II, se examina a través de las vinculaciones de diverso tipo que pesan sobre esta forma de propiedad y que atienden a numerosos aspectos: hidrológico, de defensa, militar, económico, etc., estudiando las diversas fases del procedimiento para establecerlas y, en particular, las reclamaciones contra su propuesta. Dentro del aspecto hidrológico merece especial mención el examen de la sistematización hidráulico-forestal de las cuencas montañosas, ya contemplada por el artículo 19 del decreto de 16 de mayo de 1916. En cuanto al de defensa, recoge el supuesto de los artículos 866 del Código civil y el 17 del decreto-ley de 30 de diciembre de 1923, relativos a los bosques que por su particular ubicación protejan terrenos y edificios contra aludes, piedras y vientos, y los reputados útiles, por sus condiciones higiénicas locales, pueden, previa petición de las provincias, de los Ayuntamientos o de otros entes interesados y de acuerdo con el Ministerio, someterse a limitaciones en su utilización; tratando a continuación de los órganos constitutivos, del procedimiento de imposición del vínculo, naturaleza del mismo, reglas sobre la utilización del bosque vinculado e indemnización. La sujeción, por razones de índole militar, responde a la íntima conexión que existe entre dicha propiedad y el derecho de soberanía del Estado sobre el propio territorio. En el aspecto económico, las limitaciones responden a la tutela necesaria para la conservación y utilización racional del bosque mismo, así como a los beneficios que en el plano económico pueden derivarse de aquél a la colectividad nacional. En el de la floresta atiende a que ésta configure un conjunto panorámico actual o en potencia, finalizando esta parte con el examen de la interpretación analógica en materia de vínculos, que da pie para establecer otros no previstos por la ley.

En el capítulo III se contemplan los derechos reales y negocios

jurídicos en el ámbito forestal, que se encontrarán siempre mediatizados, al igual que esta especie de propiedad por el especial destino del bosque. Así la enfiteusis constituida sobre el bien forestal implica a tres sujetos que se encuentran en tres diferentes posiciones. El derecho de superficie arbórea, en un tiempo muy difundido, ha sido abolido por el artículo 956 del Código civil, si bien permanecen los derechos de superficie constituidos bajo el código abrogado, y de ellos el autor trata brevemente. Con particular relieve se estudia el usufructo del bosque vinculado: en éste, el usufructuario tiene que respetar no solamente el destino dado por el propietario, y en particular, la forma en el caso de floresta considerada como belleza natural, sino también las prescripciones de la administración; trata igualmente del problema de los frutos y de la extinción del usufructo. Sobre los bienes forestales indisponibles pueden constituirse derechos reales de garantía, que tienen como contenido el valor en cambio del fundo. Se consideran las diversas especies de hipoteca y la expropiación forzosa del bien forestal. Se determinan las particulares características de las servidumbres prediales forestales con relación a las legales y a las voluntarias. En lo que respecta a los usos forestales, el autor declara que no se puede incluir el derecho de goce de una colectividad de personas entre las servidumbres prediales, cuya esencia exige siempre la existencia de un fundo dominante; sin embargo, son *iure in re aliena* que de *iure naturali* pertenecen a la población, y pese a no ser la legislación favorable a los mismos los que gravan los bosques o consisten en algunas actividades—por ejemplo, el pastoreo—no han sido tratados por el legislador con el máximo rigor. Las pertenencias en cuanto a los bienes vinculados y, en especial, a las que constituyen una belleza natural, muestran características en parte diversas de las normales, concluyendo el trabajo con el estudio de los negocios en el campo forestal, en los que la autonomía privada representa un poder funcional en cuanto se ejercita por un interés no exclusivamente propio, manifestándose de este modo los límites inherentes a esta forma de propiedad, especialmente respecto a su enajenación, ya que al Estado se le atribuye un derecho de preferente adquisición, posición que obliga al propietario a comunicar el negocio traslativo de propiedad, pues si ésta falta y el negocio

se realiza en contravención a la Ley forestal, éste será nulo, mientras que si se obtiene autorización y ésta es incompleta, el negocio será anulable.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

José Luis DE LOS MOZOS: *El principio de la Buena Fe*. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español. Bosch. Barcelona, 1965.

PARTE PRIMERA: *Concepto y tipos de Buena Fe*

Pocos conceptos como el de la Buena Fe habrá tan necesitados de precisión en el ámbito del Derecho civil, dada la profusa aplicación que de este principio efectúa el ordenamiento normativo. Esta asiduidad hace penetrar en el orden jurídico a un elemento natural y extrajurídico, que pasa a integrarse dentro de la norma, planteando así el previo problema de determinar el proceso de tal incorporación. La doctrina —como reconoce el autor en la Introducción—, partiendo de las aplicaciones particulares del principio de la Buena Fe, se adentra y trata de llegar hasta lo más hondo en el problema de su sub-posición ética o psicológica para esclarecer su significación jurídica, enredándose en disquisiciones históricas e ideológicas respecto de la concepción de la *fides* y pretendiendo ofrecer un concepto dogmático expansivo que abarque el mayor número posible de consecuencias pormenorizadas en el ordenamiento de este principio. La conclusión es la de que no sólo resulta imposible, por la variedad de su materia o por el profuso empleo que de ella hace el ordenamiento positivo, dar un concepto general de la Buena Fe, sino que la ciencia del Derecho como ciencia práctica tampoco necesita dogmáticamente de tal concepto general, ya que este principio de la *fides*, por no ser unívoco, sino análogo, se presenta a la técnica interpretativa con significados diversos, tanto en cuanto a su forma—sentido jurídico de la utilización de la *fides*—como respecto a su conte-

nido—materia de la referencia natural contenida en la norma—, siendo lo verdaderamente interesante distinguir adecuadamente estos dos planos: el de la lógica concreta (natural) de la aplicación del principio en cada caso—forma y contenido de la remisión a la *fides* por la norma—, y el de la lógica general (metodológica), que establece en abstracto el sentido de esta remisión—determinando el valor y alcance que para su realización ha de tener la apreciación de la técnica normativa—(presupuesto metodológico de la interpretación).

El contenido y forma de la Buena o Mala Fe sólo se puede determinar acudiendo a la diversidad de aplicaciones que aquélla ha tenido en el campo del Derecho. Todos los pueblos de la antigüedad, especialmente el romano, han concedido una extraordinaria importancia a la *fides*, revistiéndola incluso de un contenido religioso que trasciende a los cultos ciudadanos y a los usos sociales, informando así la vida y la conciencia social—*mores*—de los romanos. Entre sus manifestaciones destacan, en la esfera de las relaciones internacionales la *fides populi romani* y el *venire in fidem* como legitimación de poder y fuerza; dentro del *ius gentium* y en las relaciones con los extranjeros *peregrini*, la *bona fides*, a la que se incorpora un indudable elemento ético, se presenta como correctora en el comportamiento de la vida mercantil, y asimismo en una serie de manifestaciones que se desarrollan en la estructura de las instituciones privadas—tutela, gestión de negocios ajenos, mandato, fiducia, fideicomiso, sociedad, etc.—; en el ámbito del *ius honorarium*, los *bonae fidei iudicia*, que tienen como fundamento la *fides* de los poderes del magistrado, se plantean con extraordinaria vivacidad en las relaciones entre Derecho sustancial y tutela procesal, dando lugar a las acciones *ex fide bona*, a la *exceptio doli* y a una forma de interpretación en el contenido de los negocios que acaban por configurar numerosas instituciones en relación con los efectos derivados de la *bona fides*, de la *aequitas*, o con aquellos que se consideran inherentes al contrato, *pacta ex continenti*—evicción, saneamiento, frutos, impensas, etc.—, manifestándose, por último, en el carácter normativo que ha modelado todo un complejo de relaciones obligatorias—los típicos institutos de la posesión de Buena Fe, en la Buena Fe para la usucapión, o, en la *bona fide emere*,

vendere, solvere, que presenta un marcado cariz subjetivo. De este modo aparece junto a la buena fe objetiva, normativa de la relación, la buena fe subjetiva, basada en la convicción de no dañar y considerada como requisito habilitante de determinada situación jurídica, que encuentra su desarrollo en el campo de los Derechos reales, mientras que la objetiva es propia del Derecho de obligaciones.

En cuanto al contenido material de la Buena Fe, la disputa surgida entre los pandectistas del siglo XIX acerca de su carácter psicológico o ético ya parece estar superada, a base de conceder prevalencia al segundo sobre el primero. Este contenido ético se revela con gran claridad cuando la Buena Fe se estructura con carácter subjetivo, pues cuando se trata de la objetiva, tal contenido, por basarse no sobre un elemento intencional individual, sino sobre un mero comportamiento socialmente apreciable, se infiltra en la contextura del ordenamiento jurídico, manifestándose en medidas más o menos rigurosas, según lo requieran las exigencias de la *societas iuris*. Por consiguiente, la Buena Fe sirve como vehículo de recepción para la integración del ordenamiento conforme a una regla ético-material, la idea de fidelidad y crédito, y ello plantea el problema de determinar su estructuración como principio en relación con el Derecho positivo en general. Siguiendo el camino de la jurisprudencia de intereses y partiendo de la triple clasificación de los principios en axiomáticos—ejemplo, libertad de contratación—, problemáticos—ejemplo, principio de la confianza en el tráfico jurídico—y dogmáticos—ejemplo, accesoriedad de la fianza—, considera a la Buena Fe como un principio problemático, un verdadero *topos*—interés—, llamado a actuar en cada momento de la interpretación, y del que se derivan las siguientes consecuencias: Todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en armonía con el principio general; la norma que ordena que el comportamiento sea de Buena Fe tiene el carácter de norma supletoria, y los Tribunales deben, a falta de otra, aplicar este principio para resolver el litigio planteado; las derivaciones inmediatas del principio general en torno a particulares situaciones de intereses tienen el mismo valor y alcance que el principio del que dimanar y en que inmediatamente se fundan.

La diferente incorporación de la Buena Fe al ordenamiento—su carácter objetivo o subjetivo—es lo que le confiere su forma jurídica y, por tanto, el sentido con el que viene utilizada, es decir, depende aquél de las dos formas de manifestarse el Derecho, como normativa y como facultad. Si la Buena Fe constituye una regla de conducta, a la que ha de adaptarse el comportamiento jurídico de los sujetos, su forma jurídica dependerá de la *privata lex* por ellos creada—Buena Fe objetiva—, o en otro caso—Buena Fe subjetiva—de las formas impuestas para que surja un efecto jurídico determinado que se supedita a la Buena Fe (adquisición de frutos, tutela a la apariencia, etc.). Dentro de estas dos formas de presentarse la Buena Fe pueden agruparse todas las derivaciones que en el ordenamiento se hacen del principio. La Buena Fe objetiva tiene su campo de desarrollo en el Derecho de obligaciones y en la Teoría General del Negocio Jurídico, ya que éste no sólo produce los efectos jurídicos perseguidos por las partes en la consecución de un fin práctico, sino, además, otros efectos propios de la norma dispositiva del uso y de la Buena Fe—art. 1.258 del C. c.—, sirviendo también para fijar el sentido de la declaración de voluntad en su aplicación a la interpretación de la misma. En todos los supuestos de Buena Fe subjetiva se trata de una conducta o más bien de un acto, que de no mediar aquélla, sería antijurídico o irregular; la Buena Fe debe ser ignorancia, pero legítima; esto es, tal, que con el uso de la normal diligencia no hubiera podido ser superada. El otro campo de actuación de la Buena Fe subjetiva se funda en la apariencia jurídica: es decir, la creencia o error no se refiere a la situación propia, sino a aquella persona con la que el sujeto que se beneficia de la Buena Fe se relaciona. Esta Buena Fe en el derecho de la contraparte se manifiesta, entre otros aspectos, sobre todo a propósito de la adquisición de los derechos reales—arts. 464 del Código civil, para los bienes muebles, y 1.473 del C. c. y 34 de la Ley Hipotecaria, para los inmuebles—.

En la aplicación del principio de la Buena Fe existe, como es lógico, una limitación interna, que radica precisamente en la consideración moral del contenido de la disposición del sujeto—Mala Fe, o sea conocimiento del vicio propio o ajeno—y ausencia de dolo o culpa, conceptos también incompatibles con la Buena Fe, y que

como expresión de la ilicitud dependen del campo concreto en que actúan y, en definitiva, de su apreciación en relación con la Buena Fe. Así, frente al «dolo», como elemento tipificador de la conducta delictiva, civil o penal, o la «culpa», como negligencia imputable, existe la Mala Fe que puede darse perfectamente sin que medien aquéllos, simplemente, por no concurrir la creencia o confianza adecuada para que exista la Buena Fe. Por tanto, la Mala Fe es intención de obrar de modo diferente al Derecho, o, en otras palabras, de desobedecer al Derecho.

Los límites externos de la Buena Fe dependen de la diversa naturaleza de las instituciones a las que equélla se aplique, o de la actuación de un principio superior o de una norma rígida que lo impida. Así se precisará que el campo de acción no sea propio de otro principio paralelo—el de las buenas costumbres, que tiene por finalidad deslindar el ámbito de lo ilícito, o el de la diligencia propia de un buen *pater familias*, que impone particulares deberes de diligencia—, que en el fondo son criterios análogos al de la Buena Fe, pero con una tipificación propia. Otro verdadero límite por razón de la materia se da cuando interviene la aplicación del principio de orden público, sentido propio de la imposición que viene determinada por una norma de derecho estricto—una de sus manifestaciones la constituyen las consecuencias jurídicas de la inscripción en un Registro público—. Respecto al error de Derecho, en términos generales se puede decir que no guarda relación con la Buena o Mala Fe, pese al principio del artículo 2.º del Código civil, ya que tal error no sólo no implica la Buena Fe, sino que tampoco excluye la Mala. Es, por tanto, el error de hecho el que tiene ordinariamente relación con esta doctrina, en la que adquiere diverso significado, según el supuesto en que la Buena Fe actúe, y así unas veces versará sobre la situación propia y otras sobre la ajena en función de la apariencia. En la graduación de este error, el inexcusable viene equiparado a la culpa, y excluye, por consiguiente, a la Buena Fe, consistiendo por naturaleza en el error propio, es decir, en la ignorancia absoluta del defecto o vicio que se subsana por la aplicación del principio de la Buena Fe. Además, entre error y Buena Fe no caben situaciones intermedias, de tal modo que la duda, como falta de conciencia de lo uno y de lo

otro, no produce los efectos ni de la Buena Fe—porque ésta puede ser error, pero no duda—ni los de la Mala Fe—porque ésta no es duda, sino certeza—. Finalmente se destaca el papel de la Buena Fe como principio jurídico y el de la equidad como necesaria perspectiva de justicia social, que sirven al progreso jurídico adecuando las necesidades de la vida social a las ideas inmutables de la justicia. Finaliza esta parte primera con el examen de la Formación histórica de los principales tipos de Buena Fe en la técnica jurídica; tratando del Origen en la compraventa de la Buena Fe, requerida para la usucapión en el Derecho romano clásico; de La Buena Fe subjetiva en la *emptio*; Fundamento objetivo de la Buena Fe en la *emptio*; Origen romano de la Buena Fe «en el cumplimiento» a propósito del mecanismo de los contratos innominados; La configuración de la Buena Fe «objetiva» en el nacimiento de la categoría general del contrato: época de los glosadores; Evolución posterior en esta materia hasta el Derecho moderno; Influencia germánica en la Buena Fe fundada en la apariencia y de la Influencia del Derecho canónico en materia de Buena Fe y el principio *mala fides superveniens nocet*.

PARTE SEGUNDA: *Aplicaciones del principio de la Buena Fe en el Derecho civil español*

La Buena Fe objetiva como arquetipo ob-causante de una conducta elevada a norma, se desarrolla en remisiones generales o en aplicaciones concretas, estructuradas por el propio ordenamiento legal, descendiendo a configurar las situaciones de la Buena Fe subjetiva, en las que la actitud del sujeto es tenida en cuenta para legitimar una modificación jurídica, o consolidar un efecto que, de otro modo, sin esa fuerza sub-legitimante no podría tener lugar.

Como funciones propias de la Buena Fe objetiva, destaca:

- Su función integradora de la voluntad negocial: Artículo 1.258 del Código civil, que sitúa a la Buena Fe en el mismo lugar que el uso y la norma dispositiva, atribuyéndole la función de integrar y corregir la voluntad privada que ha dado vida al

negocio, detallándose a continuación el criterio jurisprudencial y una necesaria referencia al artículo 57 del Código de Comercio.

- La Buena Fe objetiva como inspiradora de la doctrina del *favor negotii*, que comprende aquellos supuestos en los que la Buena Fe viene en auxilio de la autonomía privada. El negocio jurídico no sólo produce los efectos perseguidos por las partes en la consecución de un fin práctico, sino, además, otros efectos propios de la norma dispositiva que integra la voluntad negocial, completándola, o la corrige, sustituyéndola, llegando a convertir un negocio en otro distinto, siempre que no se manifieste una voluntad contraria por las partes, y con el fin de salvar de la nulidad al intento práctico por ellas perseguido.
- La Buena Fe objetiva como inspiradora del ejercicio de los derechos. En el campo de los Derechos reales existen reglas de comportamiento impuestas por el Código civil en materia de servidumbres—arts. 543, 544 y 546—, en la regulación de la comunidad—art. 395 del C. c.—y en el ámbito del Derecho de Familia, en el que los poderes-funciones deben ejercerse de acuerdo con una fides genérica que se halla en el fundamento mismo del Derecho.

Se estudian a continuación las aplicaciones tipificadas de la Buena Fe objetiva en el Código civil; es decir, aquellas normas jurídicas concretas, en las que la materia del principio ha sido recibida por la ley: la regla contenida en el artículo 1.173 a propósito de la imputación de pagos; incumplimiento de la condición por voluntad del obligado, artículo 1.119; los preceptos relativos a la naturaleza y efectos de las obligaciones, artículos 1.094 y siguientes; el supuesto del artículo 69-4, cuando el matrimonio es contraído interviniendo Mala Fe por parte de ambos cónyuges, y el artículo 9-1 del texto de la L. A. U.

El examen de la Buena Fe objetiva finaliza con el estudio de la cláusula *rebus sic stantibus*, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la doctrina de la revisión contractual por alteración de las circunstancias, de la tesis de Larenz sobre la fundamenta-

ción de esta doctrina en la Buena Fe objetiva, tratando asimismo de la Buena Fe objetiva en la interpretación del contrato y de la doctrina de los actos propios.

La Buena Fe, como inspiradora del Derecho de obligaciones, presenta una serie de manifestaciones desde el punto de vista subjetivo, que a su vez obedecen al principio general de que las obligaciones nacidas de los contratos y cualesquiera otras obligaciones extracontractuales serán ejecutadas, cumplidas o restablecidas de acuerdo con la Buena Fe.

Como supuestos de Buena Fe «subjetiva» en los contratos, especialmente tipificada con referencia al mantenimiento del equilibrio contractual:

- Obligación del vendedor de saneamiento por vicios, artículo 1.484 del Código civil.
- Responsabilidad derivada de la anterior obligación, artículo 1.486 del Código civil.
- Pérdida de la cosa por razón de vicios ocultos, artículos 1.487 y 1.488 del Código civil.
- Cesión de créditos de buena fe, artículos 1.529 y 1.530 del Código civil.
- Supuesto del artículo 1.520 del Código civil.
- Disolución de la sociedad por renuncia o separación de un socio, artículos 1.705 y 1.706 del Código civil.
- Heredero del depositario que enajena la cosa depositada, artículo 1.778 del Código civil.

La materia del cumplimiento de las obligaciones está presidida por el artículo 1.124 del Código civil, que es también una norma que en su génesis se halla cimentada en la buena fe. Ahora bien, la presencia de ésta en el campo de las obligaciones modifica el mecanismo del cumplimiento en los supuestos siguientes:

- Liberación de la responsabilidad por daños y perjuicios al deudor de buena fe, artículo 1.107 del Código civil.
- Acreedor de buena fe que hubiera consumido o gastado las cosas fungibles en que se hubiera hecho el pago, artículo 1.160 del Código civil.

Como otros aspectos dispersos, con apoyo textual más o menos claro, pero que responden a la aplicación directa o indirecta del principio de la Buena Fe, cabe citar:

- Modo de prestar el cumplimiento: cumplimiento parcial, artículos 1.157 y 1.169 del Código civil.
- La doctrina de la «Verwirkung» en relación con el cumplimiento de las obligaciones, especialmente en cuanto al abuso de la excepción de prescripción.
- Deberes accesorios que acompañan al cumplimiento: El deber de rendir cuentas que se impone al que se ocupa de asuntos ajenos, y de asuntos propios y ajenos al mismo tiempo; obligación que se tipifica en la tutela—art. 280 del C. c.—y en el mandato—art. 1.720 del C. c.—. Los que exigen un especial deber de diligencia, como sucede en el contrato de obra, según que se haya o no pactado que el contratista ponga el material, aparte de su trabajo—arts. 1.588 y sigs. del C. c.—, resultando proporcionada a los distintos supuestos la disciplina del riesgo. La obligación que pesa sobre el arrendador de realizar las reparaciones necesarias sin perturbar los derechos del arrendatario—art. 1.558 del C. c.—, y la de éste de comunicar toda usurpación o novedad dañosa, o la necesidad de reparaciones en la cosa arrendada—art. 1.559 del C. c.—.

La Buena Fe en las obligaciones extracontractuales se desarrolla a base del examen del supuesto del cobro de lo indebido que el acreedor hubiera gastado o consumido de Buena Fe (incompatibilidad entre Buena Fe y falta de causa); de la excepción por razón de la Buena Fe a la regla de incompatibilidad formulada, y de los efectos de la Buena o Mala Fe en los casos normales de aplicación al pago o cobro de lo indebido.

Aunque en nuestro Derecho no exista un precepto general que imponga el que las relaciones precontractuales hayan de desarrollarse conforme a la Buena Fe, puede construirse esta doctrina a través de las consecuencias particulares dispersas en el articulado del Código civil—arts. 1.474 y sigs., 1.590, 1.687, 1.716 y 1.804—sobre la base del artículo 1.902, con lo cual se pueden contraponer aque-

llas situaciones en que, mediando culpa, se aplique un tratamiento determinado que genere una responsabilidad, a aquellas otras en que o bien se agrave aquélla por mediar la Mala Fe o se aligere por mediar un comportamiento correcto o fundado en un error excusable.

Otro tanto cabe pensar de la doctrina del error obstativo o error impropio, que determina una disconformidad entre la voluntad y la declaración—se quiere una cosa, pero por error se declara otra—, y que se diferencia del error vicio del consentimiento en que mientras éste genera la nulidad del negocio el obstativo produce la inexistencia del mismo dando lugar al restablecimiento del equilibrio perturbado, mediante el desplazamiento de las prestaciones que hayan podido tener lugar como resultado de la apariencia de consentimiento, a través de la indemnización correspondiente, como una consecuencia del enriquecimiento injusto, en concreto, o de la aplicación de la Buena Fe, en abstracto, o del mantenimiento del negocio mismo. Finalmente, los efectos postcontractuales del contrato, es decir, los deberes de conducta, que fundados sobre la Buena Fe pueden sobrevivir a la liquidación de una relación contractual, se examinan dentro del Código civil, en los artículos 1.577, 1.581 y 1.587, así como en el artículo 1.600 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

A diferencia de lo que sucede con las derivaciones de la Buena Fe en los derechos de obligación, en los que dada la unidad del principio se hace difícil separar la Buena Fe objetiva de la subjetiva, en los derechos reales se encuentra configurada de una manera más compacta como Buena Fe subjetiva, siendo aplicaciones concretas que el ordenamiento hace de la misma:

- Configuración de la posesión de Buena Fe, artículos 433 y 1.950 del Código civil.
- Características y condiciones de la Buena Fe posesoria, artículos 434 y siguientes del Código civil.
- Adquisición de frutos por el poseedor de Buena Fe, artículos 451 y siguientes del Código civil.
- Régimen de gastos y mejoras, responsabilidad del poseedor de Buena Fe, artículos 453 y siguientes del Código civil.

A continuación se estudian los efectos de la Buena Fe en el campo de la accesión, artículos 353 y siguientes; la Buena Fe requerida para la usucapión, artículos 1.941 y siguientes, y la Buena Fe en la transmisión posesoria a título hereditario, artículos 440 y 442 del Código civil.

Al tratar de las relaciones entre la Buena Fe y la Apariencia, justifica el autor el hecho de no haber desarrollado algunas de las aplicaciones de la Buena Fe, que ya han sido objeto de un tratamiento muy autorizado, como ocurre con la doctrina en torno al artículo 464 del Código civil, o la de las adquisiciones a *non domino* en materia de inmuebles en relación con la fe pública registral —arts. 1.473 del C. c. y 34 de la L. H.—, pues no sólo exceden de las proporciones de un trabajo como el presente, sino que por plantear la cuestión con un aspecto de la apariencia fuertemente tipificado a través de una lenta evolución histórico-dogmática y de un proceso legislativo tan interesante como nuestro Derecho hipotecario, verdadero Derecho culto, o Derecho de juristas (*Juristensrecht*) de nuestra época, y por sus relaciones con la teoría del título y del modo, obliga a reconocer en ellas, y sin negar en absoluto a este campo sus relaciones con la Buena Fe, un tratamiento autónomo que justifica su omisión en este lugar.

Como supuestos particulares en la relación entre Buena Fe y Apariencia, destaca:

- Pago de Buena Fe al acreedor aparente, artículo 1.164 del Código civil.
- La concurrencia de la Buena Fe del mandatario y de los terceros para la validez de los actos realizados, habiendo cesado aquél, artículo 1.738 del Código civil.
- Supuesto del adquirente de Buena Fe de la cosa permutada cuando el que la permutó pierde la suya por evicción, artículo 1.540 del Código civil.
- Efectos de la Buena Fe frente al ejercicio de la acción pauliana, artículos 1.295 y siguientes del Código civil.
- La Buena Fe en las enajenaciones efectuadas por el heredero aparente.

- Los efectos del matrimonio putativo.
- Los efectos de la inexistencia del negocio jurídico.

El estudio sobre el principio de la Buena Fe finaliza con el desarrollo de las formas típicas de la actuación procesal de la misma, la acción publiciana y el examen de la *exceptio doli generalis*.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

PÉREZ SERRANO, Nicolás: *Dictámenes*. Recopilados y concordados por Luis Tejada González. Nota-prólogo del profesor Antonio Hernández-Gil. Tomo I: *Derecho civil*. Tomo II: *Derecho Mercantil*. Madrid (Dossat), 1965; 761 + 672 págs.

Por su carácter de «fuente de enseñanzas y obligado homenaje» a la memoria del ilustre profesor don Nicolás Pérez Serrano, califica en la Nota-prólogo el profesor Hernández-Gil de «feliz acontecimiento» la publicación de estos *Dictámenes*, en los que se refleja la «lograda armonía entre el realismo de la vida y el rigor de la ciencia» que caracterizó al insigne jurista.

Los *Dictámenes*, en efecto, campo en que se cruzan «la realidad indispensable a la Ciencia del Derecho y la serena explicación intelectual de los puntos de vista en el tratamiento de las cuestiones», son «tarea libremente realizada sin los condicionamientos limitativos de los trabajos forenses», como muy bien expone en el mismo lugar el profesor Hernández-Gil, de donde deriva el elevado valor docente que en ellos se contiene.

Si esto es cierto en general, más aún lo es en el caso que nos ocupa, ya que el detenido análisis de los hechos y la rigurosa meditación del Derecho aplicable son características del estudio de los variados supuestos (85 de Derecho civil y 151 de Derecho Mercantil) que se contienen en los dos tomos.

No es menester insistir en los utilísimos conocimientos que se obtienen de la lectura de esta colección de «respuesta», en que es

reducida a ordenación la compleja trama de las relaciones de la vida, obteniéndose siempre enjundiosas consecuencias en Derecho y en la que se puede apreciar alta dosis de *prudencia* (que el propio don Nicolás consideró como virtud forense ética de gran valor teórico y práctico).

La bibliografía jurídica española no es desgraciadamente muy rica en este tipo de publicaciones. Una razón más para que compartamos la opinión del profesor Hernández-Gil sobre la aparición de esta obra.

V. L. M.

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Octubre-diciembre de 1966.

Notas sobre la tutela para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales de los presuntos incapacitados, por Francisco de Asís Sancho Rebullida, pp. 767 a 775.

Frente a la tesis doctrinal más extendida, que ve en el artículo 1.323 del Código civil una tutela limitada, desprovista de protutor y consejo de familia, que desaparece una vez otorgadas las capitulaciones, el autor la califica de orgánica y estable, cuya especialidad no radica en ese pretendido carácter impersonal y transitorio, sino más bien en su anticipación y eventual firmeza.

La conmutación de la legítima de los hijos naturales reconocidos, por Antonio Gullón Ballesteros, páginas 779 a 794.

Frente a la conmutación de la legítima del viudo, cuyo fundamento está en la consideración económica de evitar la desmembración dominical, la del hijo natural reconocido se halla más bien en el

trato de desfavor a la familia natural. No obstante, como la confrontación de ambos preceptos no debe quedar en su «ratio», el autor pretende extraer de los mismos interpretaciones que permitan integrarlos del modo más completo posible, para ver en qué medida las soluciones válidas a los problemas que plantea el primero puedan tener encaje en el segundo.

Efectos del matrimonio sobre los inmuebles adquiridos en España por norteamericanos, por Manuel Sáinz López Negrete, pp. 795 a 828.

El Derecho privado de Estados Unidos se halla fragmentado en cincuenta legislaciones diferentes; ello hace extraordinariamente complejo el estudio de este problema. Las conclusiones a que llega el autor son, en síntesis, las siguientes: existiendo convención matrimonial, se aplicará la misma en cuanto no afecte al orden público español. No existiendo convención precisa distinguir varios supuestos:

a) La adquisición que se verifique por uno de los esposos aisladamente crea presunción de titularidad a su favor.

b) La enajenación de inmuebles comunes exige el consentimiento de

ambos esposos, salvo en algún caso aislado (Estado de Louisiana y provincia canadiense de Quebec); en cambio, y por regla general, ambos pueden enajenar libremente sus bienes propios.

c) El derecho de viudedad, en su fase expectante, al igual que el aragonés, es un derecho real «desconocido en el sitio del inmueble», de modo que la ley personal norteamericana cede ante la «lex situs» española. Una vez disuelto el matrimonio, el derecho expectante se convierte en un «life interest» del cónyuge sobreviviente, sujeto a las normas de nuestro usufructo, en cuanto a su régimen y a la Ley norteamericana, en cuanto a su existencia, duración y extensión.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 102, octubre-diciembre de 1966.

El nacimiento del Derecho sobre la marca, por Carlos Fernando Novoa, pp. 187 a 241.

Estima el autor que la adecuada tutela del interés general de los consumidores, y los particulares de los empresarios, aconseja preconizar en orden al nacimiento del Derecho sobre la marca, un sistema mixto que permita el doble juego de los principios de prioridad en el uso e inscripción registral.

La posición jurídica del socio industrial, por Mercedes Vergez Sánchez, pp. 243 a 309.

Se delimita, en primer lugar, el concepto de aportación de industria y las diversas formas en que se materializa, frente a la aportación de «bienes» y a los supuestos dudosos de la primera. Se analiza después la posición jurídica del socio, conjunto de derechos y deberes que le corresponden dentro del complejo social, en nuestro sistema y en el Derecho comparado, para concluir con una revisión crítica de los planteamientos legales vigentes

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Marzo de 1967.

Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto cuando un instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos (conclusión), por Manuel Albala-dejo, pp. 195 a 202.

Expuesto hasta aquí el estado del problema en estudio, partiendo de la incompatibilidad de los artículos 682-687, por un lado, y 754-755, por otro (cfr. nuestra reseña en el número 458 de esta misma Revista), razona ahora el autor su punto de vista, que sintetizamos así: No hay incompatibilidad entre tales preceptos, y no es inútil admitir separadamente la nulidad del testamento y la nulidad de la disposición aislada, pues la institución de un testigo puede dar lugar a ambos, siendo utilizable cada una cuando proceda y por la persona a quien corresponda invocarla. La institución de un testigo inidóneo,

no debe, en cambio, anular la disposición a favor de éste; como tampoco parece que sean aplicables las prohibiciones en estudio cuando el futuro sucesor no es elegido «intuitu personae», y sin olvidar que el rigor de la Ley podrá mitigarse en ciertos casos por una jurisprudencia equitativa que resuelva ponderadamente los casos concretos.

¿Es elevable «la renta legal» de los contratos de arrendamiento urbano por ser repercutible en ella la tasa de equivalencia?, por Ernesto Bellve, pp. 203 a 207.

Estima el autor que teniendo esta tasa una naturaleza económica distinta al Impuesto de Plusvalía, y no hallándose previsto en la vigente Ley de Arrendamiento su repercusión o derrama en la renta legal, es preciso acoger la solución negativa, como más ajustada a Derecho.

Abril de 1967.

Propiedad y contratación forestales en Derecho civil, por José Javier López Jacoiste, pp. 277 a 303.

Las cuestiones fundamentales que plantea la propiedad forestal son, a juicio del autor, su existencia como propiedad privada, su configuración como entidad real y su tratamiento como objeto de negocios jurídicos. Su existencia implica una incesante tensión entre formas públicas y formas privadas (como revela su examen histórico). Su entidad real, el bosque, crea el tema de su configuración estética o estructural y aprovechamiento funcional.

Como objeto de negocios jurídicos, da lugar a aprovechamientos en los que el árbol, de por sí inmueble, puede entrar en consideración como mueble, con el consiguiente problema del carácter mobiliario o inmobiliario de la contratación, así como su dinámica y configuración.

El acto en fraude de la Ley como especie del acto contrario a la Ley, por José María Martín Oviedo, pp. 304 a 315.

Partiendo del análisis de los conceptos «fraude a la Ley» y «acto contrario a Ley», se intenta después la configuración del primero como una especie concreta del segundo, para exponer finalmente los efectos del acto contrario a Ley, su aplicación directa al tratamiento del fraude fiscal, y, en definitiva, la infracción fiscal que se realiza a través de aquél.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Número 57, octubre-diciembre de 1966.

Red nacional de información económico-contable agraria, por Antonio Herrero Alcón, pp. 7 a 27.

Determinación de la dimensión óptima de explotaciones familiares en una comarca típica del secano español, por Emilio Gómez Manzanares, pp. 29 a 51.

Pretensión fundamental de este trabajo, según el autor, es hallar una metodología adecuada para de-

terminar la dimensión óptima de explotaciones familiares agrarias. Aceptada como más idónea la normativa basada en la utilización de la programación lineal, se recogen los resultados de la aplicación práctica de este método.

Noción jurídica de la empresa agraria, por Luis Amat Escandell, páginas 55 a 107.

El autor intenta tres procedimientos para perfilar el concepto jurídico de la empresa agraria: el análisis de sus elementos y actividad; su confrontación con otras figuras afines (hacienda, explotación y empresa mercantil), y el estudio del Derecho positivo, tanto español como extranjero, sobre la materia.

Termina pronunciándose por la necesidad de reafirmar la posición de la empresa agraria como institución jurídica, merecedora de mejor y más cuidada ordenación por parte de las legislaciones positivas.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 270, marzo de 1967.

Ley de Reforma Tributaria de 1964. Impuestos indirectos, por Manuel Rodríguez García, pp. 162 a 168.

Número 271, abril de 1967.

Ley de Reforma Tributaria de 1964. Impuestos indirectos (continuación), por Manuel Rodríguez García, pp. 274 a 288.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Enero-marzo de 1967.

Derecho y sociedad de masas, por Juan Vallet de Goytisolo, pp 7 a 62.

F. M. C.

