

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLI * Noviembre-Diciembre 1965 * Núms. 450-451

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; y

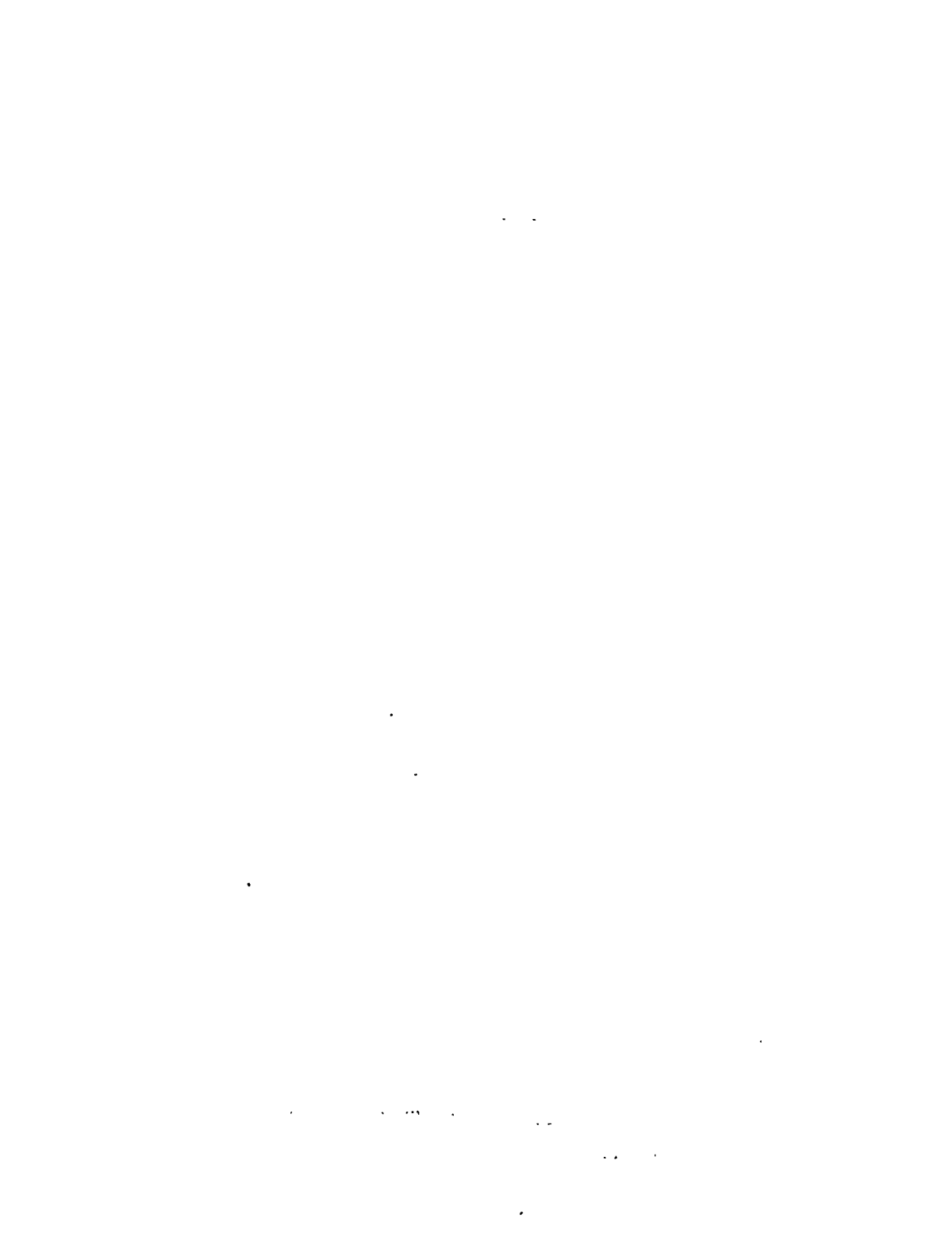
Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

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

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

Precio : 200 pesetas al año.



SUMARIO

	Págs.
ESTUDIOS:	
<i>La venta con reserva de dominio en tierras pertenecientes a los entes de colonización en Italia</i> , por el Profesor Enrico Bassanelli (Traducción A. M. S.).....	1433
<i>El negocio jurídico real abstracto</i> , por Philip Heck (Traducción de Manuel Gómez Valenzuela, revisada por José Luis Lacruz Berdejo).	1443
<i>El condominio del buque</i> , por Luis Díez Picazo.....	1511
NOTAS:	
<i>La donación que no es donación</i> , por Pedro Porras Ibáñez.....	1531
LEGISLACION:	
<i>Crónica legislativa</i> , por Francisco de Cossío.....	1541
VIDA JURIDICA:	
<i>Apertura de los Tribunales</i> , por Fernando Muñoz Cariñanos.....	1551
<i>Crónica: Transformación de Sociedad, cesión de acciones y resolución de los contratos por incumplimiento</i> , por Juan L. Pérez Mulet.....	1553
DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES:	
<i>Un problema de calificación</i> , por Manuel Fernández-Bugallal.....	1565
JURISPRUDENCIA:	
<i>De la Dirección General de los Registros y del Notariado</i> , por Ginés Cánovas Coutiño.....	1571
<i>Civil</i> , por Bartolomé Menchén.....	1585
<i>Arrendamientos</i> , por José M. ^a González.....	1607
<i>Contencioso-administrativa</i> , por Jesús González Pérez y Salvador Ortolá.....	1618
<i>Procesal</i> , por José M. ^a González López.....	1666
<i>Fiscal</i> , por José María Rodríguez-Villamil.....	1677
LIBROS:	
<i>La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español</i> , de Diego Espín Cánovas, por Ramón Gabriel Sánchez de Frutos.....	1687
<i>La cooperazione del creditore all'adempimento</i> , por Giovanni Cattaneo, por Luis Montés.....	1695
<i>Derecho de obligaciones</i> , de Lino Rodríguez Arias, por Carlos Huidobro.....	1702
<i>La colación</i> , de José Luis de los Mozos, por Carlos Huidobro.....	1703
REVISTAS:	
Por Fernando M. Cariñanos.....	1711

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

Depósito legal: M. 968.—1958

ESTUDIOS

La venta con reserva de dominio de tierras pertenecientes a los entes de colonización en Italia (*).

El Código civil italiano contempla la venta con reserva de dominio en la sección dedicada a la venta de cosas muebles (artículos 1.523-1.526); ello ha sido la causa de que más de un autor haya defendido la tesis de la no aplicabilidad del pacto a la venta de inmuebles. Parece, sin embargo, que no hay razones poderosas para excluirlo, si se tiene en cuenta el principio de la libertad de contratación.

No basta con decir que el vendedor está ya tutelado por la hipoteca legal contra el riesgo de que el comprador no pague el precio y que, por tanto, es inútil el pacto, consistente en retrasar el desplazamiento de la propiedad hasta el momento del pago íntegro del precio. La garantía constituida por la reserva de dominio es más amplia que la brindada por la hipoteca al evitar el proceso de expropiación. Cuando se ha pactado la reserva de dominio en la venta de inmuebles no surge la hipoteca legal por la razón de que gravaría una cosa que es todavía propiedad del propio acreedor, y además porque la garantía que supone está ya

(*) Por el indudable interés que a mi juicio reviste la conferencia pronunciada en el I. N. E. J. por el Profesor de Derecho Agrario de la Universidad de Bolonia Dr. Enrico Bassanelli, hemos creído conveniente su traducción y publicación en nuestra revista. Puede constituir un precioso elemento de trabajo para los estudiosos de estas materias y pone de relieve la ligereza de algunas críticas dirigidas a instituciones que cumplen finalidades en este sector dentro de nuestro país. (ANTONIO MORO SERRANO, Registrador de la Propiedad.)

embebida de modo indirecto en la reserva de dominio, que es una garantía más eficaz que la de la propia hipoteca.

La venta con reserva de dominio ha sido explicada como venta condicional. Pero contra tal tesis se argumenta ágilmente de que el hecho futuro e incierto sería el eventual incumplimiento por el comprador, y tal incertidumbre se encuentra en todos los contratos, lo que nos llevaría a concluir que todos los contratos son condicionales. Este argumento no está privado de peso, ya que el Código civil vigente estudia, dentro de la rescisión de los contratos, toda señal de cláusula resolutoria tácita. No hay condición suspensiva en esta transferencia del derecho, porque al término del pago el desplazamiento se produce *ex nunc* y no *ex tunc*, como debería ocurrir por el principio de retroactividad de las condiciones.

En realidad, se trata de un pacto normativo por el que la voluntad de transferir, propia de todo contrato de venta, se realiza al tiempo de pagar por entero el precio, que tiene lugar con posterioridad a la entrega de la cosa vendida. Limitado este pacto a sus justas proporciones, se ve que no presenta ninguna novedad de importancia respecto de los principios técnicos de la venta. Ellos postulan la correlatividad de las prestaciones patrimoniales que se resuelven en la ejecución simultánea de las mismas. La regla general es, pues, el cumplimiento simultáneo de las prestaciones, la entrega de la cosa y el pago del precio; pero en la venta con reserva de dominio donde el pago del precio aparece diferido en el tiempo viene diferido igualmente no la entrega de la cosa, pero si la atribución patrimonial del vendedor, ya que el tránsito del dominio se produce al tiempo del pago íntegro del precio.

La entrega de la cosa al comprador, el tránsito de los derechos de disfrute y de los riesgos, tiene lugar desde el primer momento, pero el poder de disposición permanece en el vendedor, aun cuando no pueda hacer uso del mismo mientras el comprador cumpla. Antes de que se produzcan los efectos definitivos de la compraventa el contrato produce efectos transitorios, permaneciendo durante este tiempo desmembrado el derecho de propiedad; el contenido económico está en manos del adquirente,

mientras que la titularidad del derecho lo está en las del transmitente.

Tal situación jurídica, por estar llamada a prolongarse durante un cierto periodo de tiempo, se presta a ser utilizada para satisfacer otros intereses de las partes que en principio se pueden considerar ajenos a los fines de la compraventa, pero pueden añadirse a la misma.

La utilización del contrato de compraventa con reserva de dominio para fines distintos de los perseguidos por el mencionado contrato está muy extendida en Italia en la venta de tierras por los entes públicos.

Como consecuencia de acontecimientos que no es momento aquí de recordar, los entes públicos se han hecho dueños de una extensa propiedad inmobiliaria con fines colonizadores. Persiguen transformar las estructuras agrarias, colonizando la tierra según planos y programas aprobados por el Ministerio de Agricultura. Según las Leyes que rigen estas entidades, la propiedad de la tierra es sólo temporal, dura el tiempo necesario para crear unidades orgánicas de cultivo que deben ser vendidas a continuación a los agricultores. Prescribe dicha legislación igualmente que los entes de colonización cedan la tierra a los colonos mediante contratos de venta en los que está previsto el pago diferido del precio y la reserva de dominio.

El colono recibe inmediatamente la posesión de la finca e inicia su cultivo; las ganancias que obtiene contribuyen al pago progresivo del precio, como ocurre cuando son comprados a plazos los instrumentos de una actividad profesional. La propiedad del fundo se transmite pasados treinta años, al tiempo de pagar la última cantidad. Estos son los efectos normales del esquema del contrato de compraventa con reserva de dominio perfilado en el Código. Pero al lado de ellos se producen otros que el Código ignora: la obligación de cultivar la finca, la de habitar en la misma, la de tener en el fundo las *scorte vive e morte* fijadas por el vendedor, la de dirigir la explotación según las directrices del ente y la de hacer las obras señaladas en el plano elaborado por el mismo.

Parece innecesario tener que señalar que hasta el paso de la propiedad de la finca al agricultor, es decir, durante el tiempo

entre la entrega de la posesión y la de la propiedad, el colono posee y disfruta una cosa ajena, debiendo guardar la diligencia de un buen agricultor. Esta diligencia, en lo tocante a las fincas rústicas, se manifiesta en una actividad perseverante de cultivo con medios adecuados y con sujeción a las enseñanzas de las técnicas agrícolas. De modo que el interés del vendedor de asegurarse, para el caso de la eventualidad de la resolución del contrato, la recuperación del fundo en condiciones no distintas de aquellas en que se entregó, no justifica la obligación de efectuar obras nuevas y de cultivar según una particular dirección. Es evidente que aquí estamos fuera de los intereses conexos al cambio de la propiedad contra el pago de un precio

El significado de estos pactos particulares se pone de manifiesto en la cláusula que prohíbe al comprador pagar el precio totalmente antes del transcurso de los treinta años fijados en el contrato. La cláusula es muy significativa, ya que demuestra que el pago diferido, que a primera vista parece ser una ventaja para el comprador, no lo es tanto. La prohibición que pesa sobre el comprador demuestra la presencia de un interés del vendedor en asegurar la duración por treinta años del contrato. Resulta innecesario tener que observar que este interés hay que ponerlo en relación con las obligaciones del comprador que se proyectan en el tiempo y que se refieren a la realización de las obras de mejora y a las directrices que deben observarse en la realización de los cultivos.

La presencia de este intervalo entre la conclusión del contrato y el desplazamiento de la propiedad, crea esta relación temporal, que presenta analogías con el contenido del contrato agrario de mejora. En principio, las partes quieren el fin típico de la venta con efectos reales diferidos o retardados; y con este fin concluyen una venta propiamente dicha, pero después, para alcanzar un efecto práctico ulterior, lo orientan hacia un fin que es extraño a la compraventa, produciéndose aparentemente una discordancia entre el medio empleado y el fin práctico perseguido.

Para entender la función exacta de esta venta anómala conviene tener presente que el vendedor es un ente público que obra para dar cumplimiento a sus propios fines institucionales. El uso cada vez más extendido en la acción administrativa de medios e

instrumentos de derecho privado creo se trata de un fenómeno difundido en la actualidad por todas partes al intensificarse el intervencionismo del Estado en materia económica y social; en Italia es por demás frecuente.

La posición privilegiadamente fuerte del ente público se manifiesta en el modo en que el contrato se perfecciona, que presenta todas las características de un contrato de adhesión. La fase preliminar en el camino de formación o celebración del contrato está casi suprimida, o al menos en gran parte reducida. El contenido se fija en parte por las Leyes y en parte por el ente público sobre la base de directrices ministeriales, que se someten a la simple aceptación del otro contratante, sin que se le reconozca la oportunidad de participar en el mismo. Su única facultad reside en adherirse o no al contenido negocial.

En el contrato de adhesión el esquema preordenado del contenido se justifica por estar destinado a repetirse en una serie indefinida de negocios iguales. Para el organismo colonizador, el recurso del contrato de adhesión es una necesidad, ya que mediante las cláusulas uniformes impone a todos los compradores, sobre las tierras enajenadas, la aplicación de sus planes de transformación agraria ya señalados.

Se pretende que al tiempo de la venta todas las obras mayores, así como los trabajos preliminares de saneamiento y mejora, creadores de las nuevas unidades, estén realizadas, ocupándose los contratos solamente de los trabajos complementarios y de perfeccionamiento. El plano de transformación elaborado por los entes públicos comprenderá todas las tierras situadas en la zona de que se trate y será unitario en su forma y contenido. Esta unidad deberá reflejarse en la uniformidad de las cláusulas de los contratos singulares, cada uno de los cuales constituirá una pieza del gran mosaico, con los que se pretende llevar a cabo los planes de transformación.

El asentamiento de los colonos, en un momento anterior a la clasificación definitiva de las tierras, persigue una doble finalidad: Primero suscitar la colaboración de los particulares en la consecución de los fines últimos del ente; los colonos, por su parte, están interesados en la ejecución de las obras, ya que conducen a la capitalización del trabajo que un día encontrarán en su

propio patrimonio, así como adaptar la nueva hacienda del modo más apropiado a las exigencias de la familia. En segundo lugar, el celo prestado en esta colaboración es uno de los datos tenidos en cuenta al tiempo de seleccionar los futuros propietarios.

Ha llegado el momento de decir que el fin del ente colonizador es el de favorecer con el reparto de tierras el encuentro entre la propiedad del suelo y la familia agricultora. No basta facilitar la adquisición para realizar la unión entre el colono y la tierra; hay que estabilizar esa unión. EINAUDI decía «que agricultor capaz de adquirir y conservar la tierra no es sinónimo de cultivador. No todo cultivador que adquiera la propiedad de la tierra llega a convertirse en propietario definitivo. Se necesita un largo aprendizaje, sentido de la responsabilidad, experiencia en los negocios. Cualquier persona, con ayuda de la Ley, puede llegar a ser fácilmente propietario, pero no es seguro que el encuentro con la propiedad dé vida a una unión duradera y si, en cambio, a una atadura efímera de la que resulten empobrecidos el hombre y la tierra».

Frente a estas exigencias que la experiencia denuncia el ente colonizador se propone cumplir durante estos treinta años una selección entre los aspirantes a la propiedad. Les somete a una prueba sobre el modo de dar cumplimiento a las obligaciones que, como la realización de los cultivos, son comunes a todos los contratos agrarios, lo cual explica el interés del vendedor en las vicisitudes de un bien ya vendido. El cumplimiento de estos intereses conceptualmente extraños a la venta asume para las partes gran importancia, constituyendo un elemento integrante del ensayo empírico, hasta el punto que si no se da cumplimiento al mismo el contrato se resuelve. Sólo cuando el cultivador ha soportado esta larga prueba llega a la meta de la propiedad. Para no correr el *alea* de ofrecer un esquema inacabado de esta relación jurídica, conviene añadir que esta red de obligaciones y de límites que se cierne sobre el comprador proporciona al vendedor el medio de desarrollar una constante acción tutelar de fomento y de vigilancia sobre las haciendas agrarias. no para ventaja de los intereses egoístas y lucrativos del ente, sino para mejor suerte de las nuevas empresas en interés de la colectividad. Extremadamente significativa resulta la obligación del adquirente, de

participar en las sociedades cooperativas constituidas por el establecimiento colonizador entre los labradores que proporcionan a los colonos bienes, servicios, financiamientos en condiciones favorables con el fin de ayudar a las débiles estructuras técnicas de las nuevas haciendas.

La acción confiada al ente público sobre la forma de llevar las unidades agrarias es una forma más de planificación en la agricultura. Si planificar significa imponer fines y medios idóneos para alcanzar objetivos racionalmente coordinados entre sí y preparar los medios instrumentales y jurídicos oportunos, aquí, con todo derecho, puede hablarse de planificación. La planificación por el ente se desarrolla en dos momentos: en un principio y antes de la venta como actividad interna del ente, con la preparación de las fases iniciales del programa, con los trabajos de fondo y con la introducción de nuevas técnicas del cultivo. Esta actividad está llamada a extenderse hacia el exterior, dado el carácter temporal del derecho de propiedad del ente. Mirando al futuro, las obras realizadas en esta fase inciden duraderamente sobre los bienes destinados a ser objeto de las unidades de explotación, condicionando la forma de llevar las tierras por la obligación que asumen los compradores de conservar la situación de las fincas durante el treintenio.

En un segundo momento, la acción planificadora se manifiesta al exterior vinculando la conducta y la selección de los colonos en atención a su forma de cultivar la tierra, lo cual no es si no manifestación de una situación predominante que no es tanto expresión de autoridad del organismo público cuanto del resultado de un contrato.

Estamos en presencia de una nueva forma de intervención pública en la agricultura, cuya originalidad no está en promover un reparto de tierras entre sujetos que antes carecían de ellas, sino en el imprimir una determinada dirección a las explotaciones agrícolas de los nuevos propietarios, según un programa orgánico, durante un largo período de tiempo, con la certeza de que las nuevas unidades orgánicas nacerán vivas y viables y dentro de un ambiente preparado para recibirlas.

En la opinión concorde de la doctrina y de la jurisprudencia, las cláusulas de estos contratos de los que hablamos no permiten

en ningún modo afirmar que el control correspondiente al ente presuponga su poder económico. Si se consideran todos los aspectos de las relaciones entre el ente y los compradores y la práctica seguida en la ejecución de los contratos, es necesario convenir que el cultivador que invierte su trabajo y capital en la tierra, en espera de alcanzar la propiedad, asume todos los poderes del empresario. A él corresponden las ganancias y las pérdidas de su gestión. Es verdad que el vendedor se reserva por contrato, hasta que transmite la propiedad, el poder exigir la aplicación de ciertas técnicas, según el tipo de cultivo, la ejecución de los trabajos previos; pero no es menos cierto que el cultivador goza de una autonomía en la ejecución de las obras y en el giro o tráfico de su explotación. No es un trabajador subordinado. En cierto sentido presenta analogías con nuestro arrendamiento para mejorar, con obligación de introducir las mejoras señaladas por el arrendador, sin que nadie dude de que el colono reviste la figura de un empresario.

Llegados al final en la descripción de este tipo particular de venta con reserva de dominio, se nos plantea el siguiente problema: ¿Por qué con la finalidad de desarrollar una acción planificadora en la agricultura, con pretensiones de renovación social, ha sido necesario recurrir a la formación de una extensa propiedad fundiaria en manos de los entes públicos, solicitando la colaboración de los particulares mediante contratos de venta con reserva de dominio? Además, hoy, en un momento en el que todo el mundo repite que la propiedad privada de la tierra es por su estructura la más propia para cumplir funciones de orden social, ¿no habría sido más sencillo imponer la planificación colectiva a las haciendas privadas en base a programas preparados por órganos del Estado? Existe en Italia una Ley para la transformación obligatoria de la tierra según planes redactados por el Ministerio de Agricultura o por su encargo. Impone la Ley al propietario seguir con el concurso financiero del Estado tales o cuales obras, según las previsiones del plano, ya un canal para la irrigación de tierras áridas, ya una red de caminos (se trata de obligaciones con un contenido bien definido), ya una obligación de hacer o de no hacer, que en todo caso se refieren a modificaciones que han de introducirse en el bien objeto del derecho de propiedad, la tierra, no extendiéndose

jamás al ámbito de la gestión económica de la verdadera y propia actividad empresarial. La mejora tiene aquí un estricto sentido de planificación de la tierra, pero la ordenación a que miran los entes públicos de colonización tiene por objeto la organización productiva y el mismo ejercicio de la actividad agrícola.

Sin embargo, la hipótesis de una Ley planificadora coactiva de las empresas agrícolas privadas suscita mucha perplejidad. Una Ley que, además de determinar con límites negativos el área dentro de la cual el individuo puede obrar con independencia, contenga también límites positivos para obligar al particular a alcanzar fines que le son extraños en todo o en parte, parece ir contra la constitución que garantiza la autonomía de los particulares en el ejercicio de sus propios intereses económicos. La duda parece tanto más razonable cuando se considera que un sistema planificador se compone de un conjunto de normas en las cuales el aspecto y el efecto principal es propiamente la totalidad, la sistematicidad, la suma de normas y de prohibiciones con objeto de constreñir al particular a cumplir en el ejercicio del cultivo aquellas medidas que el Estado quiere que sean efectuadas.

En esta situación dominada por la idea de disfrutar en una dirección única, la esfera restante, en la que el individuo puede todavía moverse a su arbitrio, resulta igualmente influida, por lo que conviene hablar más que de autonomía de prudente arbitrio en el modo de satisfacer los intereses individuales, que deben estar supeditados a los generales. Se puede, por tanto, fundadamente pensar que la aplicación de una Ley planificadora obligatoria de las empresas agrícolas acabaría con la autonomía individual, que es presupuesto indeclinable de la empresa.

Y aquí se manifiesta la originalidad de los contratos de venta de tierras utilizados por los entes de colonización: en vez de imponer por una Ley la actuación de un programa unitario de renovación de la agricultura según unas normas coactivas, la intervención tiene lugar de modo indirecto, en el sentido de vincular mediante unos contratos de adhesión a los particulares a dirigir sus propias explotaciones agrícolas, según ciertas directrices, en la esperanza de que la empresa será un día realizada en suelo propio. El poder económico, que no puede ser coartado por prescripción legal, puede, en cambio, estar sometido a un programa

y a un control a través de un contrato libremente celebrado; para la realización de este fin, además del de la transmisión del dominio, se encaminan los contratos de venta examinados. En ellos, el largo intervalo de tiempo que media entre el comienzo de la ejecución del contrato y el momento en que se opera el desplazamiento de la propiedad está integrado por el desarrollo de una relación de goce de naturaleza obligatoria que postula el deber del adquirente de procurar dirigir su empresa según ciertos principios y directrices señalados por el vendedor.

Prof. ENRICO BASSANELLI.

Trad.: A. M. S.

El negocio jurídico real abstracto

PRELIMINAR

El Consejo de Redacción de esta REVISTA se propone traer a sus páginas, dentro de las posibilidades de espacio, trabajos aparecidos en otro tiempo en el extranjero que conservan hoy actualidad, y que, por la personalidad de su autor y su propio contenido, representan un hito, el comienzo o la cumbre de una evolución en temas fundamentales de Derecho privado, sobre todo en sus relaciones con el Registro de la Propiedad. Aportaciones, pues, que han adquirido cierta permanencia y que pertenecen ya al acervo común de la cultura jurídica. Podrán ser —así la presente— pequeñas monografías editadas como tales, o artículos de revista, o acaso el capítulo más significativo de un libro. Pretendemos con ello poner al alcance de nuestros lectores estas producciones interesantes que, de otro modo, difícilmente les serían accesibles, y cuyo valor las hace dignas de ser conocidas directamente.

Inauguramos esta iniciativa con un escrito del difunto profesor HECK (), de cuyas tesis metodológicas se hizo eco por primera vez en España esta REVISTA, en colaboraciones de don JERÓNIMO GONZÁLEZ aparecidas hace más de treinta años. Con la presente traducción deseamos, de una parte, completar el conocimiento teórico de tales tesis con una aplicación práctica de ellas hecha por el propio*

(*) *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft.* Editorial Mohr. Tübinga, 1937.

HECK; de otra, difundir en nuestro país, donde no hace mucho tiempo se admiraba ciegamente el sistema abstracto del BGB en la dinámica de los derechos reales, una lúcida impugnación del mismo, escrita por un gran jurista alemán, que viene a propugnar, a fin de cuentas y sin señalarlo ni (prácticamente) percatarse de ello, directrices tan aproximadas en muchos puntos a las que sirven de base al Código civil y la Ley hipotecaria de nuestro siglo XIX, y que no tienen, desde luego, contra lo que parece pensar nuestro autor, origen francés.

SUMARIO: PRELIMINAR: 1. Introducción. Planteamiento del problema y toma de posición.—PRIMERA PARTE. PROTECCIÓN CAUSAL Y PROTECCIÓN AL ADQUIRENTE. CAPÍTULO I. PRINCIPIOS BÁSICOS.—2. a) El método.—3. b) Conflictos de intereses y voluntad negocial.—CAPÍTULO II. EXAMEN DE LOS INTERESES: I. *El interés del tráfico*.—4. La situación de los intereses en caso de una primera adquisición. 5. b) La situación de los intereses en caso de posteriores transmisiones.—II. *El interés de la claridad*.—6. a) Fundamentación jurídico-conceptual.—7. b) La fundamentación juris-política.—III. *El interés de la prueba*.—8. a) La prueba jurídica.—9. b) Los presupuestos de la inscripción.—Apéndice: 10. Casos discutidos de aplicación de la concepción abstracta.—CAPÍTULO III. EL CONTROL DE LA EXPERIENCIA.—11. a) El Derecho del pasado.—12. b) Derechos extranjeros. SEGUNDA PARTE. PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL DE LA CAUSALIDAD DE LA TRANSMISIÓN.—13. a) Los contratos obligacionales abstractos.—14. b) Otros negocios dispositivos.—TERCERA PARTE. ESTRUCTURACIÓN Y SÍNTESIS.—15 a) Problemas individuales de la estructuración.—16. b) Síntesis.

§ 1. *Introducción. Planteamiento del problema y toma de posición.*

1. La Academia de Derecho alemán me confió el encargo de investigar el negocio jurídico real abstracto, enfocando mi trabajo hacia la aplicabilidad de esta institución para la nueva configuración de nuestro Derecho alemán.

El resultado de estas investigaciones conduce a rechazar la configuración abstracta del Derecho vigente para sustituirla por una concepción causal del negocio jurídico real.

2. El hecho de que nuestro BGB haya configurado abstractamente el negocio jurídico real proviene de la historia de su origen

y formación, y es un punto casi no debatido (1). si bien surgen diferencias de opinión acerca del ámbito de la norma (vid. § 10). La concepción abstracta consiste en que la causa que da origen a cualquier negocio juridico real, como a todas las otras atribuciones, no se considera como requisito necesario de la efectividad del negocio, para lo cual basta la oportuna declaración de voluntad de la parte, eventualmente revestida de la forma precisa y encaminada a producir la modificación.

El efecto producido por la declaración es independiente de la causa; la declaración es autónoma frente a ella. El primer proyecto había subrayado esta independencia por medio de una norma (2). El título fué suprimido por la segunda Comisión, pero solamente porque se supuso que la eliminación de la causa había quedado suficientemente expresada por la omisión de cualquier alusión a ella (3).

3. La concepción causal del negocio juridico real es la antítesis de la concepción abstracta; en aquélla, la alteración real depende de que exista una causa justificante, o, como se decía antiguamente, una *iusta causa*.

4. La configuración abstracta del negocio juridico real fué enérgicamente impugnada por la doctrina durante la deliberación

(1) Sólo han surgido dudas acerca de esto de manera esporádica y aislada. Vid. SCHREIBER, en *Gruchots Beiträge*, tomo 52, pág. 513, y para el Derecho de los bienes muebles, NEUNER, loc. cit., pág. 27.

NEUNER interpreta de modo especial el § 929. Nuestro Código dice solamente que el acuerdo y la tradición son necesarios, pero no que sean *suficientes*. La Ley permite, por tanto, pensar en la necesidad de una causa suficiente. En mi opinión, esta interpretación contradice a la realidad de que los requisitos deben enumerarse totalmente; al empleo de la expresión «basta» en el § 929, párrafo 2, y ante todo a la historia de su formación.

(2) El primer proyecto había complementado el § 828 (el actual 873), que trataba de las modificaciones reales sobre bienes inmuebles, con el siguiente precepto: «Para la efectividad del contrato regulado en el § 828 no es necesario expresar la causa. La eficacia del contrato no viene excluida por el hecho de que los contratantes hayan presupuesto causas distintas entre sí, o que la causa establecida por ellos fuera inexistente o inválida. Las prescripciones de los §§ 737 a 748 sobre la reclamación de una prestación por enriquecimiento injusto quedan inmutables».

El § 829 fué extendido, por analogía, al Derechos de los bienes muebles (§§ 874, 983, 1147). Un precepto con la misma formulación estaba incluido en el proyecto en el § 290, párrafo 2, para el nacimiento de la obligación: fué trasladado al 294, referente a la cesión de créditos, y al 312, referente a transmisión y pignoración de otros derechos.

(3) *Protocolos*. II, 3, pág. 64.

del primer proyecto (4), aunque encontró también entusiastas defensores.

En aquel tiempo se creía encontrarla en el Derecho romano antiguo, en la tradición, viéndose en ella una gran conquista de este Derecho. Nada menos que IHERING decía que «este mecanismo, conservado en lo esencial por el Derecho romano tardío, particularmente para la transmisión de la propiedad por medio de la tradición, es probablemente una de las más felices ideas del Derecho romano, y, en todo caso, una de las más fuertes bases de la seguridad de la propiedad» (5). También ZITTELMANN (6) habla calurosamente de la concepción abstracta: «la separación—dice—en la dinámica de los derechos, entre medio y fin, fué uno de los hechos más importantes y pródigos en consecuencias del espíritu jurídico; un hecho sin el cual puede afirmarse decididamente que hubiera sido imposible el desarrollo general de nuestro moderno Derecho del tráfico de bienes», añadiendo más adelante, que «la oportunidad de esta regulación es tan indudable, y esto por causas igualmente válidas para todos los pueblos, que cada Derecho tiene que llegar, tarde o temprano, a la misma conclusión». La redacción definitiva de nuestro Código encontró también defensores. Concretamente, A. VON TUHR (7) se manifestó repetidamente en apoyo de la concepción abstracta, si bien con un cierto recelo ante su justificación jurídico-política. Una fundamentación minuciosa puede encontrarse en BREYHAN (8). Además de estos autores, hay también bastantes otros en el mismo sentido (9). Pero, por otra parte, no dejaron de presentarse ob-

(4) Véase concretamente STROHAL, *Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, en los *Jahrbücher für die Dogmatik*, 27, pág. 335 y ss.; y también KLÖPPEL, con referencia al proyecto del BGB, en *Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts*, 4.ª serie, tomo II, págs. 644 y ss.

(5) *Geist des Römischen Rechts*, III, pág. 208 y ss.

(6) *Die Möglichkeit eines Weltrechts*, en *Allgemeine Oesterr. Gerichtszeitung*, 1888, pág. 210; reimpresión, 1916, pág. 33.

(7) *Allg. Teil.*, II, págs. 110 y ss. *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, tomo 62, págs. 40 y ss.; *Ziv. Arch.*, tomo 120, *Eigentumserwerb aus unsittlichen Verträge*.

(8) Christian BREYHAN, *Abstrakte Uebereignung und Parteiville in der Rechtsprechung*, en *Abhandlungen der Rechts und Staatwissenschaftlichen Fakultät der Stadt Göttingen*, 9, 1929, págs. 120 y ss.

(9) OERTMANN, en *Geschäftsgrundlage*, dice que la concepción abstracta es recomendable «en interés de la libertad y seguridad del tráfico, y desde luego de pleno derecho». Cfr. STAMPE, *Das «causa» Problem des Zivilrechts*, 1904, pá-

jeciones. Se adujo que la seguridad del tráfico, que era lo que la concepción abstracta debía lograr, ya había sido conseguida por la protección a la buena fe (10). Como argumento decisivo, se alegó que la regulación del BGB rompía la conexión entre la norma y la realidad vital. Este punto de vista fué especialmente recalcado por RUMPF (11). Para la conciencia jurídica de los legos, el negocio jurídico obligacional (compraventa) y la voluntad de producir modificaciones jurídicas (transmisión de la propiedad) forman un proceso único, dividido por la concepción abstracta del BGB, de una forma contraria a la realidad. Esta resistencia ha aumentado desde la irrupción del pensamiento nacionalsocialista. La concepción causal es recomendada por distintos autores para nuestro futuro Derecho (12).

5. En mi obra *Conceptos fundamentales del derecho de cosas* (13) adopté una postura ecléctica. Consideraba yo que las razones a favor y en contra se hallaban bastante equilibradas, y que no era exacto afirmar que la concepción abstracta estuviera alejada de la realidad. Un nuevo y más detallado examen ha modificado mi postura. La concepción abstracta era hasta ahora una norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico real. Para un jurista que durante toda su vida haya trabajado sobre esta base, resulta difícil comprender que las cosas puedan discurrir de otra manera, e incluso marchar mejor. Pero, por mi parte, he llegado a cambiar mis concepciones, y ahora pienso que los intereses de la vida se pronuncian claramente en contra de la característica abstracta, que se halla alejada de la realidad, y, sobre todo, no ha surgido de una reflexión inspirada en las necesidades vitales, sino que es un producto de la antigua jurisprudencia

gina 37; ENNECERUS-NIPPERDEY, 139, I, 5; LEHMANN, *Allgemeiner Teil*, § 25, III, página 116; J. W. HEDEMANN, *Sachenrecht*, 4, III, b; COSACK-MITTEIS, *Lehrbuch*, III, 2, b; R. HENLE, *Allgemeiner Teil*, 1926, págs. 148 y ss.

(10) Vid., por ejemplo, KRIEGSMANN, *Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung*, 1905; NEUNER, op. cit., pág. 29. y otros.

(11) *Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den § 138 y 817, BGB*, en *Ziv. Arch.*, 117, págs. 350 y ss. Véase asimismo DU CHESNE, *Sächsisches Archiv*, 1920, págs. 98 y ss.

(12) Vid. KOBER, en *Staudinger*, III, Introducción, VI. Especialmente recomendable es el breve pero convincente trabajo de Heinrich LANGE, *Abstraktes oder kausales dingliches Geschäfts*, en *Deutsches Recht*, 1935, págs. 486 y ss.

(13) *Grundriss des Sachenrechts*, pág. 123, 10. En esta obra llegaba yo a un «determinado equilibrio de los fundamentos».

dencia conceptual. Por eso es conveniente que, al reformar nuestro Ordenamiento jurídico, se sustituya la caracterización abstracta por otra causal. Debo hacer esta afirmación, aun incurriendo en el riesgo de ser contado entre los fanáticos adversarios de la concepción abstracta (14).

6. Esta toma de posición presupone, no obstante, la supervivencia de otras normas del Derecho vigente. Cada particular norma solamente opera en la vida en correlación con otras, dentro de un universo jurídico, y por tanto, no puede ser valorada si prescindimos de toda interdependencia y relación con su circunstancia. En nuestro problema intervienen decisivamente los principios sobre enriquecimiento injusto de los §§ 812 y siguientes, los del Derecho concursal y los de la protección a la adquisición de buena fe. Por tanto, hemos de partir de la supervivencia de estas normas. Así, la seguridad jurídica no quedaría disminuida lo más mínimo por una caracterización causal, pues no es de esperar que tales principios sean abandonados.

7. El problema no surge solamente en relación con las transmisiones de la propiedad, sino para todas las modificaciones jurídico-reales. Pero en todos los casos deben ser tenidas en cuenta las mismas consideraciones. Por esto, para alcanzar mayor claridad en mis explicaciones, centro mi exposición y los correspondientes ejemplos en la transmisión de la propiedad. La aplicación de estos ejemplos a las restantes modificaciones jurídicas no ofrece dificultad alguna.

8. La estructura de este trabajo está determinada por las siguientes consideraciones:

a) Si nos representamos los efectos en la vida real de ambas concepciones, entonces es posible tratarlas como un solo problema, que designaré como el de la relación entre la protección causal y la protección al adquirente. En este problema se halla el núcleo de la tarea del legislador. A él dedicaré la primera parte.

La solución se alcanza mediante el examen de los intereses,

(14) OERTMANN, *Geschäftsgrundlage*, pág. 14, habla de los «fanáticos adversarios» de la concepción abstracta.

mientras que la antigua jurisprudencia conceptual nos llevaría a una solución distinta. A explicar este punto van dedicados los §§ 2 al 10. Como medio de control, es recomendable una ojeada al desarrollo histórico, así como una consideración de los Derechos extranjeros, que incluiremos en los §§ 11 y 12.

b) No solamente hallamos una antítesis entre la concepción causal y la abstracta en los negocios jurídicos reales, sino también en los contratos obligacionales y en todos los negocios de disposición. Por esto surgen dos problemas paralelos, cuya relación con nuestro trabajo será explicada en la segunda parte.

c) La tercera parte tratará de los problemas particulares de la configuración causal y, como conclusión, resumirá los resultados.

PRIMERA PARTE

PROTECCION CAUSAL Y PROTECCION AL ADQUIRENTE

CAPÍTULO PRIMERO.

PRINCIPIOS BASICOS

§ 2. a) *El método.*

1. Incluso el mismo proceso mental del legislador ha sido influido por la gran polémica acerca del método, surgida en la ciencia jurídica alemana a raíz de la contraposición entre la antigua jurisprudencia conceptual y la nueva jurisprudencia teleológica, dominada por las ideas de valor y de fin (jurisprudencia de intereses) (15). De todas maneras, ambas direcciones están de acuer-

(15) Vid. acerca de la importancia de este método para la tarea legislativa del Estado nacional socialista mi trabajo *Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre*, en *Rechts und Staat, in Geschichte und Gegenwart*, número 118, 1936.

do en que la legislación debe servir en primer lugar a la vida. Pero para alcanzar este fin se presentan distintos caminos.

2. Según nuestro pensamiento, el legislador debe llevar a cabo dos tareas consecutivas: primero, la de la decisión entre diversas posibilidades o elección del contenido de la norma, y luego la de su redacción o exposición (16). Para resolver el primer problema debe contemplar la vida y la influencia en ella de las normas proyectadas, y debe representarse todos los conflictos de intereses afectados por la eventual regulación. Los intereses en cuestión deben determinarse exactamente, y , en cuanto se hallen contrapuestos, deben ser contrapesados según los ideales de valor y las aspiraciones últimas de la comunidad. Entre estos ideales han de contarse también los de una fácil aplicabilidad: los llamados «intereses de la practicabilidad» (17) Esta primera y fundamental tarea puede denominarse «examen de los intereses». Por medio de este examen obtenemos preceptos ajustados a la vida real. La investigación y comparación de los intereses vitales es la misión fundamental de las consideraciones que llamamos jurídico-políticas. La segunda tarea incluye la formación de conceptos y su formulación verbal. Sirve a la ordenación del acervo de normas, pero no a la obtención de éstas. Por ello, la claridad de los «conceptos de ordenación» no debe alcanzarse a costa de la adecuación de las normas a la vida

Para llevar a buen término ambas tareas puede contar el legislador con la ayuda de la ciencia. Esta contribuye a la primera con propuestas para obtención de las normas, y a la segunda por medio de la formación de conceptos de ordenación y de sistemas científicos (18).

3. La antigua jurisprudencia conceptual veía el fundamento de las normas en los conceptos jurídicos y en su sistema. Por esto se desfiguraron los deberes del legislador. Su tarea principal era la formación de conceptos jurídicos clara y exactamente diferenciados entre sí, y después su consecuente realización. Esta realización se llevaba a cabo mediante la traducción de los concep-

(16) *Begriffsbildung*, págs. 75 y ss.

(17) *Ibidem*, pág. 77, núm. 6, a.

(18) *Ibidem*, págs. 126 y ss., y págs. 172 y ss.

tos en normas. En ella, la fidelidad a los principios aparecía en primer plano, mientras que las consideraciones acerca de la adecuación vital de la norma formulada ocupaban un lugar secundario.

También la ciencia jurídica, conforme a los antiguos métodos, se esforzaba por conseguir esta meta de un sistema conceptual perfecto y el de la obtención de normas por construcción (método de inversión) (19).

4. Esta discrepancia metódica influyó asimismo sobre el lenguaje de las discusiones jurispólicas. Durante mucho tiempo fué usual designar el problema del que nos estamos ocupando como «la cuestión acerca de la *naturaleza* abstracta o causal del negocio jurídico-real». Pero esta forma de expresarse reposa sobre ideas jurídico-conceptuales. En una adecuada contemplación del problema, vemos que el legislador no encuentra en la realidad solamente modelos jurídicos que deba identificar, sino que, en primer lugar, debe crear él mismo el modelo del negocio jurídico real, como abstracto o como causal, según que uno u otro modelo produzcan, a su juicio, los efectos vitales más convenientes. Los problemas que debe resolver no son, en último lugar, problemas de identificación, sino problemas de creación. Por esta causa, no voy a hablar en el presente trabajo de la naturaleza abstracta o causal, sino de la contraposición entre la configuración abstracta y la causal.

5. Nuestro BGB surgió en una época en la que aún predominaba el método jurídico conceptual. Precisamente los autores del primer proyecto se hallaban bajo su influjo. De todas maneras, juzgaríamos mal nuestro Código si quisiéramos reducirlo todo él a jurisprudencia conceptual. También las necesidades vitales se han tenido en cuenta, especialmente por parte de la segunda Comisión. Pero en un gran número de cuestiones individuales debemos contar con la influencia de ideas jurídico-conceptuales. Así lo veremos de manera especialmente clara a lo largo del estudio de nuestro problema (20).

El legislador nacionalsocialista se esfuerza por conseguir un

(19) *Ibidem*, págs. 91 y ss., y págs. 163 y ss.

(20) *Vid., infra*, § 6.

Derecho que corresponda a las necesidades de nuestro pueblo. El sistema conceptual de nuestra doctrina y la volubilidad de la jurisprudencia no tienen para él un valor propio, sino que deben ser estimados solamente como un medio para la obtención de sentencias acordes con la realidad. Por esta causa debe el Estado tomar el camino seguro de la jurisprudencia de intereses, y así también en la reelaboración de la materia que constituye el tema del presente trabajo.

§ 3. b) *Conflictos de intereses y voluntad negocial.*

1. La contraposición de métodos determina los puntos de partida y la tarea de investigación. Según el método correcto, nuestro primer deber es el estudio más completo y exacto posible de aquellos conflictos de intereses en los que tenga alguna relevancia la contraposición de las concepciones abstracta y causal.

La conceptualización y planteamiento de los conflictos de intereses, habida cuenta de la complejidad de la vida real, es cosa extraordinariamente difícil en muchos problemas legislativos. Pero en nuestro tema es relativamente simple. Nuestro ordenamiento jurídico a través de sus principios sobre el enriquecimiento injusto ha expresado un criterio axiológico en el sentido de que los desplazamientos patrimoniales necesitan de un fundamento jurídico para ser reconocidos como eficaces. El precepto que surge a partir de estos principios puede ser denominado «precepto de la justificación», o bien puede ser llamado «protección causal», puesto que produce sus efectos en favor del perjudicado por la falta de causa. Las modificaciones jurídicas reales son siempre desplazamientos patrimoniales, atribuciones, enriquecimientos. Por esto debe valer también para ellas el precepto de la justificación.

2. Ambas concepciones del negocio jurídico real no se diferencian entre sí desde el punto de vista del ámbito del precepto de la justificación, pues ambas afirman su aplicación a las modificaciones jurídicas reales, y la protección causal tiene en ellas idéntico ámbito de operatividad. En lo que las dos concepciones se diferencian es en cuanto a la realización de esta protección causal. La realización más cercana y consecuente del precepto de

la justificación da como resultado la negación de las modificaciones jurídicas reales sin causa. Cuando el ordenamiento jurídico rechaza una modificación jurídica real por falta de causa, la forma más clara de expresar esta repudiación es no dejar que la modificación jurídica se produzca. En esta aplicación inmediata del precepto de la justificación se basa la concepción causal del negocio jurídico real, que impide *ab initio* las modificaciones jurídicas sin causa, al poner como presupuesto del efecto jurídico real la previa existencia de una causa justificante.

En cambio, la concepción abstracta no llega a tan radical consecuencia, sino que deja que la modificación jurídica real se produzca sin obstáculo alguno, y concede al causalmente perjudicado exclusivamente una pretensión personal, mediante la cual puede reclamar que se deshaga lo hecho. Puede la diferencia entre las dos regulaciones expresarse diciendo que la causal proporciona, faltando la causa, una protección absoluta y real, mientras que la abstracta solamente es una protección obligacional. O sea que para la primera normativa las faltas causales producen efecto automáticamente y para la segunda sólo mediante el ejercicio de la *condictio*.

3. Aclaremos esta contraposición mediante un ejemplo: A, propietario de un fundo, cree, por un legado de su causante, tener la obligación de transmitir la propiedad de este fundo a B. Se realiza la transmisión y B es inscrito en el Registro como propietario. Pero, en realidad, no había existido tal legado. El testamento en cuestión era nulo o había sido revocado. Por tanto, A ha cumplido una obligación inexistente. Según la concepción abstracta, tal como está contenida en el BGB, B ha devenido propietario, a pesar de todo. A solamente tiene una pretensión personal a la retransmisión, cuya pretensión puede ser asegurada por medio de una anotación preventiva. Pero en una concepción causal, la transmisión de la propiedad no se hubiera producido por falta de causa jurídica, A hubiera seguido siendo propietario, con derecho a la rectificación del Registro y consiguiente reinscripción, asegurando entre tanto su pretensión mediante asiento de contradicción.

La misma diferencia se produciría con bienes muebles; en

nuestro ejemplo, pensemos que el supuesto legado se refiere a un cuadro que el heredero *A* hubiera transmitido a *B*, creyendo en la autenticidad del legado. Según la concepción abstracta, *B* ha devenido propietario; según la causal, sigue siéndolo *A*.

4. La significación vital de esta diversidad de efectos no reside, naturalmente, en la diferencia conceptual de las figuras jurídicas, sino en el ámbito de la protección de intereses que mediante la adopción de una u otra se otorga. La concepción causal concede al causalmente perjudicado una protección contra terceros interesados que es negada por la concepción abstracta. La protección causal es, en la caracterización abstracta, notoriamente más débil. Esto no es reconocido por los defensores contemporáneos de la concepción abstracta, que ciertamente se han liberado del método antiguo, pero que, con todo, consideran esta primacía de los intereses de los terceros jurispolíticamente justificada, pensando que, frente a los intereses del causalmente perjudicado, los contrarios tienen mayor peso. Se trata, pues, de contrapesar de nuevo estos intereses, y tal es el objeto de nuestro trabajo. Desde el principio quiero rechazar otro punto de partida que anteriormente desempeñó un importante papel en el tratamiento de nuestro problema: concretamente, el contenido de la voluntad de las partes, que ha venido siendo utilizado tanto a favor como en contra de la concepción abstracta.

5. Desde la intervención de SAVIGNY (21) alcanzó excesivo predicamento una fundamentación de la concepción abstracta que ha influido también en el BGB (22) y que podemos designar con el nombre de fundamentación lógica o conceptual, o también como la «teoría del contrato puro de modificación». En último análisis, descansa sobre dos puntos de partida: sobre la opinión de que la voluntad de las partes es decisiva en el campo del Derecho privado (dogma de la autonomía privada), y sobre la hipótesis de que la voluntad jurídico-negocial de las partes tiene como contenido la «modificación de los derechos». Los convenios causales, por ejemplo, la compraventa, son medios de motivación y de identificación, pero no contenido de la voluntad negocial real. Par-

(21) Vid., *infra*, § 11, III. núm. 3.

(22) Vid., *infra*, § 6, núm. 3.

tiendo de esta base, la transmisión de la propiedad había de conducirse a la voluntad de modificación real subyacente en el contrato, al *animus domini transferendi*, y, por consiguiente, había que separar de modo absoluto el negocio causal del contrato real, apareciendo, el segundo así como independiente y abstracto. Según este razonamiento, podía llegarse, incluso, a considerar la naturaleza abstracta del contrato real como conceptualmente «necesaria» (23). Idéntica calificación se daba a otros negocios modificativos de derechos (negocios de disposición), incluso de naturaleza no real. Por esto, durante un tiempo, fué corriente designar todos estos negocios jurídicos con el nombre antes dado de «contratos reales» (24).

SAVIGNY creía encontrar este contrato puramente real en la tradición del Derecho romano clásico, y su opinión dominó en nuestro Derecho durante mucho tiempo. Reservemos para después el considerar si su hipótesis histórica es correcta o no (25). Por el contrario, establezcamos ya desde ahora que el legislador de la época actual no debe aceptar la fundamentación lógica del supuesto sistema romano.

6. Al contrario, debe negarse a adoptar, como punto de partida, un sistema basado en consideraciones individualistas y jurídico-conceptuales. La soberanía de la voluntad privada no es para nosotros un dogma del cual puedan ser extraídas consecuencias; lo que debe hacer el legislador en primer lugar es, precisamente, determinar el ámbito de la autonomía privada tras una consideración de todos los intereses de la colectividad, pues tal autonomía privada se reconoce al individuo, no para darle la posibilidad de producir caprichosamente modificaciones jurídicas: no es el regalo de un caleidoscopio de figuras jurídicas, sino una facultad encaminada a conseguir, mediante las modificaciones jurídicas producidas con su uso, la garantía de unos intereses que tengan justificación vital.

(23) Para la interdependencia entre la idea fundamental de la autonomía privada y la concepción abstracta, ver el valioso trabajo del barón von HIPPEL, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, 1936 (muy interesante). HIPPEL declara que el auténtico objeto de su trabajo «es hacer una aportación al conocimiento de la concepción abstracta» (págs. 2 y 3), pero investiga la autonomía privada.

(24) Vid. Exposición de Motivos del BGB, *infra*, § 6, núm. 2, b.

(25) Vid., *infra*, § 14.

Por esto, el legislador no tiene motivo alguno para permitir aquellas modificaciones que, a su juicio, carecen de causa justificante. La admisión del discutido contrato puro de modificación no es una necesidad conceptual, sino un problema de valoración legislativa.

7. Contra la concepción abstracta se hace valer, por otra parte, que, según la concepción vital corriente, el negocio causal y la modificación jurídica consiguiente a él forman una unidad (argumento de la unidad vital) (26). La concepción abstracta rompe esta unidad y vulnera la voluntad de las partes.

Este argumento de la unidad contiene, desde luego, una fundada objeción contra la justificación lógica del contrato modificativo puro. Pues aun cuando no siempre se da entre el negocio de obligación y el de transmisión esa íntima unidad negocial (27) que, por ejemplo, afirma RUMPF (28)—no la hay en el caso del pago de una deuda inexistente (29)—, no falta nunca la interdependencia teleológica. El contrato modificativo individual y puro de la teoría lógica no es, en realidad, un resultado de la observación de la vida, sino de la construcción conceptual.

Pero este argumento de la unidad se invalida ante los fundamentos jurídico-políticos de la concepción abstracta, frente a los cuales vamos a contraponerlo. Y vemos que del cuadro de fines que ha de satisfacer un negocio transmisivo resulta sólo la necesidad de una protección causal, que nadie discute, y que si bien, desde luego, es excepcionalmente fuerte en los casos en que en el negocio real se incluye el elemento creditual, tampoco falta en el otro supuesto (30). Es decir, que el tema a discutir se limita a si

(26) Vid., *infra*, § 11, III.

(27) Vid., *supra*, § 1, núm. 4.

(28) Vid., para estos casos. *infra*, § 10, núm. 2.

(29) Vid. *Grundriss des Schuldrechts*, § 55, núm. 11, y § 63, núm. 3. Una valoración consecuente del argumento de la unidad nos conduciría a preconizar la concepción causal solamente en aquellos casos en los que el negocio jurídico real sirviera para la ejecución de uno obligacional; pero para los de cumplimiento de una obligación inexistente deberíamos atenernos a la concepción abstracta. Así, por ejemplo, KOHLER, *Vertrag und Uebergabe*, en el *Archiv für Bürgerlichen Recht*, tomo 18, pág. 111, y LEHRBUCH, II, 2, pág. 11.

(30) Por esto no es necesario, para la resolución de nuestro problema legislativo, detenernos en las teorías de STAMPE acerca de los negocios básicos y de ejecución. STAMPE investiga las diferentes formas de la conexión teleológica sin entrar en la valoración jurispolítica de la concepción abstracta. Esta indepen-

la protección debe producir sus efectos obligacional o también realmente. Y ahora bien: desde el momento en que en este punto intervienen intereses de terceros sobre los cuales las partes ni quieren ni pueden disponer, queda patente que el argumento de la unidad reposa sobre una sobreestimación de la autonomía privada. Nuestro derecho de cosas no es un producto de la voluntad negocial ni de la autonomía privada: aquélla merece, desde luego, consideración, pero no es decisiva (31). Precisamente las normas más importantes del derecho de cosas muestran claramente que los deseos de las partes deben retroceder ante la intervención de los intereses de la comunidad. Todo nuestro Derecho inmobiliario registral es precisamente, no una derogación de conceptos jurídicos existentes en la conciencia de los profanos en cuanto al poder de las partes para concluir el negocio jurídico, sino una construcción artificial y técnica de garantía de ciertos intereses, no sólo dirigida a la protección de los de unas partes concretas en un determinado negocio jurídico, sino también, y muy principalmente, a la tutela de los intereses de la comunidad. Es indudable que hoy día, en círculos profanos, tiene todavía vigencia la idea de que incluso la propiedad inmobiliaria se transmite por el contrato de compraventa, y que la inscripción no es más que una formalidad ulterior complementaria. Esta concepción fué expuesta claramente por RUMPF, entre otros. Pero nadie pensará en modificar nuestro Derecho registral por esta contradicción con una opinión de profanos. La contradicción no desaparecerá, ni debe desaparecer, posponiendo todos los importantes intereses de la comunidad protegidos por el Derecho registral ante un concepto nacido entre los legos en Derecho. Por el con-

dencia ha sido reconocida también por el autor. Vid. STAMPE, «Causa» und abstrakte Geschäft f. d. ges. Hr., tomo 55, págs. 387 y ss., especialmente páginas 306 y ss.; también Das «Causa» problem des Zivilrechts, 1904, pág. 37.

(31) Con toda razón dice KRUSE, op. cit., tomo 2, pág. 1.440: «La opinión de que los contratantes puedan determinar por sí mismos la intervención de la protección real es, a mi entender, totalmente inexacta. Los contratantes pueden determinar los efectos jurídicos de su contrato entre ellos mismos, pero los efectos reales del contrato son en relación a terceros, y solamente el Ordenamiento jurídico puede determinarlos. A qué momentos deba conceder importancia la legislación debe ser objeto de una consideración autónoma y debe quedar totalmente fuera del alcance de la voluntad de los contratantes. Desde luego que entre estos momentos puede ser también tomado en consideración el acuerdo de las partes».

trario, la contraposición desaparecerá cuando el conocimiento del Derecho penetre en círculos más amplios y las ideas jurídicas de los profanos se adapten al ordenamiento vigente; el arraigo de la visión laica del fenómeno transmisivo como un todo, no es, así, argumento decisivo en nuestra cuestión, y, al contrario, el legislador obraría correctamente al distinguir los efectos obligacionales y reales, aún no separados por las partes, caso de haber suficientes intereses que recomendaran esta partición. Y como los defensores de la concepción abstracta afirman la presencia de esos suficientes intereses, vamos a examinar si es así.

8. Contemplemos, por ende, aquellos intereses que puedan justificar la concepción abstracta. Lo primero que salta a la vista es que la necesidad de protección del primer adquirente desempeña un papel bastante reducido; en parte, se llega a tener la impresión de que la «realidad» de su adquisición es considerada como una especie de efecto reflejo, como el efecto no totalmente querido de unas normas jurídicas dictadas al servicio de intereses ajenos. Estos decisivos intereses se compendian frecuentemente bajo el nombre de «intereses del tráfico»; un examen más detenido nos permite descomponer dicho conjunto en tres grupos, a saber: el interés material del tráfico, que representa la garantía de los posteriores adquirentes, y que llamaremos «interés del tráfico» a secas; el interés de la claridad y el de la prueba.

El interés del tráfico se esgrime como argumento en favor de la concepción abstracta, explicándose cómo ésta sirve muy especialmente a la facilidad y seguridad del tráfico, al asignar mejor posición material al posterior adquirente. En cuanto al *interés de la claridad*, se aduce que mediante la concepción abstracta los conceptos y las relaciones jurídicas reales se vuelven mucho más claros y más fácilmente determinables que si se exige una causa jurídica. Finalmente, *el interés de la prueba* desempeña también un importante papel en la argumentación: se recalca expresamente que la caracterización abstracta trae consigo mayor facilidad para la efectividad y la prueba de los derechos reales, y en particular que facilita el procedimiento registral

Entre estos tres órdenes de intereses existe interdependencia. También la claridad de las relaciones jurídicas y la facilidad de

la prueba facilitan el tráfico. Por esta causa, los tres pueden ser designados bajo el nombre de «intereses del tráfico». Pero para someterlos a un detenido examen es recomendable considerarlos por separado.

CAPÍTULO II

EXAMEN DE LOS INTERESES

I. EL INTERÉS DEL TRÁFICO.

§ 4. a) *La situación de los intereses en caso de una primera adquisición.*

1. Aun cuando los derechos personales del primer adquirente son pospuestos por la concepción abstracta, se alega como contrapartida que en ella la adquisición de la propiedad por aquél queda más segura, y en especial que se le facilita la ulterior prueba de su derecho. Mas si prescindimos de esta mejor posición procesal y nos limitamos al Derecho civil, ha de negarse la supuesta ventaja; civilmente, para el primer adquirente no existe diferencia entre la concepción abstracta y la causal, pues para él es indiferente si la protección causal surte sus efectos automáticamente o mediante acciones de enriquecimiento (*condictiones*).

2. En efecto, según ambas concepciones, el adquirente debe devolver lo obtenido (este precepto del BGB corresponde a la opinión popular y debe ser dado por bueno sin reservas), y este deber de restitución es lo decisivo para los intereses del adquirente: para él, personalmente, lo adquirido no está mejor asegurado por medio de la concepción abstracta que por la causal. Si la restitución se produce como consecuencia de una pretensión obligacional o real es cosa que, para él, no tiene mayor trascendencia. Este es también el caso para el perjudicado, por cuanto

las acciones que en uno u otro caso se ponen a su disposición tienen resultado equivalente (32).

Las diferencias en la realización y en el aseguramiento (por ejemplo, en el caso de transmisión de inmuebles, las que median entre la pretensión de rectificación del Registro y la de retransmisión, constatadas, la una mediante asiento de contradicción y la otra por anotación preventiva) no modifican nada el anterior juicio de valor y pueden ser pasadas por alto. Otras diferencias se darían en tema de responsabilidad si se parte de nuestro ordenamiento actual, entendiendo que ha de quedar en ello subsistente, puesto que nuestro BGB ha regulado la responsabilidad del no propietario, no por remisión al Derecho de obligaciones, sino independientemente (33). Un estudio más detenido de estas diferencias no ha sido efectuado aquí porque dicho tratamiento independiente no está justificado (34), y, por tanto, es improbable que los mencionados preceptos pasen al Derecho futuro.

3. La concepción abstracta empeora la posición de los causalmente perjudicados desde el punto de vista del Derecho penal y del procesal. Según la concepción el perjudicado estaría protegido contra posteriores enajenaciones de la cosa por parte del adquirente consciente de su alienidad mediante las penas que castigan la estafa, y se hallaría asimismo defendido contra el embargo en proceso penal, puesto que él mismo era propietario según el sentido de las correspondientes normas. En cambio, con la concepción abstracta esta protección desaparece. Y creo que tal debilitamiento no resulta exigido por ningún interés contrario digno de protección, y que tampoco corresponde a los ideales de valor de nuestro pueblo. Si, siguiendo nuestro ejemplo anterior del cuadro, *B* sabe que ha adquirido el cuadro como consecuencia de un error, y está obligado a devolverlo, pero decide venderlo a un comerciante, entonces, en mi opinión, lo que estaría de acuerdo con la conciencia de nuestro pueblo sería castigarle como estafador. Negar que entonces hay estafa es cosa que nadie llega a comprender.

(32) Vid., *infra*, § 15, núm. 7.

(33) *Grundriss des Sachenrechts*, § 67.

(34) *Ibidem*, núms. 10 y 11.

4. Una diferencia esencial existe, además, cuando, en lugar del primer adquirente intervienen sus acreedores, sea por incurrir en concurso, sea porque esos acreedores embargan la cosa adquirida.

Según la concepción causal del negocio, A hubiera seguido siendo propietario. El concurso de acreedores no le afecta. Puede extraer su cosa de la masa del concurso, si está incluida en ella, y si B la ha transmitido válidamente, puede reclamar el total del precio. Según la concepción abstracta del BGB, tanto la cosa como el precio entran en la masa del concurso. El causalmente perjudicado tiene una pretensión obligacional como acreedor concursal, limitada al enriquecimiento injusto. Debe contentarse con su parte de la masa, de manera que su posición es más desventajosa (y, según las circunstancias, muchísimo más) que en la concepción causal. El causalmente perjudicado debe retroceder ante los intereses de los acreedores de su adquirente.

Ahora bien: ¿cuál es la concepción que corresponde mejor a las necesidades y las valoraciones de nuestro pueblo? Creo que no cabe la menor duda de que la protección del causalmente perjudicado debe anteponerse a los intereses de los acreedores. Esta preferencia viene ya reconocida por el que denominábamos anteriormente «precepto de la justificación», cuya intervención consideramos determinante. Por el contrario, nuestro Derecho vigente, al exponer al ataque de los acreedores el patrimonio de su deudor, quien debe responder con todo él, faculta a aquéllos para pedir la satisfacción de sus créditos a costa del causalmente perjudicado. Ante esta regulación, la concepción causal del negocio jurídico real ofrece la mejor solución en caso de conflicto con los acreedores. Así lo reconocen todos los autores que se han planteado esta pregunta. Incluso V. TUHR ve aquí un inconveniente de la concepción abstracta que el legislador ha creído soportable, en atención a otras ventajas suyas (35).

5. Para evitar estas consecuencias en la segunda Comisión se propuso (36) conceder un derecho de separación en el concurso de acreedores a todos los legitimados para la *condictio*. La pro-

(35) TUHR, *Allg. Th.*, 3, pág. 111.

(36) *Prot.*, II, 2. págs. 271 y ss.

posición fué rechazada porque hubiera conducido a cambios demasiado intensos en el campo del Derecho concursal. Además se hizo valer contra ella que los acreedores conceden crédito, en vista de cada una de las propiedades del deudor, incluso por los bienes poseídos sin causa, de manera que su derecho de agresión contra ellos está también materialmente justificado. Este segundo argumento se opondría a cualquier derecho de separación, incluso a la separación por causa de un derecho real, y haría realidad la *reputed ownership* del Derecho inglés, mientras que el Derecho vigente reconoce el derecho de separación al titular de derechos reales. A lo largo de mi trabajo presupongo su subsistencia. Y si el derecho de separación sigue siendo generalmente reconocido se produce un tratamiento distinto de situaciones de intereses que legislativamente deben ser igualmente valorados al serle negado tal derecho al causalmente perjudicado.

De estas consideraciones resulta una indudable ventaja en favor de la concepción causal para el caso del primer adquirente. En cuanto los posteriores tuvieran una especial necesidad de protección estaría justificada una norma especial, pero no la concepción abstracta con su efecto reflejo a favor del acreedor del primer adquirente.

§ 5. b) *La situación de los intereses en caso de posteriores transmisiones.*

1. Con todo, los defensores de la concepción abstracta ponen el acento fundamentalmente en la defensa de los intereses de los sucesores jurídicos del primer adquirente y de sus acreedores.

Estos conflictos pueden surgir de formas distintas. Siguiendo nuestro ejemplo, *B* ha transmitido la finca a *C* y éste la ha transmitido a su vez. O bien, *B* ha constituido una hipoteca o una servidumbre sobre ella, o lo han hecho sus sucesores. Los acreedores de *C* o de uno de sus sucesores han inscrito el embargo de la finca. ¿Debe, en estos casos, aceptarse la concepción causal, o bien ha de prevalecer la abstracta?

2. Para poder contestar a esta pregunta debemos tomar en consideración el mundo jurídico circundante. El Derecho romano

y el común estaban dominados por el principio de la sucesión derivativa. Regía la paremia *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. La protección del adquirente de buena fe no tenía lugar alguno en el ordenamiento. Bajo el dominio de estos presupuestos jurídicos, la concepción causal del negocio jurídico real hubiera podido poner en grave peligro la seguridad del tráfico, mientras que con la concepción abstracta disminuía este riesgo. Mientras el adquirente de buena fe no estuviera protegido, cada adquirente de un derecho real tenía que examinar la adquisición derivativa de la propiedad de cada uno de sus antecesores si quería estar seguro de su adquisición; ahora bien: mientras con la caracterización abstracta podía limitar el examen a los propios negocios transmisivos, con la causal también había de investigar la causa justificante de cada uno. Esta inseguridad no existía sólo para los posteriores adquirentes de la propiedad, sino también para los acreedores hipotecarios. Por tal motivo y como destaca IHERING, corrían grave riesgo tanto el crédito fundiario como el tráfico. La concepción abstracta, la separación entre la adquisición del derecho y su causa jurídica, no daba una seguridad total, pero sí eliminaba gran parte de los peligros. En tema de adquisición derivativa, la configuración causal presentaba cierta contradicción con los ideales de la seguridad del tráfico, y justificaba una decisión a favor de los intereses correspondientes a tales ideales, garantizados por medio de la concepción abstracta. Esta valoración fué fácil en una época en la cual el fomento del crédito era considerado como un objetivo especialmente importante de los preceptos legales, sin que la fe pública del Registro fuera reconocida como el medio más adecuado. Esta época ocupa la mayor parte del siglo XIX; también las Leyes prusianas de 5 de mayo de 1872 surgieron bajo el influjo de tales consideraciones.

3. La anterior estimación es solamente válida en un Derecho que preconice como principio fundamental el de la adquisición derivativa sometida a la regla *nemo plus iuris*. En la época actual la situación de los intereses ha variado con la intervención de las normas jurídicas (§§ 892 y ss. y 932 y ss. del BGB), destinadas a proteger al adquirente de buena fe. Los indicados preceptos tutelan la seguridad del tráfico real en medida mucho mayor de

la que era posible con la mera caracterización abstracta del negocio transmisivo. Si introdujéramos la concepción causal permanecerían vigentes y seguirían constituyendo el derecho especial de la protección a terceros adquirentes, haciendo superflua la configuración abstracta.

4. Incluso TUHR ha admitido que la necesidad de la regulación abstracta viene eliminada por la intervención de las normas de protección a la buena fe. Pero insiste dicho autor en que la sustitución no es completa (37). Siempre habrá casos en los que no intervendrán esas normas, y en los que la concepción abstracta proporciona, así, una protección a los intereses que desaparece con la causal. Ello es totalmente cierto. Pero de un examen más detenido de la cuestión resulta que precisamente aquellos intereses que no quedan tutelados por los preceptos protectores de la buena fe, y si sólo por la concepción abstracta, son los que, según nuestras ideas de valor, no merecen protección alguna. Por esto, la protección adicional proporcionada por la concepción abstracta no constituye una ventaja de tal regulación, sino un especial inconveniente.

Los intereses no protegidos por una apariencia jurídica se dividen en tres grupos:

- a) Los de los adquirentes en virtud de Ley, por ejemplo, por herencia o derecho de familia.
- b) Los de los acreedores que mediante embargo o ejecución forzosa adquieren derechos reales.
- c) Los de los adquirentes de mala fe en virtud de negocio jurídico.

En los dos primeros grupos la exclusión de la protección reposa sobre la voluntad del legislador de concederla sólo a la adquisición derivativa. No debe el adquirente en tales casos obtener más de lo que tenía su transmitente (causante, deudor); y puesto que en nuestro caso el primer adquirente es pospuesto por el causalmente perjudicado, el juicio legal de valor debe beneficiar a este último, incluso contra los adquirentes no negociales. Por

(37) *Allgemeiner Teil*, 3, pág. 110; *Zeitschrift für Schweizer. Recht*, 62, página 42.

tanto, la discusión queda concretada al tercer grupo: el de los adquirentes de mala fe por negocio jurídico.

5. Este grupo sería, con todo, y en una caracterización causal de las transmisiones, más amplio que según el Derecho vigente. Así, sobre todo, en el Derecho inmobiliario. Se trata de las personas que conocen el defecto de la causa jurídica: con arreglo al BGB, tales personas adquieren como sucesores a título derivativo del primer adquirente, sin necesidad de invocar el amparo de la fe pública registral. Cuando, en nuestro anterior ejemplo, el inmueble pasa a ser propiedad de C, dicho C, aun conociendo el vicio de la causa, ha adquirido del propietario, y no necesita apoyarse en el § 892. En cambio, en una concepción causal, C no hubiera devenido propietario, y A hubiera seguido siéndolo. Pero, puesto que con la concepción causal la falta de causa excluiría la modificación jurídica real y convertiría en inexacta la inscripción, entonces habría que considerar el conocimiento que C tenía del vicio de la causa como conocimiento de la inexactitud del Registro, y, por tanto, habría que considerar como no acaecida la transmisión de acuerdo con el § 892.

Aun hoy, la diferencia entre la caracterización causal y la de BGB podría ser disminuida por la intervención de otras normas de este Cuerpo legal: en particular, haciendo valer que, si bien el Derecho vigente el conocimiento de los vicios causales no impide al adquirente obtener la propiedad, es igualmente cierto que el comportamiento de tal adquirente chocaría contra las buenas costumbres, y, por tanto, el contrato de transmisión, según la opinión correcta (aunque muy discutida), sería nulo (38).

Por lo demás, la adquisición del *consciis fraudis* se nos presentará mucho más frecuentemente como delito, caso en el cual desaparece la diferencia práctica en tanto en cuanto se contemple sólo a la persona del tercer adquirente: según la concepción causal, C tiene que restituir el inmueble por no ser propietario, y según la abstracta, debe restituirlo como prestación indemnizatoria por su comportamiento delictivo. La diferencia persiste, con todo, en las relaciones del causalmente perjudicado con los acreedores del tercer adquirente, pues la pretensión por causa de

(38) Vid., más adelante, § 10, núm. 5.

delito es una pretensión obligacional; por esto, A, en el caso, y con arreglo al Derecho vigente, no debe ceder ante el mismo tercero adquirente, pero sí ante sus acreedores, mientras que con la concepción causal mantiene su propiedad incluso frente a ellos. En nuestro ejemplo, A no resultaría perjudicado en beneficio de C, pero sí a favor de los acreedores de C. Estos intereses de los acreedores del tercer adquirente no tienen mayor razón para ser antepuestos a los del causalmente perjudicado que los de los acreedores del primer adquirente (*supra*, núm. 4).

7. En el caso de tratarse de bienes muebles, aún hay que hablar de un grupo especial de interesados: los adquirentes con *culpa lata* en el examen de la causa jurídica y sus acreedores. Según el Derecho vigente, el desconocimiento gravemente negligente de la falta de propiedad excluye la buena fe de la adquisición (§ 932, párrafo 2). Pero el desconocimiento negligente de la falta de causa en la adquisición del antecesor no es obstáculo para adquirir de éste, que es verdadero propietario. Aun cuando, siguiendo nuestro ejemplo del cuadro, el comerciante, empleando una ínfima diligencia pudiera conocer la falta de causa jurídica en la adquisición de su vendedor, según el Derecho vigente, deviene propietario de la pintura y no es criminalmente responsable. Pues, según la opinión dominante, el § 823 no es aplicable al caso de un derecho de crédito y, por tanto, tampoco a una *condictio* (39). En cambio, con la concepción causal el desconocimiento negligente del vicio de la causa supondría asimismo desconocer al verdadero propietario, de manera que nuestro comerciante no adquiriría la propiedad. Evidentemente, este resultado se rechaza rotundamente por los defensores de la concepción abstracta. TUHR (40) recalca que así cada adquirente se vería obligado a examinar los fundamentos jurídicos de la adquisición de su antecesor, lo cual resultaría una dificultad insoportable en el tráfico de bienes muebles. No estoy de acuerdo con este punto de vista, pues al reformar la eficacia impeditiva de la negligencia la ley no impondría ningún deber nuevo, sino que se referiría a preceptos que ya tienen reconocimiento en la vida real y les daría

(39) Sobre esta polémica vid. *Grundriss des Schuldrechts*, § 150.

(40) *Zeitschr. f. Schweizer. Recht*, tomo 62, pág. 68.

efectividad jurídica (41); por lo demás, en nuestro caso, la toma en consideración de la negligencia grave tiene lugar para sancionar una conducta contraria a la ética común. La solución actual del caso del ejemplo, según la cual nuestro comerciante adquiere la propiedad y queda exento del deber de indemnizar, aun cuando se haya comportado de manera claramente reprochable con arreglo a las concepciones vitales vigentes, muestra cómo la norma protectora de la ley está en contraposición con la opinión vulgar. Mientras que mediante la caracterización causal (o aun la interpretación causal del Derecho vigente) tal contraposición hubiera desaparecido y el Derecho estaría de acuerdo con las estimaciones de valor de la vida corriente.

TUHR opina que así se dificultaría el tráfico. Mas esto, en mi opinión, no es exacto: las normas jurídicas actuales seguirían existiendo, y el adquirente no estaría obligado a examinar más profundamente la adquisición de su antecesor; solamente que la violación de un deber de examen (de la titularidad antecedente) que ya existe, fundado en los imperativos del decoro, tendría una significación jurídica de la que hoy carece.

Un legislador que se esfuerce en crear normas acordes con la vida no podrá sino aprobar este resultado de la concepción causal. De todas maneras, debemos esperar para el futuro que se reconozca una responsabilidad delictual por perjuicio del crédito en casos de grave negligencia. Entonces, el grupo de que hemos tratado se limitaría a los acreedores del adquirente negligente, los cuales no merecen protección alguna.

8. Estas consideraciones ponen de relieve las ventajas de la concepción causal en todos los conflictos de intereses considerados hasta ahora. Ni aun un profano se decidirá contra dicha concepción, una vez que aquéllos se lo hayan expuesto claramente. El instrumento jurídico que realmente (y en consideración a los intereses del adquirente) sirve para proteger el tráfico, es el sistema que cumple su misión de tutela de una manera total, y que no precisa, para su mayor efectividad, de la concepción abstracta, que, lejos de mejorarlo, lo empeora.

(41) *Grundriss des Schuldrechts*, 26, núm. 3.

II. EL INTERÉS DE LA CLARIDAD.

§ 6. a) *Fundamentación jurídico-conceptual.*

1. La ventaja de la claridad y la sencillez, que se atribuye a la configuración abstracta, nos enfrenta con dos fundamentaciones: una, jurídico-conceptual, y otra jurispolítica, según que se insista en la claridad de los conceptos abstractos o la fácil reconocibilidad de los derechos subjetivos.

La fundamentación jurídico-conceptual se encuentra abiertamente en la Exposición de Motivos del primer proyecto de BGB (42).

2. La consideración fundamental se expresa en las siguientes palabras: «A partir de la posición independiente que ocupa el Derecho de cosas dentro del sistema del Derecho privado se deduce necesariamente que la legislación debe resumir y configurar los negocios jurídicos que hacen posible el tráfico jurídico real independientemente de los negocios jurídicos de otras partes del sistema. Además, esta independencia tiene una fundamentación histórica.»

Más adelante se trata de la supuesta fundamentación histórica y se sigue (43): «Los negocios jurídicos reales, según lo antes expuesto, se hallan ordenados y regulados dentro del proyecto, de acuerdo con sus fines específicos. El fin de tales negocios puede ser el de creación, gravamen, transmisión o extinción de un derecho real. El único requisito que se puede exigir al contenido del contrato dirigido a tal fin aislado es la voluntad de los interesados encaminada a la consecución del mismo. *Los negocios jurídicos reales son necesariamente de naturaleza abstracta*» (44).

En el resumen, se repiten estos fundamentos bajo los apartados b) y e) (45):

(42) Exposición de Motivos, 3, págs. 6 y ss.

(43) Vid., *infra*, § 11, II.

(44) Los subrayados son míos

(45) Op. cit., pág. 8.

b) «El negocio jurídico real es, según su propio concepto, un negocio abstracto.»

e) «La relación del contrato real con el negocio obligacional es la misma que la que existe entre la prestación y el motivo jurídico. Surge el contrato, aunque falte o desaparezca el motivo. El perjudicado no puede sino pedir mediante la *condictio* la restitución de la prestación.»

En los preceptos concretos se hace suficiente referencia a estas consideraciones generales.

3. Las explicaciones de la Exposición de Motivos no reproducen completamente la polémica sobre la causa. Incluso la fundamentación lógica, a la que antes aludíamos ha colaborado en la aceptación del negocio abstracto, según se deduce de los mismos motivos. En ellos, la afirmación de que el negocio jurídico real es «necesariamente abstracto» no se justifica por el deseo del legislador de separarlo de la causa, sino con la alegación de la autonomía privada. El mismo fundamento muestra la extensión de la concepción abstracta a todas las disposiciones, incluso para las disposiciones sobre derechos de crédito (véase § 14) No sirve para separar el Derecho de cosas y el Derecho de obligaciones, sino que retrocede a la antigua teoría del contrato modificativo puro, basada sobre el método jurídico-conceptual.

4. Los preceptos del proyecto fueron discutidos durante el periodo de información pública. En su crítica, STROHAL (46) señala el carácter doctrinal de la fundamentación de los motivos. Pero esta crítica no alcanzó éxito alguno: la segunda Comisión se adhirió, sin especial discusión, al dictamen de la primera (47). Solamente se hace notar en las actas que «la caracterización (abstracta) se aproxima a aquellos sistemas jurídicos que se han desarrollado en gran parte de Alemania recientemente sobre la base de las necesidades prácticas. Esta concepción garantiza la posibilidad de realizar la transmisión de la propiedad de manera clara y sencilla, y por esto sirve especialmente a la seguridad del

(46) STROHAL, *Rechtsübertragung und Kausalgeschäft in Hinblick auf den Entwurf eines BGB*, en los *Iherings Jahrbücher*, 27, págs. 335 y ss.

(47) *Protocolos*, II, 3, pág. 53.

tráfico. Es decir, que el principio adoptado por el proyecto hace posible la realización rápida y sin obstáculos de las inscripciones.»

Se suscitó asimismo cierta controversia en torno al tratamiento registral del contrato transmisivo, alegando algunos que la separación entre los negocios jurídicos reales y los obligacionales no correspondía a la realidad de la vida, puesto que la opinión común concebía todo el negocio de enajenación como un proceso unitario; pero tal postura no encontró eco.

En cuanto a los bienes muebles, la Comisión se contentó con afirmar que el proyecto respondía al Derecho vigente (48).

5. Ya he calificado antes a la fundamentación del proyecto como una solución jurídico-conceptual. Puede valer como ejemplo clásico del método antiguo. El ideal que se intenta alcanzar es conceptual: a saber, la separación precisa entre los conceptos jurídicos *obligación* y *derecho real*. Para ello, en primer lugar, se procede a la formulación de este ideal sistemático, y luego se extraen de la fórmula alcanzada las oportunas conclusiones. y en particular la de la separación de los negocios obligacionales y reales. La concepción abstracta del negocio real es una conclusión sacada de su concepto.

Por eso resulta este ejemplo tan característico es decir, porque su única fundamentación es la jurídico-conceptual. No se piensa para nada en las necesidades vitales, ni se toman en consideración los efectos favorables o desfavorables de las normas en la vida de la comunidad. Al legislador le basta con que sus productos reflejen una tajante separación de conceptos: su ideal es la norma acorde con el concepto, y no la norma acorde con la vida.

6. Una mirada retrospectiva sobre la historia de su gestación da como resultado que nuestro Derecho vigente en tema de transmisión de los derechos sobre las cosas descansa sobre fundamentos jurídicos-conceptuales. En la segunda Comisión se hicieron valer razones de orden práctico, pero la fundamentación de la Exposición de Motivos no sufrió variación alguna. De ahí que se mantuviera la concepción abstracta para todos los negocios dispo-

(48) *Ibidem*, II, 3, pág. 195.

sitivos, aunque para este amplio ámbito no se hizo ni se puede hacer valer otra fundamentación que la jurídico-conceptual (49).

§ 7. b) *La fundamentación jurispolítica.*

1. En la doctrina moderna no se repite la fundamentación jurídica conceptual de la Exposición de Motivos. Los modernos defensores de la solución abstracta se apoyan principalmente en los puntos de vista jurispolíticos de la seguridad del tráfico anteriormente expuestos. Además, a la concepción abstracta se le atribuye la ventaja de más claridad y mayor sencillez. Pero ya no se piensa en conceptos sistemáticos, sino en las creaciones jurídicas concretas: en las particulares relaciones jurídicas. Mediante la concepción abstracta los derechos reales se convierten en hechos jurídicos dotados de la máxima certidumbre. La importancia de esta certidumbre fué reconocida por nuestro BGB hasta el punto de llegarse en él a la exclusión de la propiedad condicional de inmuebles.

2. A este argumento no se le puede negar validez metódica. Nuestra comunidad tiene gran interés en que las Leyes dictadas por ella sean aplicadas fácil y correctamente, y en que las figuras jurídicas que surjan sean fácilmente reconocibles para el Juez y para las partes (50). En ciertas circunstancias, este interés puede sobrepasar al de la total adecuación de la norma a la justicia del caso individual, como lo demuestran las zonas de *ius strictum* existentes en cualquier ordenamiento. Si verdaderamente produjera la concepción abstracta unas relaciones jurídicas más claras que la causal ello constituiría una ventaja que podría ser contrapeso de los inconvenientes ya explicados (51). Pero de un examen más detenido creo que resulta que esta ventaja es insegura y que, si alguna vez se da, se da solamente en un ámbito muy reducido.

(49) Vid., *infra*, § 14, pág. 59.

(50) THUR, *Ziv. Arch.*, 120. pág. 4; HEDEMANN, *Sachenrecht*, pág. 35 y otras.

(51) Vid. *Begriffsbildung*, págs. 41 y 77 y ss.; *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, en *Ziv. Arch.*, 118, págs. 180 y ss.

3. Hay que reconocer que, según nuestra propuesta de reforma, el Registro sería inexacto en algunos casos en que hoy es exacto. Pero esa desventaja resultará inofensiva, merced a la protección de la fe pública. Piénsese que tampoco en el Derecho vigente se considera a la inexactitud en el Registro como un accidente que debe ser impedido a toda costa, y que tiene su origen en un error, sino como un estado totalmente normal, que no debe ser evitado, por ejemplo, en el tráfico hipotecario, y que está previsto por el legislador para el caso en que la exactitud del Registro puede dañar derechos dignos de protección (52). Por lo demás, incluso la inexactitud debida a la configuración causal del acto adquisitivo debería tener el mismo tratamiento que las otras inexactitudes. Así, en primer lugar, frente al primer adquirente: desde luego, las pretensiones por causa de enriquecimiento injusto podrían conducir, al ampliarse el campo de la inexactitud registral, a polémicas complicadas, y no debemos prescindir de cómo puede aumentar la dificultad o la frecuencia de estas discusiones por el hecho de que la *condictio*, según nuestra propuesta, produce sus efectos real y no sólo obligacionalmente. En cambio, en relación a terceros, opera la protección al adquirente de buena fe, que, por tanto, no resulta perjudicado por la concepción causal. Sin duda, al ampliarse el número de adquirentes a quienes puede reclamar la restitución el causalmente perjudicado, surge la posibilidad de litigios que no existían hasta ahora; pero esto es inevitable: toda nueva protección a intereses dignos de ella, y hasta ahora no tutelados, hace posibles cuestiones litigiosas no suscitadas hasta entonces. El legislador del Estado nacionalsocialista no va a asustarse ante este panorama. Para él, la justicia está por encima de la seguridad jurídica (y, en este caso, de la conveniencia de evitar litigios), sin que, por otra parte, resulte claro por qué la posibilidad de litigios es mayor en nuestro supuesto que en otros.

4. Contra la concepción causal podría aducirse, finalmente,

(52) THUR, en *Ziv. Arch.*, pág. 4: «La Ley quería facilitar la tarea del Registro, quitándole el examen del contrato causal, y a la vez reducir la propiedad inmobiliaria a un hecho jurídico lo más indudable posible. motivos que deben reconocerse importantes desde el punto de vista práctico; si bien es discutible si estos fines no deben ser pospuestos a otros, como, por ejemplo, el respeto a los sentimientos morales».

la prohibición de oponer condiciones al acto transmisivo de inmuebles. Nuestro Derecho quiere evitar por este medio la inseguridad objetiva de la propiedad fundiaria, es decir, el estado de incertidumbre que se da cuando pende una condición. Ahora bien —se dirá—: si se admite la producción de un efecto real, incluso en los supuestos de desaparición de la causa, como en mi opinión ha de admitirse (53), entonces la concepción causal nos conduciría en determinadas circunstancias al estado de inseguridad que hemos rechazado. Pero las desventajas de ese estado de inseguridad no deben sobrestimarse; es más, para los adquirentes de buena fe ni siquiera han de tomarse en consideración. Por lo demás, incluso según el Derecho vigente, el ideal de la certidumbre cede cuando se le contraponen intereses justificados; por ejemplo, cuando el acto transmisivo es impugnabile por vicios de la voluntad. Lo mismo sucede, pero en favor de todos, cuando los intereses son hechos visibles por la práctica de una anotación preventiva.

El aumento, pues, de la inseguridad es solamente un pequeño inconveniente, el cual, en mi opinión, está sobradamente superado por la necesidad de protección de los causalmente perjudicados. Para los bienes muebles, la anterior objeción carece de vigencia, dada la admisibilidad general de la condición.

III. EL INTERÉS DE LA PRUEBA.

§ 8. a) *La prueba jurídica.*

1. Al hablar de nuestro problema legislativo hemos visto que se señala como ventaja de la concepción abstracta el facilitar la prueba de los derechos reales y especialmente el procedimiento registral (54). Pues bien: al contrario, hemos de afirmar abiertamente

(53) *Grundriss des Sachenrechts*, § 42, núm. 1, notas de la página 167.

(54) La acentuación de las ventajas de la prueba reposa reiteradamente sobre el hecho de que contrato real y contrato obligacional se fundamentan y tratan como una institución unitaria (vid., más adelante, § 13). Pero también encontramos esta acentuación cuando solamente tratamos del negocio jurídico real. En el fundamental trabajo de KRIEGSMANN, por ejemplo, al tratar de las

que el problema de la carga de la alegación y de la prueba es un problema autónomo que no depende de la fuerza de la protección causal material, por lo cual debe ser excluido al juzgar acerca de la cuestión. Y tal autonomía existe tanto en los casos generales de aplicación, en los que quien pretende la propiedad se basa en su adquisición, como también en el procedimiento ante el Registro.

2. Afirmar que la concepción abstracta facilita la prueba del derecho real, al liberar al supuesto titular de la prueba de la causa, presupone, en primer lugar, que corrientemente la prueba del derecho se realice por referencia a la adquisición, y en segundo, que el probante debe afirmar y probar todos los presupuestos materiales de la misma, incluso los negativos. Pero ninguno de estos presupuestos se da en la realidad.

3. La prueba del derecho mediante la de la adquisición (y, por consiguiente, la de los hechos adquisitivos) desempeñaba un importante papel en la época del Derecho común, y precisamente del procedimiento probatorio formulario (*probatio diabolica*). Pero en nuestro Derecho actual la necesidad de tal procedimiento probatorio ha quedado sustituida en su mayor parte por las presunciones de titularidad a partir de la posesión o la inscripción y por la protección a la adquisición de buena fe (55). Las presunciones se establecen, respectivamente, para los bienes inmuebles y los muebles en los §§ 891 y 1.006, y en cuanto intervienen la diferencia entre la concepción abstracta y la causal desaparece prácticamente, salvo, tratándose de bienes muebles, en los escasos supuestos en que la propiedad es adquirida por un no poseedor.

4. En segundo lugar, y según el Derecho vigente, no existe precepto alguno que diga que quien alega una adquisición deba afirmar y probar todos los elementos del hecho adquisitivo, in-

«consecuencias del principio abstracto», se habla en primer lugar de la significación de la causa para la prueba de la transmisión de la propiedad; cfr. páginas 69 y ss.; vid. también 114 y ss. TURN, en un lugar, destaca como causa principal de la abstracción la voluntad de la Ley de facilitar la tarea del Registrador, ahorrándole el examen de las relaciones causales (*Ziv. Arch.*, 120, página 4). BREYHAN dice (op. cit., pág. 26) que «ante todo es indudable que el principio de la abstracción ha protegido de manera especialmente eficaz el Derecho inmobiliario, a lo largo de los decenios en que ha estado vigente, antes y después de 1900». También los restantes defensores de la concepción abstracta recalcan casi sin excepción la ventaja de la prueba.

(55) Vid. también KRIEGSMANN, págs. 115 y ss.

cluso los negativos, ni sería propio de nuestros tiempos un precepto de esta clase. A pesar de la discutida y necesitada formulación correcta en que se halla la teoría de la carga de la prueba, es indudable que el diferente tratamiento procesal de los hechos fundamentales e impeditivos se basa en un cálculo humano de probabilidades que a su vez resulta de experiencias vitales. Distinguimos, así, de una parte, los hechos que deben existir previamente para dar verosimilitud a una adquisición, a los que se limita la carga de la prueba del adquirente. De otra, a tales hechos fundamentadores se oponen los «obstativos», que deben ser alegados y probados por la parte contraria: por ejemplo, es generalmente admitido que la capacidad negocial del disponente es un presupuesto material para la validez del negocio dispositivo, pero no es el adquirente quien debe demostrar la capacidad negocial del *auctor*, sino que éste debe alegar y probar su falta de capacidad negocial. Se funda tal regla en que la capacidad negocial es lo predominante en la vida, lo más corriente, y no su falta, que es la excepción.

5. En una caracterización causal del negocio transmisivo, la causa del negocio debe tener, todavía con mayor razón, el mismo tratamiento que la capacidad. Cuando alguien declara estar conforme con una pérdida o disminución de su derecho real, entonces, en la mayoría de los casos y según la experiencia, suele existir una causa justificante. La declaración de voluntad produce una presunción de hecho en provecho del adquirente de la existencia de tal causa.

Por lo demás, según el criterio de la gente corriente, no es injusto imponer al declarante la carga de manifestar el vicio de la causa. En definitiva, la diferencia entre la configuración causal y la abstracta no es grande. Según el Derecho vigente, el enajenante que quiere recuperar la cosa o cantidad con los que el *accipiens* se ha enriquecido injustamente debe probar el vicio de la causa, precisamente—al parecer—porque ésta no forma parte de los presupuestos de la adquisición de la propiedad. Y con la concepción causal debería hacer exactamente lo mismo, si bien no ya porque la causa no forme parte integrante del *iter* transmisivo, sino porque, aun formándolas, le atribuiría la carga de la prueba.

6. De todas maneras, la situación de verosimilitud estimada por la Ley puede ser modificada por la voluntad de las partes. Las partes pueden acordar que la modificación jurídica dependa de supuestos cuya existencia deba probar el adquirente. Esto es igualmente posible en ambas concepciones. Un ejemplo en relación con la concepción abstracta lo proporciona la hipoteca de seguridad del Derecho vigente. •

7. De lo dicho resulta que la carga de la prueba no depende de la opción entre las concepciones abstracta y causal. Prescindiendo de los casos en que tal carga se distribuya por contrato, recae en aquel que invoca la falta de causa. Una ordenación legal específica es superflua, y nadie la desea. Con todo, la forma de expresarse la Ley relativamente a la prueba puede adaptarse a lo que normalmente acaece, presentando, no la existencia de la causa como presupuesto positivo, sino su falta como hecho impositivo, como hace el art. 974 del Código civil suizo (56).

§ 9. b) *Los presupuestos de la inscripción.*

1. También el de los presupuestos de la inscripción en el Registro es un problema independiente, relacionado, muy incorrectamente, con la norma jurídica material que impone la concepción abstracta (57). La usualidad y frecuencia con que esta relación se da como existente por la doctrina ha de reconducirse, en mi opinión, en último término, a la inclinación de la jurisprudencia conceptual a reducir todas las normas a principios generales, en vez de examinar si cumplen realmente el fin práctico propuesto con ellas. En realidad, dicha relación no existe: al contrario, hay que separar tajantemente los presupuestos de la inscripción de los de la eficacia jurídico-material.

Esto aparece ya en el Derecho vigente desde otro punto de

(56) Vid., *infra*, § 15, núms 2 y 6.

(57) Vid., *supra*, § 7, nota 3. La segunda comisión, consideró que esta mayor facilidad del tráfico registral era el fin principal de la concepción abstracta: cfr., *supra*, § 6. «Concretamente—dice la comisión—facilita este principio, tomado del proyecto, una realización sencilla y rápida de las inscripciones». Ya veremos que esta posibilidad puede darla asimismo la concepción causal en la misma medida, y que ha sido hecha realidad por otros Derechos.

vista. El negocio jurídico real es, materialmente, y según el § 873, un acuerdo, un negocio bilateral. Pero para la puesta en marcha del procedimiento registral basta, en principio, y salvo el caso de la transmisión de la propiedad, la declaración unilateral del perjudicado (asentimiento; véase § 11, GBO); los presupuestos materiales y los presupuestos de la inscripción son, por tanto, esencialmente distintos.

Y esta independencia se da también en nuestro problema: de la concepción abstracta no se sigue que deba probarse ante la oficina del Registro sólo el negocio jurídico real. Así, nuestro ordenamiento registral permite al Derecho de los países alemanes exigir más requisitos (58). Por otra parte, con la concepción causal sería perfectamente posible y también necesario limitar la exigencia de datos y elementos, por parte del Registro, a una parte de los materialmente precisos para que se produzca la modificación real.

2. El examen de los intereses da como resultado que, de hecho, en el punto de los presupuestos de la inscripción son otros los conflictos de intereses que entran en juego, esencialmente distintos de los ya tratados. En la estructuración de un ordenamiento registral se oponen dos ideales legislativos, a saber: el de la exactitud material y el de la sencillez y rapidez del procedimiento (59).

En la realización del segundo ideal, otros dos grupos de intereses deben tenerse en cuenta: de una parte, los de los partícipes en el proceso transmisivo, incluido el disponente, en la pronta y cómoda satisfacción de sus deseos: cuanto más detenidamente deba examinar el registrador los presupuestos materiales, tanto más lenta y parsimoniosamente se configura el tráfico jurídico-negocial. Y, de otra parte, los intereses del Estado, apuntando en la misma dirección por motivos de simplicidad y baratura de la organización administrativa. El examen de los presupuestos procesales proporciona un trabajo intenso a los funcionarios del Registro, y, consecuentemente, exige un personal numeroso y bien formado.

(58) GBO, § 98.

(59) Vid. mi obra *Grundriss des Sachenrechts*, págs. 148 y ss.

3. La decisión entre ambos ideales puede tener resultados distintos para los diversos supuestos de hecho, transmisiones de propiedad y otras modificaciones jurídicas reales. Entre el sistema del registro de prioridad (Derecho francés) y el principio de legalidad material (Código prusiano), son posibles diferentes estadios intermedios, tal y como lo prueba la minuciosa regulación de nuestro Derecho vigente. Por esto, la decisión *de lege ferenda* puede ser determinada por consideraciones de índole muy distinta. El Derecho comparado muestra que la concepción causal es compatible con una fuerte limitación de la actividad administrativa. El nuevo Derecho registral danés se aferra a la configuración causal de la transmisión de la propiedad, pero para la inscripción se contenta con la intabulación por solicitud unilateral del perjudicado, sin otro examen posterior. KRUSE (60) recomienda este procedimiento por el ahorro de gastos que supone para el erario público, y trata de demostrar por medios estadísticos que este ahorro es muy importante en relación con nuestra actual organización.

4. Una toma de posición respecto a estas proposiciones, y, sobre todo, un examen del Derecho registral, excedería del ámbito de este trabajo. Además, la discusión es superflua puesto que no existe una relación fija de las concepciones abstracta y causal con determinado tipo de organización registral: cada solución es compatible con cualquier organización de la dinámica registral. Incluso con la concepción causal pueden ser reducidos al mínimo los presupuestos de la inscripción. La eventual necesidad de simplificación no nos ofrece, pues, el más mínimo motivo para adoptar la configuración abstracta en el *iter* material de la transmisión. Por lo demás, el Derecho registral vigente entre nosotros puede persistir, incluso, con la introducción de la concepción causal. Ningún argumento basta, en esta línea, para justificar la configuración abstracta. Los intereses del tráfico eventualmente aducidos no son dignos de protección. Los intereses jurispolíticos de la claridad no son suficientes. Y los intereses de la prueba no participan en la cuestión. Estas conclusiones nos parecen decisivas, puesto que la consideración de los conflictos de intereses

(60) De todas maneras, por motivos distintos.

ha sido exhaustiva. No existen otras diferencias entre los efectos de la concepción causal y abstracta. Esto, ciertamente, ha sido discutido. Pero incluso la intervención de los casos discutidos no modificaría en absoluto los resultados finales.

APÉNDICE.

§ 10. Casos discutidos de aplicación de la concepción abstracta.

1. El alcance de la concepción abstracta ha sido discutido, como hemos dicho antes, para determinados supuestos de hecho. De la discusión sacan algunos autores consecuencias que son rechazadas por otros y que, en mi opinión, no son exactas. Quiero tratar de las tres materias de controversia más importantes para demostrar que aquellas consecuencias no servirían como argumento en favor de la concepción abstracta, sino en contra suya.

2. Los más importantes en el aspecto práctico son los casos de unidad negocial. La aparición de la causa y la conclusión del negocio real pueden considerarse como acontecimientos vitales temporal y realmente separados, como hemos establecido en nuestros dos ejemplos (de pago de una deuda inexistente). El negocio causal obligacional y el negocio real de ejecución pueden también, empero, concluirse al mismo tiempo, de manera que exista una unidad de decisión. Esta unidad puede darse más fácilmente en procesos relativos a bienes muebles. *A* entrega a *B* billetes de Banco en concepto de préstamo; *B* toma los billetes declarando que no los toma como préstamo, sino como donación. En este caso, aplicando la concepción abstracta, tenemos que aceptar la efectividad del negocio jurídico real, y por ende, la existencia de una transmisión de la propiedad, a pesar de la nulidad del negocio jurídico causal (caso claro de disenso). ¿Se ha transformado *B* en propietario por este procedimiento, y está facultado, por tanto, para disponer de los billetes de Banco sin cometer una estafa? No creo que ningún profano respondiera a esta pregunta en sentido afirmativo. Todos dirían que existía una

oferta única que sólo podía ser aceptada o rechazada como tal unidad. Más frecuentes que los casos de disenso claro son los de disenso oculto: es decir, la existencia de un malentendido. *B* cree que *A* quiere efectuar una donación y le da las gracias a *A*. En este momento se produce el malentendido. En casos como éste, ¿ha devenido *B* propietario? El profano pensará lo mismo que en el primer caso.

Supuestos análogos pueden surgir también en materia de propiedad inmobiliaria. En las regiones en que el ordenamiento registral exige la presentación de un documento acreditativo del negocio jurídico obligacional es corriente documentar la compraventa y la transmisión en el mismo instrumento como negocio unitario (61). El vendedor, en estos casos, se asombraría mucho al oír que el negocio jurídico era nulo, pero que, a pesar de todo, se ha producido una transmisión de la propiedad.

Estas consideraciones muestran cómo, en los casos de unidad de decisión, la reacción del sentido jurídico contra la concepción abstracta, y, por tanto, la necesidad de una protección causal total, son muy fuertes. Esta es comprensible. La concepción abstracta deja que se produzcan una parte de los efectos jurídicos esperados, mientras que la otra parte queda excluida: separación que debe considerarse sumamente inadecuada ante una unidad que está afinada en la conciencia jurídica común.

3. A pesar de lo claro del pensamiento de los profanos acerca de este problema, las opiniones doctrinales y jurisprudenciales difieren. Según la opinión más reciente, pero actualmente predominante, al menos en materia de bienes muebles, puede considerarse que en caso de unidad de negocios la nulidad del negocio causal acarrea también la supresión de la eficacia jurídica real (62). Esta opinión se basa predominantemente en el § 139 del BGB, que, en general, establece que todo el negocio es nulo

(61) Según la opinión notarial, la simultaneidad está prevista (Ordenanza de 11 de febrero de 1938) y es forma negocial dominante.

(62) RGK al § 125, 1, c; al § 139, 2, apartado 3; al § 299, 1; distintamente al 873; 7, b; PLANCK, I (FAD), al § 139, 12; III (STRECKER), al 873, nota 5. b, y al 929, 3, b; STAUDINGER, I (RIEZLER), prenot, al § 104, V; § 2, g; y III (KOBBER), al § 873. B, VII, y al 929, IV, 3, c; OERTMANN, al § 139, 2, b, g, y d; TUHR, II, 2, pág. 106 (excepto para el acto real), *Zeitschrift für Schweizer. Recht*, tomo 62, págs. 71 y ss; ENNECERUS-NIPPERDEY, § 139, I, 5, b; § 189, IV, 1, nota 17; HECK, *Grundriss des Sachenrechts*, § 30, núm. 8, pág. 121.

cuando lo es una parte de él, y que no hay que aceptar la validez parcial de la porción no viciada. Y puesto que en nuestro caso no hay razón para hacer excepciones, podemos admitir que el § 139 es aplicable a él, tanto en su texto literal como según su *ratio legis*. El § 139, que permite mantener la unidad de efectos en los casos de unidad de decisión, resulta, por lo demás, acorde con la vida, tal como nos lo muestra la observación. La voluntad negocial no es decisiva, pero, sin embargo, es un elemento digno de tenerse en cuenta. Por esto, la nueva corriente conduce a resultados convenientes al presuponerse respecto a los bienes muebles que la validez del negocio causal ha sido elevada a condición de la del negocio jurídico real.

Esta tesis, sin embargo, dista mucho de ser universalmente reconocida. En un principio, prevaleció la opinión de que aun en dichos casos el negocio transmisivo tenía eficacia real. Incluso para los supuestos de disenso claro se propugnó la efectiva transmisión de la propiedad (63), si bien esta teoría apenas tiene partidarios hoy día. Pero en los otros casos se sigue afirmando la transmisión de la propiedad como consecuencia de la concepción abstracta, quedando al transmitente la mera posibilidad de ejercitar la *condictio*. Recientemente ha defendido BREYHAN (64), con detenidas consideraciones, la validez del negocio jurídico real falto de causa, incluso cuando hay unidad negocial; para este autor, la aplicación del § 139 y la aceptación de una condición tácita (validez del negocio real sólo si vale el obligacional) arrebató a la concepción abstracta la mayor parte de su zona de aplicación, lo cual no puede corresponder a la voluntad del legislador. Según él, así, se ha de admitir que hay excepciones al § 139 y a la permisibilidad de la condición, y, en definitiva, que la concepción abstracta impide, como *lex specialis*, la aplicación del citado precepto. Además, no cabe distinguir los casos de unidad y de separación negocial.

En contra de BREYHAN, creo yo que debo mantener mi postura a favor de la limitación de efectos de la configuración abstracta.

(63) Así, por ejemplo, EXNER, *Rechtserwerb durch Tradition*, pág. 77; HOFFMANN, *Die Lehre vom «titulus» und «modus adquirendi»*, pág. 92, núm. 79. Compárese con STROHAL, *Iherings Lehrbücher*, 27, págs. 343 y ss.

(64) BREYHAN, *Abstrakte Uebereignung und Parteiwille in der Rechtsprechung*, en *Göttinger Abhandlungen*, 9.

Desde un punto de vista metodológico, la contradicción se plantea entre una norma realmente justificada e inmediatamente aplicable (§ 139), y la idea básica de un precepto que no está realmente justificado; frente a esta antinomia, el Juez debe decidirse por aquella norma.

4. En todo caso, para las tareas legislativas es indiferente y puede dejarse de lado la cuestión de si el Derecho vigente acepta uno u otro tratamiento de la cuestión. Y en ese terreno es seguro, en mi opinión, que el mantenimiento de la eficacia real del negocio transmisivo, a pesar de la falta de negocio causal básico, se considera, en los supuestos de unidad negocial, como especialmente opuesto a la realidad de la vida. Esta afirmación, según me parece, es absolutamente incontestada (65). Los contrarios a la tesis aquí defendida se creen obligados, por fidelidad a la Ley, a reconocer la efectividad abstracta del convenio de transferencia, pero no desconocen su injusticia. Por eso, esta inferencia, si fuera concluyente, nos proporcionaría un argumento especialmente importante contra la concepción abstracta. Sin embargo, no lo proporciona porque no es concluyente. Pero de ninguna manera pueden estos supuestos ser tomados en consideración, *de lege ferenda*, a favor de la concepción abstracta.

5. Una segunda y famosa polémica surge acerca de la aplicación del § 138: ¿Pueden ser nulos los negocios jurídicos reales porque el negocio vaya contra las buenas costumbres? (66). A vende y entrega a B ametralladoras, con el fin, conocido por ambas partes, de cometer delito de alta traición. El negocio de compraventa es, desde luego, nulo. ¿Ha sido transmitida, sin embargo, la propiedad? ¿Mantiene nuestro Derecho *erga omnes* el precepto por el cual B es protegido en su derecho de disposición sobre las ametralladoras, por ejemplo, contra los acreedores de A? ¿O debemos concluir que nuestro Derecho niega toda clase de protección a este tipo de adquirente, y, por tanto, niega la eficacia real del contrato dispositivo? La posición de los profanos está

(65) TUHR, por ejemplo, ve en el tratamiento especial de la unidad negocial un retroceso de la concepción abstracta a una medida razonable: *Zeitschrift für Schweizer, Recht*, 62, pág. 71.

(66) Vid., acerca de esta polémica, *Grundriss des Sachenrechts*, § 30, 9, página 122 y las indicaciones ulteriores.

clara: todos negarán que este negocio sea digno de protección. Mas las opiniones doctrinales están divididas y el Tribunal Supremo se inclina a afirmar la eficacia real. De nuevo insisto en que podemos dejar de lado la decisión según el Derecho vigente; por mi parte, considero seguro que el legislador nacionalsocialista no puede abrigar ninguna duda al respecto, y que nada le obliga a proteger al adquirente contra las buenas costumbres. La adquisición, en este caso, no solamente pospondría los intereses personales del vendedor, sino los intereses de la comunidad, que el Estado debe proteger ante todo, y, por tanto, ha de anteponer a los otros. Tampoco sirve aquí, por lo demás, la nunca olvidada invocación de los intereses del tráfico. El Estado no debe fomentar el tráfico contrario a las buenas costumbres, sino combatirlo. La inaplicabilidad de la exigencia de conformidad con las buenas costumbres para los negocios jurídicos reales no es, en mi opinión, una consecuencia ineludible de la concepción abstracta. Y si lo fuera nos proporcionaría un decisivo argumento contra esta concepción.

6. La *praxis* del Tribunal Supremo en tema de casas de tolerancia ha dado pie a ataques especialmente fuertes contra la concepción abstracta (67). Pero estos resultados, como ya he dicho en otra ocasión (68), no descansan ni sobre la concepción abstracta ni sobre la desconexión del § 138, con el negocio real, de la cual acabo de tratar, sino sobre la extensión del párrafo 2.º del § 817 a los casos del primero (69). Debemos esperar que la próxima reforma impedirá esta extensión, y con ello eliminará sus resultados. Mas para ello la concepción causal no proporcionaría suficiente ayuda, de manera que estos problemas se apartan de nuestra cuestión.

7. Una mirada retrospectiva a los ámbitos de aplicación de que acabamos de tratar nos convence de que las reglas en cues-

(67) Vid. RUMPF, en *Ziv. Arch.*, 117, págs. 319 y ss.; en contra, TUHR, loc. cit., 120, págs. 1 y ss.

(68) HECK, *Die Ausdehnung des § 817 auf alle Bereicherungsansprüche*, en *Ziv. Arch.*, 124, págs. 1 y ss. Referente a la hipoteca de casas de tolerancia, vid. también *Grundriss des Schuldrechts*, § 144, IV, y *Grundriss des Sachenrechts*, § 82, IV.

(69) El comentario al BGB de los Magistrados del Tribunal Supremo en su 8.ª edición ha adoptado postura idéntica a la mía. Pero el Tribunal Supremo se ha aferrado a su antigua *praxis*, vid. tomo 151, págs. 70-74.

tión que no surgen necesariamente de la concepción abstracta, pero que se deducen de ella, en su mayor parte son contrarias a la realidad vital. La concepción causal eliminaría toda tentación de extraer esa clase de conclusiones, lo cual sería un recomendable efecto secundario de la reforma propuesta.

CAPÍTULO III

EL CONTROL DE LA EXPERIENCIA

§ 11. a) *El Derecho del pasado.*

I. El resultado de nuestro examen de los intereses en juego debe ser contrastado con una mirada al Derecho del pasado, en el cual se han sedimentado experiencias de largos años. Esta mirada retrospectiva es tanto más recomendable si consideramos que en la formación del BGB han tenido gran influencia las concepciones del Derecho romano y de los Derechos germánicos, dominantes en la época de su redacción (70).

II. Las ideas de aquella época pueden resumirse como sigue: se aceptaba que el Derecho romano solamente había conocido la concepción abstracta. Esta concepción no sólo había tenido vigencia en los antiguos actos formales de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, sino también para la tradición. Era suficiente, por tanto, el acuerdo de las partes acerca de la transmisión de la propiedad: el negocio causal solamente servía como medio de prueba de este acuerdo de voluntades. Es preciso llegar a las doctrinas del Derecho común de la recepción y la época siguiente para que, como consecuencia de una serie de malentendidos, se llegue a formular y aceptar la caracterización causal del negocio transmisivo, es decir, a la exigencia de una *iusta causa traditionis* en el sentido de una causa justificante. Este malentendido pasó lue-

(70) Exposición de Motivos, 3, pág. 6. Vid., *supra*, § 6.

go a las Leyes alemanas, así como a las grandes codificaciones de la primera parte del siglo XIX. La escuela jurídica histórica cooperó a que se reconociera a la concepción abstracta como la del Derecho romano, concepción que, así, se introduce en ulteriores leyes del siglo XIX, y especialmente en la Ley prusiana de adquisición de la propiedad de 15 de mayo de 1872. Tras esta evolución, la concepción causal de las Leyes germánicas antiguas viene a ser atribuida a la influencia decisiva de un error histórico.

Este cuadro debe ser rectificado en dos direcciones:

III. En primer lugar, la opinión de que la tradición del Derecho romano clásico estaba configurada abstractamente no es hoy, ni segura ni aun probable.

1. El Derecho romano había reconocido mediante el establecimiento de las *condictiones* la necesidad de una causa justificante para la conservación de una atribución. Este juicio de valor hubiera podido conducir consecuentemente a configuración causal de la modificación real (71). El impedimento del acto formal, existente en la *mancipatio* y en la *in iure cessio*, faltaba en la informal *traditio*. Mas ¿sacaron los romanos esta consecuencia? Esto es posible, pero no evidente. Pueden haberse contentado con la protección causal obligacional acordada en aquella época al acto formal. Incluso el tratamiento de los distintos supuestos de hecho puede haber sido diferente.

Dos pasajes de sentido muy general contenidos en las fuentes parecen contestar afirmativamente a nuestra pregunta (72). En ambos se exige, además de la *traditio*, la preexistencia de una *iusta causa*. El sentido del calificativo *iusta* tal vez supusiera la necesidad de una «causa justificante». Sin embargo, carecemos de decisiones indudables en casos concretos. Y el gran ámbito de aplicación de las *condictiones* parece proporcionar un argumento al punto de vista contrario.

En la antigua ciencia del Derecho común tuvo preponderancia, hasta la intervención de la escuela histórica, la tesis de que

(71) Vid., *supra*, § 3.

(72) PAULO, 41, cfr. 31: *nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit*, y en los *fragmenta* de ULPIANO, 19-7: *traditio propria est alienatio rerum nec Mancipi; harum rerum ipsa traditione adprehendimus scilicet si ex iusta causa traditae sint nobis*.

la tradición suponía una causa equitativa. Esta opinión, aun discutida, era la predominante. La generalización de este punto de vista condujo a la teoría, temporalmente vigente, de la dualidad de *titulus* y *modus acquirendi*. Tal teoría era, desde luego, una adición independiente y no una consecuencia necesaria de la teoría de la tradición causal (73).

Desde SAVIGNY (74), la teoría de la tradición causal fué sustituida por la teoría del contrato real abstracto. SAVIGNY (75) llegó a su tesis, no solamente a través de la consideración de las fuentes, sino a través de la suficiencia teórica del contrato puro para llegar a la transmisión; contrato cuya posibilidad y realidad se desprenden, para él, de la posición subordinada de la autonomía privada y del contenido de la voluntad de las partes dirigida al cambio real. El autor cree que esa suficiencia puede reencontrarse y fundamentarse en las fuentes (76). Ante esta formulación lógica las consideraciones teleológicas retroceden (77), como siempre, en la obra de SAVIGNY (78). Concordemente, el autor no tiene el menor inconveniente en concebir la *iusta causa*, a pesar del adjetivo *iusta* como *causa manifestans*. Para él, la efectividad de la transmisión de la propiedad en la donación manual es un argumento fundamental. Esta efectividad, empero, sólo elimina la concepción de la *iusta causa* como obligación independiente, dominante hasta entonces, y no afecta para nada a su significación como causa justificante. La cuestión de la conciliabilidad del juicio de valor que se deduce del establecimiento de las *conditiones* con la configuración abstracta de la «tradición» ni siquiera se plantea. La justificación de la concepción abstracta por los inte-

(73) Esto es indiscutido hoy día.

(74) Vid., acerca de la historia de los dogmas y de la revolucionaria influencia de Savigny, el trabajo de Wilhelm FELGENTRÄGER: *Friedrich Karls von Savignys Einfluss auf die Uebereignungslehre*, en *Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen*, 3, 1927.

(75) *System*, tomo 3, §§ 140 y 141; *Obligationenrecht*, 2, § 78.

(76) Vid., *supra*, § 3.

(77) La consideración jurispólitica (*System*, 3, pág. 355) que FELGENTRÄGER (op. cit., pág. 49, nota 3) aduce como fundamento de la concepción abstracta se relaciona, en mi opinión, solamente con el tratamiento del error en los motivos.

(78) Como consecuencia del retroceso de la crítica teleológica es SAVIGNY, por ejemplo, fundador de la teoría libraria aún vigente, del contrato literal romano teoría que se estrella en su propia imposibilidad vital, induciendo así a una muy distinta comprensión de las fuentes. Vid. mi trabajo *Der altrömische Litteralkontrakt*, en *Ziv. Arch.*, 116, págs. 129 y ss.

reses del tráfico, tal y como la expone IHERING, es una adición suplementaria.

4. La teoría de SAVIGNY logró rápida preponderancia. En seguida fué bien común de todos los romanistas, y se introdujo en las obras doctrinales. Concretamente, el libro de WINDSCHEID, considerado casi con valor igual al de la Ley, la aceptó sin reservas (79). También influyó sobre la legislación de la segunda mitad del siglo XIX: por ejemplo, la Ley prusiana de adquisición de la propiedad de 5 de mayo de 1872 y, como ya hemos visto, nuestro BGB.

5. La teoría de la tradición abstracta había conseguido, pues, el predominio, pero la oposición no enmudeció nunca y resurgió constantemente. Especialmente interesante y bien fundamentada fué la de STROHAL (80). En el siglo XX se multiplican las objeciones, y en la doctrina moderna se rechaza dicha teoría de forma bastante general (81). Si bien los puntos de vista individuales difieren en muchos aspectos y la seguridad de juicio resulta turbada por la discusión en torno al contenido y alcance de las interpolaciones, sin embargo hay una casi total unanimidad acerca de que la tradición abstracta, en el sentido dado por SAVIGNY, es extraña al Derecho romano clásico, siendo los bizantinos quienes la adoptaron. También se mantiene que la exigencia de la *iusta causa* es un complemento del régimen de las *condictiones*, ya insuficiente (82). La más moderna exposición de la historia del Derecho romano (83) concreta el resultado actual de las investigaciones acerca de los presupuestos de la tradición de la propiedad en Derecho clásico, afirmando que «solamente tenía eficacia unida a una *iusta causa*, es decir, cuando podía ser reconocida como justa la transmisión de derechos en una relación interna (relación causal) entre transmitente y adquirente». También en la doctrina

(79) Vid. WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandekten*, § 171, 5; § 172, 16 a II; § 330. 5.

(80) En su crítica al proyecto, vid., *supra*, § 1. nota 3.

(81) KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, 1935, págs. 126 y ss.; Arnold EHRHARDT, «*Iusta causa traditionis*», 1930, y en Wissowas *Realenzyklopädie*, artículo *Tradition*; Heinrich LANGE, *Das Kausalelement im Tatbestand der Klassischen Eigentumstradition*, 1930; SCHÖNBAUER, en *Kritische Vj.*, 61. págs. 126 y ss.

(82) ERHARDT, en *Wissowa*, VII, pág. 232

(83) KRELLER, Hans, *Römische Rechtsgeschichte*, en *Grundrisse des Deutschen Rechts*, de Heinrich STOLL y Heinrich LANGE, 1936, pág. 72.

extranjera encuentra gran aceptación la teoría de la tradición causal (84).

IV. El segundo fallo del cuadro antes diseñado consiste en la subestimación de las grandes codificaciones y de las Leyes territoriales alemanas que las precedieron (85). Estas Leyes no son solamente la reducción a escrito de las concepciones entonces dominantes del Derecho romano, sino resultado y testimonio de los juicios de valor decisivos en la conciencia popular.

1. No se nos ha transmitido ningún sistema coherente de las causas justificantes proveniente de la época de los Derechos puramente nacionales. Correspondía al formalismo del Derecho antiguo el que la efectividad del acto formal no fuera afectada por la carencia de causa. No hay, así, paralelo posible con el Derecho romano de las *condictiones* (86). Solamente para casos especiales es preceptiva una garantía de la retransmisión: en estos casos individuales, según creo, la reclamación cabe tanto contra terceros como contra el primer adquirente (87). La protección causal no era una institución generalizada, pero donde existía tenía efectos reales.

2. En los siglos siguientes a la recepción, el Derecho inmobiliario fué reestructurado por numerosas Leyes territoriales sobre la base del Derecho recibido, aunque introduciendo en él abundantes modificaciones. Mas la concepción causal de la transmisión no fué alterada en ninguna de estas Leyes; por doquier se reconoce la trascendencia del negocio causal, puesta de relieve por el establecimiento de preceptos de forma.

(84) MONIER, *Manuel elementaire*, I, 1935, núm. 299, c. págs. 494 y ss.; el mismo, *Le malentendu sur la «causa traditionis»*, en *Studi Bonfante*, III, págs. 217 y ss.; BETTI, *Il dogma bizantino*, etc., en *Studi Bonfante*, I, págs. 303 y ss., especialmente pág. 330; el mismo, *L'attuazione de due rapporti causale attraverso un unico atto di tradizione*, separata del *Bull. dell' Instituto de Diritto romano*, 41, 1933; el mismo, *Sul carattere causale della traditio classica*, en *Studi Riccobono*, 1934; ARCHI, *Il trasferimento della proprietà*, 1934; el mismo, *Il tema di trasferimento della proprietà della compravendita romana*, en *Studia et documenta historiae et iuris*, I, 155 y ss.

(85) Vid., *supra*, § 11, núm. 1.

(86) GIERKE, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, III, pág. 993.

(87) El testimonio más antiguo se encuentra en el *Allgemeinen Landrecht* 3 de Frisia. Cuando uno era raptado por los normandos y llevado fuera del país, y tras esto alguien compraba sus tierras, el cautivo, a su regreso, podía pedir la devolución de sus bienes; tal exigencia tiene eficacia real.

De este proceso debemos sacar como consecuencia que la protección causal real parecía tan recomendable a nuestros antepasados como a nosotros mismos. Son construcciones jurídicas alemanas las que tenemos como antecedentes.

3. Ello es así, en primer lugar, para las dos grandes primeras codificaciones, a saber, el Código prusiano y el Código civil austriaco. La historia de su nacimiento (88) prueba que la decisión de ambos Códigos a favor de la concepción causal no reposa sobre una aceptación ciega del supuesto Derecho romano, sino sobre una serie de conscientes esfuerzos para llegar a una solución acorde con nuestra conciencia jurídica.

4. Tal valoración realizada por el Derecho antiguo no queda desvirtuada por el hecho de que la concepción abstracta penetra en las Leyes tardías del siglo XIX y concretamente en la Ley prusiana de adquisición de la propiedad de 15 de mayo de 1872. Puede demostrarse que esta legislación fué influida por una serie de errores: de una parte, por la teoría, entonces preponderante en el Derecho común, de la configuración abstracta de la tradición romana; de otra, por dos fallos de política jurídica, como son: a), la idea de que la seguridad del tráfico real, que entonces era un ideal altamente apreciado, sólo podía alcanzarse a través de la caracterización abstracta; y b), la creencia de que el principio abstracto facilitaba el tráfico registral. A ello hay que oponer que, como se dijo antes, la seguridad del tráfico, en todo cuanto debe ser deseada, ha sido ya lograda por la protección al adquirente de buena fe (89), y que la creencia *sub b)* es inexacta (90). Aquella legislación, por tanto, no puede ser aducida como testimonio de la conciencia jurídica de nuestro pueblo. Nuestra ojeada retrospectiva sobre la Historia nos ha conducido a un resultado opuesto a la teoría que inspira el BGB. La construcción causal de las Leyes antiguas no es el resultado de una mala inteligencia del Derecho romano, y, al contrario, esto es lo que le ocurre precisamente a la teoría abstracta, que reposa sobre

(88) Cfr. las cuidadosas consideraciones jurispóliticas sobre las que reposa la postura del Código austriaco. STROHAL, *Die Gültigkeit des Titels*, Graz, 1891.

(89) Cfr., *supra*, fin del § 5.

(90) Vid., *supra*, § 8, núm. 7.

errores, y en el fondo no es sino un cuerpo extraño, un desgraciado episodio en la historia de la evolución del Derecho alemán.

§ 12. b) *Derechos extranjeros.*

1. Las situaciones de intereses con las cuales hemos confrontado las divergentes concepciones abstracta y causal no presentan caracteres específicos de nuestro pueblo. Al contrario, pudieron haberse producido en otros de idéntico ámbito cultural. Por eso es preciso citar las experiencias de los Ordenamientos de distintos países al intentar la valoración jurispolítica de ambas soluciones. El resultado es inequívoco. Se halla generalmente reconocido el hecho de que nuestro Ordenamiento está casi aislado en su concepción abstracta del negocio jurídico real.

2. Es muy importante señalar el predominio de la concepción causal en los grandes ámbitos jurídicos del Derecho francés y del anglosajón.

Ambos Derechos, en tema de transmisión de la propiedad, se fundan claramente en la teoría del contrato, tanto para los bienes inmuebles como para los muebles: basta el acuerdo de las partes, sin que se exija una exteriorización de la transferencia distinta del mismo. Ni la inscripción ni la entrega son exigencias materiales (91). El contrato de transmisión de la propiedad es el mismo negocio causal: compraventa, donación, etc., y no un contrato real, diferenciado y separado del negocio causal, tal como lo concibe nuestro Derecho. Esta negación del contrato abstracto tampoco es una simple consecuencia de la teoría de la transmisión por el simple contrato, pues aun en un convenio libre de todo signo jurídico externo distinto de él mismo, pueden siempre ser separados ambos elementos del acuerdo causal y real (92),

(91) Vid. NEUNER, *Abstrakte und kausale Uebertragung beweglicher Sachen*, en *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Strafrecht*, tomo 14, págs. 9 y ss., 1926. Además, LOCHER, en *Rechtsvergl. Hb.*, I, v.º *causa*.

(92) Esta posibilidad se da en nuestro propio Derecho:

a) Para la cesión de un crédito, según el BGB, no es necesario ningún signo jurídico. Sin embargo, está generalmente reconocido que el negocio causal y el contrato de cesión son distintos, siendo tratado el contrato de cesión como

y el último ser configurado en forma abstracta. Rechazar la configuración abstracta es, por tanto, una toma de posición independiente de ambos Derechos que se ha formado y conservado a lo largo de la secular experiencia de estas dos grandes zonas jurídicas.

3. El peso jurispolítico de esta observación queda reforzado por el hecho de haberse desarrollado el Derecho francés y el inglés de forma totalmente independiente el uno del otro. El Derecho francés deriva de las antiguas teorías romanísticas, mientras el inglés, construido sobre la base de la *Common Law*, es el resultado de una jurisprudencia multisecular.

4. En la apreciación jurispolítica de tales Derechos se ha de tener en cuenta, además, que en ambos se mantuvo la concepción causal incluso para los bienes inmuebles, y ello aun cuando la protección de la adquisición de buena fe, que conoce nuestro Derecho alemán, se hallaba en ellos mucho menos desarrollada (93). Véase, así, cómo los mismos intereses del tráfico no han sido lo suficientemente fuertes como para implantar la concepción abstracta, aun en unos Ordenamientos en los cuales la protección a la buena fe es relativamente débil.

5. El Código civil francés ha servido de base para la redacción de gran número de Códigos: el ámbito de vigencia del Derecho francés es mucho más amplio, desde un punto de vista real, que el territorio de este país. Sus ideas se aceptan también en otras partes de Europa: concretamente, en España e Italia; en partes del Oriente; en toda Centro y Suramérica. El modelo francés sufrió grandes modificaciones, pero la concepción causal ha sido unánimemente aceptada, incluso en el tan independiente Código civil brasileño de 1 de enero de 1916, a pesar de que había tomado también como modelo nuestro BGB.

Es especialmente importante el que aun los textos legales eu-

abstracto. Lo mismo vale para todas las disposiciones sobre derechos distintos de los reales; vid., *infra*, § 14.

b) Tratándose de bienes muebles, según el punto de vista exacto, si bien generalmente rechazado, también el BGB ha abandonado la exigencia de un traspaso de la posesión (vid. *Grundriss des Sachenrechts*, § 56). Por esto no se excluye la validez de la concepción abstracta.

(93) Cfr. KRUSE, II, págs. 1.078 y ss.

ropeos promulgados tras la entrada en vigor de nuestro BGB y que tienen en cuenta meticulosamente su contenido hayan adoptado la concepción causal del Derecho francés, rechazando la concepción abstracta del nuestro. Así, el Código civil suizo de 10 de diciembre de 1907 (94) y la Ley danesa de bienes inmuebles (*Tinglysning*) de 31 de mayo de 1926.

6. El Código civil suizo, según la opinión general, es muy perfecto, y en lo fundamental acomodado a nuestra conciencia jurídica alemana. Merece una especial atención por parte de la futura legislación. Su postura con respecto a nuestro problema ha de estudiarse separando lo referente a bienes muebles e inmuebles.

a) Es un hecho evidente y generalmente admitido que la concepción causal es la base del Derecho inmobiliario suizo, y concretamente en el aspecto material. El artículo 974, párrafo 2, dice: «Es ilegítima la inscripción que se haya realizado sin causa jurídica o como consecuencia de un negocio jurídico sin fuerza de obligar». La inscripción ilegítima no transmite la propiedad. El causalmente perjudicado en consecuencia goza de protección real en los casos de ejercicio de una *condictio*. Tal afirmación es indudable, y sobre ella no se ha suscitado polémica alguna.

b) En cambio, el problema es discutido respecto a los muebles, porque el acuerdo real (acuerdo de transmisión) no es objeto de tratamiento específico por la Ley. Solamente el requisito de la adquisición de la posesión se exige de forma general para la adquisición de la propiedad (95). Ya la ausencia de un precepto más detallado es un argumento a favor de que no hay, para los bienes muebles, ninguna desviación del sistema causal establecido para adquisición de los inmuebles. Y, en mi opinión, la historia de la redacción del texto legal proporciona otro argumento: la Exposición de Motivos presupone un tratamiento idéntico para una y otra clase de bienes, y ni siquiera se refiere a la existencia

(94) La Ley civil de Liechtenstein de 31 de diciembre de 1922 está de acuerdo con esto.

(95) Art. 114, párrafo 1: «para la transmisión de la propiedad de bienes muebles es necesario el paso de la posesión al adquirente».

dé una concepción abstracta (96). Finalmente, el hecho de que la pretensión de enriquecimiento (*condictio*) sea obligacional no proporciona argumento alguno en favor de la configuración abstracta de la adquisición mobiliaria, pues también ocurre así en supuestos de configuración causal (bienes inmuebles; Derecho romano).

7. La Ley inmobiliaria danesa (*Tinglysning*), de 31 de marzo de 1926 es principalmente obra de un hombre, el profesor de Copenhague VINDING KRUSE, que también la ha publicado en alemán con una fundamentación exhaustiva (97). El Derecho nórdico-danés mostraba hasta ahora, no en las fuentes nacionales, sino en la doctrina, una preferencia por la caracterización abstracta de la tradición, tal y como se había impuesto en nuestro Derecho común desde SAVIGNY (98). Esta nueva Ley se decidió por la concepción causal del Derecho franco-inglés. KRUSE ha razonado esta postura tras un detenido análisis de nuestra legislación (99). Según el propio autor, en Noruega, un proyecto de Ley se ha adherido a la Ley danesa. En Suecia y Finlandia la concepción abstracta no ha tenido el menor éxito (100).

8. Este resumen confirma la opinión dominante sobre el sistema de los Derechos extranjeros. Las esperanzas de ZITTELMANN de que todos los pueblos se convencerían de las ventajas de la concepción abstracta (101) no se han cumplido hasta ahora. Podemos hacer la misma observación que al hablar de la historia de nuestro propio pasado: la construcción jurídica basada sobre

(96) Código civil suizo. *Erläuterungen zu dem Vorentwurf*, tomo 4. *Sachenrecht*, págs. 561 y 562: «se meditó sobre si no debería mencionarse el negocio jurídico como un modo de adquisición igual que en la propiedad inmobiliaria». Pero se prescindió de esto. «Para la adquisición de bienes muebles es suficiente que la Ley, junto al negocio de enajenación obligacional, vincule la entrega de la cosa a la adquisición de la propiedad. La obligación de tal entrega no necesitaba expresarse en el Derecho de cosas».

(97) Por ejemplo, TUHR, en *Zeitschrift für Schweizer. Recht*, 62, páginas 68 y 69.

(98) *Das Eigentum*, II, 1935 Esta obra merece el máximo reconocimiento desde el punto de vista metodológico. KRUSE no entra en la literatura metodológica, pero recalca siempre que solamente deben ser tenidos en cuenta los efectos sobre la vida real, y que la formación conceptual de normas debe rechazarse. Estas son las directrices de nuestro método teleológico.

(99) KRUSE, op cit., pág. 1.246.

(100) KRUSE, op. cit., págs. 1.414 y ss.

(101) KRUSE, op. cit., prólogo, pág. IV.

los intereses y experiencias vitales de cada pueblo conduce a la concepción causal (102). La abstracta solamente se puede encontrar en aquellos lugares (Alemania y el Derecho anterior de Dinamarca y Noruega), en los que influyó la teoría savigniana de la tradición romana, tan en boga en su tiempo (103); por tanto, también del Derecho comparado resulta ser una norma nacida de un error teórico.

SEGUNDA PARTE

PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL DE LA CAUSALIDAD DE LA TRANSMISION

§ 13. a) *Los contratos obligacionales abstractos.*

1. En nuestra doctrina, los negocios abstractos del Derecho de cosas y los contratos obligacionales abstractos (promesas de pago autónomas del BGB) se reducen a un grupo único, el de los negocios abstractos, y generalmente se justifican mediante consideraciones comunes a todos ellos. Por eso, una valoración legislativa de los negocios jurídicos abstractos que no se ocupara de los obligacionales, parecería incompleta. A ello contribuye la idea de que los llamados *derechos reales mediatos*, es decir, los derechos de garantía y las cargas reales, pueden considerarse al mismo tiempo como relaciones de crédito (104), de manera que cabe plantear la cuestión de la aplicabilidad a tales garantías y cargas de los principios que rigen los negocios obligacionales abstractos.

La síntesis usual, empero, sólo está justificada en tanto en cuanto el contenido de cada precepto tenga suficientes caracteres comunes de una y otra especie de negocios. Pues si en ambas figu-

(102) KRUSE, op. cit., pág. 1.247

(103) Vid. *supra*, 1, nota 6.

(104) *Grundriss des Sachenrechts*, págs. 439 y ss.

ras se trata de la separación entre el efecto jurídico y la causa, los conflictos de intereses regulados y el fin vital de las normas son distintos: por eso, el estudio axiológico debe realizarse separadamente, y por eso una valoración común nos equivocaría con facilidad, especialmente si se entiende que los títulos-valores a la orden y al portador son un efecto del contrato abstracto de deuda (pero es más correcto separar uno y otro institutos). También en los derechos reales mediatos los problemas están configurados de manera distinta.

2. Si hacemos esta separación, y comparamos el contenido de intereses de los negocios jurídicos reales y los obligacionales, aparece claramente la diferencia jurispolítica. Ya hemos explicado más arriba cómo en los negocios jurídicos reales se trata de limitar la protección causal para favorecer al acreedor, y más aún al sucesor en el derecho, mientras que la facilidad de la prueba no tiene importancia alguna. En los contratos obligacionales abstractos, en cambio, se busca precisamente esa facilidad de la prueba en beneficio del contratante acreedor (105). La protección causal material no se suprime ni en beneficio del primer acreedor ni en el de los sucesores en su derecho. Así, pues, se trata de dos campos distintos de valoración de intereses que deben ser examinados separadamente para su solución jurispolítica.

En esta investigación hay que separar nuevamente las relaciones entre el contratante deudor y el acreedor y las que median entre aquél y los sucesores de éste.

3. El fin perseguido por las partes mediante el contrato obligacional abstracto es el de facilitar la acción del acreedor. En los contratos causales éste debe afirmar y probar aquella relación causal de la que se deriva su acción. No hay analogía con las presunciones jurídico-reales, a no ser que se quiera verla precisamente en los contratos obligacionales abstractos. Por la celebración de un contrato obligacional abstracto el acreedor queda liberado de probar. Esto tenía un significado especialmente importante en la época de la teoría formalista de la carga de la

(105) Vid., concretamente, M. E. RUMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und den Schuldanerkenntnissen des BGB*, en *Ziv. Arch.*, 97, págs. 211 y 360; y 98, págs. 169-340.

prueba, pero incluso hoy día la declaración abstracta de obligarse desplaza dicha carga (106).

4. La protección causal material no se atenúa por el otorgamiento de una promesa abstracta de deuda. Incluso en ella puede hacerse valer la existencia de un enriquecimiento injusto. Cuando *A*, ha prometido a *B*, por escrito o por causa de una liquidación o cierre de cuentas, el pago de mil marcos, el promitente puede oponerse al pago alegando la inexistencia de causa jurídica conforme a los §§ 812 y ss. Esta oposición aparece formalmente como contrapretensión de la promesa de pago (§ 812, párrafo 2.º), y da lugar, según generalmente se reconoce, a una excepción contra el crédito surgido por causa de la promesa de pago. La protección causal, por consiguiente, no sólo es eficaz contra el contratante a quien se promete el pago, sino, al contrario de lo que ocurre en el Derecho de cosas vigente, también contra sus acreedores; por ejemplo, puede hacerse valer respecto a su masa concursal. Nuestra proposición de ampliar la protección causal en los negocios jurídicos reales corresponde así a aquella valoración de intereses que ya es Derecho vigente en el ámbito del Derecho de obligaciones.

5. Incluso en relación a terceros, el planteamiento del problema es distinto al del Derecho de cosas. El alcance práctico de la concepción abstracta del negocio jurídico real consiste en la protección del tercer adquirente y de sus acreedores a costa del causalmente perjudicado. Este efecto no se produce en absoluto en el contrato obligacional abstracto. La opinión anteriormente expuesta, según la cual mediante los contratos obligacionales abstractos se producen créditos especialmente aptos para la circulación (107), carece de fundamento, y hoy día apenas si es mantenida. La condición abstracta de la promesa de pago carece de importancia material para la capacidad de circulación del crédito: la ventaja que poseía el negocio jurídico real en la época

(106) La promesa oral de deuda es, prescindiendo del Derecho mercantil, insuficiente para liberar al acreedor de la carga de la prueba, incluso cuando en el contenido se haya afirmado así clara y seguramente. Pero a partir de estos presupuestos puede la promesa fundar una prueba *prima facie* de una relación causal afirmada por el promitente, y entonces la situación probatoria del acreedor es análoga a la de una promesa de deuda formalmente correcta.

(107) Por ejemplo, COLLATZ, *Iherings Jahrbuch*, 40, págs. 127 y ss.

del Derecho común para los ulteriores adquirentes no se reproduce en tal promesa. Así resulta de la siguiente consideración: la obligación normal, a diferencia de aquellos créditos materializados en títulos valores, no es apropiada para la circulación en amplios ámbitos de titulares; para ella es válida la frase *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, y el adquirente, con arreglo al § 404 del BGB, está expuesto a todas las excepciones oponibles contra un antecesor suyo, incluso la de enriquecimiento injusto.

El indicado obstáculo para el tráfico se da en todas las obligaciones corrientes, incluso en las surgidas de un contrato abstracto de deuda, pues el § 404 es válido para todas. De nuevo nos encontramos con el hecho de que aquel juicio de valor que recomendamos para el Derecho de cosas es ya Derecho vigente.

6. En los derechos reales mediatos interviene la eficacia de los signos jurídicos. La carga de la prueba se regula por las presunciones de los §§ 891 y 1.006, y la circulación, en cuanto no hayan intervenido títulos-valores, se regula a su vez por la protección a la creencia en los signos jurídicos: inscripción y posesión.

7. El destino a la circulación, que falta en las obligaciones corrientes, se encuentra en aquéllas materializadas en títulos de crédito al portador y a la orden. Estos documentos son tan signos jurídicos como las inscripciones en el Registro (108): la protección que prestan al adquirente puede designarse también como protección de la fe pública, con efectos correspondientes a los de dichas inscripciones (109), y sirven a las necesidades del tráfico, de igual modo que los signos jurídicos del Derecho de cosas. Protegen al adquirente según la medida de la apariencia jurídica, de la escritura, del contenido literal de la obligación. Este contenido es generalmente abstracto, como la inscripción en el Registro; pero excepcionalmente puede ser también causal (110). En el caso normal se trata de escrituras abstractas de deuda que no aluden a la relación causal: el causalmente perjudicado debe ceder ante el cesionario o adquirente de buena fe, de igual manera que debe

(108) *Grundriss des Schuldrechts*, págs. 403 y ss.

(109) Por esto se le llama, con razón, títulos-valores con fe pública: op. cit., núm. 2, nota.

(110) Op. cit., pág. 404, núm. 4, c.

ceder en el Derecho de cosas ante el *accipiens* de buena fe que se ampara en la posesión o en el Registro.

8. La opinión, frecuentemente sustentada, y también defendida por mi (111), de que los títulos-valores son un producto de los contratos obligacionales abstractos, se explica porque en estos documentos, por lo general, se prescinde de la causa a fin de hacerlos aptos para el tráfico. La declaración documental suele ser abstracta. Pero ello no obsta para que se puedan y deban separar ambas figuras jurídicas, es decir, el título-valor y el contrato abstracto. Se trata de dos institutos independientes que se nos aparecen separadamente. Hay muchos contratos obligacionales abstractos en los que no se redacta ningún documento con los caracteres del título-valor. Y, a la inversa, hay numerosas promesas causales de deuda en las que la prestación se incorpora a un documento apto para circular, sin que entre las partes haya mediado una promesa autónoma. Ante todo, no debe admitirse que por la emisión de un título-valor se realice una renuncia a la protección causal, puesto que ésta sigue interviniendo entre las partes originarias. La cambial contiene hoy (112), según el contenido de la declaración, una promesa abstracta; pero entre las personas ligadas por el contrato subyacente puede acordarse volver a la relación causal (113); la cambial no debe, pues, su capacidad de circulación a la abstracción del contrato subyacente, sino a otras circunstancias, y concretamente a la protección al adquirente de buena fe.

9. El tráfico de los títulos de crédito se realiza según principios del Derecho de cosas. Por esta razón, tendría importancia práctica sustituir la concepción abstracta por la causal. Pero la

(111) Op. cit., § 129, núm. 2, nota.

(112) La declaración cambial, históricamente considerada, es una declaración causal, puesto que la cláusula cambial era originariamente una indicación de la causa, del negocio de cambio que estaba en el fondo de la operación y a cuya realización total servía la letra. La importancia de esta cláusula disminuyó posteriormente, y hoy ha llegado a ser mera fórmula. Vid. LOCHER, *Das Handels und Wechselrecht*, en *Stammlers Enzyklopädie*, § 45, núm. 1, apartado 3, y § 46, núm. 2, apartado 2: la teoría de LOCHER sobre la evolución del *pactum de cambiando* tiene su origen en trabajos míos. Cfr., además, Goldschmidt, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 3ª edición, pág. 433, núm. 115.

(113) WIELAND, *Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen*, 1901, tiene toda la razón cuando se opone a la usualísima sobreestimación de la abstracción.

situación de los intereses es, en la circulación de tales documentos, la misma que para el tráfico de las otras cosas. La presencia de este gran ámbito de aplicación no hace sino fortalecer el peso de los argumentos que hablan a favor de nuestra propuesta.

10. La figura de los títulos-valores ha encontrado también aplicación en el ámbito del Derecho de cosas: lo son la cédula o carta hipotecaria, y la deuda fundiaria (114). La fe de la literalidad ha desplazado a la de los signos jurídicos, de la inscripción y de la posesión. La sustitución de la concepción abstracta por la causal actuarial en estos documentos jurídicos-reales con la misma eficacia, y tendría igual justificación que en los obligacionales.

11. En este trabajo no podemos entrar en los restantes problemas que plantea la nueva organización del instituto de los títulos-valores. A nosotros sólo nos tocaba demostrar que los contratos abstractos del Derecho de obligaciones no representan ninguna objeción contra la concepción causal del negocio jurídico real abstracto, tal como ha sido propuesta. Y esta demostración me parece realizada.

§ 14. b) *Otros negocios dispositivos.*

1. El BGB no ha limitado la concepción abstracta a los negocios reales, sino que la ha extendido a todos los negocios dispositivos. Esta extensión resulta, para la creación y cesión de un crédito, del texto y la historia de los §§ 397 y 398; para otros derechos, como, por ejemplo, el del autor, de la aplicación general de la cesión regulada en el § 413. Como consecuencia de esta asimilación, es necesario determinar si nuestra propuesta de regular conforme a una concepción causal las modificaciones jurídicas reales puede transplantarse también a otros negocios dispositivos.

2. La fundamentación del idéntico tratamiento abstracto de todos los negocios de disposición, reales y obligacionales, que proporcionan los motivos del BGB es insuficiente, e incluso cabe decir que, en cuanto al fondo, falla totalmente. Dos únicos pasajes

(114) *Grundriss des Sachenrechts*, págs. 439 y ss.

encontramos al respecto, ambos de igual redacción, y referidos, respectivamente, al nacimiento y la cesión de la deuda. Literalmente dice el uno que «la declaración de deber es, según la concepción del proyecto, un contrato de enajenación, un llamado contrato real, y, por ende, un contrato abstracto, un negocio jurídico independiente de la causa desde el punto de vista de su eficacia, análogo al desistimiento» (115). Y más adelante dice el otro que «la cesión es, como la declaración de deber (la tradición, la transmisión registral, etc.), un contrato de enajenación llamado contrato real, y, por tanto, es un contrato abstracto, independiente de la causa en lo referente a su efectividad» (116). En estas consideraciones, la justificación de la concepción abstracta en todos los contratos de disposición se da por supuesta, pero no se fundamenta. La costumbre antes predominante de designar todos los contratos de enajenación como contratos reales no es una justificación. En la doctrina anterior los contratos de enajenación no eran llamados abstractos porque se los tomara por contratos reales, sino porque se les consideraba tan abstractos como los contratos reales, y por esta causa, eran erróneamente designados también con la misma palabra (117). La razón de ser explicada para el contrato real, supuesta la necesaria separación entre Derecho de obligaciones y Derecho de cosas (118) no sería adecuada para la transmisión de créditos. Pero la falta de una justificación expresa no es sino un defecto estético, y el hábito de designar a cualquier contrato de enajenación como *contrato real* tiene una explicación en la fundamentación lógica de la concepción abstracta mencionada antes (119), la cual, en efecto, podría ser válida para todos los contratos de enajenación (120). Lo peor es que, jurispolíticamente, esta fundamentación es tan poco adecuada para los negocios jurídicos no reales como para los reales, al ser idéntica en ambos la situación de los intereses:

(115) Exposición de Motivos, 2, pág. 114.

(116) *Ibidem*, 2, pág. 120.

(117) Esta locución ha sido combatida durante mucho tiempo por injustificada. Cfr. TURR, 2, pág. 256, núm. 123, e indicaciones ulteriores.

(118) Vid., *supra*, § 6.

(119) Vid., *supra*, § 3.

(120) Este acierto de la fundamentación explica también el más amplio sentido usual de la locución de «contrato real». La terminología «abstracto» sobrevino posteriormente.

también refiriéndola a los negocios obligacionales encontramos un causalmente perjudicado que debe ser protegido hasta ciertos límites, y las mismas dos formas de conflicto que hemos investigado, con lo que la consideración de ambas formas nos conduce a preferir la configuración causal. Veámoslo.

3. En caso de un conflicto entre el causalmente perjudicado y el primer adquirente y sus acreedores, insisto en que la situación de los intereses es exactamente la misma que en los derechos reales. Modifiquemos nuestro ejemplo (121) de modo que A se crea obligado, por un legado inexistente a: 1), devenir deudor de X, ó 2), ceder a Y un crédito contra X, ó 3), transmitir a Z unos derechos de autor de su causante. El conflicto de intereses debe ser resuelto, tanto en relación a X, Y y Z como en relación a sus acreedores, de la misma manera que en el ejemplo primitivo. No hay ningún motivo para hacer depender la solución de si las atribuciones en cuestión afectan a una cosa o a cualquier otro bien.

4. En la segunda forma de conflicto existen desviaciones en tanto en cuanto, de una parte, en los créditos también ha de tomarse en consideración la situación del tercero deudor, y, de otra, la protección al adquirente de buena fe, a que tanta importancia dábamos al tratar de los problemas jurídico-reales, no interesa para las disposiciones obligacionales. Cabe preguntarse, por ende, si estas desviaciones no pesan a favor de la concepción abstracta.

5. Si, en particular, contemplamos la cesión de un crédito, me parece que la concepción abstracta no favorece el interés del tercer deudor. TUHR (122), por cierto, ve una ventaja de ésta en el hecho que «el deudor solamente puede y debe examinar la validez de la transmisión de la deuda, y no la de la relación jurídica subyacente»: los efectos a favor del cesionario se producirían (123), incluso, si la cesión carece de justificación obligacional, como veremos más adelante. Pero debe negarse que esto constituya una ventaja para el deudor, el cual, en cualquier caso, debe pagar contra presentación del documento de cesión o tras

(121) Vid., *supra*, § 3.

(122) *Allgemeiner Teil*, III, pág. 121, núm. 3.

(123) *Schuldrechts*, pág. 202, núm. 11, c.

la denuncia del anterior acreedor (§ 410, BGB). Y si paga sobre la base de esta legitimación queda liberado (§ 409).

Es de suponer que estas medidas de protección persistirán bajo cualquier sistema, por lo cual, incluso con la concepción causal, la falta de causa en la relación entre los dos acreedores en cuestión no tiene efecto perjudicial para el deudor.

6. En lo referente a los intereses de los sucesores en el derecho de crédito, es exacto que la concepción abstracta los hace prevalecer sobre los del causalmente perjudicado, mientras que la concepción causal los pospone en este conflicto. Es posible que, en ella, la posposición afecte a cesionarios muy alejados en el tiempo del primitivo acreedor: la debilidad duradera que IHERING ataca tan enérgicamente refiriéndose a la propiedad (124) intervendría en los derechos del crédito..., pero solamente para créditos ordinarios, cuya adquisición es siempre un azar. Es más: las excepciones del causalmente perjudicado son un peligro menor que otros, como la falta de derecho en la persona de un cedente anterior, las excepciones que dejan ineficaz el crédito, etc.; por lo demás, si el crédito se materializa en un título-valor recibe la misma protección que la propiedad inmobiliaria. Ciertamente, pues, el adquirente de un crédito ordinario no viene favorecido en su confianza por nuestro Derecho (§ 404), pero es que tampoco hay motivo alguno para favorecer a un adquirente de esta clase precisamente a costa del causalmente perjudicado.

7. La disposición sobre derechos distintos de los ya mencionados está sometida esencialmente a las normas de la cesión según el § 413. Tales normas constituyen un Derecho general de las enajenaciones de derechos no reales. De donde resulta, a partir de las anteriores consideraciones, la mayor conveniencia de la solución causal, aun para esos derechos. Podrán, sin duda, establecerse normas especiales en interés del tráfico, pero en ningún Ordenamiento jurídico se reconoce la necesidad de proteger al adquirente contra defectos causales, mientras se niega la de protegerlo contra otros defectos jurídicos del antecesor.

(124) *Supra*, § 1.

TERCERA PARTE

ESTRUCTURACION Y SINTESIS

§ 15. a) *Problemas individuales de la estructuración.*

1. La tarea del legislador no se agota con la decisión de principio en favor de la concepción causal: al contrario, tal decisión nos plantea cuestiones individuales de estructura, cuya solución, por lo demás, en la mayor parte de los casos, viene preordenada por los principios de la nueva regulación. Por esta causa debo limitarme a unas pocas consideraciones en este trabajo parcial y concreto.

2. La concepción causal puede realizarse de una doble manera: o con eficacia automática, de forma que las modificaciones juridico-reales se vinculen absolutamente a la existencia positiva de una causa justificante, o haciendo depender tales modificaciones de la decisión del causalmente perjudicado de manera que éste tenga un derecho a impugnarlas.

La modalidad del derecho a la impugnación es defendido por STROHAL (125). A favor suyo hace valer que la inseguridad de la situación jurídica real que ciertamente es consecuencia de la concepción causal y se utiliza como argumento en contra suya, debe tener una limitación temporal. Pero me parece que este temido inconveniente no es, en realidad, tan grave como parece. Y, por otra parte, conceder un simple derecho de impugnación representaría una fuerte limitación de la protección causal, y configuraría toda la situación jurídica de modo muy confuso. El régimen de la *condictio*, vigente hasta ahora, se ha conservado sin conocer una especial limitación temporal. Incluso nuestro Derecho vigente ha establecido la eficacia automática de la inexactitud del Registro, y no la ha hecho depender de un derecho de im-

(125) Op. cit., págs. 402 y ss.

pugnación sometido a determinado plazo. Hay que advertir que todos los numerosos Derechos que conocen o que conocieron la concepción causal han conservado su efectividad automática. De ahí deduzco yo que tal regulación es muy recomendable para nuestro Ordenamiento.

3. La presente exposición no ha distinguido, hasta ahora, entre las distintas causas de la *condictio*, entendiendo que no hay motivo para un tratamiento distinto de los casos de accesión mobiliaria y de los de pago de lo indebido (distinción que se seguiría del «argumento de la unidad») (126), si se atiende debidamente al «precepto de la justificación», tal como ha sido defendido en el presente trabajo. En cambio, podríamos preguntarnos si no es recomendable un tratamiento especial para aquellos casos en los que la causa desaparece ulteriormente. STROHAL, a pesar de su apasionada intervención en favor de la concepción causal, cree recomendable excluir la eficacia real en los supuestos de desaparición posterior de la causa (127).

Tenemos que contemplar dos grupos de casos a los que se alude en el § 812, párrafo 2.º: la desaparición de la causa jurídica originariamente existente, la *condictio causa finita*; y la no intervención del resultado pretendido, la *condictio causa data, causa non secuta*.

A, por causa de permuta, ha entregado a B una cosa en propiedad y en la forma jurídica correcta. La contraprestación deviene imposible por una circunstancia inimputable a ambas partes. En este caso, B debe devolver la cosa recibida por cuanto media enriquecimiento injusto (§ 323, párrafo 2.º). Según el Derecho vigente, B sigue siendo propietario, y solamente está vinculado obligacionalmente a devolver la propiedad a A. Caso de admitirse la concepción causal, B perdería la propiedad en el mismo momento en que se produjera la imposibilidad, y A devendría de nuevo propietario, exactamente igual que en el caso de una condición resolutoria (§ 158, párrafo 2.º).

Naturalmente, con una concepción de esta índole los preceptos acerca de la adquisición realizada a un no titular serían

(126) Vid., *supra*, § 3, nota 9.

(127) Op. cit., pág. 403.

igualmente aplicables, tal y como hoy está previsto para el caso de la condición (art. 161, párrafo 3.º): si la situación jurídica en caso de condición resolutoria hasta la definitiva realización o no de ella puede ser designada como estado de pendencia, la relación del negocio con la causa produciría como efecto el mismo estado. Cuando se contemplan estas consecuencias puede llegarse a la conclusión de que en ambos casos de *causa finita* y de *causa non secuta* el peligro para la seguridad jurídica que acarrea la concepción causal es mayor que cuando hay falta originaria de causa. Es comprensible que STROHAL quiera tratar estos casos de manera distinta: al principio, yo me inclinaba a estar de acuerdo con él, pero, tras un examen más detenido, he cambiado de parecer, y entiendo que no hay motivo suficiente para decidir de modo distinto: la necesidad de protección causal es la misma, y el peligro para la certidumbre jurídica apenas es mayor, en cuanto se permite la intervención de la protección a la buena fe.

En particular, hay que distinguir entre bienes muebles e inmuebles.

a) En las transmisiones de bienes muebles, el Derecho vigente permite la condición resolutoria. Hasta ahora, no han surgido inconvenientes por este motivo. Tenemos que contar, así, con la persistencia de esta norma en la nueva ordenación. Ahora bien: si se permite la incertidumbre voluntariamente producida mediante la condición, menos debe ser prohibida aquella incertidumbre necesaria para facilitar la protección de los intereses tutelados por la Ley.

b) En la transmisión negocial de la propiedad de inmuebles, el Derecho vigente excluye la condición, y sufraga el ideal de la certidumbre de modo importante mediante el sustituto de la anotación preventiva. A falta de puntos de apoyo para la opinión contraria, hay que contar también con la pervivencia de esta regulación. Pero, en mi opinión, no hay motivo ninguno para extender esa pervivencia a la validación de defectos jurídicos. El problema es el mismo que en el caso de falta originaria de causa jurídica. De nuevo se trata de la elección típica entre los ideales de la configuración jurídica acorde con la realidad o la configuración jurídica clara. De nuevo creo que hay que preferir más el ideal de la realidad.

En favor de la rescisión automática del negocio transmisivo, puede aducirse que en la hipoteca la desaparición de la causa por extinción de la acción personal (§ 1.163) obra de manera automática, sin que por ello se hayan notado desventajas.

4. NEUNER (128), que, por lo demás, está a favor de la concepción abstracta, defiende una excepción para la transmisión de la propiedad de dinero contante, y precisamente porque la negación de la transmisión de la propiedad conduciría a resultados inadecuados, como consecuencia de las reglas sobre la mezcla o *commixtio*. De todas maneras, estas reglas dan ya en la jurisprudencia actual resultados desmedidos, pero solamente porque se trata a la copropiedad que la mezcla produce como un estado duradero, y no como algo inestable (129); si se valora exactamente el fenómeno, desaparecen las desventajas, que no surgirían en la concepción causal. En el caso de sustitutivos del dinero, a que alude NEUNER, el problema se plantea de la misma manera. Incluso en la transmisión de créditos la contraposición entre la concepción causal y la abstracta desempeña el mismo papel (130). Por esto creo que no existe ningún motivo para configurar la protección causal en estos casos, nada irrelevantes, de manera más débil que en otros.

5. STROHAL (131) investiga la cuestión de si un acuerdo *inter partes* puede sustituir la concepción causal por la abstracta. Consta en sentido afirmativo, pero, sin embargo, considera precisos determinados preceptos de forma. Por mi parte, creo que todo precepto es superfluo: si las partes pueden renunciar a la pretensión de enriquecimiento deben poder excluir asimismo el influjo de la causa jurídica sobre la modificación real. Me parece indudable que las partes pueden acordar, respecto de una prestación que, caso de no producirse el resultado buscado, en vez de una acción de recuperación, nazca una pretensión de daños y perjuicios o a una pretensión al subrogado. A través de tal acuerdo, puede excluirse también la rescisión con efectos reales. Según creo, no es necesaria una forma determinada; los intereses

(128) Op. cit., pág. 30.

(129) Cfr. *Grundriss des Sachenrechts*, § 63, núm. 3, págs. 260 y 261.

(130) Vid., *supra*, § 13.

(131) Loc. cit.

de terceros no quedan afectados, y no hay motivo alguno para proteger a las partes contra su precipitación excesiva.

6. La redacción del nuevo principio podría hacerse, en mi opinión, basándose en el artículo 974, párrafo 2.º, del Código civil suizo (132). Por esto propondría yo añadir el siguiente aditamento al texto de los §§ 873 y 929, en caso de que sigan vigentes: «la modificación jurídica (la transmisión de la propiedad) no se produce cuando falta una causa justificante, y cesa cuando la causa desaparece».

Las palabras usadas en el artículo 974, II del Código civil suizo, «o que sean consecuencia de un negocio jurídico no vinculante», me parecen superfluas, puesto que está claro que entonces falta una causa justificante.

La mención de la falta de causa como impedimento de la transmisión debe adaptarse al tenor de la Ley sobre la distribución normal de la carga de la prueba, pero no debe contener una regla acerca de este extremo, como la que por varios modos se inducía de las correspondientes redacciones del BGB (133).

7. En lo referente a los efectos sobre las restantes partes de nuestro Derecho, hay que destacar que la concepción causal no nos lleva a rechazar las pretensiones obligacionales por enriquecimiento injusto, tal y como las establecen los §§ 812 y ss.; por el contrario, deben ser conservadas en todo su alcance. Incluso en la concepción causal del negocio jurídico real surgirán numerosos casos en los que la protección real fallará, y solamente podrá sernos útil la obligatoria, como, por ejemplo, en los de destrucción de la cosa sin pérdida de su valor; pérdida de la propiedad por adquisición de buena fe o por mezcla, etc. Pero no por esto hay motivo para regular las pretensiones obligatorias de enriquecimiento como remedio subsidiario. El perjudicado obligacionalmente debe tener la elección entre hacer valer su derecho real o su pretensión obligacional. Solamente la acumulación de ambos recursos jurídicos asegura la protección cómoda e independiente de situaciones procesales, de los intereses causales.

(132) «Es ilegítima la inscripción que sea consecuencia de un negocio jurídico no vinculante o que carezca de causa».

(133) Vid., *supra*, § 9.

8. EL BGB y otras Leyes han aplicado los preceptos acerca del enriquecimiento injusto de los §§ 812 y ss. a gran número de otros supuestos de hecho dispersos. Estos casos de aplicación pueden ser designados como casos de remisión, casos paralelos extravagantes (134). En lo referente a nuestro proyecto de dotar a las *condiciones* de efectividad real, se plantea la cuestión de si esta regulación es adecuada para los casos de remisión. No es posible contestar a esta pregunta dentro del ámbito del presente trabajo, puesto que la regulación y configuración futuras de dichos casos son bastante problemáticas. La adecuación deberá ser examinada para cada supuesto concreto: no creo que quepan consideraciones generales.

§ 16. SÍNTESIS.

Las consideraciones anteriores permiten una determinada toma de posición respecto a los problemas legislativos que ya hemos explicado. La vigencia actual de la concepción abstracta procede históricamente de ideas jurídico-conceptuales (135), y no puede resistir a la crítica jurispolítica basada en el examen de los intereses.

El método de la jurisprudencia de intereses no es fácil de dominar, incluso para el legislador. Frecuentemente es muy difícil contemplar en conjunto la gran diversidad de las circunstancias vitales, y ver todas las situaciones y conflictos de intereses operantes en cada ámbito. Muchas veces es imposible proteger idénticamente todos los ideales que intervienen en la realidad: la elección del preponderante sólo puede realizarse con dudas y vacilaciones.

Nuestro problema no pertenece a la categoría de los difíciles o los insolubles. Los conflictos de intereses afectados por nuestra solución pueden abarcarse completamente y no existe ninguna duda en cuanto a la comparación entre intereses distintos. Que los intereses causales merecen protección ha quedado ya bien pro-

(134) *Grundriss des Schuldrechts*, pág. 418, núm. 6.

(135) *Cfr.*, *supra*, § 6.

bado, y de los que se presentan como desprotegidos o pospuestos, es decir, los intereses del tráfico y de la prueba, ha de tenerse en cuenta que los intereses de los adquirentes participes en el negocio no son dignos de protección y los de la prueba no juegan en el problema. Solamente queda el interés jurispolítico de la claridad. En todo caso, debemos admitir que la concepción abstracta facilita un cuadro más simple que la concepción causal para la sistemática, y tal vez para las relaciones jurídicas. Pero esta ventaja de la mayor claridad, que debe existir a ser posible, ha de retroceder ante los ideales más elevados, y ya existentes, de la adecuación de las normas a la realidad vital.

La concordancia de nuestra posición con la vida viene afirmada por la experiencia; ya la de nuestro propio pasado, ya la que han adquirido otros pueblos de nuestro mismo ámbito cultural a lo largo de la formación de su Ordenamiento jurídico.

Sobre la base de estas consideraciones no puede caber la menor duda a nuestro legislador acerca de la decisión a tomar.

Traducción de

MANUEL GÓMEZ VALENZUELA.

Revisada por

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.

El condominio del buque

Puede parecer extraño que a estas alturas de los tiempos alguien se ocupe nuevamente de un tema como este del condominio del buque, que a primera vista semeja una auténtica momia jurídica. Habrá por ello quien diga que, una vez más, los civilistas hacemos honor a nuestra denunciada predilección por investigar sobre cadáveres (1). No negaré que la idea de que el condominio del buque representa un auténtico anacronismo la ha expresado con palabras realmente bellas quien es nuestra autoridad máxima en temas de Derecho Mercantil. Efectivamente, el profesor GARRIGUES (2) pone de relieve cómo el Derecho Marítimo de nuestro Código de Comercio refleja el cuadro de la navegación por mar a principios del siglo pasado: barcos de madera, lentos veleros de escasas toneladas y con exiguo espacio para la carga, largas detenciones en los puertos en espera de vientos favorables. A esta vieja estampa, propia de un tráfico marítimo que se mueve a tempo lento, corresponden en nuestro Código de comercio instituciones jurídicas que el tráfico moderno ha ido arrinconando. Entre estas instituciones jurídicas arrinconadas, nuestro maestro cita expresamente «la figura antiquísima del condominio de un buque modernamente sustituida por las grandes compañías navieras constituidas bajo la forma de sociedad por acciones» (3). Una idea semejante expresa RIPERT cuando califica el condominio naval como un «anacronismo legislativo», insis-

(1) RUBIO: *Sobre el concepto de Derecho Mercantil*, en «Revista de Derecho Mercantil», 1947, p. 347.

(2) GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, 4.^a edic., Madrid 1957, II, p. 484.

(3) GARRIGUES: op. y loc. cit., p. 484.

tiendo en que se trata de una figura casi desaparecida, a la que las sociedades mercantiles han dado muerte y que sólo se mantiene en los Códigos merced a la fuerza de la inercia y del tradicionalismo (4).

Hay una dosis de verdad evidente cuando se dice que nuestro Derecho Marítimo está anticuado y anclado en un mundo que es historia ya. Que nuestro Código de Comercio continúa pensando en una navegación que se realiza fundamentalmente a vela, aparece clarísimo en una multitud de pasajes como, por ejemplo, cuando al referirse a los pertrechos y accesorios del buque—en el art. 576 y en el 743—el Código menciona, casi al final y como si se tratase de una cosa insólita, «las máquinas, si fuese de vapor».

Esta es la estampa: el condominio es condominio de un lento velero de escaso tonelaje; los grandes trasatlánticos son armados y contruidos por grandes compañías, constituidas bajo la forma de sociedades por acciones. ¿Quiere todo ello decir que, efectivamente, el condominio naval no pasa de ser una mera reliquia histórica y que los juristas seguimos fieles a esa denunciada predilección nuestra de investigar sobre cadáveres? No me parece necesaria semejante conclusión.

La estampa pertenece sólo a la epidermis del fenómeno. El progreso técnico, aunque otra cosa se crea, no impone por sí solo sustanciales mutaciones en la estructura de las instituciones jurídicas que aparecen dominadas, por el contrario, por profundas corrientes subalveas de una extraordinaria perduración. Existe además lo que podríamos llamar la apasionante vitalidad de las instituciones jurídicas y su capacidad extraordinaria de acomodación a las circunstancias políticas, culturales, económicas o técnicas de cada momento histórico. Hay en ellas no sólo una especie de supervivencia, sino incluso una renovada idoneidad para servir a fines prácticos merecedores de tutela y de protección. Es evidente que el condominio naval no puede en la actualidad enfrentarse con la sociedad por acciones, pero cumple aún una plausible finali-

(4) RIPERT: *Droit Maritime*, 4.^a edic., París 1950, I, p. 676. donde se vierten expresiones todavía más duras respecto de la falta de un serio interés por el estudio de esta figura y por su regulación legal, que a juicio del autor citado debía remitirse al derecho común de sociedades.

dad práctica. DOMINEDO indicaba que nuestra institución muestra hoy su vitalidad en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas de navegación y de comercio o de industria marítima (5). El propio RIPERT reconoce que después de la última guerra mundial, a partir de 1945, se ha observado en Francia una reaparición del condominio naval merced al deseo de capitalistas de mayor o menor envergadura de invertir su dinero, temerosos de su devaluación, en bienes materiales (6). Como vía de inversión para el ahorro privado puede cumplir nuestra figura una función seria, pues desde muchos aspectos ofrece mayores ventajas una cuota indivisa de un buque que el título valor en que encarnan las partes de una sociedad anónima (7).

Resumiendo estas ideas, el profesor JORDANO (8) decía no hace mucho tiempo que «pese a la transformación de los transportes marítimos ocurrida después de la aparición de la navegación a vapor o con carburantes líquidos y del florecimiento de las grandes empresas organizadas en sociedades anónimas, la comunidad naval continúa viviendo, como antaño, bajo la órbita más modesta de las empresas menores que se alimentan de tráficos costeros, de la pesca y de los fletes ocasionales», por lo cual «países marítimos por tradición como Francia, Alemania, Italia, Portugal y España la adoptan hoy en gran escala, sobre todo para los fines indicados».

Algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo atestiguan la supervivencia y actual vitalidad de la institución (9).

En nuestro Derecho positivo, como es sabido, la regulación del condominio naval se contiene en los arts. 589-594 del C. de C. El primero de los citados preceptos comienza diciendo que «si dos o

(5) DOMINEDO: *Sulla disciplina della comproprietà navale*, en la «Relazione al Comitato legislativo per la riforma dei Codici», publ. en «Studi per la Codificazione del Diritto della Navigazione». Roma, 1940-1941, y después en *Saggi*, Padova 1951, pp. 425 y ss. Del mismo autor, vid. también *Principi del Diritto della Navigazione*. Padova, 1957, I, p. 169.

(6) RIPERT: op. y loc. cit., pp. 677 y ss.

(7) Cabría tener en cuenta el fenómeno de condominio entre dos sociedades de comercio, de que nos habla QUIRÓS, en «R. D. M.», 1947, pp. 273 y ss. (*En torno a la extinción de la comunidad naval*).

(8) JORDANO BAREA: *Comunidad y sociedad entre los propietarios del buque*, en «Anuario de Derecho civil», 1957, 2, p. 447.

(9) Vid. especialmente las de 10 de diciembre de 1955 y 22 de febrero de 1958.

más personas fueran partícipes en la propiedad de un buque mercante se presumirá constituida una compañía por los propietarios». «Esta compañía—continúa diciendo la norma citada—se regirá por los acuerdos de la mayoría de sus socios».

Una adecuada exégesis del mencionado precepto legal (10) parece que debe comprender tres zonas o círculos de problemas. El primero de ellos radica en establecer nitidamente la naturaleza jurídica de la institución que el Código contempla, cuestión que—más allá de las palabras de la Ley—la doctrina ha planteado agudamente en forma de dilema: o es un condominio o es una sociedad. La segunda cuestión estriba en decidir el valor que posee la norma en sí misma considerada. No sin razón se ha observado que la norma *prima facie* se limita a establecer una «presunción» («se presumirá constituida una compañía»). ¿A qué tipo de «presunción» pertenece la que contiene el art. 589? ¿Es acaso una presunción *iuris et de iure* y la norma tiene, por tanto, como se ha dicho, «el valor de una calificación imperativa del legislador al revestir jurídicamente la concreta realidad contemplada»? ¿Es, por el contrario, una presunción *iuris tantum*, que lo único que en realidad hace es invertir la carga de la prueba, de tal manera que quien alegue la inexistencia de sociedad entre los copropietarios tiene que pechar con la demostración de este aserto? ¿O se trata—lo que también es posible—de una norma meramente interpretativa de una presunta voluntad de los particulares?

El tercer grupo de problemas radica en la delimitación de la *species facti* o del supuesto de hecho de la norma. «Si dos o más personas fueren partícipes en la propiedad de un buque mercante», dice el art. 589. ¿Basta la coparticipación en la propiedad del buque para que la sociedad se entienda constituida o es necesario que los copartícipes en la propiedad sean además coempresarios o coexplotadores de la nave? ¿Es posible por este resquicio distinguir el puro condominio frente a la sociedad naval?

(10) Para la exégesis del precepto, vid. GARRIGUES: op. y loc. cit., pp. 507 y ss.; URÍA: *Derecho Mercantil*. Madrid, 1958. pp. 715 y ss.; GONZÁLEZ DE ECHEVARRI: *Comentarios al Código de Comercio*, 2ª edic., tomo IV, pp. 485 y ss.; GIRÓN TENA: *El naviero: directrices actuales de su régimen jurídico*. Bilbao, 1959, pp. 189 y ss.; JORDANO: op. y loc. cit., p. 448.

Para tratar de resolver todos estos problemas convendría, una vez más, volver los ojos, siquiera sea muy brevemente, a la historia del Derecho (11).

Los antecedentes históricos más antiguos que conocemos sobre la figura del condominio naval se encuentran en Dig. 14, 1 («*de exercitoria actiones*»). Dos de ellos son de ULPiano y uno es de PAULO (12).

Los autores que han estudiado estos textos (13) ponen de relieve cómo en ellos, en rigor, no se trata sólo de que varias personas coparticipen en el dominio de una nave, sino de que realicen simultáneamente el *exercitum navis*: *si plures navem exercent*. La figura romana no es una copropiedad de la cosa, sino un *plurium exercitium*. Lo que al jurisconsulto le preocupa de verdad es determinar lo que nosotros llamaríamos hoy la legitimación para la *actio exercitoria*, en el supuesto de una pluralidad de sujetos, problema que resuelve afirmando que puede accionar cualquiera de los ejercitores, que puede ser demandado cada uno de ellos *pro portionibus exercitationes* cuando ninguno es *magister navis* e *insolidum* cuando uno de ellos es *magister* en nombre de todos los demás.

Sin embargo, es la Edad Media la época que nos suministra una mayor cantidad de huellas (14) sobre la figura que nos ocu-

(11) La mejor exposición de antecedentes históricos es probablemente la de GIRÓN TENA, en op. cit., pp. 139 y ss.

(12) Los textos son los siguientes: Dig. 14, 1, 1, 625 (ULPIANO): *Si plures naves exercent cum quolibet eorum in solidum agi potest*; Dig. 14, 1, 2 (GAYO): *Ne in plures adversarios distingatur qui cum uno contraxerit*; Dig. 14, 1, 3 (PAULO): *quidquam facere quotam quisque portionem in nave habeat eumque qui praestiterit societatis iudicio a caeteris consecuturum*; Dig. 14, 1, 4 (ULPIANO): *Si tamen plures per se navem exercent, pro portionibus exercitationis conventuntur; neque enim invicem sibi magistri videntur. Sed si plures exercent unum autem de numero suo magistrum fecerint huius nomine in solidum poterunt conveniri*.

(13) SEGRE, en «Riv. Ital. per le Scienze Guir.», 8, 1889, p. 455; RESELER, en «Zeitsch. Sav. St.», 45, 1925, pp. 462 y 47; 1927, pp. 58 y ss.; MITTEIS (Ludwig): *Die Lebre von der Stelvertretung*, 1962, p. 28; VALERI: *Plures exercitores*, en «Riv. Dir. Comm.», 1923, I, p. 14; DE MARTINO: *Studi sull'actio exercitoria*, en «Riv. Dir. Nav.», 7, 1941, y *Ancora sull'actio exercitoria*, en «Labeo», 1958, p. 274; PUGLIESE (Giovanni): *In tema di actio exercitoria*, en «Labeo», 1957, pp. 308 y ss. Vid. también GHIONDA (Felice): *Sul magister navis*, en «R. D.N.», 1935, página 327.

(14) En la Edad Media y en todo el período del Derecho intermedio son de interés extraordinario en el tema que nos ocupa los comentarios y las glosas al citado paso de las Pandectas. Entre los últimos, vid. POTHIER, *Pandectes*. Pa-

pa. Es posible encontrar abundantes referencias a ello en la Costumbre de Valencia, de 1250 (15), en las «Ordenanzas de Aragón», de 1340 (16), y desde luego en el «Llibre del Consolat de la Mar» (17). Hay referencias en todos los cuerpos de normas marítimas del Mediterráneo latino (Marsella, Génova, Ancona, Venecia) (18) y en las «Ordenanzas de los países del Norte de Europa» (Oleron, Amsterdam, Lübeck y todas las ciudades de la Liga Hanseática, Islandia, Noruega y Suecia) (19).

La institución es, como dicen GIRÓN TENA (20) y URÍA (21), una «forma de organización de impronta típicamente medieval». El buque normalmente se construye ya para ser común y ser explotado en común. El «senyor de la nau» busca a los «personers» —que así llama el Consolat de Mar a los partícipes—. La función económica es clara. Es la primera forma jurídica de una empresa colectiva de navegación que aparece mucho antes que las sociedades de comercio. Satisfacía el condominio, dice GIRÓN (22), principalmente a las exigencias de la escasez de capitales y a la gravedad en la época de los riesgos de la navegación. El condominio naval no surge como el condominio de derecho común, que es una situación incidental—*communio incidens*—y transitoria, sino como un vínculo consorcial, bien a la vista de la expedición que se prepara, o bien con un carácter totalmente permanente.

Sin embargo, en el proceso histórico de gestación legislativa

ris, 1819. También la literatura de los prácticos. Entre nosotros hay algunas referencias en HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philippica*, Madrid, 1725, II, libro 3º (del comercio naval), pp. 174 y ss. Vid. también CAPMANY: *Código de las costumbres marítimas*, Madrid 1791, sobre el «Llibre del Consolat de Mar».

(15) «Si molts homens hauran una nau» (II, XVI, III). En PARDESSUS: *Collection des Lois Maritimes*, París, 1828, V, p. 334.

(16) XXV: «que tot personer de nau, de leny o altre vexell puga per la sua parta donar a l'encant» (PARDESSUS: *Collect.*, V, p. 351.)

(17) Cap. 46 y sigs. Vid. CAPMANY: obra cit. y la Colección de Pardessus en el tomo I.

(18) Los estatutos y costumbres marítimas de Marsella (1252), de Génova, de Ancona (1397) y las leyes vénetas de 1589, también en la obra citada de PARDESSUS.

(19) Sobre la Ordenanza de Amsterdam, PARDESSUS: op. cit., I, p. 416 y sobre el Derecho Marítimo de la Liga Hanseática y en particular la Ordenanza de Lübeck de 1575, *ibid.*, II, pp. 462 y ss.

(20) GIRÓN TENA: *El naviero*, cit., p. 139.

(21) URÍA: op. cit., pp. 715 y ss.

(22) GIRÓN TENA, en el lugar antes citado.

se van a ir delineando gradualmente, como dice BRUNETTI (23), dos tendencias: la que disciplina el fenómeno en su esencia estructural considerándolo como una aplicación especial del condominio y la que lo disciplina en su aspecto funcional y dinámico como empresa organizada, según las normas propias de las organizaciones económicas que persiguen una finalidad de ganancia.

La primera de las dos tendencias citadas se dibuja con toda claridad en la «Ordenanza francesa de la Marina», de Colbert, de 1681, que construye la figura como un condominio del que conviene destacar sus rasgos diferenciales frente al condominio de derecho común (24). Esta tendencia pasa a la Ley de Vendimiaro del año II y encarnará finalmente en el art. 220 del Código de Comercio francés de 1807 (25), que se limita a decir que en todo aquello que concierne al interés común de los propietarios se sigue el parecer de la mayoría («l'avis de la majorité est suivi»). Hay, pues, un condominio que se aparta revolucionariamente del condominio ordinario en una serie de puntos de los cuales los más llamativos serán dos: no rige el sistema de la unanimidad y del *ius prohibendi*, sino el sistema de las mayorías, que se rigen por lo general por las cuotas de participación en el dominio, que usualmente se denominan *quirts*, y en los países de tradición latina suelen ser veinticuatro (26); no rige tampoco el sistema de *actio communi dividundo* y la comunidad sólo puede disolverse por acuerdo de la mayoría vendiendo la nave; la disolución no es posible mientras la aventura de mar no ha concluido (27).

En el Derecho Marítimo de los países hanseáticos, y en general en todo el norte de Europa, los perfiles de la comunidad naval se dibujan, como habíamos dicho, en forma de organización consorcial de una empresa económica. Aparece así la llamada *Rederei* o *Mitrederei*, o también *Mascopei*, que es una auténtica so-

(23) BRUNETTI: *La comproprietà della nave*, en «Riv. Dir. Comm.», 1928, I, pp. 249 y ss.

(24) DANJON: *Traité de Droit Maritime*, 2.^a edic., I. París 1926. pp. 266 y ss.

(25) DANJON: op. cit., pp. 266 y ss.; BRUNETTI: loc. cit., pp. 249 y ss.

(26) Vid. SMEESTERS-WINKELMOLEN: *Droit maritime et Droit fluvial*. Bruselas, 1929; WERNER: *Traité de Droit Maritime général*. Gêveve, 1964, pp. 183 y ss., y pp. 229 y ss.

(27) QUIRÓS: loc. cit., pp. 273 y ss.

ciudad de armamento y de navegación entre los copropietarios del buque (28). Esta línea institucional se consagra en el Código holandés y en el «Handelsgesetzbuch» de 1869, de donde pasa sin modificación al actual. La *Rederei* se produce, dice el Código de Comercio alemán, «cuando varias personas emplean en el comercio marítimo, en interés común, un buque del que son copropietarios»; las normas de la *Rederei* no se aplican cuando el buque pertenece a una sociedad de comercio (29).

La comunidad naval, como figura *sui generis*, es recogida también en la «Merchant Shipping Act» inglesa de 1894. Frente a la tradición latina de dividir las cuotas, «*quirates*» o «*carati*», en veinticuatro, la legislación inglesa establece la división del buque en sesenta y cuatro porciones, a las que se denomina «Shares», utiliza el mismo vocablo que el Derecho anglosajón emplea para indicar las «acciones de una sociedad». Aunque la ley habla expresamente de «co-ownership» y los autores reconocen que no es una auténtica «partnership» y asimilan la posición de los «shareholders» a la de los socios de una sociedad limitada (30).

Conocidos estos antecedentes resulta sumamente curioso examinar la evolución de nuestro Derecho positivo. En nuestro país, el condominio naval continúa rigiéndose durante siglos por los textos y costumbres medievales a que antes hemos aludido. En el Código de SAINZ DE ANDINO de 1829 se sigue fielmente el modelo francés, si bien desarrollándolo con alguna amplitud, puesto que el art. 220 se convierte en los arts. 609-614.

El hilo conductor sigue siendo francés. «Las dudas o cuestiones que puedan sobrevenir entre los copartícipes de una nave sobre las cosas de interés común se resolverán por mayoría, la cual se constituye por las partes de la propiedad en la nave que formen más de la mitad de su valor», dice el art. 609 (31).

Nuestro actual Código presenta así un claro interés, ya que desviándose de la línea de sus precedentes—el francés y el Có-

(28) GIRÓN TENA: pp. 152 y ss, y bibliografía allí citada.

(29) Eran los arts. 456 y 458 del Cod. de Comercio de 1869, y son los artículos 489 y 491 del Cod. de 1890.

(30) CHORLEY-GILLES: *Derecho Marítimo*, trad. esp. de F. SÁNCHEZ CALERO. Barcelona, 1962, pp. 7 y ss.

(31) GÓMEZ DE LA SERNA-REUS Y GARCÍA: *Código de Comercio concordado y anotado*. Madrid, 1859.

digo de 1829—parece haberse inspirado en los Códigos germánicos (32), bien, según algunos autores, por aceptar directamente la idea societaria del Código alemán de 1869, o bien, según otros, por haberla recibido a través del Código holandés (33).

Esta ligerísima excursión histórica nos permite, a mi juicio, plantear en sus verdaderas dimensiones la polémica sobre la naturaleza jurídica del fenómeno contemplado por el art. 589.

Esta polémica se ha sostenido desde tres posiciones fundamentales:

Se encuentran, en primer lugar, los defensores de la idea de que la comunidad naval es un verdadero condominio, en el cual la explotación conjunta de la nave no modifica esta situación. Es la tesis que mantuvo la antigua doctrina francesa (34), algún sector de la doctrina italiana anterior al «Codice della Navigazione» (35) y la jurisprudencia de los tribunales en dicho país (36). En el nuestro pasa todavía por ser la tesis común. Su representante máximo es GARRIGUES (37). El condominio del buque, dice GARRIGUES categóricamente, no tiene de compañía más que el nombre. Este aserto se prueba, en su opinión, por las tres siguientes razones: primero, porque su origen puede no ser voluntario, cosa inconciliable con la verdadera sociedad; segundo, porque se trataría de una compañía sin personalidad jurídica, en contra del precepto del art. 116 del C. de C.; y tercero, porque el mismo Código, al hablar de «asociación de propietarios» (arts. 595 y 599), da a entender que no se trata de una compañía en sentido es-

(32) Lo señala expresamente BRUNETTI en loc. cit., pp. 249 y ss. Lo observa igualmente GARRIGUES en op. cit., pp. 507 y ss.

(33) GIRÓN TENA: op. cit., p. 189; también SÁNCHEZ CALERO en las notas a la traducción de CHORLEY, cit.

(34) Ver sobre ello RIPERT: op. cit., p. 676; y DANJON: op. cit., pp. 266 y ss.

(35) Sobre la doctrina italiana anterior al Código de la Navegación, pueden verse MORAGLIA: *Sulla comproprietà della nave*, en «Riv. Dir. Comm.», 1920, II, página 290; y del mismo autor, *Comproprietà della nave è società fra i caratteristi*, en la misma revista, 1930, II, pp. 698 y ss.; CARBONI: *Communione navale è società anonima*, en la misma rev., 1940, II, p. 50; y *Communione di nave e di armamento*, en «Il Diritto Marittimo», 1935, §§ 27 y ss.; el trabajo ya citado de BRUNETTI, en «R. D. C.», 1928, I, p. 249; y el de TANTURRI: *Natura giuridica della comproprietà navale*, «R. D. N.», 1935, I, pp. 305 y ss.

(36) Sobre la jurisprudencia italiana anterior al Código, la Sent. de la Corte d'Appello de Génova, de 13 de enero de 1919, que comenta MORAGLIA en la nota citada, y un resumen en el trabajo de TANTURRI.

(37) GARRIGUES: op. y loc. cit. pp. 507 y ss.

tricto (38). Se trata, en suma, dice GARRIGUES (39), de un condominio y no de una sociedad. En el mismo sentido, dice URÍA (40) que la calificación del condominio como sociedad o compañía es inadmisibile.

Esta tesis ha encontrado recientemente sus detractores (41). Para combatirla se dirá: primero, que la compañía del art. 589 es siempre un fenómeno voluntario, supuesto que para que exista no basta la mera «copropiedad», que puede afectivamente ser incidental e involuntaria, sino la común explotación de la nave en una empresa marítima; al explotar en común la nave, los condueños están manifestando ya su voluntad de ser compañeros; segundo, que la personalidad jurídica no es esencial al concepto de sociedad, pues si bien es cierto que el art. 116 del C. de C. dice que, una vez constituidas, las compañías mercantiles tendrán personalidad jurídica en todos los actos y contratos, ello no excluye la existencia de sociedades mercantiles sin personalidad jurídica (por ejemplo, las sociedades no inscritas, etc.), ya que la esencia de la sociedad está simplemente en una puesta en común de bienes y de industria con ánimo de obtener y de partir las ganancias, o, como decían las Leyes de Partidas, «en un ayuntamiento de dos hombres o de más que es hecho con intención de ganar algo de so uno, ayuntándose los unos con los otros»; para algunos civilistas modernos incluso la apropiación del concepto de persona jurídica por el capitalismo industrial y mercantil produjo una doble deformación en el concepto de persona jurídica y en el concepto de sociedad (42); tercero, que el argumento puramente literal extraído de la ocasional utilización en algunos pasajes del Código, de la expresión «asociación de propietarios», aparte su literalismo, que le resta ya mucho valor, es perfectamente reversible, pues puede estar indicando también que entre

(38) GARRIGUES, *ibid.*

(39) GARRIGUES, *ibid.*, p. 508.

(40) URÍA: *op. cit.*, p. 715.

(41) Señaladamente JORDANO: *loc. cit.*, pp. 448 y ss.; y GIRÓN TENA: *op. cit.*, páginas 186 y ss.

(42) Sobre este argumento, CASTRO: *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, en «Anuario de Derecho civil», II, 4, 1949, páginas 1.397 y ss.; y últimamente *Formación y deformación del concepto de persona jurídica. Notas preliminares para el estudio de la persona jurídica*, en «Estudios Jurídicos Varios para el Centenario de la Ley del Notariado».

los copropietarios no existe sólo una situación «condominical», sino, supuerpuesto, un vínculo «asociacional».

Rechazada la idea de que la comunidad naval sea un puro condominio, mas sin atreverse a decir tampoco que es una auténtica sociedad, algunos autores han intentado crear con ella un híbrido; así BRUNETTI (43) escribe: «se puede decir que la copropiedad naval es una especie de «enstertium» intermedio entre la copropiedad y la sociedad: algo más que la primera y algo menos que la segunda».

Esta es también la tesis de la jurisprudencia de nuestro Tribunal: «cuando dos o más personas son partícipes en la propiedad de un buque mercante—dice el Tribunal Supremo—se establece entre ellas un condominio de tipo especial» (44).

La tesis del *ens tertium*, de carácter híbrido, me parece inadmisibile. Entre las figuras del condominio y de la sociedad la frontera puede ser difusa y encontrarse mal establecida, pero lo cierto es que esta frontera existe y que no hay entre las dos zonas fronterizas lugar para una intermedia.

La tesis que hoy parece tener más adeptos es la que admite que la comunidad naval es una verdadera sociedad. Esta tesis, generalizada en la doctrina alemana, merced a los antecedentes históricos de la institución en dicho Derecho y a las circunstancias de la regulación legal de la *Rederei*, es hoy también aceptada en la doctrina francesa (45). En nuestro país la siguen últimamente JORDANO y GIRÓN TENA (46).

La tesis del carácter societario del condominio naval, para apuntalarse tiene que limitar o reducir el supuesto de hecho del art. 589. Donde el artículo dice «cuando varias personas fueren partícipes en la propiedad de un buque mercante», los defensores de esta teoría leen «cuando varias personas fueren partícipes en la propiedad de un buque mercante y explotaren conjuntamente dicho buque, dedicándolo a una empresa marítima» (47). Se aña-

(43) BRUNETTI: *La comproprietà*, cit., pp. 254 y ss.

(44) Sent. de 10 de diciembre de 1955.

(45) DANJON: op. cit., pp 266 y ss.; CHAUVEAU: *Traité de Droit Maritime*, París 1958. Últimamente, PONTAVICE: *Une nouvelle personne moral, la société de quirataires?*, en «Rev. T. D. Comm.», 1963, p. 1.

(46) En las obras y lugares citados varias veces.

(47) Especialmente GIRÓN, pp. 191 y ss

den así a la *species facti* de la norma dos elementos enteramente nuevos que en ella no aparecen en absoluto, como son la conjunta explotación del buque, por una parte, y su dedicación a una empresa marítima, por otra. Si el buque no es explotado por todos los condueños admiten los sostenedores de esta tesis hay condominio y no sociedad. Lo mismo ocurre si la explotación no consiste rigurosamente en una empresa de comercio marítimo.

La reducción del ámbito o de la esfera de aplicación del artículo 589 del C. de C. propugnada lleva a alguna grave dificultad. Si el art. 589 no se aplica según su tenor literal a todos los casos en que varias personas sean copropietarias de un buque, sino sólo a aquellas hipótesis en que los copropietarios explotan directamente el buque en una empresa marítima, entonces nos encontramos con el sorprendente hecho de que el puro condominio de un buque sería un fenómeno huérfano de regulación legal al que habría que aplicar las normas generales de la comunidad de bienes del C. C.

A mi juicio, para tratar de superar la aporía hay que establecer dos premisas: la primera de ellas es la distinción entre condominio y sociedad; la segunda, es la distinción entre propiedad del buque y empresa marítima, o más generalmente, entre propiedad y empresa.

La distinción entre condominio y sociedad es uno de los temas clásicos del Derecho civil (48), que obviamente no puede ser, en este momento y en este lugar, desarrollado con la necesaria amplitud. Baste señalar que la diferencia entre ambas instituciones no estriba en la existencia o inexistencia de personalidad jurídica, como han podido creer algunos autores, aunque esta idea pueda tener algún apoyo en el art. 1.669 del C. C.; ni tampoco en que una sea una situación voluntariamente buscada—un «*etat cherché*», como dice RIPERT—, mientras que la otra sea una situación incidentalmente hallada y por ello sufrida—un «*etat subi*» (49)—. En realidad, comunidad y sociedad son dos formas de unión de intereses. cuya raíz diferencial se encuentra en lo que se ha lla-

(48) Vid. BELTRÁN DE HEREDIA (José): *La comunidad de bienes en Derecho Español*. Madrid, 1954, pp. 35 y ss.; LOIS: *La distinción entre condominio y sociedad*, en «R. D. L. J.», 1947, pp. 681 y ss.

(49) RIPERT: op. y loc. cit., p. 676.

mado el carácter dinámico o estático de la unión. Si un grupo de amigos se reúne, adquiere un solar y edifica una casa con el fin de distribuirse los pisos, la figura es claramente un condominio; en cambio, si ese mismo grupo adquiere otro solar y construye otro edificio para vender los pisos y distribuir la ganancia, la figura es también claramente una sociedad. Si se me permite el juego de palabras, yo diría que la comunidad es una sociedad para el aprovechamiento estático de un bien, mientras que la sociedad es una comunidad para realizar una dinámica explotación de índole económica movida por la finalidad de conseguir una ganancia y partirla. La idea clave para incardinar el concepto económico de sociedad es la idea de «explotación».

La segunda premisa de que debíamos partir para encontrar nuestra solución era la distinción entre propiedad y empresa. Pone de relieve TANTURRI (50) cómo una cosa es la propiedad del buque y otra bien distinta la empresa marítima de la que el buque es uno de los instrumentos, el más importante e imprescindible sin duda, pero no el único. Cabe distinguir así el propietario del buque frente al empresario de la gestión económica o de la gestión industrial. Ambas posibilidades pueden coincidir—no cabe duda—, pero pueden también producirse separadamente.

Ahora bien, si esto es así, cabe aislar dentro del art. 589 del Código de Comercio dos figuras jurídicas distintas: la primera es el condominio del buque, que es la cotitularidad del derecho de propiedad sobre el mismo y para cuya existencia basta este solo hecho, con independencia de la forma que adopte su explotación; la segunda, es la «sociedad naval», que es aquella situación jurídica que se produce cuando los copropietarios explotan conjuntamente la nave común, dedicándola a una empresa de navegación o a una empresa de comercio marítimo.

Esta idea de la distinción entre un condominio del buque y una sociedad naval la apuntó ya MARTÍ DE EIXALA cuando, comentando el art. 609 del Código de SAINZ DE ANDINO, decía que en el supuesto examinado hay «comunidad en la cosa» y «una especie de sociedad

(50) TANTURRI: en «R. D. N.», 1935, cit.

relativa a los beneficios o pérdidas que puedan dar las expediciones» (51).

Esta es también la idea que ha prevalecido en la doctrina italiana y que ha sido consagrada en el Código della Navigazione (52).

Si admitimos esta distinción, que a mi me parece bastante clara, nuestra tarea consistirá en dilucidar qué normas de las globalmente contenidas en los arts. 589 y siguientes del Código son aplicables al condominio del buque y cuáles, en cambio, lo son a la sociedad naval.

Esbozaré muy brevemente un ensayo de separación del régimen jurídico de ambas figuras, tal como a mi juicio resulta del Código de Comercio.

a) En primer lugar, el condominio de un buque. Es evidentemente un condominio que se separa de las reglas generales de la comunidad de bienes de los arts. 392 y ss. del C. C., fundamentalmente en dos puntos: en materia de acuerdos entre condueños, donde rige el principio de la mayoría frente al principio de Derecho común de la unanimidad y del *ius prohibendi*, y en materia de extinción y disolución, donde se suprime la *actio communi dividundo*, y se aplica también un régimen de mayorías. Normas especiales de este condominio son también las que establecen un especial derecho de tanteo y retracto de comuneros (art. 575), una especial regulación de la renuncia liberatoria y un derecho de preferencia en el fletamento (art. 593).

Una puntualización del régimen jurídico del condominio del buque no puede, sin embargo, hacerse sin delimitar de alguna manera los presupuestos de su aplicación, lo cual exige dilucidar dos cuestiones, a saber, si para aislar la figura tiene alguna importancia la naturaleza del buque y qué efectos puede proyectar la naturaleza de la propia situación de comunidad. El C. de C. se refiere literalmente a un «buque mercante», expresión que, a mi

(51) MARTÍ DE EIXALA (Ramón): *Instituciones del Derecho Mercantil de España*, 7.ª edic., rev. por DURÁN Y BAS, Barcelona, 1875, p. 300

(52) FIORENTINO: *Diritto della Navigazione*. Nápoles, 1954, pp. 95 y ss.; DOMINÉDO: *Principi*, cit., pp. 169 y ss.; SCIALOJA: *Sistema del Diritto della Navigazione*, 2.ª edic., vol. I, Roma, 1929, pp. 218 y ss.; SANDIFORD: *Diritto Marittimo*, Milán, 1960, pp. 341; LEFEBVRE, D'OVIDIO-PESCATORE: *Manuale di Diritto della Navigazione*, 2.ª edic., Milán 1953, pp. 165 y ss.

juicio, hay que entender como sinónima de embarcación idónea para ser destinada a una actividad de navegación con fines comerciales o industriales. La situación de comunidad podrá ser incidental o buscada de propósito. Cabe perfectamente una conjunta construcción del buque, que es además la hipótesis clásica, según hemos visto ya. Cabe también una voluntaria conversión de una propiedad unipersonal en una propiedad colectiva. Caben también las comunidades incidentales, como claramente reconoció la Exposición de Motivos del Código. Algún problema, no obstante, plantean las comunidades matrimoniales y la comunidad hereditaria. Por lo que se refiere a las primeras, quedan a mi juicio fuera de las normas que estamos estudiando y se rigen por las normas de Derecho civil. Mayores problemas plantea la comunidad hereditaria. La citada Exposición de Motivos la incluye, desde luego. Algún autor, sin embargo, se ha inclinado por la tesis contraria. La solución tal vez pudiera venir mediante alguna subdistinción: en primer lugar, el supuesto de adjudicación conjunta del buque a todos los herederos o a parte de ellos, bien por disposición del testador o bien por negocio particional, engendra sin duda un condominio naval; en segundo lugar, una situación permanente de indivisión entre los herederos, expresamente acordada o tácitamente mantenida, da lugar también a él; por último, si el buque forma parte con otra serie de bienes del patrimonio hereditario sometido a partición, las normas aplicables no serán las mercantiles, sino las civiles sobre partición y división de la herencia.

b) La segunda figura era, según decíamos, la «sociedad naval». Para que exista la sociedad naval son necesarios dos requisitos, uno positivo y negativo el otro. El positivo consiste en lo que desde el derecho clásico se denomina la *affectio societatis* o *affectio contrahendae societatis*. El negativo, que no se haya formalizado un contrato de sociedad mercantil típica: si hay una sociedad mercantil típica no hay sociedad naval.

La *affectio societatis* presupone las declaraciones de voluntad de los compañeros. Estas declaraciones de voluntad pueden ser expresas o tácitas. Es una declaración de voluntad tácita la conjunta destinación del buque a una común empresa marítima. Aho-

ra bien, este hecho—la ausencia de formalismo y la posibilidad de una tácita declaración de voluntad—dificulta extraordinariamente la prueba de la existencia de la sociedad. Esta es la razón del párrafo primero del art. 589, que contemplado desde este ángulo cobra una decisiva claridad: «se presumirá constituida una compañía». La norma es, en rigor, una pura norma de facilitación de la prueba. El supuesto del precepto es, por ello, correcto y no necesita modificaciones, ampliaciones ni reducciones. La idea matriz del Código, a mi juicio exacta, es la siguiente: la compañía existe cuando los copropietarios explotan consorcialmente el buque; la existencia de la compañía se presume por el puro hecho de existir el condominio. Para apercibirse de que éste es el sentido del Código basta leer las palabras de la un poco olvidada Exposición de Motivos del Proyecto de 1882.

Por ello la presunción es una presunción *iuris tantum* y no, como se nos ha dicho, «una calificación imperativa del legislador al revestir jurídicamente la concreta realidad contemplada». Como presunción *iuris tantum* admite, sin duda, prueba en contrario. Ello significará que el condueño que sostenga la inexistencia de sociedad tendrá que probar su aserto, pero nada más.

La sociedad naval se constituye, decíamos, por una expresa o por una tácita declaración de voluntad de los compañeros, cuya prueba la ley facilita mediante una presunción. Ahora bien, ¿es menester que todos los copartícipes en el dominio consientan la sociedad o basta también en este punto el acuerdo de la mayoría? De ser así, ¿la sociedad se extiende a todos los condueños, incluidos los disidentes, o solamente a los que hayan aceptado la explotación social? A mi juicio, es decisivo en este punto el art. 592, párrafo primero, con arreglo al cual «los acuerdos de la mayoría respecto a la reparación, equipo y avituallamiento del buque en el puerto de salida obligarán a la minoría, a no ser que los socios en minoría renuncien a su participación, que deberán adquirir los demás copropietarios, previa tasación judicial del valor de la parte o partes cedidas».

Aunque hay que reconocer que el texto del artículo no es claro, no tiene sentido interpretarlo como una pura obligación del comunero de soportar los gastos de reparación, mantenimiento,

equipo, etc., porque esto lo ha dicho ya el art. 591. Me inclina a la misma solución el art. 598, en el cual, para ordenar un nuevo viaje—es decir, una nueva empresa marítima en la mentalidad del Código—es menester un acuerdo de la mayoría. Ello significa que la sociedad puede ser acordada por simple mayoría y que en este caso los disidentes tienen una opción para ingresar en la sociedad o para separarse del condominio, recibiendo el valor de su cuota según la tasación judicial.

Del mismo modo como el condominio del buque es un condominio sometido a reglas especiales, la «sociedad naval» es una sociedad *sui generis*. No tiene personalidad jurídica. Su régimen de gobierno y administración se rige por el sistema de mayorías del art. 589. La dirección de la compañía compete a un gestor naval, al que el Código llama naviero. La elección de gestor naval corresponde a los socios y es revocable a voluntad de ellos. El gestor naval posee un poder típico de representación.

Extraordinario interés posee examinar el régimen de responsabilidad por deudas en este tipo de sociedad. Esta materia se encuentra aludida en el art. 590, donde se dice que los consocios son responsables, en la proporción de su haber social, a las resultas de los actos del capitán de que habla el art. 587, es decir, «indemnizaciones en favor de tercero a que diere lugar la conducta del capitán en la custodia de los efectos que cargó el buque». Respecto a este tipo de obligaciones, la responsabilidad es claramente limitada y mancomunada. Pero, y respecto de las obligaciones contraídas por el capitán o por el gestor naval, o por los propios socios, ¿qué debe decirse? La respuesta la deben dar las reglas generales sobre limitación de responsabilidad del comerciante marítimo—sistemas del abandono y de la limitación *ad valorem*—y la regla general de la distribución de la responsabilidad entre varios deudores con carácter de mancomunada.

LUIS DíEZ PÍCAZO.

N O T A S

La donación que no es donación

Con argumentos jurídicos y metajurídicos rebate nuestro excelente amigo y admirado compañero JUAN VALLET DE GOYTISÓLO (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, vol. XLI, págs. 225 y siguientes) unas discrepancias nuestras publicadas en la misma REVISTA (vol. XL, págs. 764 y sigs.).

A) METAJURÍDICOS.

De dos clases son los de este tipo: unos, que cuelga al uso que consagra; otros, que están agarrados a la lógica que conceptúa.

1. A la sombra del uso que consagra, afirma:

a) «... nos da la razón en contra de PARRA JIMÉNEZ», pues «se sigue admitiendo como vigente el contenido de las liberalidades..., llamadas donaciones *mortis causa*» y como «semánticamente el uso ha consagrado con significados precisos la expresión de donación *mortis causa*», ¿utilizar esta denominación es expresarse en forma incorrecta y antinómica?

Nosotros creemos que PARRA JIMÉNEZ y VALLET DE GOYTISOLO, los dos, han admitido de siempre, y siguen admitiendo ambos repetimos, como vigente el contenido de las liberalidades mal llamadas «donaciones *mortis causa*», de lo cual se desprende que nosotros, en este terreno de admitir dicha vigencia, no hemos dado la razón a uno en contra de otro, sino que se la hemos dado a los dos.

Semánticamente, el uso indebido ha consagrado la expresión de «donación *mortis causa*». Ahora bien, ese uso indebido, precisamente por ser indebido, no ha consagrado esa expresión con *significados precisos*, como él mismo reconoce, según se verá. Por esto, utilizar esta expresión de no precisos significados creemos que es expresarse, cuando menos, sin precisión.

b) Se nos «... propone la distinción entre testamento en sentido formal y testamento en sentido substantivo, dando a esta segunda acepción un significado más lato»; pero como «... no sabemos que uso alguno haya refrendado la significación del testamento como expresión genérica de toda disposición *mortis causa*, aunque no revista la forma testamentaria», «¿qué es lo correcto y qué lo incorrecto bajo una visión puramente semántica»: el empleo de la palabra donación con significado ya consagrado por el uso o el del vocablo testamento con un significado nuevo y distinto de aquel con el que es habitualmente usado?

Bajo una pura visión semántica, estimamos más correcto emplear un vocablo con un significado nuevo preciso y claro, aunque sea distinto de aquel con el que es habitualmente mal usado por defecto, al no venir incluido en el uso ese significado claro y preciso, que utilizar, sin deberse hacer, una palabra cuyo uso indebido no ha podido consagrarla con un preciso y claro significado. «La palabra «donación»—nos lo enseña el mismo VALLET—ha tenido diversos ignificados, que han oscilado de la consideración de una liberalidad como «causa», como «modo» o como «título» de una transmisión, lo cual, sin duda, le ha dado una latitud y una imprecisión de contornos evidentes».

2. Con la lógica conceptual entre manos, dice:

a') Cuando para «... precisar una determinada expresión semántica» ordenamos la realidad que la misma expresión recoge, distinguiendo sus diversos sentidos y matices, vamos de la cosa a la idea; pero cuando elaboramos «... un concepto ideal *a priori* para expulsar de su expresión semántica toda aquella realidad que resulte extravagante al concepto», vamos de la idea a la cosa.

Nos enfrentamos aquí con la maquinilla de pensar del ser humano de la que, ¡pobre de éste!, bien poco sabe él. Parece ser

que la «idea» no es, ni más ni menos, que una representación mental de la «cosa», de donde se sigue que la «cosa» (material o espiritual) es anterior a la «idea», y que, por ende, no se puede ir de la «idea» a la «cosa», sino de la «cosa» a la «idea». Así, pues, un «concepto ideal», o sea una «idea» de «cosa espiritual», implica, necesariamente, un ir de la «cosa» (espiritual) a la «idea». Más aún: como la «cosa espiritual» no es sino una «idea», resulta que un «concepto ideal» es una «idea» de una «idea»; es decir, que para llegar a la «cosa espiritual» ha habido necesidad de recorrer antes un camino que va de la «cosa» (material) a la «idea». Está claro, dentro de lo que Dios nos permite entender en este terreno, que no se comprende bien cómo una maquinilla de pensar de ser humano pueda ir de la «idea» a la «cosa».

Problema distinto, y que se comprende perfectamente, es que esa maquinilla, después de haber llegado de la «cosa» a la «idea», expulse de la expresión semántica de la «idea» parte de la «cosa». Mas con una expulsión semejante no habrá ido la maquinilla de pensar de la «idea» a la «cosa». Lo ocurrido habrá sido que, luego de recorrido el camino obligado de la «cosa» a la «idea», se juega con la expresión semántica de la «idea», que, partiendo, como partimos, del supuesto de que la «idea» es una «idea» completa, perfecta, la expresión semántica con la que se juega será también la expresión semántica de la «cosa». Expulsar, pues, en este caso de la expresión semántica de la «idea» completa, perfecta, parte de la «cosa» será expulsar también de esa expresión parte de la «idea», pues entre «cosa» e «idea» completa, perfecta, se da una total correlación. En suma, que sólo cabrá expulsar parte de la «cosa» y no parte de la «idea», cuando la «idea» sea incompleta, imperfecta, y entonces no es que se vaya de la «idea» a la «cosa», sino que lo que sucederá es que se ha ido mal de la «cosa» a la «idea».

Es distraído, pero nada más, por tanto, este precioso juego de palabras: «de la idea a la cosa», «de la cosa a la idea».

b') Elaborar primero mentalmente una clara distinción entre dos grupos de cosas para catalogar después dentro del segundo grupo, cosa que tradicionalmente estuvo en el primero, porque esta cosa no corresponde, con arreglo a aquella distinción clara, al

grupo primero, es «... elaborar un concepto ideal *a priori* para expulsar de su expresión semántica todo aquella realidad que resulte extravagante al concepto».

A nuestro entender, esta afirmación es inexacta. Veámoslo.

Para comprender la cosa, o, lo que es igual, para tener «idea» de la «cosa», idea perfecta, completa, claro está, debemos saber ver, o sea, debemos representarnos mentalmente («idea») toda la complejidad de la «cosa». Por ello, cuando luego de ir de la «cosa» a la «idea» elaboramos una nueva «idea», yendo de aquella primera «idea» («cosa»...—espiritual—para esta segunda) a esta segunda «idea», pero mutilando parte de la primera, que es tanto como mutilar parte de la «cosa», es decir, cuando vamos mal de la «cosa espiritual» a la «idea», ésta resulta incompleta, imperfecta, por muy bien que encaje dentro de los límites de la mutilación.

Ahora bien: si elaboramos una nueva «idea» (donación) yendo a ella de parte (no del todo) de otra «idea» (cosa espiritual)—liberalidad—, precisamente de aquella parte que tiene una nota distintiva de la parte restante, no habremos ido mal de la «cosa espiritual» a la «idea», esto es, no tendremos una idea incompleta, imperfecta, por cuanto que nos representamos mentalmente toda la parte caracterizada por esa nota singular. Otra cosa sería que en nuestra mental representación no se encontrase, en este último caso, toda esa parte singular.

B) JURÍDICOS.

Los argumentos jurídicos que opone son éstos:

a) El concepto del artículo 667 ha de completarse con el requisito de forma consignado en el artículo 687, que se remite «precisamente» a las formas reguladas en el mismo capítulo, del cual forman parte ambos artículos.

No sirve este argumento. Porque, si bien es verdad que los dos artículos, 667 y 687, se hallan dentro del capítulo I (del tit. III del lib. III), regulador «De los testamentos», no es menos cierto que mientras el artículo 667 está dentro de la Sección segunda,

que se ocupa del «Testamento en general», el 687 aparece integrando la Sección tercera, que es una de las de dicho capítulo consagrada con exclusividad al testamento en su acepción adjetiva de «Forma», y «precisamente» la Sección dedicada en tono general a esta acepción adjetiva del testamento. Piénsese, además, que si, de un lado, quien es «titular» dispone, quien es «parte» ofrece consentir o consiente y quien es «otorgante» otorga (del latín *auctorare*, hacerse autor), o sea, declara la paternidad del instrumento; y, de otro lado, cuando de negocio *mortis causa* se trata, «parte» quiere decir «titular», pues el oferente tiene que serlo, resulta evidente que al decir el artículo 667 «dispone» está hablando del testamento en sentido substantivo, o sea, de la «parte», que ofrece, del «titular», que dispone, y que al hablarse, como se habla, en el artículo 687, de otorgamiento, de lo que en él se trata es del testamento en sentido adjetivo, es decir, del «otorgante» o sujeto instrumental, para quien las formalidades establecidas en el capítulo son de ineludible observancia. Pero lo son nada más que para el sujeto instrumental. Para el sujeto de derecho, para el sujeto negocial, lo serán sólo en tanto en cuanto sea también sujeto instrumental, o, lo que es igual, sólo en tanto en cuanto sea persona que interviene en el instrumento llamado testamento. En suma, como sujeto de derecho, como sujeto negocial, no le afecta la observancia de esas formalidades del capítulo de referencia. Como sujeto de derecho, como sujeto negocial, como persona que interviene en la disposición, en el acto de disponer, llamado también testamento, puede observar las formalidades del capítulo u otras formalidades distintas, pues aquellas formalidades del capítulo no integran la esencia del concepto de la disposición, del acto de disponer que recoge el artículo 667, supuesto que el mismo Código permite esa disposición, ese acto de disponer recogido en el artículo 667 con formalidades que no son las mentadas en el artículo 687.

El concepto del artículo 667 es completo, por tanto, frente al artículo 687.

b) A las disposiciones de voluntad sin forma testamentaria las individualiza, las delimita y les acota la extensión—que podría resultar indefinida—su forma de donación *inter vivos*; luego—con-

tinúa replicando VALLET—no se ve claro el ámbito en que pueden ser admisibles unas disposiciones sin forma de donación *inter vivos*, de una parte, ya que se estima que ésta sólo puede ser aceptada en vida del donante, y, de otra parte, sin forma testamentaria (adjetivamente hablando), con lo que, al no quedar deslindado su ámbito con la forma de donación *inter vivos*, que se considera inadmisibile, se las lleva a chocar de frente y de un modo total con la declaración de nulidad contenida en el artículo 687 del Código civil.

No nos puede llamar la atención que nuestro cordial compañero no les vea sitio viable a las mal llamadas donaciones *mortis causa*, cuando a un tiempo se les supriman a las disposiciones que encierran la forma de la donación *inter vivos* y la forma del testamento, porque, como él mismo nos dice, parte del carácter «esencialmente formal» de éste, o, lo que es igual, que para él no es testamento el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos... (artículo 667), en escritura de adopción (art. 174, párrafo tercero), por ejemplo, supuesto que en esta escritura no concurren las formas reguladas en el capítulo I del tit. III del lib. III, con que precisamente—nos asegura VALLET—se completa el concepto de testamento del artículo 667, lo que, evidentemente, no es así, dada la integridad, frente al artículo 687, de este concepto del artículo 667, según ha quedado demostrado.

Las disposiciones que llevan en sí las mal llamadas donaciones *mortis causa*, por ende, al no chocar con la nulidad declarada en el artículo 687, pueden ser, y eso es lo que son, disposiciones testamentarias (substantivamente hablando) sin forma testamentaria (adjetivamente hablando); en una palabra, disposiciones que no pueden ser aceptadas en vida del disponente, con lo cual queda apartado de ellas todo lo concerniente a la donación *inter vivos*, y que no necesitan de la forma a que remite el citado artículo 687. Creemos que con estas dos notas distintivas queda perfectamente delimitado, con toda claridad, el ámbito de dichas disposiciones.

Lo que para nosotros son los negocios *inter vivos* y *mortis cau-*

sa puede verse en nuestro trabajo *Ni unilateral ni revocable* («Revista de Derecho Notarial», t. 47, págs. 35 y sgs.).

* * *

Merece consideración aparte lo que en el «aspecto real» nos dice VALLET.

Porque... será exacto afirmar que las liberalidades mal llamadas donaciones *mortis causa* son:

Para PARRA, disposiciones *mortis causa*, hechas en negocio *mortis causa*, la oferta del cual se realiza en testamento (adjetivamente hablando);

para VALLET, disposiciones *mortis causa*, hechas en negocio *inter vivos*, la oferta del cual ni se realiza ni se puede realizar en testamento (adjetivamente hablando) por ser *inter vivos* el negocio;

para nosotros, disposiciones *mortis causa*, hechas en negocio *mortis causa*, la oferta del cual no se realiza en testamento (adjetivamente hablando), por ser objeto de negocio *inter vivos*.

Y... será ridículo no admitir, ante la grandeza del orden de la creación, la pequeñez y estrechez de la capacidad de inteligencia del ser humano, es decir, lo reducidito de su maquinilla de pensar, de bastante parecido—como se nos ha dicho—en su disposición y forma a una maquinilla de hacer café. Junto a ello, pero esto es otro cantar, se halla el mal funcionamiento de la maquinilla, su atasco y, como consecuencia, el «mal café».

Pues bien: a nosotros nos parece—quizá por egotismo—que en donde no baja todo el café es en las maquinillas de PARRA y de VALLET. Tienen cargada toda la realidad que son las liberalidades en la parte alta; pero entre esta parte alta y la baja hay algo impregnado de confusionismo que impide el paso normal, produciéndose el goteo clarucho del café malo. Es que tanto en la maquinilla del uno como en la del otro la pieza que separa los compartimientos superior e inferior tiene atascados los agujeritos de los negocios *mortis causa*, la oferta del cual, con forma extratestamentaria es objeto de negocio *inter vivos*, con lo cual las liberalidades mal llamadas donaciones *mortis causa* pasan en promiscuidad, en la de PARRA, con las liberalidades *mortis causa*

con forma testamentaria y, en la de VALLET, con las liberalidades *inter vivos*, o sea, en ambas, destilándose de la global realidad cargada, un café sin toda la cafeína: riqueza de matices de esa realidad.

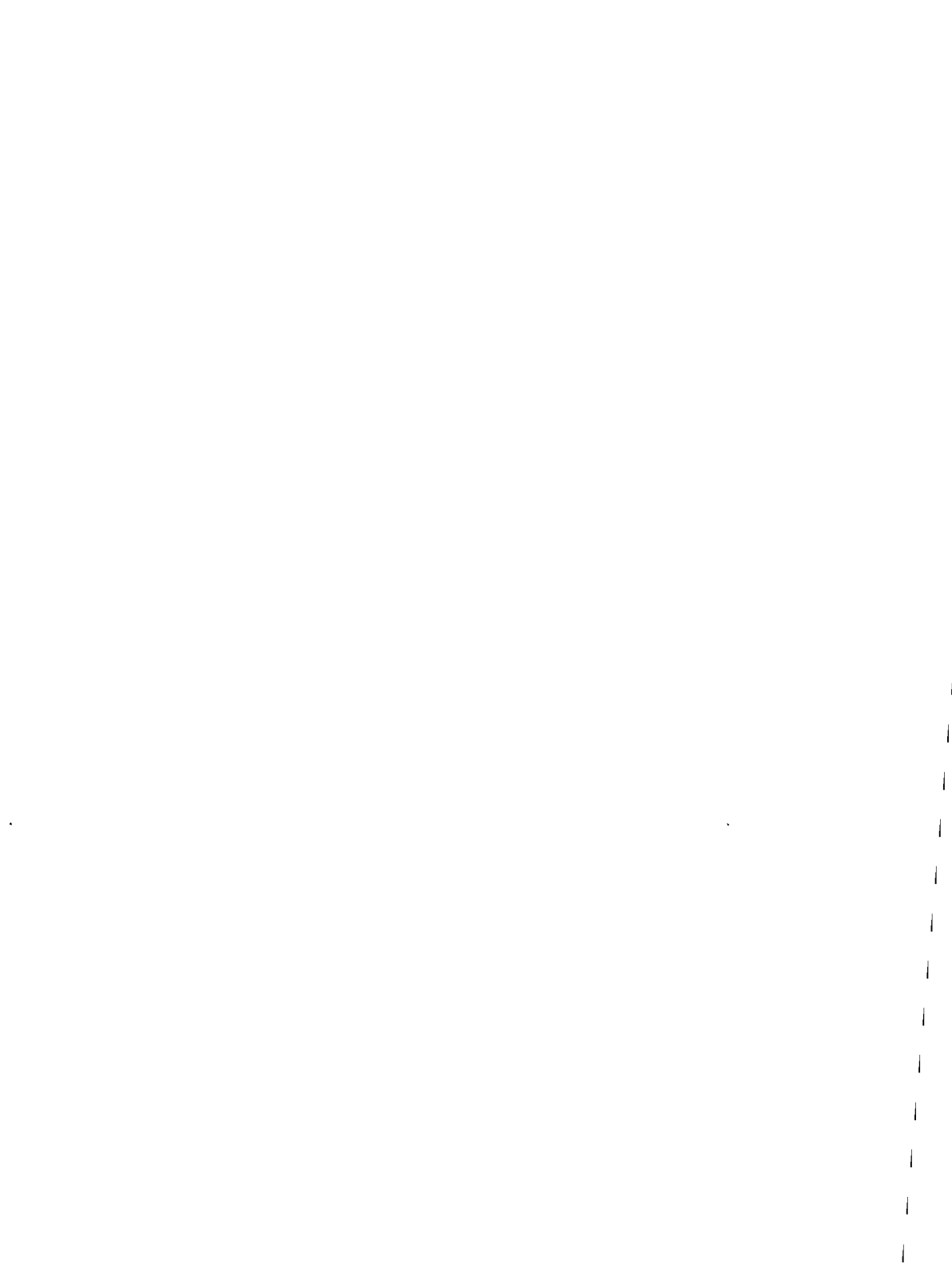
En resumen, hemos querido examinar por separado el «aspecto real» de la cuestión, porque, contra lo que él mismo piensa, para nosotros, es VALLET quien seca parte de lo vivo, quien destroza un matiz interesantísimo de la realidad que ocupan las liberalidades, al no pasar por su maquinilla—que equivale a dejar secar—esa parte del mundo real que en la nuestra no encuentra atasco: liberalidad en negocio *mortis causa*, cuya oferta es objeto de negocio *inter vivos*, y por esto de forma extratestamentaria.

Y no usamos el punto final sin antes poner de manifiesto que VALLET, como cualquier mortal, se vale y tiene que valerse de todo método (y no lo puede ser el imposible ir de la «idea» a la «cosa», y no lo es a seguir el ir mal de la «cosa» a la «idea», denominado éste «conceptualista o de inversión»), dada aquella referida estrechez y pequeñez, no obstante lo cual queda invencida, como ha de ser por imperativo providencial, nuestra consubstancial fallibilidad. Queremos decir que, porque el concepto completo es realidad pura y porque no hay entendimiento sin concepto, dentro del reducidísimo y resbaladizo terreno que Dios tiene acotado al más trabajoso menester del hombre: entender, todo método es imperfecto en cuanto humano y aceptable en cuanto ayude a entender.

PEDRO PORRAS IBÁÑEZ.

Notario de Guadalcañal.

LEGISLACION



Crónica legislativa

SUMARIO: 1. *Decreto sobre régimen especial de los bienes del Estado en el extranjero*: su fundamento, caracteres y derecho supletorio.—2. Gestión del patrimonio del Estado en el extranjero.—3. Representación del Estado respecto al mismo.—4. Bienes inmuebles: adquisición, enajenación, gravamen, arrendamiento y explotación.—5. Bienes muebles: adquisición y enajenación.—6. Intervención de diversos Ministerios.—7. *Estatuto de la entidad de derecho público denominada «Ferrocarriles de Via Estrecha»*: antecedentes.—8. Competencia.—9. Organos de Gobierno.—10. Patrimonio inmueble.—11. Contratación y ejecución directa de obras, suministros y servicios.

1. El número 249 del «Boletín Oficial del Estado» de 18 de octubre, publica el Decreto 2.926/65 sobre régimen especial de los bienes del Estado en el extranjero.

El texto articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado no reguló el constituido por los bienes muebles e inmuebles sitos en territorio extranjero, pero facultó al Gobierno para dictar por Decreto las normas pertinentes.

Las razones del régimen especial son claras y, al propio tiempo, definen las características esenciales de aquél: necesidad de sujetarse a la legislación del país en que están sitos los bienes y transferencia obligada al Ministerio de Asuntos Exteriores de atribuciones que en régimen normal están atribuidas al Ministerio de Hacienda.

Será norma supletoria del Decreto sobre régimen especial el texto articulado de la Ley de Bases.

2. La gestión del patrimonio del Estado en el extranjero la ejercerá el Ministerio de Hacienda, pero a través del de Asuntos Exteriores, por medio de las Direcciones Generales de Patrimonio

del Estado y de Régimen interior, respectivamente, quienes coordinarán su actuación a este respecto en orden a la normalización administrativa y contable de los servicios que les están encomendados y teniendo en cuenta la especialidad de los bienes, pudiendo el Ministerio de Hacienda ordenar las visitas que la citada coordinación exija.

3. La representación del Estado en cuanto a dicho Patrimonio, atribuida por el texto articulado al Ministro de Hacienda, se ejercerá por medio del representante diplomático de España en el país en que los bienes están sitos o se realice la operación o negocio jurídico en relación con los mismos, quien podrá delegarla de manera expresa en el personal a sus órdenes.

4. La adquisición de bienes puede tener lugar por los siguientes conceptos: primero, por la aceptación de herencias, legados o donaciones de bienes sitos en el extranjero o de persona no nacional; y segundo, por título oneroso de bienes situados en el extranjero cuya adquisición convenga al Estado español.

En las adquisiciones por el primer concepto, el Ministro de Hacienda, antes de proponer la aceptación, deberá recabar el informe del Ministerio de Asuntos Exteriores, y este último, siempre que tenga conocimiento de algún *ab intesto* en el extranjero, cuyos bienes puedan ser atribuidos al Estado español, practicará las gestiones precisas para el aseguramiento de los bienes y el reconocimiento de tal derecho, dando cuenta al Ministerio de Hacienda para que éste autorice o no la continuación del procedimiento y reciba, en su caso, los bienes declarados a su favor.

Las adquisiciones por el segundo concepto se acordarán en casos de urgencia por el Ministerio de Asuntos Exteriores, quien comunicará, antes de la formalización documentaria, las condiciones de la operación al de Hacienda, entendiéndose aprobada si en el plazo de quince días no se oponen reparos a las mismas. En los demás casos, el Ministerio de Asuntos Exteriores procurará acomodarse en lo posible al régimen de concurso o gestión directa, con aprobación del Ministerio de Hacienda, siguiéndose el mismo procedimiento respecto a las permutas.

Para la enajenación de los bienes de declaración de alienabilidad se efectuará, por acuerdo conjunto de ambos Ministerios, y

la enajenación se llevará a efecto por el de Asuntos Exteriores con libertad de procedimiento y acomodándose al sistema de subasta cuando las circunstancias lo permitan, pudiéndose, en casos excepcionales, y con aprobación del Ministerio de Hacienda, establecerse una cláusula de tanteo a favor de personas o instituciones españolas residentes en el país donde los bienes sean enajenados. Los gravámenes de carácter real habrán de ser aprobados conjuntamente por los dos Ministerios.

El arrendamiento de inmuebles se efectuará por el Ministerio de Asuntos Exteriores, quien informará de sus condiciones al de Hacienda.

La explotación de bienes exigirá la aprobación previa del Ministerio de Hacienda.

5. La adquisición de bienes muebles necesarios para el desenvolvimiento de los servicios u ornato y decoración de las dependencias oficiales, así como la enajenación de los que no fuesen necesarios a estos fines, se realizará por el Ministerio de Asuntos Exteriores, procurando, según las circunstancias, adaptarse al procedimiento ordinario, y si los bienes que hayan de enajenarse fueren de carácter histórico o artístico, se requiere el informe favorable del Ministerio de Educación Nacional.

La adquisición y enajenación de títulos, valores o derechos incorpóreos será atribución exclusiva del Ministerio de Hacienda, pero podrá ser delegada en el de Asuntos Exteriores.

6. Cuando se trate de bienes que hayan de ser destinados a un determinado Ministerio, sean inmuebles o muebles, su adquisición o arrendamiento deberá efectuarse con arreglo a las normas expresadas, pero a propuesta y con aprobación del Departamento interesado.

Las disposiciones sobre moneda extranjera y las autorizaciones previas necesarias cuando la operación pueda implicar pagos en divisas, así como las competencias que aquéllas atribuyen al Ministerio de Comercio, serán de aplicación a los impuestos regulados en el Decreto.

7. *El número 249 del «Boletín Oficial del Estado» de 18 de octubre publica el Decreto 2.927/65, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Estatuto de «Ferrocarriles de Vía Estrecha».*

Los antecedentes más importantes de dicho Decreto son: 1.º La Ley de 12 de julio de 1950, en la que se dispuso que la explotación de los Ferrocarriles del Estado no integrados en la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles se hará en régimen de Empresa por el Servicio que a tal efecto funcionaba en el Ministerio de Obras Públicas, al que se dotó de personalidad y patrimonio propios en cuanto fueran necesarios para el cumplimiento de sus fines. 2.º El Decreto-Ley de 23 de septiembre de 1965 reorganizó el citado Servicio mediante la creación de una entidad de derecho público adscrita al Ministerio de Obras Públicas, con personalidad jurídica y patrimonio propios, denominada «Ferrocarriles de Via Estrecha», abreviadamente «FEVE».

Se recogen a continuación las disposiciones relativas a su competencia, órganos de Gobierno, patrimonio inmueble y contratación y ejecución directa de obras, suministros y servicios.

8. La principal actividad de dicho organismo es el transporte terrestre, que ha de llevarse a cabo de modo que se obtenga, sin particularización de medio, el mejor servicio público con el mayor rendimiento económico, dentro de los principios y disposiciones para ordenación y coordinación de los transportes.

La «FEVE» es competente para ejercer las actividades que se distribuyen en los tres grupos siguientes: actividades industriales y mercantiles, prestaciones del servicio público y servicios del Ministerio de Obras Públicas.

Las actividades industriales y mercantiles se clasifican en ordinarias, las que necesitan autorización del Ministerio de Obras Públicas y las que precisan la del Gobierno.

Las ordinarias comprenden la explotación de ferrocarriles y otros medios de transporte terrestre que construya o establezca el Estado, las que reviertan a éste y aquellas de que el mismo se incaute, extraños a la competencia de la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles, los servicios accesorios que sean convenientes para la mejor explotación, los que constituyan la totalidad o parte de aquéllas, así como para ampliar, renovar y mejorar los establecimientos y los medios de explotación.

Necesitará la autorización del Ministerio de Obras Públicas para estudiar y proyectar, construir o establecer ferrocarriles y

otros medios de transporte terrestre de cualquier clase y para explotar aquellas líneas abandonadas por sus concesionarios o que reviertan al Estado.

Se requerirá autorización del Gobierno, por resolución del Consejo de Ministros, a propuesta del de Obras Públicas, para levantar total o parcialmente las líneas a su cargo que reviertan al Estado o sean abandonadas por los concesionarios, y previo informe también del Ministerio de Hacienda, para ejercer cualesquiera otras actividades industriales o mercantiles que el Organismo deba realizar para el buen fin de las principales a su cargo.

Las actividades consistentes en prestaciones de servicio público se clasifican en ordinarias, las que precisan autorización del Ministerio de Obras Públicas, las sometidas al mismo régimen que los bienes inmuebles, objeto del próximo epígrafe, y las de tramitación de expedientes de caducidad. Las ordinarias consisten en velar por la seguridad de personas y cosas y por la efectividad de los derechos de los usuarios.

Se requiere autorización del Ministerio de Obras Públicas para establecer, modificar y suspender temporal o definitivamente las condiciones y características de itinerarios, tarifas y servicios de cualquier clase.

Le compete tramitar los expedientes de caducidad de las concesiones a su cargo y de los que le encomiende el Ministerio de Obras Públicas.

Los Servicios del Ministerio de Obras Públicas, consistentes en la incoación, tramitación y resolución de expedientes relativos a las actividades encomendadas a la «FEVE», y que correspondían a las Jefaturas de Obras Públicas y las atribuidas por la Ley de Expropiación Forzosa a los órganos competentes para el ejercicio de la facultad de expropiar por el Estado. Además, deberá prestar los medios de información, asesoramiento y ejecución pertinentes para situar y resolver con criterio de generalidad los asuntos de ferrocarriles no integrados en la «RENFE» y para la eficaz intervención del Estado en aquellos que subsistan en régimen de concesión.

9. Los órganos de Gobierno son: el Consejo de Administración, las Comisiones del Consejo y la Dirección.

Al Consejo de Administración, constituido por un Presidente, dos Vicepresidentes y siete Consejeros, corresponden las funciones de alto consejo y alta dirección, administración y representación del Organismo. Entre sus atribuciones figura la de informar sobre las alteraciones del patrimonio por enajenación u otras causas distintas de la normal explotación de los bienes y valores que lo constituyen. Compete al Presidente representar al Consejo ante autoridades, entidades y personas.

Las Comisiones del Consejo son dos: Comisión Económica y Financiera y Comisión Técnica.

El Director lo nombrará y separará libremente el Ministro de Obras Públicas.

10. Respecto a los bienes inmuebles, el Consejo de Administración deberá declarar innecesarios los que no sean precisos para la explotación ferroviaria. La declaración se comunicará a la Dirección General del Patrimonio del Estado, en orden a la desafección correspondiente y consiguiente incorporación de los bienes al mismo patrimonio.

El Consejo de Administración, al declararlos innecesarios, podrá proponer al Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado, la retención de los bienes en calidad de reserva, en previsión de obras futuras o ampliaciones. Esta previsión se revisará cada cinco años, por lo menos.

El Consejo de Administración podrá proponer al Ministerio de Hacienda, a través de la misma Dirección General, la permuta de bienes sobrantes por otros necesarios al servicio.

Dicho Ministerio podrá autorizarla por sí o promoverla, de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Patrimonio del Estado.

Con los mismos requisitos se podrá autorizar al Consejo de Administración para la enajenación de bienes sobrantes, con el fin de aplicar su producto a la mejora de instalaciones situadas dentro de la misma zona de aquéllos, conforme al correspondiente proyecto técnico y financiero.

11. La contratación y ejecución directa de obras, servicios, suministros y adquisiciones por «FEVE» se acomodará a las disposiciones de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, a la de Régimen Jurídico de Entidades Esta-

tales Autónomas y a la de Contratos del Estado. A estos efectos, los contratos relativos a ejecución de obras o trabajos, compra-venta de maquinaria, enseres, útiles, herramientas, materiales o suministros, arrendamientos de ellos o de servicios necesarios para mantener y renovar el establecimiento de cualquiera de las actividades de la entidad podrán ser concertados directamente por ésta cuando: 1. Se trate de reintegrar al servicio, lo más pronto posible, elementos del establecimiento que, en prestación de aquél, sufran avería o accidente, o que, habiendo sido baja en el servicio, hayan de utilizarse forzosamente para sustituir a otros que sufran avería o accidente. 2. Por sus características de repuestos específicos deban sustituir urgentemente a otros. 3. Se trate con otro Organismo estatal o con la «RENFE» como posibles suministradores. 4. Tenga lugar con otra Compañía ferroviaria de servicio público, en mutuas compensaciones. 5. Se trate de elementos necesarios y de urgente utilización para la seguridad del servicio público.

Los acuerdos relativos a que sean convenidos directamente los contratos de referencia corresponden: 1. A la Dirección de «FEVE» en los casos incluidos en los anteriores números 1, 2 y 5, con la obligación de dar cuenta en la primera reunión del Consejo o de Comisión, y en todo caso, antes de transcurrir treinta días, a partir de la fecha del acuerdo. 2. A la Dirección de «FEVE», con la previa aprobación del Consejo o Comisión, en los casos a que se refieren los números 3 y 4.

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.

VIDA JURIDICA

Apertura de los Tribunales

El 15 de septiembre de 1965, y con la solemnidad acostumbrada, se celebró en Madrid la apertura de los Tribunales.

El discurso, sobre «Lo social y sus perspectivas actuales», fué leído por el excelentísimo señor don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, Presidente del Tribunal Supremo.

A continuación insertamos un breve resumen recogiendo los puntos más importantes que fueron tratados en dicho discurso.

Frente al individualismo del siglo XVIII, el siglo XIX, y sobre todo el actual, han vivido y viven bajo la preocupación y el imperio de lo social. Sin embargo, nada hay más vago, esfumado y amorfo que este concepto de «lo social», que tanto se maneja, a veces tópicamente en nuestros días. Frente a este confusionismo, se hace necesario, para clarificar la materia, tener en cuenta una doble consideración de «lo social»: amplia y estricta. En su sentido más amplio, lo social abarca todo el complejo de hechos y relaciones derivados de la coexistencia y convivencia de los hombres en sociedad. Este concepto viene, pues, a identificar la materia social, con el objeto de las ciencias sociales todas, y ofrece el inconveniente de su indeterminación y complejidad. Pero al lado de éste hay un sentido más restringido, en el que la idea de lo social no es ya la idea de cuanto afecta a la sociedad y al hecho social, pues, dejando a un lado los aspectos puramente descriptivos y teóricos, se atiende a los aspectos prácticos y más vitales, bajo una consideración crítica, teleológica y valorativa, que estima imperfecto el orden social actual y aspira a su adecuada reforma. Cuando hablamos de lo social en esta segunda acepción, estamos pensando en la cuestión social y en la reforma social a través de una política social.

Partiendo de esta base, cabe distinguir en la disertación del profesor CASTÁN dos partes: una primera, en la que estudia las ciencias sociales en general; y otra segunda, que constituye el objeto principal de su trabajo, dedicada a estudiar la cuestión social, reforma y política social.

En la primera analiza los orígenes de la Sociología, la concepción de COMPTON y las variadísimas posiciones que han surgido después, para llegar al concepto moderno de la Sociología, personificado en RECASÉNS SICHES, como ciencia teórica, no normativa, posición que, a juicio del profesor CASTÁN, peca de excesivo unilateralismo al olvidar el aspecto práctico, ético o normativo de esta ciencia. Traza a continuación, un cuadro general de las ciencias sociales, deteniéndose especialmente en las que se hallan ligadas a la cuestión social, para concluir afirmando la necesidad de una articulación y coordinación entre las varias ciencias sociales, teóricas y prácticas, especialmente entre Sociología, Economía, Política y Derecho.

La parte dedicada a estudiar la cuestión social es, como hemos dicho, la más detallada y extensa. El problema o «cuestión social» es de todos los tiempos y de todos los países, si bien es ahora cuando más agudamente se manifiesta, sostenido y alimentado por otros dos grandes problemas de reorganización social todavía no resueltos: el derecho a la propiedad privada y el derecho al trabajo. Especial atención merecen en el estudio del profesor CASTÁN la política social y sus relaciones con las disciplinas afines: política económica y derecho social. Examina su desarrollo histórico, especialmente en España, y las orientaciones, objetivos y finalidades de la política social de hoy.

Tras unas reflexiones finales sobre el desequilibrio del orden social actual y la necesidad de jerarquizar los factores básicos para la reconstrucción de la sociedad (políticos, económicos, culturales, jurídicos, etc.), concluye su disertación con unas consideraciones sobre las realidades y perspectivas de la reforma social en España que ha de ser mirado con optimismo. Todos hemos de contribuir a que se vivifique cada vez más la conciencia social de los españoles, pero muy especialmente compete esta obligación a los que estamos consagrados a la ciencia del Derecho.

F. M. C.

Crónicas

TRANSFORMACION DE SOCIEDAD, CESION DE ACCIONES Y RESOLUCION DE LOS CONTRATOS POR INCUMPLIMIENTO

A uno y otro lado de la ría de Vigo existen dos astilleros, perteneciente uno a la entidad «Hijos de J. Barreras, S. A.» y el otro a «Construcciones, S. L.», Sociedad ésta controlada por «Joaquín Dávila y Cía., S. L.». En 1956, la Sociedad «Hijos de J. Barrera, S. A.» entabló conversaciones con «Joaquín Dávila y Cía.», entidad ésta que, por controlar a «Construcciones, S. L.», era prácticamente dueña de la misma, a fin de crear una nueva Sociedad. Tales conversaciones se concretaron en un convenio, firmado el 16 de abril de 1957, por el que se acordaba, entre otras cuestiones, que «Construcciones, S. L.» sería convertida en Sociedad Anónima, con el mismo nombre y un capital de cuatro millones de pesetas; «Joaquín Dávila y Cía.» cedería a «Hijos de J. Barreras» el cincuenta por ciento de las acciones de la Sociedad transformada, pagando esta última entidad el valor nominal de dichas acciones (dos millones de pesetas), más una prima de seis millones cien mil pesetas. Ambas Sociedades firmantes del acuerdo se comprometían a realizar los desembolsos necesarios para que la nueva Sociedad tuviera un capital de treinta millones de pesetas nominales, haciendo las correspondientes aportaciones en la forma y términos que se fijaran por la nueva Sociedad.

Por la entidad «Joaquín Dávila y Cía.», única dueña de «Construcciones, S. L.», se otorgó en 17 de marzo de 1958 la escritura de transformación de esta última entidad en la «Anónima Asti-

lleros y Construcciones»; pero como surgieran diferencias entre algunos socios de «Barreras y Dávila» respecto a un proyecto de construcción de un dique seco por la nueva Sociedad, «Joaquín Dávila y Cía.», propietaria de la Sociedad, «Astilleros y Construcciones, S. A.», decidió, prescindiendo de «Barreras» y sin entregarle a ésta las acciones para que pudiera actuar en la Junta General de accionistas, la ampliación de su negocio de «Astilleros», abandonando la idea fundamental de la construcción del dique. Ante tal situación, «Hijos de J. Barreras» exigió el cumplimiento del convenio, interesando que se le hiciera entrega del cincuenta por ciento de las acciones de la nueva Sociedad, y una vez «Barreras» estuviera en posesión de dichas acciones, sería cuando procedería entablar conversaciones para resolver los diferentes puntos de vista que pudieran existir y, a falta de acuerdo, someterlo a la decisión del árbitro que, para tal fin, se había nombrado en el convenio de 16 de abril de 1957. La Sociedad «Joaquín Dávila y Compañía», al día siguiente de recibir notificación de lo anteriormente expuesto, requirió notarialmente a «Hijos de J. Barreras» para que tuviera por resuelto, al amparo del artículo 1.124 del Código civil, el convenio referido, y asimismo en el requerimiento hizo constar que ponía a disposición de «Barreras» la cantidad que tenía pendiente de liquidar a esta última por los trabajos realizados en un buque. A este requerimiento la entidad requerida contestó insistiendo en sus puntos de vista y sometién-dose al árbitro nombrado para resolver las diferencias que pudieran existir entre ambas Sociedades, rechazando la resolución del convenio, así como el abono de la cantidad que, sin fijarla, se le hacía; pocos días después se concretó que el importe de tal cantidad era de ocho millones cien mil pesetas, o sea la misma que «Hijos de J. Barreras» tenía que desembolsar para suscribir el cincuenta por ciento de las acciones de la nueva Sociedad «Astilleros y Construcciones, S. A.». Inscrita ya esta entidad en el Registro Mercantil, en 13 de enero de 1959, «Hijos de J. Barreras» requirió notarialmente a «Joaquín Dávila y Cía.» y a la nueva entidad para que se aviniesen, la primera, a entregar el cincuenta por ciento de las acciones de la segunda, y a ambas para que dejaran sin efecto la ampliación de capital de «Astilleros y Construcciones, S. A.» a treinta millones de pesetas, que se había hecho

sin la intervención de «Barreras». A este requerimiento contestó «Dávila» no aviniéndose a lo requerido por «Barreras», y negando a ésta la cualidad de socio de «Astilleros y Construcciones, S. A.».

Ante esta situación, la Sociedad «Hijos de J. Barreras, S. A.» acudió al Juzgado de Primera Instancia de Vigo, alegando los hechos relatados anteriormente y suplicando que se dictara sentencia por la que se declarara que entre las dos Sociedades litigantes se había celebrado el convenio de 26 de abril de 1957, se condenara a «Joaquín Dávila y Cia.», a que le entregara los títulos correspondientes al cincuenta por ciento de las acciones de «Astilleros y Construcciones, S. A.», declarando ineficaces, o en su defecto, nulos o subsidiariamente rescindibles, los acuerdos y actos celebrados para el aumento del capital social de «Astilleros y Construcciones, S. A.» a treinta millones de pesetas.

La entidad demandada compareció oponiéndose a la demanda y alegando que la transformación de la Sociedad «Construcciones, S. L.» en Anónima tenía por objeto la construcción de un dique seco, lo cual no podrían realizar con las aportaciones dinerarias de las dos Sociedades, pues sería necesario el crédito estatal o bancario a largo plazo e interés reducido, crédito que no se logró, apesar de las gestiones de ambas entidades, por lo que, como, no obstante esta circunstancia, «Hijos de J. Barreras» insistió en mantener el convenio firmado, la demandada procedió a crear la nueva entidad «Astilleros y Construcciones, S. A.», poniendo en el Consejo de Administración miembros pertenecientes a «Hijos de J. Barreras, S. A.» y acordando un plan de trabajos a efectuar para los que serían necesarios medios dinerarios, de los que «Astilleros y Construcciones» carecía totalmente, hasta el momento que se hicieran los desembolsos convenidos, y que no se le entregaban a la actora las acciones correspondientes al cincuenta por ciento del capital fundacional, por no ser posible hacerlo en tanto no estuviera inscrita la nueva Sociedad e impresos los títulos representativos del capital social, exigiendo que se hiciese dicho aumento del capital social, a lo que la actora no prestó su colaboración, creando así una difícil situación de tesorería a la nueva entidad, por lo que la demandada tuvo que facilitarle préstamos y materiales sin el cobro inmediato de su precio. Ante esta situación, la demandada requirió a la actora para que,

o bien hiciese las aportaciones dinerarias acordadas, o bien, en caso de no interesarle la nueva Sociedad, resolviera el convenio.

El Juzgado de la Primera Instancia de Vigo dictó sentencia por la que estimaba parcialmente la demanda y condenaba a «Joaquín Dávila y Cia.» y a «Astilleros y Construcciones, S. A.», a reconocer que entre dichas Sociedades e «Hijos de J. Barreras, S. A.» se celebró el convenio de 26 de abril de 1957, absolviendo de las demás peticiones de la demanda.

Por la entidad demandante se interpuso recurso de apelación, y la Audiencia Territorial de La Coruña dictó sentencia, por la que, revocando la del Juzgado de Vigo, condenaba a «Joaquín Dávila y Cia.» y a los otros demandados a reconocer que se celebró el convenio referido, a tener por ineficaz la resolución unilateral del mismo, hecha por «Joaquín Dávila y Cia.», a entregar a la Sociedad demandante el cincuenta por ciento de las acciones de «Astilleros y Construcciones, S. A.» y a tener por nulos los acuerdos y actos celebrados y realizados para el aumento del capital social de esta última entidad.

Apoya su sentencia la Audiencia Territorial de La Coruña en que el convenio ha de tenerse por válido en toda su integridad, y no parcialmente, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.255 y 1.091 del Código civil. Añade además la Audiencia que si a la resolución del convenio, decretada extrajudicialmente por «Dávila», no prestó su conformidad la otra parte, ha de formularse en vía judicial la pertinente pretensión, sin que en el pleito ninguno de los demandados hubiera postulado dicho pronunciamiento ni otro semejante. Entiende, además, dicha sentencia que el verdadero incumplidor del convenio es «Joaquín Dávila y Cia.», ya que había que reconocer que la ampliación de capital debía de ser posterior a la cesión a «Hijos de J. Barreras» del cincuenta por ciento de las acciones previstas.

Por la entidad «Joaquín Dávila y Cia.», y bajo la dirección del Profesor don BLAS PÉREZ GONZÁLEZ, se interpuso recurso de casación por infracción de Ley, denunciando como infringidos, en el primer motivo de los siete de que consta el recurso, los artículos 1.281, 1.282, 1.284 y 1.285 del Código civil, así como el artículo 57 del Código de Comercio. Argumenta el recurrente que el tema fundamental gira en torno a la aplicación al caso del ar-

tículo 1.124 del Código civil, puesto que se trata de decidir si la resolución del convenio debe considerarse o no ajustada a Derecho. Analiza a continuación el sentido y alcance del convenio diciendo que la sentencia de la Audiencia parte, equivocadamente, de la base de que el eje del convenio radica en el pacto que imponía la obligación de ceder a «Hijos de J. Barreras» el cincuenta por ciento de las acciones de la Sociedad transformada, cuando, por el contrario, una simple interpretación literal erige en fin primordial del convenio la continuidad de los negocios de «Construcciones, S. L.» y además la construcción de un dique seco, fines que se anteponian a cualquier otro propósito, para lo cual se habían de hacer las aportaciones precisas para que la Sociedad transformada dispusiera de un capital de treinta millones de pesetas. Hace notar, además, el recurrente que el convenio de 26 de abril de 1957 es fruto de unos contactos o cambios de impresiones entre las partes, que en el concepto de actos anteriores, tienen que ser valorados en virtud de la jurisprudencia del artículo 1.282 del Código civil, que si bien se refiere a los actos coetáneos y posteriores, no excluye el examen de los anteriores; valorando varios de estos actos que, a su juicio, evidencian extremos sobre los que la sentencia recurrida guarda absoluto silencio. Sigue con la misma sistemática con los actos posteriores y destaca que resulta clara la infracción del artículo 1.282 del Código civil.

Como la Sala no ha procedido a la conjugación sistemática de las diversas declaraciones de voluntad que se contienen en el convenio, denuncia el recurrente como infringido el artículo 1.285 del Código civil, y la sentencia recurrida, al dar prioridad al pacto relativo a la cesión de acciones, infringe por violación el artículo 1.284 del mismo Cuerpo legal. La intención de los contratantes ha de prevalecer, conforme con lo que determina el artículo 1.281 del Código civil y la finalidad del convenio resulta evidente que es la posibilidad de que la nueva Sociedad continúe sus negocios, dotando el contenido de esta finalidad mediante la obligación de realizar los desembolsos necesarios para el aumento del capital social; como esta última obligación no se ha cumplido, y tiene el rango de obligación primordial, se han infringido en la sentencia recurrida los artículos 1.258 del Código civil y 57 del Código de

Comercio, ya que se han ejecutado con buena fe las cláusulas del convenio.

En su segundo motivo el recurrente alega la infracción del artículo 48 del Código de Comercio al fijar los hechos que sirven de base a la interpretación del convenio, ya que la sentencia recurrida no menciona las actas de varios Consejos de Administración de «Hijos de J. Barreras», por lo que incurre en error de derecho en la apreciación de la prueba, ya que estas actas debieron integrarse en los hechos que habían de servir de base para la recta interpretación del convenio.

Impugna la declaración de que fué «Joaquín Dávila y Cía.» la que incumplió, en el motivo tercero del recurso, que lo articula, por infracción de los artículos 1.218 y 1.225 del Código civil, y señala una certificación del Registro Mercantil de Pontevedra, de la que resulta que en una Junta General de accionistas se nombraron miembros del Consejo de Administración de «Astilleros y Construcciones» a personas pertenecientes a «Hijos de J. Barreras», y varias cartas cruzadas entre las dos Sociedades, de las que se desprende una conducta de clarísimo cumplimiento por parte de «Dávila», a la vez que se observa una posición rebelde y tenaz por parte de «Barreras» que tiende a frustrar el fin perseguido al suscribirse el convenio. Comoquiera que el Tribunal de instancia no valoró los documentos que este motivo señala, incidió en error de derecho en la apreciación de la prueba, infringiendo la norma valorativa del artículo 1.225 en relación con el 1.218 del Código civil.

El motivo cuarto, consecuencia del anterior, señala que los documentos relacionados en el motivo tercero, tienen el carácter de auténticos y vienen a demostrar que «Dávila», en todo instante, dió cumplimiento al convenio.

En el motivo quinto se declaran infringidos los artículos 1.218 y 1.225 del Código civil, y 48 del Código de Comercio al no estimar la Sala sentenciadora que quien incumplió el convenio de 26 de abril de 1957 fué «Hijos de J. Barreras, S. A.», ya que, según argumenta el recurrente, el fin previsto en ese convenio era la ampliación del capital, debiendo considerarse fundamental este fin a todos los efectos, pero de un modo singular cuando se trata de

discernir cuál de los contratantes incumplió el pacto en términos que hicieran posible su resolución.

El motivo sexto señala los documentos auténticos reseñados en el motivo anterior, y el séptimo denuncia la infracción del artículo 1.124 del Código civil y doctrina legal que lo interpreta, aclarando que en este motivo se plantean dos cuestiones distintas: una, la carencia jurisdiccional de facultades, al no haberse pedido por ninguno de los demandados el pronunciamiento de haber sido bien hecha la resolución del convenio decretada extrajudicialmente por «Dávila», una vez que la otra parte se opuso, y otra, que «Dávila» haya incumplido sus obligaciones. Respecto a la primera, queda suficientemente esclarecida al pretenderse por los demandados un fallo absolutorio, dados los términos de la demanda. Respecto a la segunda, no figuran en la sentencia recurrida hechos concretos imputables a «Joaquín Dávila y Cía.» que supongan el incumplimiento de su obligación, siendo, por el contrario, «Barreras» quien incumplió, no sólo la obligación que le incumbía en orden a la ampliación del capital, sino siquiera a comprometerse a ello; por tanto, la actuación de Barreras comporta la concurrencia de los requisitos que el artículo 1.124 exige.

Por la parte recurrida, impugnó el recurso el Profesor don JOAQUÍN GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, quien en su exposición, alegó que el primer motivo del recurso no puede admitirse, ya que la función interpretativa de los negocios jurídicos no tiene acceso a la casación a través del número 1.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ya que es una cuestión de hecho y, por tanto, sólo puede impugnarse a través del número 7.º del artículo 1.692 del mismo Cuerpo legal, añadiendo, además, que las obligaciones contenidas en el convenio de 16 de abril de 1957 para ambas partes tenían una perfecta prelación cronológica, ya que mal podía «Barreras» hacer las aportaciones dinerarias para el aumento de capital social de «Astilleros y Construcciones, S. A.» sin que antes, en el orden cronológico, le hubiesen entregado los títulos correspondientes al cincuenta por ciento de las acciones, ganando así la cualidad de socio, teniendo en cuenta, además, que las acciones ya estaban pagadas.

El Tribunal Supremo no ha dado lugar al recurso en su sentencia de 28 de septiembre, en la que dice, que para determinar

la procedencia del artículo 1.124 del Código civil es necesario aclarar previamente el contenido y alcance de las obligaciones contraídas por los litigantes, y así, si la demandada se comprometió a transformar la Sociedad «Construcciones, S. L.» en Anónima y ceder a la actora el cincuenta por ciento de las acciones de la Sociedad transformada, y ambas partes a realizar los desembolsos precisos para ampliar el capital social, la interpretación de este contrato ha de realizarse buscando la intención de las partes, valiéndose para ello de la doctrina establecida por el artículo 1.282 del Código civil, el cual no excluye los actos anteriores ni las demás circunstancias que puedan contribuir a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes. Sin embargo, la facultad interpretativa de los contratos es, en principio, privativa de los Tribunales de instancia, criterio que debe prevalecer en casación, salvo cuando se evidencia, por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Añade la sentencia que las obligaciones de la demandada eran tan esenciales como las de la actora, siendo evidente su mutua condicionalidad, sin establecer subordinación alguna en cuanto a la entidad de las obligaciones recíprocas, sino solamente en cuanto al orden cronológico de su cumplimiento, por lo que las obligaciones de la demandada de transformar la Sociedad «Construcciones, S. L.» en Anónima y de ceder el cincuenta por ciento de las acciones a la actora eran anteriores, cronológicamente, a la de esta de realizar las aportaciones necesarias para ampliar el capital social.

No basta la sola manifestación de una de las partes de que fué el contrario quien incumplió su obligación para que pueda estimarse bien hecha la resolución, sino que, surgida contienda sobre ello, ha de estarse a la decisión de la Sala en orden al verdadero incumplidor, siendo esta decisión de la exclusiva competencia del Tribunal de instancia, cuya estimación sólo puede combatirse por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

No ha sido violado el artículo 1.124 del Código civil al afirmar el Tribunal *a quo* el claro incumplimiento por parte de la demandada de la obligación de ceder el cincuenta por ciento de las acciones, de la que es consecuencia que no esté legitimada para el ejercicio de la resolución efectuada, ya que nunca se podría acu-

sar la rebeldía de la actora al cumplimiento de su obligación, dada la subordinación cronológica de las obligaciones respectivas de los contratantes.

La sentencia del Tribunal Supremo, cuya reseña hemos hecho, sigue la doctrina establecida por las de la misma Sala de 6 de febrero de 1945, 9 de abril de 1946, 29 de noviembre de 1936 y 19 de mayo de 1961, entre otras.

JUAN LUIS PÉREZ-MULET.

DICTAMENES
Y
CUESTIONES ACTUALES

Un problema de calificación

I

LOS ANTECEDENTES

Por escritura autorizada por el Notario de M., don José B., vendió el 4 de septiembre de 1963 la casa número 23 de la calle T., de dicha población a don Angel G.

Presentada dicha escritura al Registro de F. de C. el 4 de noviembre de 1964, y habiéndose aplazado el pago del impuesto, de conformidad con el apartado 3) del artículo 196 del Reglamento, se inmatricula la finca el mismo día, al amparo del número 1 del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, acreditándose la publicación del edicto el 19 de diciembre siguiente.

En mandamiento de 30 de agosto de 1964 se ordena por el Agente ejecutivo correspondiente anotar el embargo trabado sobre la casa en cuestión, por débitos a la Hacienda de don Angel G., por los conceptos de Derechos reales e Impuesto industrial, por 31.000 pesetas de principal, que con el apremio y costas ascendía a más de 40.000 pesetas. La anotación preventiva de embargo se practicó el 2 de diciembre de 1964.

El 22 de octubre de 1963, el Juzgado de Primera Instancia del partido había librado mandamiento de embargo de la casa de referencia por una deuda de don Angel G, de la que era acreedor don Pablo J. Al no estar en aquella época la finca inmatriculada en el Registro, se tomó anotación de suspensión del embargo, la cual caducó antes de la inmatriculación a favor de don Angel G.

Don Pablo J. siguió el procedimiento judicial en todos sus trámites hasta llegar al otorgamiento de escritura de venta de la casa a su favor por el Juez de Primera Instancia, previa subasta judicial, así como mandamiento de dicha autoridad en el que se ordenaba «la cancelación de la anotación de embargo que fué efectuada a favor de don Pablo J., así como de las posteriores a aquélla que recaigan y fueren efectuadas sobre el inmueble descrito». Escritura y mandamiento eran de fecha 10 de septiembre de 1964, y copia de los mismos se presentó al Registro el 25 de marzo del corriente año.

II

EL PROBLEMA

La dificultad que planteaba este asunto radicaba, a mi juicio, en el despacho del mandamiento de cancelación. La escritura de venta podía inscribirse llanamente, pero ¿había que cancelar el embargo trabado a favor de la Hacienda? Como se ha dicho en el apartado anterior, este embargo ocupaba el primer (y único) puesto entre las cargas registrales. Pero, en la realidad jurídica extrarregistral, y en la época en que la casa no estaba inmatriculada, se había seguido un procedimiento ejecutivo, en el que se había ordenado la constancia registral de un embargo en fecha anterior al practicado a favor de la Hacienda.

Con una interpretación literalista, el Juez ordenaba la cancelación de las anotaciones posteriores a la practicada a favor de don Pablo J., y la referente a la Hacienda hubiera sido posterior, incluso en la realidad registral de no haber mediado la circunstancia de la falta de inmatriculación de la casa.

Pero no creo fuera éste un enfoque acertado de la cuestión. La mecánica registral del procedimiento ejecutivo (y análogamente en el expropiatorio) entraña la anotación del embargo, la expedición de la certificación registral de cargas, y la nota marginal que constata este último hecho, con trascendentales efectos para los titulares de Derechos reales inscritos con posterioridad

a la misma, y, entre ellos, la posibilidad de ver cancelados sus asientos con la mera referencia genérica.

Aquí las cosas habían sucedido de muy distinta manera. No había existido anotación de embargo a favor de don Pablo J., ni menos nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de cargas, en el momento en que la Hacienda anotó, y, por ello, no tuvo el aviso registral de la vertencia del procedimiento que dicha nota marginal implica. No era admisible cancelar su asiento con una mera referencia genérica al mismo, como si la nota hubiera existido. Distinto sería el caso si, citado el representante de la Hacienda, el Juez ordenare expresamente la cancelación del asiento.

Había además otro género de consideraciones: el referente a la preferencia que a la Hacienda atribuye la Ley General Tributaria, en términos análogos a los de la antigua Ley de Administración y Contabilidad, y, desde luego, muy superiores a los del artículo 44 de la Ley Hipotecaria. De suerte que por distinto camino se llegaba a la misma meta: necesidad de que la autoridad judicial determinase la preferencia entre el embargo anotado y el crédito anterior, o, lo que es lo mismo, entre el embargo «extrarregistral» y el «registral».

¿Y rozaba la invocación de la Ley General Tributaria las limitaciones que, en cuanto a la calificación de los documentos judiciales impone el artículo 99 del Reglamento Hipotecario y la reiterada doctrina de la Dirección? A mi juicio, no. Aquí no se trataba de que el Juez hubiese vulnerado tal preferencia (apreciación que rebasaría la función calificadora), sino de que no había resuelto el problema de la prelación que al titular de un asiento registral conceden las disposiciones legales vigentes, consideración que opino cae dentro del campo de los «obstáculos que surgen del Registro» de que habla el artículo 99.

III

LA NOTA

En consecuencia con lo expuesto, el mandamiento fué calificado con la siguiente nota: «Denegada la cancelación de las anotaciones de embargo a que se refiere el precedente mandamiento, ya que:

A) En cuanto a la anotación a favor de don Pablo J., no es posible cancelarla, por no constar la misma como vigente en el Registro.

B) En cuanto a la anotación de embargo a favor de la Hacienda, fecha 2 de diciembre de 1964, única vigente en la actualidad, al folio del tomo, libro, no es cancelable, porque:

1. No se ordena expresamente su cancelación, y no basta para ella, de conformidad con la regla 2.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, la expresión genérica, ya que no se dan los supuestos de los artículos 32, 143 ni 233 de aquél.

2. La Hacienda goza de preferencia para el cobro de sus créditos en los términos de los artículos 71 y siguientes de la Ley General Tributaria.

Al ser los defectos insubsanables, no procede anotación preventiva que tampoco se ha solicitado.»

MANUEL FERNÁNDEZ-BUGALLAL BARRÓN.

Registrador de la Propiedad.
Notario

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

- 1.º APÁTRIDA.—LEGISLACIÓN QUE HABRÁ DE SERLE APLICABLE.—EN ESPAÑA, SEGÚN SE INFIERE DE LA DEL REGISTRO CIVIL, ES CRITERIO PREDOMINANTE LA DEL DOMICILIO DEL APÁTRIDA; PARA ELLO, Y A FALTA DE OTROS MEDIOS DE PRUEBA, EL ARTÍCULO 96 DE LA LEY DEL MENCIONADO REGISTRO PERMITE EL EXPEDIENTE DE SU DECLARACIÓN.
- 2.º EN TAL SENTIDO, Y A LOS EFECTOS DEL RECURSO, SERÍA LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA LA APLICABLE EN BASE DEL PRINCIPIO DE UNIDAD FAMILIAR Y AL ESTATUTO ÚNICO A QUE DEBE OBEDECER LA ORGANIZACIÓN DE LA FAMILIA, PERO CONSIDERANDO QUE CUANDO, POR DIVERSAS CIRCUNSTANCIAS, LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA OSTENTAN DE HECHO UNA NACIONALIDAD QUE EXCEPCIONALMENTE NO ES LA DEL JEFE DE LA MISMA—MÁXIME EN ESTE CASO, QUE CARECE DE ELLA—, RESULTA IMPOSIBLE LA ADOPCIÓN DE UN CRITERIO UNITARIO, Y EN EL MISMO, O SEA EN EL DEL RECURSO, DEBERÁ PREVALECER LA APLICACIÓN DE LA LEY DEL MENOR, EN CUANTO A SU CAPACIDAD, REPRESENTACIÓN LEGAL Y FACULTADES DEL REPRESENTANTE.
- 3.º PERO COMO, SEGÚN EL ARTÍCULO 117 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, LAS PETICIONES BASADAS EN DOCUMENTOS NO PRESENTADOS EN TIEMPO Y FORMA HABRÁN DE RECHAZARSE AL NO HABERSE ACREDITADO EN EL MOMENTO DE LA CALIFICACIÓN LA NACIONALIDAD NI LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL DE LA MENOR CON SU REPRESENTANTE A TRAVÉS DEL CERTIFICADO DE MATRIMONIO DE LOS PADRES, CERTIFICADO ESPAÑOL DE NACIMIENTO DE LA MENOR E INSCRIPCIÓN DE ÉSTA COMO SÚBDITA AUSTRIACA EN EL REGISTRO DE SU EMBAJADA, PROCEDE CONFIRMAR EL

SEGUNDO DEFECTO POR NO HABER TENIDO A LA VISTA LOS PRECEDENTES DOCUMENTOS EL FUNCIONARIO CALIFICADOR.

- 4.º EN IGUAL SENTIDO PROCEDE RESOLVER EN CUANTO AL TERCERO DE LOS DEFECTOS SEÑALADOS, PUES TAMPOCO SE ACOMPAÑÓ CON LA ESCRITURA LA CERTIFICACIÓN DEL BANCO ESPAÑOL A TRAVÉS DEL CUAL SE REALIZÓ LA PROVISIÓN DE FONDOS PARA LA COMPRA DEL INMUEBLE.
- 5.º FINALMENTE, COMO SE TIENE REITERADAMENTE DECLARADO, AL REGISTRADOR NO LE VINCULAN LAS MANIFESTACIONES HECHAS POR EL NOTARIO AUTORIZANTE DE LA ESCRITURA, HALLÁNDOSE FACULTADO PARA PEDIR LA PRESENTACIÓN DE LOS DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS QUE LE SEAN NECESARIOS, ASÍ COMO LA JUSTIFICACIÓN Y CONTENIDO DE LA NORMA EXTRANJERA, Y MÁS EN ESTE RECURSO, AL NO REGIR LA MÁXIMA «IURA NOUIT CURIA» Y TENER, EN CONSECUENCIA, QUE ACREDITARSE LA LEY NACIONAL PARA PODER CALIFICAR ACERCA DE LA CAPACIDAD.

Resolución de 14 de julio de 1965 (B. O. de 7 de agosto).

Por escritura pública otorgada en Las Palmas el 17 de febrero de 1964 ante el Notario don Antonio Duque Calderón, don Pedro Feenstra, como representante legal de su hija menor doña Eva, compró a los cónyuges don G., casado con doña M., y su esposa, doña A., el apartamento número 1, planta baja de un inmueble que les pertenecía, mancomunadamente, en *pro indiviso*, por mitad a cada matrimonio, libre de arrendamientos; en la escritura consta que el otorgante es apátrida y comparece como padre, con patria potestad y representante legal de su hija menor, Eva, de dos años de edad, de nacionalidad austriaca, y hallándose autorizado para este contrato, de conformidad con la resolución del Instituto Español de Moneda Extranjera de fecha de 19 de julio de 1961, y en virtud de cuanto expresa la circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de octubre del mismo año, por utilizar para el pago del precio fondos procedentes de «Cuentas extranjeras», acreditando la procedencia de tales fondos mediante certificación del Banco Hispano Americano, Oficina principal de esta ciudad, que ejerce funciones delegadas del Instituto Español de Moneda Extranjera, la cual ofrece anexionar

a las copias que de la presente se expidan; asimismo consta en la escritura que «el dinero con que adquiere su expresada hija la finca objeto de este contrato es de su exclusiva propiedad y libre disposición, procedente de diversos regalos que le han hecho diferentes parientes en otras tantas onomásticas familiares», y al final se dice que, a juicio del Notario, «los comparecientes, en el concepto que intervienen, tienen la capacidad legal necesaria para formalizar la presente escritura de compraventa».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por observar los defectos siguiente: 1. Por ser el representante legal de la menor compradora apátrida, según consta en el documento que se califica. Por propia definición, no tiene legislación civil que sirva de base para calificar la representación legal que se atribuye, su aceptación, capacidad jurídica para aceptarla, ejercitarla y los derechos y obligaciones que se derivan de tal representación y ejercicio de la misma. 2. No se acredita la nacionalidad, la legislación, ni la relación paterno-filial de la menor compradora, con su expresado representante. 3. No se acredita la correspondiente autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera para realizar este contrato con fondos procedentes de «Cuentas extranjeras en pesetas convertibles». Pareciendo insubsanable el primer defecto y subsanables los otros dos, no se toma anotación preventiva, que no se ha solicitado, y además no procede».

El otorgante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y a su escrito acompañó los siguientes documentos: Autorización de residencia, acta de matrimonio traducida, certificación de nacimiento de la menor, certificado de la Embajada austriaca con la inscripción de nacional de la misma y certificado del Banco Hispano Americano de la venta en el Mercado de Divisas de 15.250,41 D. M.»

Confirmada por el Presidente de la Audiencia la nota del Registrador, la Dirección, previa la devolución del expediente por no figurar en el mismo el preceptivo informe—art. 124, R. H.—del Notario autorizante de la escritura; emitido éste, revoca parcialmente el Auto apelado, confirmando los defectos números 2 y 3 de la calificación, en méritos de la orientadora doctrina siguiente:

Que en el recurso gubernativo sólo pueden examinarse las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, y habrán de rechazarse, según establece el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, las peticiones basadas en documentos no presentados en tiempo y forma, por lo que la aportación de nuevos documentos, como los señalados con los números 1 al 4, no altera los términos en que se planteó el debate, al no haberlos podido tener en cuenta el funcionario calificador, y, en consecuencia, procede confirmar el segundo defecto, relativo a no haberse acreditado la nacionalidad ni la relación paterno-filial de la menor con su representante, aunque se haya pretendido justificarla después a través del certificado de matrimonio de los padres, certificado español de nacimiento de la menor e inscripción de ésta como súbdita austriaca en el Registro de su Embajada.

Que la capacidad de los otorgantes de los títulos presentados a inscripción es materia que ha de ser examinada por el Registrador, al no estar vinculado a las manifestaciones hechas por el Notario autorizante de la escritura, y por ello se ha declarado reiteradamente por este Centro que aquel funcionario se encuentra facultado para pedir la presentación de los documentos complementarios que le sean necesarios, así como la justificación de la vigencia y contenido de la norma extranjera cuando sea de aplicación, al no regir para este recurso la máxima *iura novit curia* y tener, en consecuencia, que acreditarse la Ley nacional para que pueda calificar acerca de la capacidad.

En cuanto al primer defecto, que, dada la situación técnica de apátrida, la cual, no obstante ser anormal, puede tener lugar, es lógico que se tienda a dar una solución para determinar la legislación que habrá de ser aplicada a quienes se encuentran en tal circunstancia, problema que la doctrina en base a principios de Derecho internacional privado, resuelve de distintas formas, bien por entender competente la última Ley nacional cuando ésta es conocida, o bien la de la residencia, o bien la del domicilio, criterio este último más predominante y que aparece seguido también en España, según se infiere de la legislación del Registro civil, especialmente en la exposición de la Ley de 8 de junio de 1957, en la que se alude al domicilio de los apátridas que, si justificado,

ofrece cierta seguridad a su estatuto personal e, igualmente en el Decreto de 22 de febrero de 1957, en el que se dispone que se rijan los apátridas por la Ley del domicilio, y determina sobre esta base la legislación aplicable a efectos de arrendamientos urbanos.

Que las dificultades que, en términos generales, se presentan cuando se plantea la cuestión sobre la existencia de una determinada actual nacionalidad, en defecto de un certificado del Registro civil que así lo declare, como son los de inscripción de concesión de nacionalidad, obligan a acudir o todo otro medio de prueba, conforme declaró la Resolución de 23 de junio de 1964, y entre ellos, la misma posesión de estado, dificultades que aumentan, si cabe, cuando se está ante una situación de confesada carencia de ella o de apátrida, y por ello, el artículo 96 de la Ley de Registro civil permite, a falta de otras pruebas de nacionalidad, el expediente de declaración del domicilio de los apátridas, a fin de la posterior aplicación de la legislación correspondiente, que en el caso del recurso sería la española, si en base al principio de unidad familiar y al estatuto único, a que debe obedecer la organización de la familia, todas las relaciones de este tipo, y, en consecuencia, las paterno-filiales, se rigen por la Ley aplicable al padre, ya que se presupone que todos los miembros, mujer e hijos menores de edad, gozan de la misma situación jurídica que el cabeza de familia.

No obstante, cuando por diversas circunstancias los miembros de la familia ostentan de hecho una nacionalidad que excepcionalmente no es la del jefe de la misma (por tener éste otra distinta), o carece éste de ella—como parece ocurre en la situación discutida una vez que se califiquen los nuevos documentos presentados—deja de estar justificado, y además resulta imposible la adopción de un criterio unitario, y por ello, deberá prevalecer la aplicación de la ley del menor, en cuanto a su capacidad, representación legal y facultades del representante.

En cuanto al tercero y último defecto, el certificado del Banco que ejerce por delagación las funciones del Instituto Español de Moneda Extranjera y en donde se precisa la venta en el Mercado de Divisas por el concepto de «Inversiones en bienes inmuebles» de 15.250,41 D. M., que se acreditan en la cuenta corriente del representante de la compradora, se acomoda a lo establecido en

la circular del mencionado Instituto, de 19 de julio de 1961, de la que dió traslado esta Dirección en 10 de octubre del mismo año, que permite se sustituya la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera por la certificación del Banco Español a través del cual se hubiera realizado la provisión de fondos, mas comoquiera que este documento no se acompañó al título calificado a efectos de este recurso, procede confirmar el defecto señalado.

Resolución de 29 de septiembre de 1965 («B. O.» de 18 de octubre).

PODER PARA CONSTITUIR HIPOTECA.—AUNQUE LOS TÉRMINOS EN QUE APARECEN REDACTADOS LOS ARTÍCULOS 1.713 DEL CÓDIGO CIVIL Y 139 DE LA LEY HIPOTECARIA EXIGEN, PARA LA VALIDEZ DE LAS HIPOTECAS CONSTITUIDAS POR MEDIO DE APODERADO, QUE EL PODER SEA ESPECIAL Y BASTANTE Y QUE LA DOCTRINA DEL CENTRO DIRECTIVO ES QUE DICHO PODER DEBE SER INTERPRETADO CON SUMO CUIDADO PARA EVITAR, POR DEDUCCIONES MÁS O MENOS AVENTURADAS, UNA EXTRALIMITACIÓN DE FACULTADES DEL APODERADO EN PERJUICIO DEL MANDANTE; EN EL QUE ES OBJETO DEL DEBATE, EN DONDE LAS PALABRAS EMPLEADAS CARECEN DE LA PRECISIÓN TÉCNICA EXIGIBLE A UN NOTARIO ESPAÑOL, EL SENTIDO LITERAL DE SU TEXTO Y LA CONCORDANCIA DE UNOS TÉRMINOS CON OTROS PONEN DE RELIEVE QUE ENTRE LOS ACTOS AUTORIZADOS POR LA SOCIEDAD PROPIETARIA DEL INMUEBLE SE ENCUENTRA EL DE HIPOTECAR, YA QUE ATRIBUYE EXPRESAMENTE LA FACULTAD DE CONSTITUIR Y CANCELAR TODA CLASE DE CARGAS REALES E INCLUYE LA DE ENAJENAR LA FINCA.

La Sociedad panameña «Fuente del Rey, S. A.», mediante escritura otorgada en la capital de la nación el 3 de abril de 1962 ante el Notario público don Ricardo Fábrega, ratificó la compra hecha para la referida Sociedad de una finca denominada «Fuente del Rey», antes «El Higueral», segregada de la hacienda «Cortijo de San Javier», sita en España, en el lugar denominado Churriana, de la provincia y término municipal de Málaga, según con-

trato formalizado por don José Torres Díaz, a quien se confirió poder para administrar dicha finca y convenir cualquier acto jurídico referente a la misma, incluso aquellos que «como los de enajenación y adquisición de inmuebles, constitución y cancelación de cargas reales, renovación, descuento, libramientos, endoso, aceptación y aval de letras de cambio, transacción o compromiso y comparecer en juicio requieran poder expreso, pues para todo cuanto realice, en absoluto, todo, le confiere su representación y hace constar que se abstiene concretamente de enumerar facultades para que no se entienda que al enumerarlas las limita». El señor Torres Díaz gestionó del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda un préstamo de 200.000 pesetas, por el plazo de un año e interés del 7 por 100 anual, para la construcción de un aljibe y piscina en la referida finca; y para garantizar la devolución del préstamo recibido, intereses y costas, en nombre de la Sociedad representada, según el poder indicado, exhibido al efecto, otorgó, el 10 de junio de 1963, ante el Notario de Ronda, don Antonio Esturillo López, escritura de hipoteca a favor de la entidad prestamista sobre la finca a que se ha hecho referencia.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, junto con la de poder debidamente legalizada, fué calificada con la siguiente nota: «Presentado a las trece horas del día dieciséis de septiembre del corriente año, bajo el número 1.195, folio 206, del tomo 44 del Diario de operaciones, para su inscripción, el precedente documento, acompañado de la escritura de poder otorgada en la ciudad de Panamá, capital de la República y cabecera del circuito notarial del mismo nombre, el tres de abril de mil novecientos sesenta y dos, ante el Notario don Ricardo Fábrega, por la representación de la Sociedad «Fuente del Rey, Sociedad Anónima», a favor de don José Torres Díaz, cuya copia aparece debidamente legalizada. No admitida la inscripción de la hipoteca a que se refiere el propio documento porque el poder en virtud del cual se otorga a nombre de la entidad propietaria de la finca es insuficiente, ya que la facultad de constituir hipotecas voluntarias por medio de apoderado requiere poder especial bastante, conforme el precepto del artículo 139 de la Ley Hipotecaria. El defecto es insubsanable, por lo que no procede la anotación preventiva si se solicitare.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura de hipoteca, la Dirección, ratificando el auto del Presidente de la Audiencia, declara ser la misma inscribible mediante la doctrina siguiente:

Que, dados los términos en que aparecen redactados los artículos 1.713 del Código civil y 139 de la Ley Hipotecaria, que exigen para la validez de las hipotecas constituidas por medio de Apoderado que el poder sea especial y bastante, la cuestión que plantea este expediente consiste en apreciar si reúne estas circunstancias el otorgado por la Sociedad poderdante y que ha servido de base a la escritura calificada.

Que es doctrina reiterada de este Centro la de que todo poder debe ser interpretado con sumo cuidado a fin de impedir que por averiguaciones más o menos aventuradas tenga lugar una extralimitación por parte del Apoderado en las facultades que se le han confiado, que ocasione perjuicios a los mandantes, y por eso los funcionarios encargados de autorizar esta clase de escrituras deberán poner la máxima atención en la redacción de sus cláusulas para que aparezcan con indudable claridad y se reflejen bien los actos que pueden realizarse y los límites que al apoderamiento han querido, en su caso, establecerse.

Que en el poder discutido, aun cuando las palabras empleadas carecen de la precisión técnica exigible a un Notario español—pues no hay que olvidar que ha sido otorgado ante un fedatario extranjero—, el sentido literal del texto y la concordancia de unos términos con otros ponen de relieve con una claridad indiscutible que entre los actos autorizados por la Sociedad propietaria del inmueble se encuentra el de hipotecar, ya que atribuye expresamente la facultad de constituir y cancelar toda clase de cargas reales, con la enorme amplitud que señala el párrafo final de la misma cláusula, en donde se abstiene concretamente de enumerar nuevas facultades para que no se entienda que si lo hiciese le imponía alguna limitación, y porque también incluye la de enajenar la finca, por todo lo cual debe concluirse que procede inscribir la escritura calificada.

Nos tememos que la precedente Resolución desconcierte el sentido tradicional imperante respecto a los poderes para constituir hipotecas y que sirva de precedente para—en lo futuro—adentrarse en el campo de las conjeturas e interpretaciones por lo que al particular se refiere.

Ciertamente que la Dirección trata de poner coto a esto en sus dos primeros Considerandos, y aun con la cita en los Vistos de su decisión de 6 de noviembre de 1962, con frases de la misma, en el segundo de aquéllos. Pero hurta, sin embargo, su antecedente, la de 5 de diciembre de 1961 (véase pág. 89, año 1963 de esta REVISTA), bien expresiva al respecto.

En especial, y con toda sinceridad, entendemos «que aun olvidando»—¿y por qué?—que el poder discutido ha sido otorgado ante un fedatario extranjero, pueda concluirse, por los términos amplísimos de su redacción, que la facultad de hipotecar por el Apoderado estaba subsumida en los términos del apoderamiento, y que la hipoteca, con perfil y contorno tan preciso—cual señala el Registrador en su dictamen—, por la falta de tecnicismo de dicho fedatario pueda equipararse a cualquier «carga real». Por último, la frase final del último Considerando: «y porque también incluye la de enajenar la finca», es innecesaria—cuando no perturbadora—, ya que va contra lo tradicionalmente admitido de que «no atribuye poder para hipotecar el que faculta al mandatario para cancelar hipotecas y vender bienes (R. 22 abril 1898), ni tampoco autoriza para cancelar y vender perpetuamente a carta de gracia (R. 20 marzo 1899)—cita Roca, pág. 388, t. IV, *Derecho Hipotecario*, edición 1954—, pues ello redundará—insistimos—en posibles interpretaciones futuras, hasta incluso dar por periclitado lo expuesto por tales RR., puesto—se argumentará—que, siendo la hipoteca un derecho de realización de valor, con el *vis distrahendi* como primordial efecto, un poder que autorice para «vender» servirá para hipotecar, toda vez que el que puede lo más puede lo menos.

¿Que la locución empleada no es la de «vender» sino la de «enajenar»? Es igual (o peor). Todo conduce al campo de las interpretaciones, y en una materia tan severa, tan consolidada como la que nos ocupa, no puede ir sino en perjuicio de la seguridad jurídica, base del Registro y de la contratación notarial.

Resolución de 4 de octubre de 1965 («B. O.» de 25 de igual mes).

REGISTRO MERCANTIL.—ESCRITURA DE PRÓRROGA DE SOCIEDAD LIMITADA:
AUTORIZADA AQUÉLLA ANTES DEL DÍA DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO, PERO PRESENTADA EN EL REGISTRO CON POSTERIORIDAD A ESA FECHA, ES INSCRIBIBLE, TODA VEZ QUE NO SE TRATA DE REACTIVAR UN ENTE YA DISUELTO, SINO DE AMPLIAR EL PLAZO DE SU DURACIÓN, PUESTO QUE A TRAVÉS DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL APARECE CLARA LA VOLUNTAD DE LOS INTERESADOS DE PRORROGAR LA COMPAÑÍA ANTES DE LA EXPIRACIÓN DEL PLAZO, SI BIEN HASTA QUE NO SE REALICE LA INSCRIPCIÓN NO SURTIRÁ TODOS LOS PLENOS EFECTOS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 141 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL.

Por escritura de 3 de agosto de 1957, autorizada en Valencia por el Notario don Ignacio Zaballós, se constituyó la Sociedad Mercantil «Miguel de Oca Fúster y Compañía, S. L.», cuyo plazo de duración se fijó en cinco años, y por otra escritura de 27 de julio de 1962, autorizada por el Notario recurrente, los dos únicos socios de la entidad citada, don Miguel de Oca Fúster y don Angel Llobat Daros, hicieron constar que en Junta general celebrada el día 2 de dicho mes y año, cuya acta se acompañaba, acordaron prorrogar indefinidamente la duración de la vida social, modificando al efecto el correspondiente artículo de los estatutos.

Presentada en el Registro Mercantil primera copia de la anterior escritura, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «No admitida la inscripción del precedente documento porque la modificación de estatutos que en él se contiene, convirtiendo en indefinido el término de la Sociedad «Miguel de Oca Fúster, S. L.», que estaba pactado en cinco años cuando se constituyó por escritura de 3 de agosto de 1957, no puede producir efectos por haberse disuelto de pleno derecho esta Compañía al cumplirse aquel plazo, sin que la prórroga acordada se presentara en este Registro antes del cumplimiento de aquel plazo, como exige el artículo 141 del Reglamento del Registro Mercantil. Tampoco procede anotación de suspensión.»

Interpuesto recurso por don Emilio Arin Borgoñés, Notario au-

torizante de la escritura de prórroga calificada, la Dirección revoca la nota del Registrador mediante la flexible doctrina siguiente:

Que en el presente recurso se plantea la cuestión de si es inscribible una escritura de prórroga del plazo de duración de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, autorizada antes del cumplimiento del término fijado en su constitución y presentada en el Registro Mercantil una vez transcurrido el mismo.

Que entre las causas de disolución que recoge el artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada figura en su número 1.º la de haberse cumplido el plazo fijado en la escritura social, causa incluida por los tratadistas entre las que no necesitan ningún requisito especial por aparecer plenamente declarada en virtud de la publicidad de los asientos del Registro Mercantil y que obliga a los socios que quieran mantener la subsistencia de la Sociedad a que adopten en la Junta correspondiente el acuerdo de prórroga necesario para impedir su disolución, el cual acuerdo, para que produzca sus plenos efectos, según establece el artículo 141 del Reglamento de 14 de diciembre de 1956, habrá de formalizarse en escritura pública, que deberá presentarse en el Registro antes de que transcurra el término de duración de la Compañía.

En consecuencia, que la legislación española, contenida además para los otros tipos de Sociedades en el artículo 223 del Código de Comercio y 150, 152 y 153 de la Ley de 17 de julio de 1951, matiene un criterio de gran rigurosidad al impedir la reactivación de las Compañías una vez cumplido el plazo, que opera así en forma automática, sin haber acogido la tesis doctrinal que admite su posibilidad en base a los distintos principios que, como el de conservación de la empresa o alteración de las circunstancias o distinción entre resolución del contrato y disolución de la Sociedad, aparecen numerados en la Resolución de 18 de enero de 1958, la cual declara que todos estos argumentos han de ceder ante preceptos tan claros y tajantes como los expresados en las disposiciones legales.

Que, ello no obstante y sin prejuzgar la cuestión en cuanto a las otras clases de Sociedades, lo cierto es que en el presente caso se trata de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, en

la que el acuerdo de prórroga fué adoptado por los dos únicos socios de la Compañía con anterioridad a la fecha del vencimiento del plazo e igualmente antes de ese día manifestaron su voluntad, en forma fehaciente bajo la fe notarial, de querer la subsistencia de la Compañía, circunstancias reveladoras de que no se trata de reactivar un ente ya disuelto, sino simplemente ampliar el plazo de duración del mismo, y que además no se pretende mediante las operaciones realizadas lograr indirectamente aquella finalidad, pues la fe pública del documento cubre esta contingencia al mostrar de modo fehaciente que el acuerdo de prórroga se adoptó con anterioridad al vencimiento, por lo que no existe obstáculo para que la escritura pueda inscribirse, y aunque en el interín no haya surtido los plenos efectos a que se refiere el artículo 141 del Reglamento del Registro Mercantil, si los habrá surtido entre los socios otorgantes, sin perjudicar a tercera persona, la cual, sin embargo, podrá invocarla en lo que le sea favorable por aplicación del artículo 24 del Código de Comercio.

* * *

¿Puede hablarse de contradicción entre lo precedentemente resuelto por nuestro ilustrado Centro y lo que tenía declarado en 6 de junio de 1952 y 18 de enero de 1958?

La verdad es que así como los números primeros de los artículos 150 y 30 de las Leyes de Sociedades Anónimas y Limitadas, respectivamente, son casi idénticos en su redacción, la segunda de dichas Leyes, o sea la de Limitadas, no contiene un precepto análogo y tajante respecto a la cuestión que nos ocupa como el 152 de la Ley de Anónimas.

De manera parecida, si se lee atentamente el artículo 141 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, habrá que reconocer que la Dirección ha conjugado con flexibilidad la legislación vigente en esta materia de prórroga de plazo de Sociedades Limitadas en relación con su inscribibilidad en el Registro.

Frente a esto, sin embargo, nos encontramos los artículos—fundamentales, no derogados—223 y 226 del Código de Comercio, extensivos a todo tipo de Sociedades.

Podrá argüirse que al tiempo de su redacción éste de Limi-

tadas fuera desconocido por sus redactores... Pero a la debilidad de tal argumentación podríamos agregar lo que ya expusimos en nuestra nota a la Resolución de 6 de junio de 1952—página 58, año 1953 de esta REVISTA—, y es que los sabios legisladores de dicho Código se adelantaron a lo que hoy llamamos principios de *legitimación y fe pública* registral, por lo que no es caso de atribuirles ignorancia de las mismas al respecto y sí que su previsión, aun atribuyéndole tal desconocimiento, estaba patente para cualquier nueva clase de Compañías que las necesidades hiciesen nacer. Además, el párrafo segundo del artículo 3.º de la Ley de Limitadas confirma esta previsión.

¿Y lo que dice el artículo 5.º de la misma Ley? Aquí sí que juega ya la paradoja de que, estando para todos—*inter partes* y terceros—, según el Registro, muerta, extinguida totalmente la Sociedad, la ingeniosa interpretación del artículo 141 del vigente Reglamento que formula nuestro respetado Centro rector la hace cobrar vitalidad.

Con cautela digna de encomio expresa éste que lo que pasa a declarar en el cuarto y último de sus Considerandos *no prejuzga la cuestión en cuanto a las otras clases de Sociedades*.

Pero como resulta que las Limitadas, siquiera en la Exposición de Motivos de su Ley se las quiera dar una «flexibilidad especial», habrán de ser comprendidas como personalistas o de capital, he aquí una cautela o nueva paradoja que no sirve para nada por envolver una petición de principio siempre a reconsiderar.

En igual sentido, la Resolución de 19 de octubre de 1965 (*Boletín Oficial* de 3 de noviembre), salvo el aditamento, en su Considerando único de que, «a través de la fe pública notarial, aparece clara la voluntad de los interesados de prorrogar la Compañía antes de la expiración del plazo: *lo que demuestra la no existencia de ninguna maniobra fraudulenta*».

Un paso más, y con la fe notarial de que el *acuerdo de prórroga no envuelve maniobra fraudulenta*, llegamos o retrocedemos, mejor, a la poco feliz Resolución de 21 de marzo de 1947. (Puede verse la misma y nuestra nota en las páginas 316 a 322, igual año, de esta REVISTA).

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

C I V I L

II.—P R O P I E D A D

SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1965.—*Hipoteca mobiliaria. Buena fe. Embargo anterior no anotado que prevalece frente a la hipoteca.*

Antecedentes: Se siguió un juicio ejecutivo en un Juzgado de Madrid. En él se expidió mandamiento de embargo con fecha 26 de marzo de 1956 y en la misma fecha se practicó la diligencia de embargo del negocio, local y tienda de la calle ... de Guadalajara, con determinados efectos y enseres, o sea, se embargó el establecimiento mercantil denominado «Pescaderías...». No se anotó el embargo en el Registro de Hipoteca Mobiliaria

Después, en 1959, el propietario constituyó en favor de un tercero, don E.M., con el que previamente había concertado una sociedad particular, dos hipotecas mobiliarias, que fueron inscritas en el Registro de Hipoteca Mobiliaria.

En 28 de mayo de 1960, a solicitud del primer acreedor, del que obtuvo el embargo, se procedió a la venta en pública subasta de los bienes embargados, en calidad de ceder, y el adquirente los cedió al demandante, don P.F.

El hipotecante de las hipotecas mobiliarias, don E.M., conocía el procedimiento expresado, puesto que se dirigió al Juzgado haciendo constar que en los anuncios de la subasta no se relacionaban sus hipotecas.

Dicho hipotecante, don E.M., en agosto de 1960 instó el procedimiento judicial sumario del art. 84 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y obtuvo la posesión interina de los bienes discutidos

El demandante, don P.F., adquirente, como queda dicho, en la subasta primeramente aludida, suplicó en la demanda se declararan nulos y sin valor ni efecto alguno los contratos de hipoteca mobiliaria referido; se ordenase la cancelación de las inscripciones registrales; se declarase nulo el procedimiento judicial sumario aludido, las adjudicaciones que en el mismo se realizaran, pidió daños y perjuicios, etc.

La demanda se desestimó en primera y segunda instancias. Pero el T.S. declaró haber lugar al recurso de casación y dictó segunda sentencia estimando integralmente la demanda, revocando totalmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de la capital, y con estimación íntegra de

la demanda formulada declaró la preferencia del embargo decretado el 26 de marzo de 1956 por el Juzgado número 24 de los de Madrid, así como de la venta en pública subasta efectuada con la posterior adjudicación en favor de don P. F. y la consiguiente nulidad de las hipotecas constituidas en 1959, de las que deberán ser canceladas las inscripciones registrales efectuadas y el procedimiento ejecutivo consecuencia de las mismas, que terminó con la adjudicación en favor de don E. M., condenando a los demandados solidariamente a la indemnización de los daños y perjuicios causados junto con los gastos verificados, que deberán ser fijados en período de ejecución de sentencia, sin hacer especial declaración a las costas en ninguna de las instancias.

En el segundo de sus considerandos (el primero es un resumen de antecedentes) la sentencia que accede a la casación estudia el valor del primer embargo, no anotado en el Registro frente a las hipotecas mobiliarias posteriores. Y dice:

Considerando que para apreciar el valor que deba otorgarse, respectivamente, al embargo primitivo decretado judicialmente, aunque no anotado en el Registro de la Propiedad mobiliaria, y a las hipotecas debidamente inscritas con posterioridad a aquél, es preciso tener en cuenta que según el artículo 1º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954, «podrán constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre los bienes *enajenables* que se mencionan en esta Ley», entre los que evidentemente no puede encontrarse un bien que esté precedentemente embargado por mandato judicial, como se confirma con lo establecido en el artículo 2º del mismo Cuerpo legal, a cuyo tenor «no podrá constituirse *hipoteca mobiliaria* ni prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieran hipotecados pignorados o *embargados*», condición ésta que se adquiere jurídicamente desde el momento mismo en que la autoridad judicial lo decreta legalmente, al margen y con absoluta independencia de su anotación en el oportuno Registro, que se establece en el apartado letra d) del artículo 68 de la misma Ley, que no puede condicionar su existencia, ni tener con respecto a ella un valor constitutivo que sería incompatible con su naturaleza y con el alcance que en nuestro Derecho debe darse a las inscripciones y sobre todo a las anotaciones registrales—como se comprueba con el precepto general contenido en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que al decir «podrán anotar» está claramente reflejando un sentido potestativo y nunca imperativo—, cuya primordial finalidad es la repercusión a los *efectos de terceros*, que en el caso presente estaban perfectamente al corriente del aludido embargo, que al existir quitaba validez a la posterior o posteriores hipotecas que sobre el mismo bien se trataran de constituir.

El tercer considerando expone el criterio interpretativo con estas palabras:

Considerando que esta interpretación de los referidos preceptos positivos, obtenida no sólo de la letra estricta del texto legal, sino teniendo en cuenta su sentido lógico—que busca el espíritu y sentido, así como la finalidad de la Ley, el modo, como ya dijo esta Sala especialmente en las Sentencias de 26 de noviembre de 1929, 27 de junio de 1941, 5 de junio de 1945 y 27 de noviembre de 1947—y su ponderación sistemática, que obliga a considerar el ordenamiento jurídico como un todo orgánico—como también dijo esta Sala en las Sentencias de 14 de junio de 1944, 25 de enero de 1945 y 22 de noviembre de 1946, entre otras—no puede quedar desvirtuada por el hecho de que la Exposición de Motivos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954 diga textualmente que «si se hubiera decretado el embargo

por la autoridad judicial, pero no se hubiere llevado al Registro, tanto la hipoteca como la prenda serán válidas y gozarán de rango preferente a ese embargo no acogido, a su debido tiempo a la publicidad registral», pues ésta, al igual que todas las Exposiciones de Motivos de los textos legales, son un elemento importante que ayuda a las tareas interpretativas en cuanto contienen opiniones personales muy respetables, por venir de alguien que estuvo en íntimo contacto con la obra legislativa, pero que carecen de fuerza vinculante, que sólo puede tener la misma Ley una vez aprobada, a la que deberá darse total preferencia en caso de discrepancia entre ambas, según precisó la doctrina de esta Sala especialmente contenida en la Sentencia de 25 de febrero de 1943.

Y el último considerando es la conclusión de las premisas sentadas:

Considerando que al apreciarlo de manera distinta la Sentencia recurrida, declarando sin valor alguno el embargo decretado judicialmente y reconociendo pleno valor jurídico a las hipotecas constituidas con posterioridad, es incuestionable que infringe por violación los mencionados artículos 1.º y 2.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954, como se denuncia en el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que debe, en consecuencia, ser estimado y con él—sin necesidad de entrar al examen de los demás—la totalidad del recurso interpuesto, casando y anulando la Sentencia recurrida.

La Segunda sentencia dice:

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la Sentencia de casación que precede; y

Considerando que habiendo sido decretado un embargo por mandamiento judicial de 26 de marzo de 1956 sobre los bienes que integran el establecimiento mercantil «Pescaderías...» de Guadalajara, con anterioridad a las hipotecas que se constituyen en el año 1959 sobre los mismos bienes, y con conocimiento por parte del acreedor hipotecario, aunque no haya sido anotado en el Registro de la Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, debe darse a aquél preferencia sobre éstas, que carecen de todo valor jurídico en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.º y 2.º de la vigente Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954, anulándose consiguientemente las consecuencias ejecutivas que de las mismas se obtuvieron.

Considerando que no existen elementos que permitan hacer declaración alguna con respecto de las costas en ninguna de las instancias.

La primera impresión que nos produce esta Sentencia es como de extrañeza. Parece como si la Ley de Hipoteca Mobiliaria, que apenas ha echado a andar por los caminos de la práctica y de la Jurisprudencia, se hubiese clavado hondo una espina que pueda llegarle al corazón, más buida que aquella púa, redondo puñalillo de esmeralda, que se clavó Platero.

En un Registro de gravámenes se ha enfrentado el embargo no anotado con la hipoteca inscrita y ha salido victorioso el no anotado. Pero esto no es exactamente así, pues anda por medio el requisito de la buena fe del hipotecante, tan decisivo en nuestro ordenamiento registral, que viene a matizar y dar un color determinado a la cuestión.

Don E. sabía la existencia del embargo anterior cuando inició el procedimiento judicial sumario de la Ley de Hipoteca Mobiliaria. ¿Lo sabía cuando se presentó en el Diario del Registro la escritura de hipoteca? Esto no se desprende claramente de la Sentencia; parece que se ha apreciado que lo sabía.

Así las cosas, no hay contradicción entre la Exposición de Motivos de la Ley y la Sentencia. Aquella explica que "la anotación no altera la naturaleza del embargo, ni añade nuevos derechos, privilegios o garantías a favor del acreedor; se limita a asegurarle frente a posibles gravámenes posteriores, que de otro modo se antepondrían a él".

Al margen ya de la Sentencia (cada caso litigado suele ser un mundillo de circunstancias que influyen y determinan el fallo) la cuestión se nos aparece así: O el hipotecante de una hipoteca mobiliaria sabe o no, al presentar en el Registro la escritura de hipoteca, la existencia del embargo anterior no anotado. Si lo sabe, esa regla, principio o norma de la buena fe le perjudicará y no podrá protegerse con los preceptos de la Ley Hipotecaria Mobiliaria. Si no lo sabe, la hipoteca debe prevalecer y las palabras de la Exposición de Motivos son la fiel interpretación de la Ley, salvo que ésta para nada o para muy poco sirva: «La hipoteca, como la prenda, serán válidas y gozarán de rango preferente a ese embargo no acogido a su debido tiempo a la publicidad registral».

SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1965.—Propiedad de montes en Galicia, procedentes de señorío. Titularidad dominical sobre los montes en las demarcaciones parroquiales de las provincias gallegas. Comunidad en mano común. Adquisición por usucapión.

Los Considerandos que transcribimos a continuación ilustran suficientemente sobre la cuestión debatida y sobre la doctrina que se ha aplicado:

Considerando que todas las cuestiones que dan lugar al litigio que motiva el presente recurso giran en torno del hecho de que desde tiempo inmemorial los vecinos de la parroquia de San Saturnino de Chave, del término municipal de Saviñao (Lugo), venían aprovechando de modo exclusivo los montes a que el pleito se refiere, hasta que en tiempos recientes el mencionado Ayuntamiento, atribuyéndose la propiedad de los mismos, los inscribió a su nombre en el Registro de la Propiedad a través del procedimiento de la inmatriculación y negoció con el Patrimonio Forestal del Estado un consorcio o convenio para su repoblación, con lo que privó a los dichos vecinos, no sólo del dominio, sino también del aprovechamiento que sobre ellos venían ejerciendo, lo que dió lugar a la reclamación de los mismos por la vía judicial, a la que accedió el Juzgado de Primera Instancia, pero a la que se opuso después la sentencia que ahora se recurre en casación, lo cual implica la necesidad de determinar a quién corresponde realmente la titularidad dominical de los montes en litigio, que sólo podrá lograrse con el análisis de los diversos problemas jurídicos que el referido asunto lleva consigo: en primer lugar, el de la naturaleza jurídica de la relación existente sobre los montes; en segundo término, el de la posibilidad de una titularidad autónoma en concepto de dueño de parte de los vecinos de la parroquia de Chave, que figuran como demandantes y hoy recurrentes; y finalmente, el consistente en saber si dichos vecinos pudieron estar en condiciones legales de adquirir la propiedad de los montes por usucapión

Considerando que para resolver el primero de los indicados problemas es preciso partir de la circunstancia de que ninguna de las partes litigantes presenta título fehaciente que acredite de modo indubitado su propiedad de los montes, y sin que existá argumento suficiente para aplicar el artículo 187 de la vigente

Ley de Régimen Local, porque el presupuesto indispensable de éste, para estimar comunales los bienes «cuyo aprovechamiento y disfrute pertenece exclusivamente a los vecinos», es que dichos bienes sean «de dominio municipal» que aquí precisamente es lo que se discute, y ante esa carencia de título es forzoso aludir a los orígenes de la actual situación a que se refiere la propia sentencia recurrida, de acuerdo con los cuales los montes pertenecieron a la Casa condal de Lemos durante el siglo xvii, en régimen foral con la parroquia de Chave, del término municipal de Saviñao, que cesó al desaparecer los señoríos, con la Ley desvinculadora de 1811, quedando con ello redimido el foro y continuando existente una relación de índole jurídico-privada con sujeto activo en los vecinos de la mencionada parroquia en forma de comunidad, al margen de la organización administrativa y eclesiástica, produciéndose al mismo tiempo una indeterminación personal y real en aquel momento de la redención al quedar sin precisar con exactitud la titularidad dominical de los montes, que, sin embargo, continuaron siendo disfrutados consuetudinariamente por los vecinos foratarios, del mismo modo que antes tuvieron el dominio útil a título de foro, aunque aquella indeterminación diera lugar a una serie de influencias que pretendieron transformar en administrativa la naturaleza puramente civil de estos derechos, al modo como se proclamó para casos semejantes, en las sentencias de esta Sala de 22 de diciembre de 1926, 22 de enero y 7 de diciembre de 1963.

Considerando que con respecto al segundo de los problemas, es decir, el relativo a la posibilidad de titularidad dominical por la demarcación parroquial de Chave, como de todas las parroquias en general, debe decirse que desde el punto de vista administrativo la legislación ha sido fluctuante, ya que el artículo 90 de la Ley Municipal de 1877 lo preveía y permitía, mientras que el Estatuto municipal de 1924 exigía la previa personalidad jurídica como requisito indispensable para poder tener titularidad de los bienes y el vigente Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962 asigna la titularidad de los montes aprovechados consuetudinariamente por los vecinos de una localidad, a la entidad local a que pertenezca el núcleo de población que aproveche el monte, a pesar de lo cual el apartado 3.º del artículo 4.º de la Ley de Montes en vigor, admite la posibilidad de la titularidad dominical sobre los montes a las demarcaciones parroquiales de las cuatro provincias gallegas y la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Supremo, así lo reconoció también especialmente en la sentencia de 27 de abril de 1963, debiéndose añadir a todo ello que, además, desde el punto de vista estrictamente civil en que la cuestión que se debate tiene que estar reducida, según se dijo en el Considerando anterior, es incuestionable la posibilidad jurídica de esta titularidad en favor de los vecinos de una determinada parroquia, constituida en auténtica comunidad en mano común, al margen por completo de su entidad eclesiástica o administrativa, personalidad que por otra parte no ha sido discutida a lo largo del presente pleito, ni negada por ninguna de las resoluciones judiciales anteriores y que para supuestos semejantes ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala recogida en las sentencias antes citadas de 22 de diciembre de 1926, 22 de enero y 7 de diciembre de 1963.

Considerando que si ninguna de las partes litigantes acreditó el título jurídico escrito de su propiedad, no habiendo base bastante para dilucidar el carácter comunal de los montes en litigio, al modo como lo hace la sentencia recurrida y consta, por el contrario, como hecho declarado probado que la parroquia recurrente disfrutaba el aprovechamiento de los montes desde tiempo inmemorial, resulta incuestionable que tenía y tuvo una posesión pública, pacífica y no interrumpida, que debe también considerarse en concepto de dueño, condición

ésta que no puede quedar desvirtuada por la circunstancia en que se apoya el Tribunal *a quo*, de que se pagasen arbitrios municipales por los vecinos hoy recurrentes, ni tampoco por el hecho de que algunos de los demandantes solicitasen autorización para parcelar, puesto que por sí solos son datos que no bastan para demostrar la existencia de una posesión en nombre de otro, ni mucho menos en simple concepto de «servidor de la posesión ajena», como pretende la sentencia recurrida, sino que son simples índices de las interferencias de orden administrativo que no pueden empañar la relación jurídico-privada que arrancando de su origen tuvieron los vecinos de la parroquia de Chave con respecto de los montes que aprovechaban de manera exclusiva y excluyente, al modo como para poder adquirir por usucapión exigen los artículos 447, 1.941 y 1.959 del Código civil, según admitió, para casos análogos la jurisprudencia de esta Sala, especialmente contenida en las sentencias de 5 de junio de 1918, 28 de diciembre de 1957 y 30 de septiembre de 1958, entre otras.

Considerando que en atención a todo lo anterior es procedente la estimación de los motivos señalados con los números dos y tres, en que respectivamente se denuncia, al amparo del ordinal primero del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, violación de los artículos 348, 431, 447, 1.941 y 1.959 del Código civil y aplicación indebida del 187 de la Ley de Régimen Local, no aplicación del 4.º de la Ley de Montes, interpretación errónea del 348 del Código y violación de los 344 y 345 del mismo Cuerpo legal, y con ellos la totalidad del recurso interpuesto, casando y anulando la sentencia recurrida.

En la segunda sentencia se lee:

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación que precede y...

Considerando que está perfectamente probado que los vecinos de la parroquia de San Saturnino de Chave, del término municipal de Saviñao (Lugo), han venido poseyendo los montes cuya titularidad se discute, desde tiempo inmemorial, de manera exclusiva, pacífica, pública, no interrumpida y en concepto de dueño, sin satisfacer canon ni pensión alguna por dicho aprovechamiento, limitándose a satisfacer los arbitrios municipales y respetar las reglamentaciones de carácter administrativo que en su respectivo término dictaba el Ayuntamiento en que la indicada parroquia está enclavada, por lo que es incuestionable que ha consolidado en el tiempo la posesión necesaria según el Código civil, para adquirir la propiedad por usucapión de los montes de referencia, al modo como se dijo por el Juzgador de instancia, cuyo fallo debe, por tanto, ser confirmado.

SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1965.—*Contiene análoga doctrina a la de la misma fecha que se acaba de exponer.*

SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1965.—*Cumplimiento del párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Interpretación de los contratos.*

Con la finalidad de que la acción contradictoria del dominio marcha paralela con la de nulidad o cancelación del asiento registral, se previene en el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria que no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona determinada, sin que previamente o a la vez se entable

demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. Pero tal precepto sólo es aplicable en los supuestos en que del éxito de las acciones haya de derivar el reconocimiento de un derecho inconciliable con el contenido de la inscripción supuestamente contradicha—sentencia de 25 de abril de 1949—, o cuando la acción que se ejercita persigue la nulidad de un título que haya causado inscripción registral, en cuyo caso, si al anularse el título no se anulara también la inscripción correspondiente, se provocaría una discordancia entre la realidad jurídica proclamada por una sentencia y el contenido del registro, cuyos asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, doctrina coincidente con la proclamada en otras sentencias de esta Sala en 31 de enero, 22 de marzo y 12 de mayo de 1930, 12 de julio de 1932 y 22 de marzo de 1943.

En el litigio sustanciado entre las partes, el demandado reconveniente no ejercita acción alguna contradictoria del dominio que el demandante reconvenido tiene inscrito a su favor sobre la planta primera de la finca número cinco de la Plaza de los Geólogos, y si meramente una acción de naturaleza personal tendente a que se reconozca que dicha planta adquirida por el recurrente e inscrita a su nombre forma parte del acervo patrimonial de la comunidad societaria constituida por ambos litigantes, ante lo cual deviene inaplicable lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sin que la sentencia recurrida haya violado, cual se enuncia en el primer motivo del recurso, tal precepto ni tampoco los párrafos primero y antepenúltimo de dicho artículo, por lo que procede la desestimación de dicho primer motivo.

Que a tenor del artículo 1.281 del Código civil, si los términos de un contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

III.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1965.—*Condiciones naturales del negocio jurídico. Riesgo en la compraventa. «Res perit emptori». Alegaciones nuevas en casación. Principio espiritualista en la forma de los contratos.*

El demandante vendió al demandado las naranjas de variedad «clementina» de su huerto, «a ojo», modalidad corriente en la región valenciana, que consiste en una venta verbal por una cantidad alzada y con mediación de corredor. Se fijó un día para el pago de las 235.000 pesetas, precio de la compra, y antes de ese día un pedrisco asoló la zona, el huerto y «las clementinas». El comprador no pagó y surgió la demanda.

El demandado negó rotundamente la compra. Sólo admitió una vista al huerto y una conversación sobre ello con el corredor.

La sentencia de 1.ª Instancia, previa la prueba correspondiente condenó al demandado a pagar las 235.000 pesetas, intereses legales desde la interposición de la demanda y costas. La sentencia de la Audiencia confirmó la de 1.ª Instancia y condenó al demandado en las costas de las dos instancias. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

Razonó así:

Que el recurrente, para construir el motivo único de su recurso, que ampara en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se apoya, y toma al pie de la letra, dándoles un alcance jurídico que en realidad no tienen ciertas expresiones poco felices que se plasmaron en la demanda y en las sentencias de primera y segunda instancia, en las que se dice: a) «que la modalidad de la compraventa de la naranja, más corriente en la región valenciana, es la compraventa a ojo, en la que el precio se fija en una cantidad global alzada, y se paga el domingo siguiente a la perfección del contrato, corriendo los riesgos que puede sufrir la cosa comprada, a cargo del comprador, manera de contratación ésta que constituye *costumbre inmemorial* consagrada por el uso, sancionado incluso por los Tribunales de Justicia»—expresiones del actor en su demanda—; b) «que la *costumbre* sobre las modalidades de compra de naranja es cierta, auténtica (*sic*) y conocida no sólo por el Juzgador, sino también por la Excelentísima Audiencia Territorial... y según esa *costumbre*, la cosa queda entregada al vendedor desde el momento en que se perfecciona el contrato..., por lo que es aplicable por lo *preceptuado en el artículo 6.º del Código*»—sentencia del Juzgado de Primera Instancia—; y c) «que por *costumbre inveterada* viene realizándose en esta región la compraventa de naranjas de forma verbal exclusivamente, cualquiera que sea la cuantía de la transacción..., en la que los riesgos corren a cargo del comprador desde el momento en que queda perfeccionado el contrato, sustituyendo esta *tácita condición* a las normas que en el Código civil se establecen en cuanto a la tradición estable..., y en autos aparece cumplidamente justificada... la existencia de la *costumbre* reguladora de esta singular contratación»—sentencia de segunda instancia—.

Que, apoyándose en esas expresiones—que desconecta de otras que las aclaran o complementan—, el recurrente articula su recurso, sosteniendo que «aun admitida la realidad de esa *costumbre prater legem*, sólo podría ser admitida como supletoria fuente de derecho, en defecto de regla legal aplicable al caso controvertido..., conforme al artículo 6.º del Código civil..., pues «contra la observancia de las Leyes no prevalecerá ni el desuso ni la práctica en contrario», a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.º, por lo que termina afirmando que «como existe norma precisa que regula el punto contravertido, que es la contenida en el párrafo 2.º del número 6.º del artículo 1.280 del referido Código, que impone la forma escrita a los contratos de cuantía superior a 1.500 pesetas», esa *costumbre* aplicada de formalizar esos contratos sin darle forma escrita, aun excediendo de aquella cuantía, va abiertamente contra lo dispuesto en los preceptos invocados que, por consiguiente, y a juicio del recurrente, se infringen por interpretación errónea...

Que, en realidad, todas esas alegaciones del recurrente son completamente nuevas y se pretenden insertar en el proceso en fase no adecuada para ello, por lo que, de conformidad al principio de preclusión, que informa nuestro proceso, no pueden ser tenidas en cuenta. En efecto, en la contestación a la demanda, y durante todo el periodo probatorio, el demandado se limitó a negar que hubiese concertado semejante compraventa de naranjas con el señor Costa, ni directamente, ni por intermediario, y a ello dirigió toda la prueba; en cambio, ahora, en el escrito de formalización del recurso, afirma que ese convenio o concierto de voluntades no le obliga, porque no se hizo constar por escrito, a pesar de que la cuantía excedía de 1.500 pesetas, y la *costumbre* no podía tener prevalencia contra las normas legales que, ahora, también por primera vez en

el proceso, viene a invocar como aplicables a alegaciones que antes de este momento no había hecho...

Que, además, la sentencia recurrida, para desembocar en su tesis condenatoria, razona que esa aludida costumbre—mejor debería decir circunstancia—, consistente en entender entregada la cosa desde el momento en que se perfecciona el contrato «es aplicable no sólo por lo preceptuado en el artículo 6.º del repetido Código, sino como una de las *condiciones naturales* del negocio jurídico y reconocida por el artículo 1.258 de aquel Código», norma que obliga a los contratantes a cumplir todas aquellas otras prestaciones que, aun no pactadas, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley: es decir, que la sentencia impugnada no aplica esa llamada costumbre, como norma supletoria de la Ley, sino que entiende vigentes esas estipulaciones, por la naturaleza del contrato y en aras de la buena fe, porque se suponen pactadas, de manera tácita, en tales contratos, aunque no se puntualicen con todo detalle...

Que, a mayor abundamiento, el recurso tampoco podría prosperar, porque se basa en la teoría germánica de los riesgos—*res perit venditori*—, mientras que nuestro Ordenamiento legislativo sigue la teoría romana—*res perit emptori*— como regla general en la compraventa, según se deduce del artículo 1.452, párrafo 2.º—cuando se trata de cosas compradas sin consideración a su peso, número o medida—, y del propio artículo 1.095, que atribuye el acreedor—que aquí lo es el comprador—los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, es decir, desde la perfección del contrato consensual, porque es lógico que las utilidades sean justamente compensadas con los riesgos ..

Que también es totalmente desafortunada la invocación del artículo 1.280, número 6.º, párrafo 2.º, del Código civil, para negar eficacia al contrato por no constar en forma escrita, pues con tal invocación se pretende desconocer el principio espiritualista introducido en nuestro sistema jurídico por la Ley única del título 16 del Ordenamiento de Alcalá, que consagró el principio de libertad de contratación, de conformidad con las tradiciones mencionales, y que adopta nuestro Código en los artículos 1.254, 1.258, 1.261 y 1.278, exigiendo sólo forma especial para ciertos contratos, sin afectar a la validez, como preceptúa el artículo 1.279, que no es modificado por el 1.280, sino complementado, como insistentemente viene proclamando la jurisprudencia.

SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1965.—*Responsabilidad civil por delito. Accidente de trabajo. Derecho preferente de las entidades aseguradoras de accidentes de trabajo para que se les indemnice de lo abonado por ellas.*

La Sociedad de Seguros Mutuos de V. sobre accidentes de trabajo demandó a don Vicente, alegando en síntesis:

Que don Vicente atropelló con su automóvil y causó la muerte al ciclista Jaime O. A., productor que se dirigía a su trabajo en el turno de noche de una empresa; que la entidad demandante era aseguradora de accidentes de trabajo del fallecido, y como el fallecimiento se estimó accidente de trabajo, por haber ocurrido *in itinere*, tuvo que pagar los gastos de sepelio (5.446 pesetas) y depositar en la Caja Nacional la suma de 265.119,79 pesetas para constituir el capital correspondiente a la renta o pensión vitalicia que había de percibir la viuda del desgraciado obrero. Que, por ello, en la causa penal seguida al demandado se mostró parte la referida entidad demandante como tercer perjudicado, causa

que terminó con sentencia de la Audiencia Provincial, que condenó al demandado a la pena de tres meses de arresto mayor, pérdida del carnet de conducir por un año y las accesorias, así como a las indemnizaciones de 150.000 pesetas para la viuda del productor fallecido y 5.446 pesetas, gastos de sepelio, para la Sociedad de Seguros Mutuos que accionaba; pero no le condenó al pago de las 265.119,79 pesetas, cantidad que, como queda dicho, la Sociedad de Seguros Mutuos, actora, tuvo que depositar.

Por ello ahora lo pedía en procedimiento civil, y fundamentó la petición, entre otras razones, en que todo obrero o asalariado por cuenta ajena debe estar asegurado en una entidad que cubra los riesgos derivados de su profesión; ahora bien, la jurisprudencia ha ampliado el sentido estricto del accidente del trabajo de forma que no sólo se han de cubrir los eventuales peligros del ejercicio de una profesión determinada, sino que la tutela comienza desde que el obrero se dirige al trabajo hasta que abandonado el mismo regresa a su domicilio, salvo que existan causas que interrumpan este nexo causal. Ello produce un desfase entre la prima percibida por la entidad aseguradora y el riesgo realmente cubierto, toda vez que los cálculos actuariales para fijar dichas primas se efectúan sobre la base del peligro profesional, y así sucede que la prima pagada por un obrero o empleado con un riesgo prácticamente nulo en su trabajo, poniendo por caso el de un empleado administrativo es mínima, aunque éste para ir de su domicilio al centro de trabajo y regresar utilice diversos medios de locomoción y circule por caminos de gran peligrosidad, y de todos es sabido el elevado porcentaje de accidentes de circulación que hoy día arrojan las estadísticas, mientras que un obrero cuyos riesgos de circulación sean mínimos y el trabajo también sea poco peligroso abona una prima análoga, con lo que las Compañías aseguradoras vienen a cubrir un riesgo no calculado actuarialmente, y por el cual, como es lógico, no perciben prima alguna. Es decir, que su argumentación, resumida, expone que las Compañías aseguradoras de accidentes del trabajo se ven obligadas a cubrir un riesgo no cubierto en principio por la póliza y por el que, por tanto, no perciben la prima correspondiente.

Que era indudable que si el demandado hubiera guardado las precauciones que establece el Código de la Circulación y cuya omisión motivó su condena por el Tribunal competente, el luctuoso hecho no se habría producido, por lo que la omisión o negligencia del demandado fué la causa del perjuicio económico para la entidad accionante.

El demandado alegó en síntesis:

Que, efectivamente, todo obrero o asalariado por cuenta ajena debía estar asegurado por el riesgo de accidentes de trabajo, pero en lo que no estaba conforme era en que la prima que por la cobertura de ese riesgo percibe la aseguradora no enjugaba en su totalidad dicho riesgo; que en los comienzos de la legislación reguladora de los accidentes de trabajo se contemplaban y definían como tales aquellos que se producían en el desempeño o desarrollo de la labor específica del obrero, pero más tarde se incluyó y conceptuó como accidente de trabajo el sufrido por el obrero en los desplazamientos obligados desde su domicilio al lugar de trabajo en los que no se rompiera el obligado nexo de causalidad y que la doctrina titula accidente *in itinere*; que, por tanto, las primas que perciben las aseguradoras de ese tipo de riesgo cubran el mismo en su totalidad y en todas sus gamas, una de las cuales es el acaecido o sobrevenido *in itinere*; que por ello eran ociosos los comentarios sobre la pretendida gratuitad de la asunción de esta clase de accidentes de trabajo; que el seguro era un negocio por el cual se percibía una contraprestación por parte del asegu-

rado en el pago de una cantidad, a cambio de la cual la aseguradora cubre un riesgo determinado; que en el caso de autos el riesgo asegurado estaba constituido por la producción de un eventual accidente de trabajo por el cual percibe una prima previamente fijada; que si se produjo el accidente de trabajo *in itinere* con la concurrencia de ciertas circunstancias, resultaba evidente que el mismo estaba cubierto e incluido en la prima total que por tal riesgo, en todas sus facetas, satisfacía el asegurado; que otra cosa era que las tarifas aprobadas por la Dirección General de Seguros resultasen más o menos financieras para los aseguradores, pero lo que era evidente era que lo fueran o no, si la entidad aseguradora conocedora de las mismas, aceptaba el seguro contratando libre y espontáneamente, nunca se podía escudar, ni alegar siquiera, falta de adecuación o proporcionalidad entre el riesgo y prima, ya que tenían autonomía y libertad completas para aceptar el seguro o rechazarlo.

Que no dudaban, a la vista del recibo de ingreso acompañado a la demanda, que la entidad actora hizo efectivas en la Caja Nacional las 265.119,79 pesetas, mas ello no les afectaba en absoluto, porque no admitían la calificación de accidente de trabajo que por su cuenta y riesgo se apresuró a reconocer la demandante; que las únicas calificaciones a este respecto que tenían fuerza vinculante eran las establecidas por las esferas judiciales correspondientes, y por ello ninguna repercusión podía tener en este orden de cosas para un tercero, en el presente caso el demandado, el capricho, la precipitación o el interés que la aseguradora pudiera tener en atender o complacer a su asegurado, pues según esto, resultaría muy cómodo o comercialmente muy brillante para cualquier aseguradora tener estas complacencias con su cliente—el asegurado—con el dinero de un tercero, a base de que éste quedara obligado tan sólo por el espontáneo y gratuito reconocimiento de accidente de trabajo por parte de aquélla. Que hacían constar que una vez que en el correlativo se reconocía el abono a favor de la actora, por parte del demandado de la suma de 5.446 pesetas, importe de los gastos de sepelio del obrero fallecido que, cumpliendo así bien el fallo de la Audiencia Provincial, el demandado había satisfecho a la viuda de la víctima del accidente la suma de 150.000 pesetas, según acreditaban con el recibo que acompañaban (documento número uno) a que ascendió la indemnización en la jurisdicción penal. Que rechazaban cuantas afirmaciones se hacían de contrario, distintas o discrepantes de las anteriores consignadas. Alegó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminando con la súplica de que se dictara sentencia por la que se le absolviera de la demanda, con imposición de las costas a la parte actora...

El Juzgado absolvió al demandado. La Audiencia confirmó la sentencia apelada sin imposición de costas. El Tribunal Supremo falló no haber lugar al recurso de casación, fundándose en los siguientes argumentos:

Considerando: Que antes de entrar en el examen de las dos motivaciones en que se sustenta este recurso extraordinario de casación se estima conveniente destacar, para centrar lo que es objeto del mismo, que la base esencial en que la Sociedad de Seguros Mutuos accionante (ahora recurrente) funda su reclamación de pago de la cantidad de 265.119,79 pesetas, que en la demanda se peticiona la constituye la sentencia dictada dentro de la jurisdicción criminal por la Audiencia Provincial de Bilbao con fecha 20 de mayo de 1961, como consecuencia de un sumario instruido por muerte de una persona, debiendo hacerse constar: a) Que en la mentada sentencia firme fué condenado el hoy recurrido, como autor responsable de un delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos, cometido en accidente de circulación, en el que resultó atrope-

llado el ciclista don Jaime O. A. por el automóvil que el demandado conducía, produciéndose, en consecuencia, el fallecimiento de aquél; b) que en la causa se personó la Sociedad Aseguradora de la empresa en que trabajaba al finado, la que, por estimar el hecho como accidente de trabajo *in itinere*, había entregado a la viuda del trabajador muerto 5.446 pesetas para gastos de sepelio y constituido en la Caja Nacional de Accidentes del Trabajo un capital de 265.119.79 pesetas, para asegurar una pensión a dicha viuda; c) que la mencionada entidad solicitó en sus conclusiones, además de las 5.446 pesetas, que ya pedía el Fiscal, el abono de las 265.119.79 pesetas, o sea, el reintegro total del capital por ella aportado; d) que la Audiencia Provincial en su sentencia condenó al autor del delito a satisfacer a la viuda de la víctima, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 101 del Código penal, la suma de 150.000 pesetas, en concepto de indemnización de daños, y a la Sociedad de Seguros la de 5.446 pesetas como indemnización de perjuicios, «con expresa reserva de las acciones de que se crean asistidas las partes, las cuales podrán ejercitar, si lo estiman conveniente, por el procedimiento legal correspondiente; e) que para dictar ese fallo la Audiencia entendió entre otras razones que «el depósito no lo ha sido para responder de las consecuencias civiles del hecho delictivo, sino por exigencia de la jurisdicción laboral», y que conforme a la jurisprudencia de la Sala 2.ª, que en dicha sentencia se cita, «tal depósito es una prestación producida a causa de un requerimiento y otra actuación administrativa realizada en virtud de un contrato de seguro que priva a la entidad aseguradora del carácter de tercero, por lo que la jurisdicción criminal tiene que dejar libre la vía correspondiente para que las partes interesadas y el Tribunal competente puedan debatir aquélla y resolver ésta como proceda en derecho»; f) que en la sentencia de la Audiencia Provincial no se indicó concretamente que la vía adecuada para reclamar dicho importe fuese la civil ordinaria...

Considerando: Que amparándose en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se formula el motivo primero del recurso, en que la Sociedad recurrente acusa la infracción por inaplicación, equivalente a violación en su aspecto negativo, de los artículos 1.089, 1.093 y 1.902 del Código civil, haciendo también referencia en el desarrollo argumentativo a los artículos 101, 103 y 104 en relación con el 19 del Código penal, que, en expresión de la parte recurrente, guardan paralelismo con los artículos 1.902 y 1.106 del Código civil, entendiendo que «el problema de la indemnización que pueda corresponder a Seguros Mutuos de Vizcaya, como perjudicada por el hecho delictivo, no fué resuelto por la sentencia firme dictada en la jurisdicción penal, quien reportó su conocimiento a la jurisdicción civil»...

Considerando: Que la sentencia recurrida no infringe el artículo 1.089 del Código civil, pues este precepto se limita a enumerar las fuentes de las obligaciones, concediéndole primacía a la Ley, ni tampoco vulnera lo dispuesto en el artículo 1.093 del mismo Código, en cuanto establece que las obligaciones que se deriven de actos u omisiones *no penados por la Ley*, en que intervenga culpa o negligencia, quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI del libro IV del mismo Código, precepto que, por cierto, en su contexto no favorece la tesis de la recurrente, puesto que la imprudencia simple con infracción de reglamentos está prevista y penada como delito en nuestro Código penal, y, cual tiene sostenido con reiteración esta Sala, la responsabilidad penal derivada de la imprudencia punible y la de orden civil nacida de culpa o negligencia, aunque se originan en hechos que tienen muchas circunstancias comunes, se diferencian fundamentalmente en que la primera se caracteriza por concurrir en ella la

tipicidad y punibilidad que no existen en la culpa o negligencia a que se refiere la legislación civil, de lo que es lógica consecuencia que se rijan por preceptos diferentes y están sometidas a jurisdicciones distintas e independientes en su actuación, y, en el presente caso es indudable que la pretensión que en la demanda se formula se sustenta esencialmente en una condena dictada en un proceso criminal, sin que el Tribunal *a quo* en lo civil, desconozca la causalidad del accidente y su atribución como autor responsable al demandado, ahora recurrido, por lo que huelga la cita del artículo 1.902 del Código civil como precepto infringido; siendo en el fondo inexacto que en la sentencia firme dictada por la jurisdicción penal se «reportase» el conocimiento de la cuestión a la jurisdicción civil, pues la inconcreta reserva que se hace en la sentencia aludida no se refiere a jurisdicción determinada...

Considerando: Que, al parecer, lo que en el fondo quiere debatirse por la Sociedad recurrente, cual ya lo hizo como parte actora en el pleito, es si, en efecto, dentro de la esfera criminal tenía el carácter de tercero perjudicado a los efectos indemnizatorios, con lo que no se varía la valoración jurídica de la sentencia penal, y aunque ésta, dictada por la Audiencia Provincial, firme en la instancia por no haber sido recurrida en casación ante la Sala 2ª de este Tribunal, no puede tener en lo civil el absoluto valor de cosa juzgada, excepción que tampoco fué alegada en el pleito, en cuanto a la indemnización denegada se refiere; no es admisible, empero, que negada la calidad de tercero perjudicado en una sentencia de lo penal que es base esencial de la demanda civil, se pretenda hacer una especie de revisión de aquella sentencia en esta vía, cuando la oportunidad de contradecir y atacar la doctrina sostenida por la Audiencia Provincial, la tenía la Sociedad impugnante, valiéndose del oportuno recurso, dentro del ámbito de la jurisdicción de lo criminal, razones que, unidas a las antes expuestas, tal y como se formula y argumenta el motivo primero, conducen a su desestimación, por resultar inapto para producir la casación de la sentencia recurrida...

Considerando: Que igualmente debe ser rechazado el motivo segundo, en el que se aduce la violación de los preceptos y disposiciones que en el mismo se citan, y de la doctrina legal contenida en las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que se mencionan, todo al amparo del ordinal primero del artículo 1.962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, en primer lugar, el demandado ni es patrono del obrero que resultó víctima del accidente de circulación ni tampoco asegurador de un accidente del trabajo ocurrido *in itinere*, sino que es un extraño a la relación laboral que, como autor de un delito de imprudencia, fué condenado en un proceso criminal al pago de una indemnización a la viuda de la víctima por la muerte de su marido, sin que por el Tribunal sentenciador (la Audiencia Provincial) fuese tenida como tercero, a efectos indemnizativos (dentro de lo previsto en el artículo 104 del Código penal), la Compañía aseguradora, personada en la causa y que instó en sus conclusiones, en concepto de perjuicios, el reintegro del capital aportado para cubrir el seguro; pero, además, la indemnización a que fué condenado ha sido pagada y solventada por el demandado, como reo del delito, y en su importe estaba ponderado el daño y perjuicio ocasionado por su imprudencia; mas, por otra parte, el artículo 50, y tras del texto refundido de la legislación de accidentes del trabajo, concede al asegurador un *derecho preferente*, a recuperar el importe de las indemnizaciones satisfechas, pero esa preferencia implica una comparación, y el texto *secundum lege* del artículo 189 del Reglamento aplicable, sin entrar en la exégesis completa de ese precepto, se refiere al ejer-

cicio de las acciones simultáneas contra los responsables civil o *criminalmente*, concediendo una prioridad en la aplicación al reintegro a la Entidad aseguradora y la plena facultad para personarse directamente en los procedimientos con todos los derechos que *las leyes de enjuiciamiento vigentes* concedan a los perjudicados, como así lo hizo la Compañía aseguradora en este caso. en la causa criminal, por ser en ella donde se perseguía una responsabilidad criminal de la que dimanaba otra civil consecuencia de aquélla; mas la indemnización a que se refiere esa legislación es aquella a que el responsable civil fuese condenado, y del mismo modo que puede haber exceso para indemnizar a la víctima o sus causahabientes, puede no haberlo, porque a la postre quien fija la cuantía es el Tribunal competente, y en cuanto a la Orden de 7 de agosto de 1961, si bien dispone que entre las indemnizaciones que las Entidades aseguradoras están obligadas a satisfacer están comprendidos, entre otras, los capitales para renta, vuelve a insistir en un *derecho preferente* al reintegro del responsable civil o *criminalmente* del accidente, pero no señala un derecho absoluto a exigir *otra indemnización* con independencia de aquella a que el responsable fué condenado, según la medida y ponderación hecha por el Tribunal juzgador. razones por las que también decae el motivo segundo y con él el recurso, al que debe declararse no haber lugar, con los demás pronunciamientos a tal declaración inherentes...

Es interesante esta sentencia porque viene a resolver en el orden del Derecho civil un problema debatido en el penal y que ya va tomando claridad y seguridad en su solución por las reiteradas decisiones de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo.

Es el caso que se dan, por desgracia con frecuencia, los accidentes de trabajo «in itinere». El productor va o viene por el camino señalado o normal al o del trabajo y es atropellado por un camión o un turismo (1). Y suele acontecer que la Compañía aseguradora de accidentes de trabajo (con diligencia que honra a los aseguradores españoles de esta materia) se apresure a pagar los gastos de sepelio y a depositar el capital necesario para que produzca la pensión prevista por la vigente legislación laboral, y así la viuda e hijos u otros beneficiarios, según tal legislación, comiencen en seguida a beneficiarse con ella.

Y también suele acontecer que se muestre parte en la causa penal seguida contra el causante del atropello, además de los directamente perjudicados con el supuesto delito (familiares íntimos del finado), dicha Compañía aseguradora, que menguó sus arcas con los pagos dichos. Tales empresas aseguradoras invocan el artículo 53 del texto refundido de la legislación de accidentes del trabajo («la calificación de accidente del trabajo de un hecho no obsta para que puedan ejercitarse por el perjudicado las oportunas acciones civiles o criminales por negligencia o dolo. El asegurador tendrá derecho preferente a recuperar del responsable civil por pleito o causa criminal el importe de las prestaciones satisfechas») y el artículo 189 de su Reglamento, que en su párrafo final dice: «Si éstos—los responsables civil o criminalmente—fueren condenados, la indemnización se aplicará en primer término a reingresar en la Entidad aseguradora o al patrono del coste de la asistencia o indemnizaciones que hubiese satisfecho, entregando el exceso, si lo hubiere, a la víctima del accidente o a sus derechoha-

(1) Intervinimos en un proceso en el que un camión enfiló a cinco ciclistas, mineros que venían de cumplir su tarea, y malhió a uno, causó la muerte instantánea a otro y lanzó de la carretera a los demás.

bientes». También se acogen a la Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de agosto de 1961, que establece que en el concepto de prestaciones e indemnizaciones están comprendidas: el coste de la asistencia médico-farmacéutica, las entregas de capital señaladas en el baremo para indemnizar las lesiones, mutilaciones o deformidades definitivas que no constituyan incapacidad permanente; las cantidades que se satisfagan en el caso de incapacidad temporal y los capitales coste de renta, de todas las cuales, vuelve a repetir esta Orden, «tiene derecho preferente a reintegrarse del responsable civil o criminalmente del accidente la Entidad aseguradora o patrono que las hubiere satisfecho».

Y el Tribunal de lo Penal se encuentra ante estas dudas: ¿Acuerda sólo una indemnización para los derechohabientes del finado y nada para la empresa aseguradora de accidentes de trabajo? ¿Falla la indemnización para la aseguradora y nada para los derechohabientes, puesto que éstos puede decirse que ya están indemnizados con lo que perciben de la aseguradora? ¿Acuerda sendas indemnizaciones? ¿Fija una indemnización para los derechohabientes y sólo para la aseguradora los gastos de sepelio y sanidad, como sustraendo de la indemnización total, porque se estiman pagados por cuenta de los derechohabientes?

Soluciones para todos los gustos han ido dándose en la práctica, con la crítica de los especialistas (2), hasta que la jurisprudencia penal ha ido imponiendo el criterio de que los Tribunales de lo Penal son ajenos a la aplicación de esos preceptos de la legislación de accidentes de trabajo. «De ningún modo, dice la sentencia de 23 de noviembre de 1960, obliga a los Tribunales de lo Penal a realizar en los fallos las operaciones de abono o subrogación impropias de su específico cometido, dado que ese derecho, o mejor aún expectativa de tal, que la Ley laboral alude, ha de ejercitarse al margen de la sentencia a que la causa criminal dió lugar».

Ahora la Sala de lo Civil se ha tenido que enfrentar con el mismo problema, enviado, si no clara y directamente, si indirectamente, por la de lo Penal, y se lo ha devuelto. Viene a decir que se perseguía una responsabilidad o perjuicio civil procedente de una conducta penal y que lo que el Tribunal Penal falló es lo que debe tenerse por perjuicio: «la indemnización a que fué condenado ha sido pagada y solventada por el demandado, como reo del delito, y en su importe estaba ponderado el daño y perjuicio ocasionado por su imprudencia».

Y es que tenían que pesar en el ánimo del Juzgador las razones que a todos se nos alcanzan: No parece que pueda estimarse daño indemnizable lo que es cumplimiento de un contrato libremente pactado—el de seguro—, la indemnización por el accidente en cualquiera de sus formas es la contraprestación a la prima o cuota percibida.

Tampoco debe estimarse la alegación hecha por algún comentarista que tacha de enriquecimiento injusto a los derechohabientes de la víctima, ya que perciben, de un lado la indemnización que fija el Tribunal Penal y que paga el condenado o reo penal, y de otro la pensión o indemnización que paga la aseguradora de accidentes de trabajo o el patrono. La primera, como expuso Quintano Ripollés, la reciben en su cualidad de víctimas, por el hecho-delito; la segunda, como beneficiarios de un contrato.

(2) Véase QUINTANO RIPOLLÉS: Seguros y responsabilidades civiles delictuales, en «Revista de Derecho Privado», enero de 1961.

SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1965.—*Contrato de mediación o corretaje. La nota de encargo con carácter de exclusiva no limita la facultad del dueño para concertar personalmente el negocio, salvo pacto expreso. El mediador sólo tiene derecho a percibir retribución cuando el negocio se realice.*

El contrato de mediación o corretaje, no regulado por nuestro Código civil, tiene como esencia la de intervenir el mediador realizando las gestiones necesarias para poner en relación a otros dos para la celebración de un contrato a cambio de una retribución, por lo que nuestra jurisprudencia lo conceptúa como innominado *facio ut des*, porque esta relación contractual es de resultado, y el mediador sólo tiene derecho a percibir su retribución cuando el negocio se realice, o se aproveche el comitente de las gestiones de aquél para ultimar la operación, sin que el carácter de exclusiva que tiene la nota de encargo limite la facultad del dueño para concertar personalmente el negocio, salvo pacto expreso, ni el Agente, si no existe el *facio* por su parte, pueda reclamar comisión por servicios no prestados.

SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1965 —*Responsabilidad civil del Notario. Plazo de prescripción: un año según el párrafo 2.º del artículo 1.968 del Código civil.*

Planteadas en recurso de casación la cuestión del plazo de prescripción de la responsabilidad civil de un Notario, se falló como queda expresado.

He aquí los Considerandos:

Considerando: Que según el artículo 1.º de la Ley orgánica del Notario hoy vigente, de 28 de mayo de 1862, «el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las Leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales», con lo que vino a ponerse fin a un estado de cosas en que el Notario ejercía una profesión no bien definida en la realidad jurídica a la sazón existente, pues aunque los Notarios expedían documentos que habían de ser admitidos por los Tribunales, en un grado de credibilidad superior a los de los particulares, es lo cierto que el oficio, una vez que había sido objeto de la enajenación por la Corona era patrimonial, sujeto a las reglas y módulos del régimen de propiedad privada, mientras desde dicha Ley se reconoce la naturaleza pública del funcionario fedante, al no admitirse cotos parcialmente soberanos sustraídos al Poder público.

Considerando que el Notario debe autorizar el instrumento público, una vez requerido legalmente, siempre que el acto sustancial objeto del mismo sea conforme a la Ley, correspondiendo en la realidad a una relación jurídico formal entre el Notario y los que solicitan su Ministerio, llevando consigo como presupuesto para su ejercicio la dirección de la voluntad de las partes con miras a su eficacia (artículo 147 del Reglamento), la obligación de asegurarse de la legalidad de la relación jurídica (artículo 145) y la de cerciorarse de su legitimidad (artículos 170 y 175), y como elemento básico a dichos fines, la de aconsejar a los interesados, y teniendo como contenido la previsión, nacimiento, transmisión, modificación y extinción de toda clase de derechos.

Considerando que si en todas las funciones del Poder público es la responsabilidad una garantía de actuación jurídica correcta, su importancia en la ins-

titución de la fe pública ha de ser grande, ya que cada Notario asume personalmente todas las atribuciones inherentes a la potestad notarial, y el acto notarial es completo con la sola intervención del Notario, no pudiendo traspasar el campo de acción que tiene señalado, esto es, debe concretarse a los hechos en que personalmente interviene y que están directamente sometidos a su criterio, no a aquellos que teniendo relación más o menos directa con el acto que se efectúa son ajenos al mismo.

Considerando que por lo que afecta a la responsabilidad que dimana del incumplimiento de los deberes relativos a la autorización de los instrumentos públicos, ésta nace del perjuicio que puede irrogarse a un particular, por acción u omisión del deber oficial que incumbe al Notario, cuando incurra en culpa, negligencia o ignorancia inexcusables.

Considerando que el espíritu que en general predomina en las disposiciones reglamentarias es el de limitar la responsabilidad del Notario únicamente en cuanto se refiere a la forma exterior del acto que autoriza, para procurar que en él concurren todas las precauciones necesarias, a fin de que se consideren dignos de fe, si bien es de tener en cuenta que, aunque no de un modo general, se reconoce muchas veces la acción del Notario en lo que constituye la sustancia del acto en que interpone su ministerio, por lo que existiendo la correspondiente obligación ha de darse también el efecto que lleva consigo su incumplimiento, esto es, la responsabilidad civil del Notario, que será tan extensa como para cada caso se requiera.

Considerando que teniendo esta responsabilidad civil indudable origen y carácter legal, a tenor de lo dispuesto en el apartado 5.º del artículo 1.903 del Código civil, le será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior, y consiguientemente el plazo de prescripción de un año establecido en el número 2.º del artículo 1.968 del propio Cuerpo legal, con que concuerda el último inciso del número 3.º del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, texto refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957.

Considerando que en el caso de autos, al atenderse la sentencia recurrida al plazo prescriptivo de quince años establecido en el artículo 1.964 del propio Código civil para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, ha incurrido en las infracciones señaladas en el motivo único del recurso, que debe ser estimado por ello

SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1965.—*La prescripción extraordinaria requiere posesión a título de dueño. Lugar acasado en Galicia.*

Reitera esta sentencia la doctrina de que la prescripción extraordinaria ha de basarse en una posesión a título de dueño.

Que si bien es verdad, dice, que el invocado artículo 1.959 parece indicar que para que se produzca la prescripción extraordinaria del dominio de inmuebles basta la posesión de ellos, por plazo ininterrumpido de treinta años, lo cierto es que ese precepto no puede entenderse desconectado de los demás que regulan la prescripción con carácter general, entre los cuales figuran, el artículo 1.941, que precisamente determina que la posesión hábil para la prescripción «ha de ser en concepto de dueño», y el artículo 447, que establece que «sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir para adquirir el dominio».

Que por ello, esta Sala de Casación, en casos análogos al presente, hubo de declarar: a) «para que pueda originarse la prescripción adquisitiva, tanto la ordinaria como la extraordinaria, que es la invocada en este pleito, se requiere la posesión continuada, pero en concepto de dueño, durante el lapso de tiempo fijado por el artículo 1.959»—sentencia de 10 de noviembre de 1.954—; b) que «al exigir el artículo aludido, como condición única para la prescripción extraordinaria, la posesión no interrumpida durante treinta años, no se refiere, como parece sostener la recurrente, a la posesión material de la cosa, sino a la posesión en concepto de dueño, sin la cual no se da la prescripción»—sentencia de 19 de noviembre de 1910—; y c) que «es doctrina de esta Sala, tanto con arreglo a la legislación histórica cuanto a la vigente en la actualidad, que la prescripción extraordinaria como medio de adquirir el dominio requiere no sólo el transcurso de los treinta años sin interrupción en la posesión, sino también que esa posesión no sea la simple tendencia material o la posesión natural, sino que ha de ser la civil..., por cuya razón se ha excluido de la posibilidad de prescribir a los arrendatarios, los precaristas, los usufructuarios, etc.»—sentencia de 2 de febrero de 1.928—.

Que como la sentencia recurrida parte de la base de que el documento privado de 4 de abril de 1923, contiene un negocio jurídico simulado y de que las relaciones del causante con los bienes supuestamente enajenados continuaron siendo los mismos, se comprende claramente que no se pueda reputar como acto transmisor de la posesión, ya que, además, no hubo tradición, y a estos efectos sólo podría ser tomado en consideración el testamento del causante, que únicamente atribuye a la demandada—y a partir del fallecimiento del causante—el usufructo de los bienes discutidos, que también es incompatible con la posesión en concepto de dueño que se exige para usucapir, y sin que sirvan para posibilitarla, las altas en los Registros, que se realizaron en fecha mucho más recientes y que, examinados aisladamente, no pueden otorgar más que efectos fiscales.

También con motivo de la interpretación de cierta cláusula testamentaria, define la sentencia lo que debe entenderse por lugar acasariado en Galicia, diciendo que en Galicia se denomina «lugar acasariado» o simplemente «lugar»—vocablo que se deriva de la voz latina *locatio*, porque generalmente se cede en arrendamiento su uso y disfrute al colono o aparcerero que se le llama «casero»—al conjunto de bienes formado por la casa vivienda, las cuadras para los ganados, los cobertizos o alpendes para aperos y mieses, la era para trillar, el patio o corral, el hórreo para entorajar el maíz, las fincas a huerta, labradío, regadío o prados, pastos, montes altos y bajos, es decir, una totalidad de bienes que forman una unidad mínima de explotación—no de cultivo—que permite a la familia que lo trabaja vivir casi en régimen de economía cerrada, obteniendo con esos bienes y ganados la mayor parte de lo que necesita, o sea, productos hortícolas y cereales, ganados de leche, cría y abonos orgánicos, semillas «esquilinos» para lechos de sus ganados y leña y maderas para combustible y aperos y reparaciones; es decir, un conjunto de bienes, análogo a la «masía» catalana o al «caserio nortefío».

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1965.—*La falta de la autorización administrativa prevista en la Ley de Minas no puede producir la nulidad de un contrato de venta.*

Es de interés el Considerando de esta sentencia, que dice:

Que en cuanto al fondo del asunto los propios demandantes articulan el primer motivo de su recurso, por la vía del número 1.º de dicho 1.962, y en el que denuncian la interpretación errónea de la sentencia recurrida de los artículos 427 del Código civil, 35 de la Ley de Minas de 22 de julio de 1944 y 119 de su Reglamento de 9 de agosto de 1946 y la violación por no aplicación de la doctrina contenida en las sentencias que cita en relación a las disposiciones generales sobre obligaciones y contratación que enumera, para combatir la afirmación, contenida en tal resolución, de que la previa autorización administrativa que señala el artículo 35 de la Ley especial es sustancial, por lo que no se puede concertar válidamente contratos en materia de minas sin tal autorización, y habida cuenta que la constante jurisprudencia de esta Sala, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 64 de dicha Ley de Minas, viene reiteradamente declarando que la autorización administrativa es un requisito formal de tal índole, a cuyo cumplimiento pueden compelerse válidamente las partes contratantes, pero que no obsta a la validez y eficacia civil de los contratos perfeccionados con todos los requisitos esenciales entre los otorgantes, ya que aquella no tiene otro alcance que el uso de la facultad de control que el Estado se reserva para vigilar el cumplimiento de las limitaciones que en cuanto al sujeto titular le concede el artículo 35, por lo que su falta no puede producir la nulidad del convenio, sino en todo caso la carencia de efectos supeditados a la obtención de la autorización dicha; no puede ofrecer la menor duda de que los contratos debatidos celebrados con todos los requisitos legales, siendo titulares de la concesión en la parte que transmitieron los vendedores al momento de presentación de la demanda y civilmente al del otorgamiento de los contratos e incluso seguida la transmisión de la puesta en posesión de la mina al comprador por medio de apoderamiento tan completo y extenso como se requiera y en la que no ha sido inquietado, ni perturbado, son *válidos y eficaces civilmente*, y al concurrir las infracciones denunciadas debe ser casada y anulada la resolución de instancia, sin necesidad de entrar en el estudio del restante motivo articulado por los demandantes.

El artículo 35 de la Ley de Minas dice en su párrafo 2.º que «si se trata de españoles las transmisiones por actos "inter vivos" habrán de ser autorizadas por el Ministerio de Industria y Comercio», y el artículo 119 de su Reglamento añade que sólo en caso de que se conceda la autorización «podrá formalizar el interesado el contrato de un modo válido».

La Dirección de los Registros, en resolución de 27 de marzo de 1957 interpretó tales preceptos con un criterio rigorista: En tanto no se cumpla el requisito de la autorización, «no podrá el Notario autorizar legalmente la escritura ni aun con la advertencia hecha a los contratantes de que procuren obtener la expresada autorización para poder inscribir el documento en el Registro de la Propiedad».

En la práctica el buen sentido jurídico notarial (3) ha solucionado el problema en algunas ocasiones, con la condición suspensiva: la transferencia, que por determinadas circunstancias no puede esperar a la autorización, se articula con la condición suspensiva; queda condicionada a que se conceda la autorización.

Ahora el Tribunal Supremo ha vuelto a poner las cosas en su valor, que pudiéramos decir civil; ha venido a defender al viejo tronco del Derecho civil de uno de tantos ataques de la legislación administrativa.

SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1965.—*Extinguida la acción penal por fallecimiento del presunto culpable, la responsabilidad civil derivada del hecho debe exigirse por la jurisdicción civil y según las normas del Derecho civil.*

Es de interés el Considerando de esta sentencia, que dice:

La sentencia impugnada declara probado que la acción culposa de un empleado del hoy recurrente originó el atropello y muerte del causante de los actores, y al extinguirse la responsabilidad penal por fallecimiento del chófer, se decreta la civil por aplicación del artículo 1.903 del Código civil, y contra tal condena se interpone el presente recurso, que en su motivo primero, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la aplicación indebida de los artículos 1.093, 1.902 y 1.903 del Código civil, porque al ser la responsabilidad exigida originada por un delito, la acción civil no extinguida ha de actuarse por el Código penal. motivo que no puede prosperar, no sólo por plantear una cuestión nueva, dado que no se discutió en la instancia qué normas han de regir la acción civil ejercitada separadamente de la penal, lo que es bastante para su desestimación, sino también porque es muy reiterada la doctrina de esta Sala declaratoria de que, extinguida la acción penal por fallecimiento del presunto culpable, puede sustanciarse la responsabilidad civil ante la jurisdicción de este orden, pues aunque los daños tengan su origen en los mismos hechos que la Ley declara delictivos, se rige por disciplina diferente y está sometida al conocimiento de jurisdicción distinta, cual declaran las sentencias de 5 de diciembre de 1927, 16 de noviembre de 1932 y 13 de noviembre de 1934, entre otras, y por ello, al corresponder al Tribunal de lo Civil la calificación y efectos de los hechos realizados por el chófer del recurrente, no cabe duda que ha de hacerlo con sujeción a las normas que regulan su actuación y no con las de otra jurisdicción distinta, razones que imponen el perezimiento de este motivo. .

SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1965.—*Responsabilidad penal por delito de imprudencia y civil derivada de culpa o negligencia. La sentencia absolutoria en lo penal no prejuzga la valoración que de los hechos pueda hacerse en vía civil.*

Se siguió procedimiento penal por fallecimiento de un joven que conducía una motocicleta al ser atropellado por un camión y recayó sentencia absolutoria para el procesado.

(3) Me refiero concretamente al del Notario que fué de La Carolina, don Gregorio Pérez Sauquillo, y al del que lo es en la actualidad, don Anastasio Sánchez Barragán.

Se demandó posteriormente en vía civil la indemnización de daños y perjuicios: 121.400 pesetas o la cantidad que el Juzgado estimase justa atendidas las circunstancias del caso y siempre con un límite máximo de la cantidad citada.

El Juzgado estimó la demanda y condenó a los demandados por daños y perjuicios a la cantidad de 120 000 pesetas

La Audiencia revocó tal sentencia y absolvió a los demandados, basándose en que no se puede ir contra la declaración de hechos probados fijados por la Audiencia Provincial en la sentencia penal.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación, razonando así:

Considerando: Que la responsabilidad penal derivada del delito de imprudencia y la civil dimanante de hechos u omisiones culposos o negligentes son especies jurídicas que, aunque expresivas ambas de un principio de culpa se regulan por normas distintas y se ventilan en diferentes jurisdicciones, por lo cual la sentencia absolutoria recaída en el juicio penal no prejuzga la valoración que de los hechos pueda hacerse en vía civil, pudiendo los Tribunales de este orden apreciar y calificar los efectos que de los mismos se deriven—sentencias de 2 de enero de 1932, 13 de noviembre de 1934, 23 de noviembre de 1935 y 19 de febrero de 1945—. Siendo doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que fuera del supuesto previsto en el párrafo 1.º del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—declaración de que el hecho no existió—, los Tribunales de lo Civil tienen facultades no solamente para valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también para apreciar conjuntamente las pruebas obrantes en el juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica—sentencias de 4 de febrero y 26 de marzo de 1943, 5 de mayo de 1956 y 9 de febrero de 1960.

Que el basarse como se basa la sentencia impugnada en esta vía de la casación en la escueta y sola afirmación de que no puede ir contra la declaración de hechos probados fijados por la Audiencia Provincial de Burgos en la sentencia absolutoria que dictó como consecuencia del sumario instruido a causa del accidente, se incurre en infracción manifiesta de la doctrina jurisprudencial expuesta en el precedente Considerando, debiendo en su consecuencia estimarse el sexto motivo del recurso que amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la violación de tal doctrina legal y casarse la sentencia impugnada sin necesidad de examinar los restantes motivos.

La segunda sentencia expone:

Que por los fundamentos de la sentencia de casación, procede examinar la prueba obrante en el juicio en orden a los hechos en que se funda la demanda, y como del análisis conjunto de la misma se infiere claramente que el accidente se produjo como consecuencia de la conducta del conductor del camión, quien con manifiesta infracción de lo dispuesto en los artículos 30 y 31 del Código de la Circulación efectuó la maniobra de adelantamiento del carro en lugar en que existía una curva, sin visibilidad suficiente e invadiendo espacio de la mano contraria precisamente en un sitio en que la carretera se estrecha y reduce su anchura normal de siete metros, a cuatro ochenta y cinco, se impone, conforme a lo razonado por el Juez de Primera Instancia, estimar la demanda confirmando la sentencia recurrida por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, pues el accidente se produjo por acción antirreglamentaria y negligencia imputable al conductor del camión.

. Considerando: Que no procede hacer expresa condena en las costas de la apelación.

Fallamos: Que debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia.

CONTESTANDO A UNA ATENTA ALUSION

Nuestro querido e ilustre compañero Ginés Cánovas Coutiño, en el número 446-447, julio-agosto, de esta REVISTA, página 930 y anteriores, sostiene que la sentencia de 13 de marzo de 1964 no contiene lo que nosotros expusimos respecto de la de 21 de abril de 1964 y anteriores (entre ellas ésa) de la misma cuestión: anulabilidad, no nulidad absoluta, de las enajenaciones de inmuebles o establecimientos mercantiles con falta de consentimiento *uxoris*. Rechaza abiertamente Cánovas aquello que escribimos de que con tales sentencias ha quedado reforzada la base de sustentación de los que opinan que los artículos 169 del Reglamento Notarial y 94 del Reglamento Hipotecario son aplicables a la falta de consentimiento de la esposa.

Con la mejor disposición de ánimo a la rectificación, hemos repasado las aludidas sentencias, y sobre todo la de 21 de abril de 1964.

En los hechos que dieron lugar a ésta, el marido alegó claramente que no podía cumplir la venta que había pactado porque la finca era ganancial, su esposa no la consentía, y por ello era nulo e inválido el contrato celebrado por él.

Ni el Juzgado, ni la Audiencia, ni el Tribunal Supremo estimaron la nulidad e invalidez alegadas. La sentencia del Tribunal Supremo terminantemente dice:

a) «Que el poder de disposición de los bienes gananciales de las características a que se refiere el artículo 1.413 del Código civil no ha pasado a corresponder conjuntamente a ambos cónyuges», sino que continúa en el marido.

b) Que la mujer puede, potestativamente, asentir o no al acto dispositivo, correspondiendo exclusivamente a ella, o en su caso a sus herederos, a la protección de cuyos intereses se dirige el artículo 1.413 el impugnar los actos en que no haya sido prestado el consentimiento.

c) Que este consentimiento es susceptible de ser prestado *a posteriori*.

d) Que, por consiguiente, la falta de ese consentimiento «carece de entidad bastante a imprimir la nulidad radical al acto realizado por quien está facultado por la Ley para realizarlo».

e) Que «la prestación del consentimiento *uxorio* sólo tiene como consecuencia el privar a la mujer de ese derecho de impugnación, que nunca puede ejercitar quien, dando motivo a la posibilidad de su ejercicio, no puede aducir que su falta le ocasione perjuicio alguno».

Ante ello, nos negamos a admitir de buen grado ese rechazo del compañero Cánovas. Las sentencias citadas dicen lo que expusimos. Podrá haber opugnadores a la tesis que contienen, pero el contenido de la jurisprudencia es, hoy por hoy, el que quedó escrito.

BARTOLOMÉ MENCHÉN.
Registrador de la Propiedad.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1965.—*Arrendamiento de local de negocio: subrogación del arrendatario «mortis causa»: segunda subrogación (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 60, apartado 3): ha venido a ser admitida, con efectos retroactivos, por la reforma del texto articulado de la Ley de arrendamientos urbanos operada por Ley de 11 de junio de 1964 (artículo 1.º).*

Estima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los demandados (arrendatarios) contra la sentencia dictada en apelación (también por ellos interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de resolución del contrato por fallecimiento de la arrendataria subrogada en lugar del titular contractual fallecido.

«Considerando (1.º) que el problema que el recurso plantea lo entraña la procedencia de la segunda subrogación, en la persona del arrendatario del local de negocio, problema que resuelve la modificación del párrafo 3 del artículo 60 de la Ley, en su redacción de 11 de junio pasado, en el sentido de ser autorizada expresamente y que por ello no determina la resolución del contrato, modificación aplicable por la disposición transitoria 8 bis, número 2, si el fallecimiento del arrendatario o sucesor hubiera ocurrido antes de la vigencia de la Ley, sin más excepción que en los casos en que en el procedimiento de resolución hubiere recaído sentencia firme, y, estando pendiente este procedimiento en 1 de julio pasado, es visto que le es de aplicación la reforma legal, lo que obliga a la aceptación del recurso y, en su consecuencia, a dejar sin efecto la sentencia recurrida y revocar la del Juzgado, declarando, en su lugar, la improcedencia de la acción de resolución entablada, absolviendo a los demandados».

SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1965.—*Caducidad de la facultad del arrendador para hacer efectiva la elevación de la renta o los conceptos a la misma asimilados o (alternativa) obtener la resolución del contrato (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 101, apartado 2, regla 5.ª): pluralidad de notificaciones sucesivas al arrendatario.*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la demandante (arrendadora) contra la sentencia dictada en apelación (también por ella interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera a la arrendataria de las pretensiones de declaración de legitimidad de la propuesta elevación de renta y de resolución del contrato por haber el arrendatario rechazado tal elevación.

«Considerando (1.º), en cuanto al primer motivo del recurso, amparado en la causa tercera del artículo 136 de la Ley, por interpretación errónea de la re-

gla 5.ª del número 2, en relación con el 1, del artículo 101, que es preciso tener en cuenta que, para que la caducidad que regula pueda producirse, no es dable admitir que por los mismos conceptos, si son éstos los que impugna el arrendatario en su contestación, o por la misma cuantía, si en ésta es en lo que discrepa, se puedan repetir las notificaciones, pues, si opuesto el arrendatario a la primera, se puede repetir la notificación, nunca se produciría la caducidad, porque en la posterior notificación se haría nacer de nuevo la acción, y la caducidad nunca se habría producido, lo que es incompatible con la seguridad jurídica que la Ley establece con la caducidad, por lo que, para determinar si en el caso de autos se ha producido, se hace preciso examinar si las notificaciones de febrero y noviembre de 1962 son idénticas o distintas, para ver si se ha de tomar como punto de inicio de la caducidad la primera o la segunda.

«Considerando (2.º) que como la oposición del demandado no se fundó en error de cuenta para la cuantía de los incrementos, sino en el criterio jurídico de que procedían aumentos distintos, porque el contrato era de 1953, y no anterior al 1936, como apreciaba la propiedad, y tal punto de discusión ha sido el objeto del pleito y fué el fundamento de las dos negativas del arrendatario, es visto que, aunque expresara la segunda notificación alguna diferencia en cantidad, como se fundó en el mismo criterio legal de la primera, se ha de reputar reproducción de la misma, y que, por consiguiente, lo que hizo fué intentar la preparación de una acción, que estaba caducada, por haber dejado transcurrir los tres meses sin ejercitarla, y que nació de la oposición del arrendatario a la primera notificación.

«Considerando (3.º) que con este fundamento, único que hace posible que la caducidad pueda producirse: es visto que la acción ejercitada en este procedimiento, con apoyo en el criterio, ya manifestado en la primera notificación, contradicha hacia más de seis meses, se ha de reputar que está caducada, por lo que se impone la desestimación del motivo...»

SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1965.—*Traspaso de local de negocio: derecho de tanteo del arrendador (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 35).*

Estima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el actor (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera a la arrendadora de la pretensión de que se declarara ejercitado por ella el derecho de tanteo y, por tanto, perfecto el contrato de transmisión (y existente, en consecuencia, la obligación de dicha arrendadora de pagar al arrendatario el precio) y resuelto el contrato de arrendamiento.

«Considerando (1.º) que el artículo 35 de la Ley arrendaticia urbana prescribe el derecho de tanteo en favor del arrendador en caso de traspaso del inmueble arrendado verificado por el arrendatario, que podrá utilizar dentro de los treinta días a partir del siguiente a aquel en que el arrendatario le notifique su decisión de traspasar y el precio que le ha sido ofrecido, por lo que resulta evidente que el arrendatario, al notificar a la propietaria su propósito de traspasar, y el precio convenido lleva en sí una proposición, u oferta, y, por su parte, el arrendador, al ejercitar el derecho de tanteo y participarlo así al

arrendatario, acepta aquella proposición, es decir, oferta aceptada en los términos y aspectos que expresa y contiene el citado artículo 35 de la Ley especial, ya que el acta notarial en la que se exterioriza aquélla no es más que una simple notificación en cuanto pretende hacer llegar al oferente la aceptación de su propuesta y por eso, cuando la sentencia recurrida afirma que ello quedó limitado y condicionado por la introducción de un elemento nuevo, cual era que la entrega material y libre del local se realizara en determinado día, se comete una infracción del artículo 35 de la Ley de arrendamientos urbanos, así como de los 1.262, 1.254, 1.258 y concordantes del Código civil, citados como básicos en los motivos segundo y cuarto del escrito de formalización, y ello porque aquel requerimiento hecho por la arrendadora en cuanto al momento de entrega no lleva en sí una limitación o condición a la voluntad de tantear, sino que constituye en todo caso un momento de la fase ejecutiva del negocio, pero quedando a salvo siempre, en cuanto al negocio jurídico del tanteo, una perfección de éste, en cuanto ha surgido un consentimiento producido por la coincidencia de las dos declaraciones de voluntad recíprocas y sucesivas de las partes que han generado el acto jurídico bilateral, o sean, la proposición y la aceptación, y como el concurso de una y otra da lugar al consentimiento, y éste es el que perfecciona el contrato, según el artículo 1.262, ya mencionado, se hace evidente que la voluntad de la arrendadora fué la de aceptar plenamente el tanteo perfeccionando el negocio adquisitivo autorizado por el artículo 35 de la Ley arrendaticia urbana, por lo que en este caso no existe un problema de perfección del negocio, que resulta clara, sino una imposición unilateral en el aspecto de ejecución, que no afecta al primero, porque ni el uso de aquel derecho vincula al arrendador y al arrendatario, al ser aceptado por el primero con la única finalidad de subrogarse (*sic*), ello lleva en sí la categoría de un acto propio (*sic*), que, una vez realizado, no puede ser dejado sin efecto por la sola voluntad de una de las partes el cumplimiento de aquel negocio ante la terminante prescripción del artículo 1.256 del Código civil, y, como ello se ha desconocido en la sentencia que se recurre, es evidente que se viola dicho precepto legal, así como la doctrina legal en que se ampara el motivo tercero, que, al igual que los segundo y cuarto, debe aceptarse, sin que sea necesario penetrar en el estudio del primero.

«Considerando (2.º) que, ante la estimación del recurso formalizado, queda obligado este Tribunal a situarse en el terreno del juzgador de instancia, y, en tal aspecto, y perfeccionado el contrato de cesión en el modo y forma expuesto anteriormente, la retirada por la parte arrendadora del precio del traspaso que obraba en poder del Notario en nada puede afectar al derecho del arrendatario, porque ya tiene establecido esta Sala que cuando el arrendador ejercita el derecho mencionado aceptando la oferta hecha por el arrendatario, el contrato que se celebra no es ningún contrato preliminar, sino el definitivo de traspaso del local de negocio arrendado hecho en favor del primero, y en cuya virtud queda el segundo obligado a entregarle el local—sentencia, entre otras, de 24 de marzo de 1953—, y como esto no puede quedar destruido por un acto unilateral del arrendador, máxime en el presente caso, en el que por la parte arrendataria no se puso obstáculo alguno a entregar el local en su momento oportuno, y no antes, ante la imposibilidad material de hacerlo, y así quedó constancia en el acta notarial para conocimiento de la propiedad, se hace indudable que ha de cumplirse lo que constituye esencia del ejercicio del derecho de tanteo, que no es otra que la reunión en el propietario de los derechos que sobre el local tenía cedidos por el contrato de arrendamiento, quedando éste resuelto, precisamente,

el día 15 de diciembre de 1962, fecha de la aceptación por la arrendadora de aquel derecho de tanteo, por todo lo cual ha de accederse a lo suplicado en el escrito de demanda, no sólo en cuanto al mismo, sino también en el particular de los daños producidos, al amparo de los artículos 1.101 y 1.108 del Código civil, ya que, versando el litigio, en uno de sus aspectos, sobre reclamación de una cantidad dineraria líquida y fija y determinada en compensación de la cesión realizada, han de serle aplicados aquellos preceptos».

SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1965.—*Arrendamiento de local de negocio: resolución del contrato por traspaso ilegal (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 114, causa 5.ª): prueba del hecho del traspaso: bastan las presunciones.*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la pretensión de resolución del contrato.

«Considerando (2.º) que ... sin que ... resulte eficaz a tales efectos (de impugnación de la realidad del traspaso estimada por la Sala *a qua*), como pretende el ... (recurrente), acreditar los requisitos esenciales necesarios para la eficacia o validez del contrato de cesión o traspaso, por cuanto en esta clase de juicios es indudable, y así lo tiene declarado esta Sala en multitud de resoluciones, que en la mayoría de los casos no puede darse la prueba directa y documental que advere tal hecho, sino que hay que llegar a la convicción (de la existencia) del mismo por medios indirectos, sumando de este modo la realidad jurídica, y principalmente moral, con la imposibilidad material de acreditarlo documentalmente, y, por eso, para deducir (*rectius*, "inducir") la existencia de un traspaso ha de acudir a la prueba de presunciones ..., no exigiéndose al propietario una prueba minuciosa o detallada de ello, y es por todo esto por lo que resulta intrascendente aquella fundamentación que, en relación con los artículos 1.261, 1.274 y 1.275 del Código civil, se contiene en los motivos primero y segundo...»

SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1965.—*Arrendamiento de local de negocio: resolución del contrato por traspaso ilegal (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 114, causa 5.ª): prueba del traspaso: se infiere de la presencia en el local de un tercero sin justificación.*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por la arrendadora demandante) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia, que desestimara la pretensión de resolución del contrato, y dando lugar a tal resolución.

«Considerando (2.º) que ..., declarada probada, sin impugnación eficaz, la presencia en el local arrendado del demandado, señor G. L., sin estar justificada su actuación en aquel sitio, no es inverosímil ni está falto de lógica que obedezca a traspaso ilegal, tesis de la sentencia recurrida...»

SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1965.—«*Local destinado a escritorio, oficinas*»: «*equiparado a vivienda a efectos legales*» (*Ley de arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946, texto articulado publicado por Orden de 21 de marzo de 1947, artículo 10, primer párrafo, y de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 5.º segundo párrafo «a contrario sensu»*). Subrogación al fallecimiento del arrendatario contractual: *no asiste tal derecho a su heredero (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, citada, artículo 58, 1); ni puede considerarse consentida por el arrendador, aunque el heredero del arrendatario fallecido le manifestara su propósito de subrogarse y después le fueran pasados al cobro recibos a nombre de su causante.*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (heredero del arrendatario fallecido) contra la sentencia dictada por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia y estimando la demanda de resolución de contrato interpuesta por la arrendadora.

«Considerando (2.º) que, estipulado en el contrato litigioso que el local arrendado se dedicará exclusivamente al ejercicio de la profesión de Notario, que el arrendatario ejercía, la calificación jurídica del objeto arrendado y efectos del vínculo en el orden legal ha de derivarse, conforme al texto del artículo 1.º de la Ley de arrendamientos urbanos, del destino asignado, sin que los contratantes puedan alterar su índole o concepción, porque no sólo iría contra la doctrina ya consagrada [de] que la naturaleza de los contratos depende de su contenido y no del nombre que les den las partes, sino que además implicaría variar la propia Ley al definir las fincas urbanas en sus distintas acepciones de "local de negocio" y "vivienda" a efectos de la relación arrendaticia que regula, lo que pone de relieve la intrascendencia e ineficacia de los motivos tercero y cuarto del recurso, donde se denuncia la infracción de los artículos 4.º, 1.255, 1.258 y 1.281 y siguientes del Código civil, porque la calificación legal de un contrato no es un derecho o facultad de las partes, y lo que el artículo 4.º reconoce susceptible de renuncia son los derechos reconocidos por la legislación al tiempo de realizarse, de donde resulta innocua y sin valor alguno la estimación dada por las partes de "local de negocio" en contra de lo que el precepto legal dispone, ni tiene aplicación en este caso lo dispuesto en los artículos 1.255 y 1.258, ya que la estipulación cuya validez se pretende imponer, de calificación de "local de negocio", sale del [ámbito del poder] dispositivo de las partes por no tratarse de derecho privado incorporado a su patrimonio, y, por ende, hay que reconocer que el contrato ha sido bien calificado e interpretado correctamente por la sentencia recurrida, por lo que ambos motivos han de perecer.

«Considerando (3.º) que, mantenido que lo arrendado fué un local destinado a oficina, equiparado a vivienda a efectos legales, sin que haya servido de morada al arrendatario con sus familiares, es indudable que no le asiste al heredero derecho en la continuación de la relación arrendaticia, pues la subrogación se da en los casos de inquilinato cuando los parientes hubieran convivido con el titular, supuesto que aquí no acaece, ni tampoco el de defensa del patrimonio empresarial cuando se trata de "local de negocio", pues lo arrendado se utilizaba sólo para el ejercicio de una profesión de carácter personal y, por tanto, intransferible. y de aquí que, al no hallarse en ninguno de los dos supuestos previstos en los artículos 58 y 60 de la Ley, la sentencia no ha incidido en su contravención, como se denuncia en el motivo quinto, que ha de perecer, y lo mismo el

sexto, con base en la teoría de los "actos propios", pues no existe acto jurídica alguno definidor de una actuación del actor contraria a la del ejercicio de la presente acción, en cuyo supuesto descansa tal doctrina.

«Considerando (1.º) que ni la carta del hijo del arrendatario fallecido dirigida al arrendador manifestándole su propósito de sustituir al padre en el uso del local ni el cobro de recibos de renta extendidos a nombre del arrendatario fallecido implican consentimiento a la subrogación por parte del arrendador, pues no existe manifestación expresa que así lo revele, ni tácita, ya que no hay dato alguno que de modo inequívoco demuestre tal propósito, y, con respecto al pago de renta por el heredero y su aceptación, es la efectividad o cumplimiento de una contraprestación que subsiste mientras se retenga la posesión de la cosa, por lo que no se puede decir con base en los documentos invocados, que la sentencia recurrida se ha equivocado al afirmar que queda indemostrado el consentimiento a la subrogación pretendida, por lo que el motivo primero, que así lo denuncia, se ha de rechazar, y lo mismo el segundo, ya que la novación subjetiva sólo es viable en el orden legal a virtud de la conformidad cierta e indudable del acreedor en la sustitución del deudor o en la aprobación del pago hecho por un tercero, supuesto que aquí no acaece porque el heredero no es tercero hasta que se liquide la posesión arrendaticia que el padre ostentaba y termina con su fallecimiento, todo lo cual hace ver la sinrazón del motivo al sostener que se ha operado una novación subjetiva que la sentencia no ha reconocido».

SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1965.—*Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio: obras no consentidas modificativas de la configuración (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 114, causa 7.ª): «consentimiento implícito o tácito» del arrendador; por «causa de notoria incomodidad» (Ley de arrendamientos urbanos, citada, causa 8.ª): características de tales actividades.*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los actores (arrendadores) contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera a la demandada (arrendataria).

«Considerando (1.º) que la sentencia recurrida rechaza la resolución del contrato, solicitada con base en obras inconsistentes modificativas de la configuración, por estimar que la autorización dada por la propiedad para modificar la fachada, configurándola con tres aberturas, comprende también, de modo implícito, las que declara realizadas en el interior del local arrendado, realidad del consentimiento implícito o tácito que deduce de un conjunto de hechos base, a saber: el destino del local, dedicado a la venta de comestibles, para cuyo desenvolvimiento constituye un obstáculo la innecesaria subsistencia de la cocina y despensa, venir impuesto el derribo del despacho y corredor por las dimensiones que el dueño dió a la segunda y tercera de las aberturas por él autorizadas, y el haber dicho dueño vigilado la ejecución de las obras e incluso haciendo indicaciones sobre ellas, sin haber mostrado su disconformidad hasta transcurridos más de diez años, y como los hechos base establecidos por el juzgador para fundar su deducción no están expresamente contradichos por los documentos y dictamen pericial que se citan, y la deducción es de la apreciación

de la Sala de instancia, con la única limitación de que no sea ilógica, lo que aquí no acontece, se han de desestimar los tres primeros motivos del recurso.

«Considerando (2.º) que en la demanda se alegó, y se reitera en el cuarto y último motivo, que la arrendataria ocupa como almacén de sus mercancías la escalera general del inmueble y su vestibulo, manteniendo cerrada la puerta de acceso, impidiendo su utilización no sólo al otro inquilino del inmueble, sino también a las demás personas que pudieran necesitar subir a los pisos. lo cual constituye, a juicio de los recurrentes, la notoria incomodidad determinante de la resolución del contrato, pero declarado en la sentencia, sin impugnación en el recurso, que los demás ocupantes de la finca cuentan con accesos propios, que la única usuaria de todo ello es la arrendataria demandada, y que el arrendador incluye en lo arrendado dicha escalera general y su vestibulo, es llano que la Sala sentenciadora, al rechazar la pretensión resolutoria deducida por tal motivo, no infringe el artículo 114, causa 8.ª de la Ley de arrendamientos urbanos, cuya aplicación requiere que las actividades incómodas que tengan lugar en el interior de la vivienda o local de negocio repercutan o trasciendan fuera del mismo, produciendo molestias a terceras personas que habiten o hayan de permanecer en algún local del inmueble, supuesto que no es el de autos, toda vez que la "incomodidad" denunciada se hace consistir en la ocasionada a terceros con motivo de la eventual utilización por ellos de la misma cosa cuyo uso exclusivo lo tiene la demandada, procediendo, en consecuencia, desestimar también el motivo examinado. »

SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1965 — *Resolución de contrato: por realización de obras por el arrendatario (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 114, causa 7.ª): consentimiento del arrendador: «autorización implícita» después de realizadas las obras.*

Estima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda (del arrendador) de resolución del contrato

«Considerando (único) que en el primer motivo del recurso, amparado en la causa 3.ª del artículo 136, por infracción de las normas que regulan las presunciones, se ataca, entre otras, la apreciación de la Sala de que la firma del contrato en 2 de enero de 1963, con efectos de 1 de marzo anterior, en que se convino verbalmente, no supone autorización de las obras, conocidas y llevadas a cabo en ese intermedio de tiempo, motivo que entraña el problema de si es lógica tal deducción de la Sala, y no puede menos de apreciarse que, si, conocidas las obras, se da forma escrita al contrato, lo que se hace es convalidar y ratificar las mismas, aceptando el estado de hecho de la finca al tiempo de dar estado formal al contrato verbal, convalidando lo actuado por el arrendatario hasta la fecha en que se da forma escrita al contrato, pues, de querer la resolución, basta con entablar la acción para conseguirla, por lo que ha de apreciarse que la reiteración por escrito del contrato, en fecha posterior a la realización de las obras conocidas, entraña una autorización implícita de las mismas, autorización que priva al actor de la acción resolutoria, por lo que, no estimándose acertada la deducción de la sentencia recurrida, se hace preciso la estimación de este motivo del recurso, y con ella la del mismo, sin necesidad de especial estudio de

las otras causas de impugnación de la sentencia, procediendo, en su consecuencia, dejar sin efecto la sentencia recurrida y, revocando la del Juzgado, declarar en su lugar la no procedencia de la acción entablada y con ello la absolución del demandado...»

SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1965.—*Resolución del contrato: por realización de obras por el arrendatario (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955. texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 114, causa 7.ª): consentimiento del arrendador: arrendador usufructuario*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el actor (arrendador) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera al arrendatario de la demanda de resolución del contrato.

«Considerando (2.º) que en el motivo tercero y último, con cita del artículo 487 del Código civil, se alega que cualquier consentimiento o autorización otorgada por la fallecida arrendadora usufructuaria para la ejecución de obras modificativas de la configuración carece de valor si no está respaldada por el nudo propietario, mas tal tema constituye una cuestión nueva, por haber sido suscitada con posterioridad al período expositivo del pleito, ya que lo que en el mismo se discutió fué la existencia de tal autorización o consentimiento, no la de su eficacia y virtualidad, lo que obliga a rechazar el motivo examinado y, consiguientemente, el recurso, que se reputa temerario a efectos de costas».

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1965.—*Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio: por traspaso prohibido: no existe traspaso cuando la explotación del negocio instalado en el local arrendado conjuntamente por el titular arrendatario y otros en comunidad era conocida antes del contrato por la arrendadora.*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesta por la demandante (arrendadora) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por los supuestos cesionarios demandados) revocando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda y declarara la resolución del contrato por traspaso.

«Considerando (2.º) que, en cuanto al primer motivo amparado en la causa 3.ª del artículo 136, por violación de los artículos 1.225 y 1.227 del Código, que, estimada la existencia del convenio de comunidad entre los demandados (sucesor *mortis causa* del arrendatario y supuestos cesionarios) desde antes de la ocupación del local, por apreciación conjunta de las pruebas, en nada pueden haberse infringido los artículos que cita en el motivo, puesto que los documentos privados no dieron vida al convenio entre los demandados, sino que consignaron un pacto anterior que existió en cuanto se dieron los requisitos esenciales para su nacimiento, sin perjuicio de la fecha en que se hiciera por escrito, por lo que se desestima el motivo.

«Considerando (3.º) que, en cuanto al tercer motivo, amparado en igual causa del artículo 136, por violación del 1.253 del Código y jurisprudencia que cita, de la realidad que (la Sala) estima probada de la comunidad entre los demandados,

tanto para las obras e instalaciones como para el desenvolvimiento del negocio, de su no clandestinidad consignándola en documento público, de la aceptación (por la arrendadora) de pagos hechos por persona integrada en la comunidad y distinta del titular individual del contrato escrito, unidas a los concretos hechos del conocimiento de la actora (arrendadora) de las obras en el local, su importancia y personas que las hacían, así como de la organización del negocio desde su inicio, antes de la ocupación del local, que (la arrendadora) conoció por el arrendatario fallecido y sus familiares, hacen a la Sala deducir que la arrendadora consintió en la explotación conjunta de los locales, por dicha comunidad, antes que fueran ocupados, y si bien cada hecho aislado podría no ser bastante para hacer lógica la deducción, la conducta de la actora (arrendadora) que todos integran hace razonable presumir que si todas las condiciones en que el negocio se iba a explotar fueron conocidas antes de formalizar el contrato, el que (éste) se llevara a efecto supone que aceptó que explotara la comunidad, y por tal no han surgido después mutaciones en los elementos personales que dieron comienzo a la ejecución del contrato, y que por tal no se ha producido traspaso posterior, por lo que ha de apreciarse acertada la conclusión de la sentencia recurrida y desestimar el motivo...»

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1965.—Excepciones a la prórroga: por derribo del inmueble para nueva edificación: derecho de retorno del arrendatario de local de negocio: carece de él el titular contractual que, después de habérselo reservado y de haber desalojado el inmueble, una sentencia firme declara cedió anteriormente su derecho de arrendamiento a un tercero, aunque tal sentencia le absuelva de la pretensión del arrendador de resolución del contrato.

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el actor (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera a la arrendadora de la demanda sobre declaración de subsistencia del contrato de arrendamiento y el derecho de retorno.

«Considerando (1.º) que, por la fuerza especial que en este pleito tiene el tema de la presunción de cosa juzgada, en orden al retorno pretendido, ha de tratarse preferentemente, y a este efecto se ha de significar que en procedimiento anterior sobre resolución de contrato arrendaticio, entre las mismas partes, se dictó sentencia por este Alto Tribunal con fecha 21 de octubre de 1960, en la que se hace constar que en el año 1945, a virtud de la aportación del negocio comercial que se llevaba en el local arrendado por el titular arrendaticio a una sociedad mercantil, se había traspasado el derecho de uso, aunque sin trascendencia a los efectos resolutorios interesados, por haberse hecho la cesión conforme a las disposiciones vigentes a la sazón, por lo que se desestimó la demanda, y estas declaraciones básicas, presupuesto determinante del fallo por el que se mantiene a la sociedad en legítima posesión del local por subrogación en los derechos del cedente, tienen en el orden jurídico fuerza vinculante, sin que sea dable renovarlas en juicios ulteriores para provocar efectos jurídicos distintos, porque la razón o fuerza de obligar de la sentencia radica en los fundamentos de hecho y Derecho que sirven de exponente a la parte dispositiva, y de no ser así se convertiría en letra muerta el dispositivo del artículo 1.252 del Código civil, conforme al cual ha de mantenerse como verdad legal los pro-

nunciamientos de la sentencia, todo lo cual lleva a desestimar el motivo primero del recurso, donde ataca la cosa juzgada excepcionada y estimada por la sentencia recurrida, pues de prosperar la tesis del recurso se daría el absurdo de hacer resurgir a la vida del Derecho el contrato a favor de un sujeto para el que quedó liquidado y ultimado por sentencia ejecutoria.

«Considerando (2.º) que ... en todo caso, siempre estaría como razón obstativa de la demanda la declaración hecha por sentencia anterior, que el actor no es arrendatario del local cuyo retorno postula, requisito inexcusable para que se dé tal derecho, y ... porque, en todo caso, se llegaría a la conclusión final de que al actor no le asiste el derecho de retorno sobre que se litiga».

SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1965.—*Resolución del contrato por realización de obras por el arrendatario sin consentimiento del arrendador (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 114, causa 7.ª): adecuación de los locales al fin y destino para el que fueron arrendados.*

Estima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la demandante (arrendadora) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por la arrendataria demandada) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de resolución del contrato.

«Considerando (1.º) que sobre la base, como afirma la sentencia recurrida, de que los locales, aunque arrendados en distinta fecha, forman una unidad contractual, por el fin de destino a igual explotación industrial, y que cinco años después del negocio se han llevado a cabo obras que afectan a la configuración, en cuyos extremos no presenta duda alguna el recurso, la pugna surge (acerca de) si las obras modificativas eran necesarias para adecuar los locales a la finalidad locativa y están realizadas en tiempo oportuno, como sostiene la sentencia recurrida para desestimar la acción resolutoria ejercitada; y a este respecto se ha de exponer, como médula y entraña del tema litigioso que el número 7.º del artículo 114 de la Ley de arrendamientos urbanos establece como causa de resolución del contrato arrendaticio la efectuación de obras sin el consentimiento del arrendador que modifiquen la configuración, precepto interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que todo contrato lleva implícita la autorización para adaptar el local al destino pactado, porque sería absurdo entregarlo para un determinado uso sin reunir condiciones para ello, pero bien entendido que este consentimiento tácito, o implícito, alcanza sólo a las obras de adaptación para la puesta en marcha, pero sin que se extienda a las sobrevenidas para el mejor desarrollo o amplitud, porque entonces se convertiría en letra muerta la prohibición legal de realizar obras sin consentimiento expreso o tácito, dado en defensa de los derechos de la propiedad, ya que, por naturaleza, el contrato de arrendamiento sólo comprende el derecho de uso o disfrute, y, al no entenderlo de esta forma la sentencia recurrida, es indudable que ha interpretado erróneamente la copiosa doctrina jurisprudencial dictada al efecto, entre las que cuentan las sentencias que se citan en el motivo primero del recurso (de 27 de abril de 1960, 30 de octubre de 1963 y 10 de junio de 1963) que se dan por infringidas a la par del referido apartado 7.º del artículo 114 de la Ley, por lo que se ha de acoger el motivo primero...»

SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1965.—*Arrendamiento de industria: novación del contrato para convertirlo en arrendamiento de local de negocio: exigencia y aceptación de incrementos de cuotas impositivas al amparo de la Ley de arrendamientos urbanos.*

Desestima (con costas) el «recurso de casación por infracción de ley» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que diera lugar al desahucio por terminación del plazo contractual de duración del contrato de arrendamiento de industria.

«Considerando (1º) que los dos motivos del recurso se dirigen a impugnar, mediante distintos cauces procesales, la desestimación por la sentencia recurrida de la existencia de una novación del contrato de arrendamiento de industria, operada por la repercusión efectuada por el arrendador de impuestos, por cuantía de tres pesetas setenta y cinco céntimos mensuales, notificada mediante carta al arrendatario y abonada por éste, al ser incrementada dicha suma en los recibos de la renta »

«Considerando (2º) que el primero de los motivos articulados, con amparo en el número 1º del artículo 1. 692 de la Ley de trámites, plantea la alegada cuestión dentro del terreno jurídico, partiendo del hecho antes afirmado, citando como infringido, por interpretación errónea, el artículo 1.203 del Código civil. . a lo que cabe añadir que es requisito indispensable, conforme a la doctrina de esta Sala, para que se opere la novación de la obligación, que conste de manera clara y terminante el *animus novandi*, que no puede deducirse de meras suposiciones o conjeturas (sentencias de 20 de enero y 17 de octubre de 1953). y, al tratar de deducir el consentimiento en este sentido, no de un pacto expreso, sino de un hecho, éste habría de tener la relevancia precisa para evidenciar una renuncia de derechos, que no cabe presumir sino en el caso de incompatibilidad entre las dos obligaciones contrapuestas, en armonía a sentencias de 5 de diciembre de 1919 y 9 de abril de 1957 y, concretamente, respecto al contrato de arrendamiento, la simple alteración de la renta no determina necesariamente la novación del contrato, conforme a la sentencia de 24 de septiembre de 1953, mucho más cuando afecta al esencial elemento de la naturaleza del objeto del arrendamiento; por último, la sentencia de 26 de junio de 1951 deniega que la elevación del 40 por 100 de la renta dé lugar a la novación del contrato, pues para ello sería necesario que tal acto tuviera el designio de modificar o alterar algún derecho existente, doctrina que, aplicada al caso debatido, ha de conducir a la afirmación que la repercusión de impuestos al arrendatario, ya pactada en suma en la cláusula de las cláusulas (*sic*) del contrato, sea cualquiera su procedencia y el procedimiento seguido para tales repercusiones, nunca puede dar lugar a la novación del contrato de arrendamiento, sustituyendo la naturaleza del objeto del mismo, en la que el recurrente pretende ampararse para enervar la acción de desahucio que se ejercita...»

JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ,

Abogado.

Profesor Ayudante de Derecho Procesal.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

I. LA ADMINISTRACION Y EL DERECHO

1. FUENTES DEL DERECHO.

A) *Concepto de disposición de carácter general.*

a) *No es disposición general la comunicación que recuerda la vigencia de preceptos preexistentes.*

SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1965.

«Por lo que hace al segundo de los pedimentos de la demanda, esto es, que se declare no ser conforme a derecho la resolución de la Dirección General de Empleo de 18 de septiembre de 1959, por no tener su publicación oficial, según exige el artículo 1.º del Código civil, fácil es su desestimación si tenemos presente que no se trata de una norma de carácter general, vinculatoria para todos los ciudadanos, sino una simple comunicación recordatoria de lo dispuesto en el artículo 111 del Reglamento de Emigración de 20 de diciembre de 1924, a las entidades navieras a quienes pudiera afectar, entre ellas a la recurrente, la cual a su tiempo se dió por notificada, según expresamente ha reconocido, por lo que cumplidos los requisitos del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, esta notificación debe producir todos sus efectos, y hoy no le es válido al recurrente ir contra sus propios actos, impugnando un acuerdo que a su tiempo aceptó sin objeción».

b) *Lo es, en cambio, una Circular que afecta no sólo a un Servicio, sino también a los funcionarios que lo prestan, señalándoles cometidos y obligaciones.*

Su impugnación.

SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1965.

«Dicha Circular, por cuanto señala normas para la realización de estos servicios con proyección a toda la nación, es, sin duda alguna, una disposición administrativa de carácter general, que afecta no sólo al servicio, sino a los funcionarios que lo prestan, señalándoles atribuciones y asignándoles cometidos que pueden o no estar ajustados al Ordenamiento jurídico; con lo que se evidencia que tal Orden tiene un contenido típicamente impugnabile ante la jerarquía administrativa y revisable en vía contenciosa jurisdiccional.

El artículo 28/B de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa vigente, concede legitimación para impugnar las disposiciones de ca-

rácter general de la Administración, a las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho público, y a «cuantas Entidades ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o Corporativa», «cuando las disposiciones de carácter general afecten a los mismos.

Partiendo de las dos premisas afirmadas en los anteriores Considerandos, a saber: 1.º que la Orden impugnada es una resolución de carácter general que señala deberes y concede o cercena atribuciones que afectan a los intereses de todos los Ayuntamientos de Obras Públicas, funcionarios; 2.º que esta clase de disposiciones pueden ser impugnadas con perfecta legitimación jurídica por las Entidades que ostentan la representación de intereses corporativos, queda reducido el problema litigioso a determinar si la Asociación de Ayudantes de Obras Públicas, recurrente, es entidad que ostenta la representación corporativa de los Ayudantes de Obras Públicas, como funcionarios del Estado.

Constituida legalmente dicha Asociación en el año 1906, de conformidad con la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887, integrada a tenor del artículo 2.º de sus Estatutos por «Ayudantes de Obras Públicas en activo servicio, excedentes y jubilados», figurando entre sus finalidades "la defensa constante y decidida de los intereses de sus socios en cuanto se relaciona con la carrera a que pertenecen"; confirmada dicha Asociación en su funcionamiento como Asociación de Funcionarios por la Real Orden de 24 de octubre de 1918, "con plena personalidad jurídica" a los fines de "defensa de todos los derechos y atribuciones personales" de sus asociados "y gestionar las mejoras convenientes a sus intereses materiales", es indudable que tiene la representación corporativa de los Ayudantes de Obras Públicas, funcionarios, y que esta personalidad, que no ha sido abrogada por ninguna disposición posterior, continúa en vigencia con la plenitud de unas atribuciones que no cabe desconocer por estimarlas en pugna con las concepciones jurídicas del nuevo Estado, toda vez que las situaciones de derecho creadas al amparo de las Leyes no pierden virtualidad por más o menos hipotéticas evoluciones doctrinales sino por concretas disposiciones emanadas del Poder público o de autoridad competente.

Ni el Reglamento orgánico del Cuerpo de Ayudantes de Obras Públicas de 23 de noviembre de 1956 ni la creación del Colegio de Ayudantes de Obras Públicas de 12 de marzo de 1959 han introducido modificación alguna en el *status* jurídico de la antigua Asociación recurrente, que continúa con plena personalidad jurídica en orden a sus fines estatutarios y que consiguientemente está legitimada para contender con la Administración en situación análoga a la contemplada en la sentencia de esta Sala de 12 de mayo de este mismo año, que reconoció al Colegio de Secretarios judiciales legitimación para impugnar una Orden de carácter general emanada del Ministerio de Justicia».

B) Impugnación.

Legitimación necesaria. Concepto de Entidad representativa (véase, además de la que sigue, la sentencia anterior).

SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1965.

«El apartado b) del número 1 del artículo 28 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece que estarán legitimados "si el recurso tuviera por objeto la impugnación directa de disposiciones de carácter

general de la Administración Central, las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho público y cuantas Entidades ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativos, siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los mismos", y en base de este precepto es claro y preciso que esta legitimación para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y en su caso la anulación de los actos y disposiciones de la Administración, se atribuye a las Corporaciones que ostentan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativos, pero bien entendido que esa representación ha de ser de plena generalidad, ya afecte intrínsecamente a la profesionalidad cuyos intereses se intentan defender o al ámbito territorial de sus facultades representativas, y esto sentado es claro e indiscutible que, por lo que atañe al caso que nos ocupa, el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Madrid, que, como su nombre indica, limita la esfera de su actividad de representación a los colegiados afectos a aquél, dentro de sus límites territoriales no ostenta ni puede ostentar la defensa de los intereses de todos los Ingenieros Industriales de España, ya que en otro caso faltaría la necesaria casación entre los intereses presuntamente lesionados y los Organismos capacitados para representarlos en esta especial legitimación *ad causam*.

La jurisprudencia de esta Sala en casos no idénticos por referirse a Corporaciones de distinta naturaleza, pero sí de evidente analogía en lo esencial, ha dictado resoluciones en el sentido y con el criterio expuesto por medio de sus sentidos de 16 de abril de 1961 y 12 de mayo de 1964, denegando la legitimación activa a Grupos Sindicales Locales para recurrir contra disposiciones de carácter general.

Al estar naturalmente atribuida a la entidad recurrente la defensa de intereses de límite provincial o regional sin relación adecuada al ámbito nacional de la disposición impugnada, y ser, en este marco, quien ostenta la representación el Consejo Superior de Colegios de Ingenieros Industriales de España, de ámbito nacional, y cuya existencia consta en autos, es evidente la carencia de legitimación activa de la entidad recurrente, y ello tanto más cuanto que el criterio contrario conduciría a la posibilidad absurda, y por absurda rechazable, de que por una entidad regional se impugnase una disposición general que se hubiera consentido por las otras o se entendieran beneficiosas o justas por las entidades de análoga clase radicantes en otras regiones».

C) Interpretación.

a) *No puede desconectarse de los preceptos de rango superior (Jerarquía de normas).*

SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1965.

«Es obligado, en exacta hermenéutica, no desconectar, en su interpretación, los preceptos reglamentarios de la normativa legal que desenvuelven, a fin de evitarse el que se pueda llegar a criterios por los cuales el Reglamento resulte modificativo de la Ley, pues sería infringir el principio general del orden jerárquico de las normas que recoge la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en sus artículos 23 y 26. Ello sentado, ha de tenerse en cuenta, en primer término, que la facultad de policía de las aguas y sus cauces, a que

se refiere el ya mencionado artículo 226 de la Ley aludida, se refiere al ejercicio *discrecional* administrativo, porque se establece "para dictar las disposiciones necesarias el buen orden en el uso y aprovechamiento", sin limitaciones que puedan acortar la libre estimación, individual y casuística, de lo que, en cada momento, proceda hacer. Por tanto, no se puede aceptar, como pretende la parte recurrente, que las dos citadas reglas reglamentarias obliguen siempre a una inevitable demolición, sino que estas normas, amplias y genéricas, hay que subordinarlas a cualquier medida previa que la Administración aprecie como pertinente ante las circunstancias de cada caso, que es lo que aquí se ha hecho, sin que pueda establecerse puridad con lo que se haya realizado gubernativamente en ocasiones resueltas por anteriores sentencias de esta Sala, alegados por la parte, dadas las distintas resultancias concurrentes en cada una de ellas y todas con radical diferencia de lo que ahora se enjuicia».

b) *Concepto de interpretación auténtica.*

SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1965.

«Si la cuestión planteada en esta litis es, como dice la Administración en la disposición recurrida y como reconoce también la Sociedad demandante, un problema de interpretación de normas, preciso es convenir en que llegada la pretensión de dicha empresa en su última etapa de tramitación administrativa hasta el Ministerio de Trabajo lo resuelto por él implica una interpretación de las normas aludidas que hay que estimar auténtica, en cuanto está formulada por el mismo órgano emisor de las normas sobre las que se discute, modalidad de interpretación a la cual debe concederse por ello el valor especial que arranca de la apuntada identidad de origen en la norma y de su exégesis».

c) *No puede prevalecer la administrativa, sino la judicial.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO —SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1965.

«Procede mantener la interpretación dada a los preceptos aplicables por la doctrina jurisprudencial, frente a la cual no puede prevalecer la que produzca administrativamente un Departamento ministerial ni el propio Consejo Supremo de Justicia Militar, pues tanto la de aquél como las acordadas en ésta no tienen fuerza de obligar a los Tribunales, y menos si éstos se han pronunciado ya sobre la materia de que se trata».

D) *Jurisprudencia.*

Principio de unidad de doctrina.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO —SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1965 (Ar, número 2.559. Reitera, como en las de 23 y 30 de marzo de 1965, Ar., números 1.762 y 1.823).

«En obligado respecto al principio de unidad de doctrina resulta imperativo cuando se enjuicia una litis cuyos antecedentes fácticos y problemas jurídicos

guarden estrecha semejanza con los de otro recurso anteriormente fallado reiterar el criterio que inspiró su decisión».

E) Precedentes.

No son fuentes de Derecho.

Véase la sentencia clasificada en I, 1, C, c), y la que sigue.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.400).

«La actuación de esta jurisdicción se contrae a examinar el acto administrativo recurrido, y en ejercicio de su función revisora apreciar si es conforme a derecho o ha incurrido en alguna infracción del Ordenamiento jurídico aplicable a la materia sobre la que tal acto versa, según doctrina constante mantenida, no pudiendo a ese efecto tomarse en consideración lo que la Administración hubiese resuelto en otros casos».

2. ACTOS ADMINISTRATIVOS.

A) Concepto amplio y estricto de acto administrativo.

SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1965.

«Si bien en el más amplio concepto de los actos administrativos cabe entender como incluidas en tal definición las actuaciones de la Administración del Estado en cualquiera de sus actividades, de pura gestión de patrimonio, en el conocidísimo y técnico sentido admitido en la expresión francesa, alemana, italiana y española, se ciñe a la significación de las resoluciones y decisiones de las autoridades administrativas en el ejercicio de las funciones y dentro de las atribuciones que les están conferidas y en relación con el fin en cuya razón legal se produce, por lo que es a la luz de esta precisa orientación como habrá de examinarse si las actuaciones preliminares cronológicamente que la parte actora entiende vinculantes para la Administración, tienen o no la condición necesaria de acto administrativo de resolución en derecho, para en su consecuencia decidir si los actos impugnados suponen o no contradicción y en consecuencia exigieren, para ser válidos, una previa declaración de lesividad que desarraigara y desvinculara su consecuencia para la actividad decisoria administrativa.

Basta la lectura del Servicio Nacional del Trigo de 24 de abril de 1959 y dirigido al Director General del Trabajo, como de la contestación de éste y sus términos, para comprender con claridad meridiana que no existe petición alguna ni resolución ninguna, sino tan sólo consulta, en ánimo, tanto por parte de quien la interesan como que quien produce su evacuación de dicha resolución ni creer acto decisorio de derechos, percibiéndose análoga estructura y expre-

sión en la solicitud consultiva a la Comisión interministerial, en el que el "conforme" que estampó en el texto de la consulta evacuada el Ministro Secretario de la Presidencia ni se refiere ni puede referirse más que a la conformidad con la opinión del órgano consultado, fuera o no ajustada a la norma aplicable, pero en ningún caso tiene ni intenta tener caracteres de acto administrativo creador de derecho, independientemente de la ostensible competencia para ello en lo que en ningún modo incurre, con lo que es visto la falta de carácter vinculante que por parte de los recurrentes se trata de esgrimir como afectante de vicio de nulidad esencial para el acto recurrido».

B) Discrecionalidad.

En la autorización para creación de un Banco Industrial.

SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1965.

«La cuestión objeto de resolución se concreta a decidir si la denegación por el Ministerio de Hacienda dé la autorización para crear un Banco Industrial llamado Banco de Córdoba y del Sur, S. A., es conforme a Derecho y si en su consecuencia el acuerdo denegatorio debe ser o no revocado.

La atribución de manera concreta del Ministerio de Hacienda de la autorización para la constitución de sociedades en las que se utilice la denominación de Banco o Banquero, conforme al artículo 2.º del Decreto de 9 de julio de 1948, en relación con el artículo 1.º del Decreto de 29 de noviembre de 1962, así como la doctrina que se proclama en las sentencias que se citan en los Vistos, llevan a la conclusión de que si bien la autorización para la creación de nuevas entidades bancarias, está subordinada a determinadas condiciones que los peticionarios o solicitantes deben reunir necesariamente la posibilidad de la autorización aludida es una facultad discrecional, según se deduce claramente, tanto de una interpretación gramatical como finalista de la normativa citada y sus concordantes.

En el supuesto enjuiciado, esta facultad discrecional ha sido ejercida, previos los informes preceptivos, habiéndose tenido en cuenta además los antecedentes y circunstancias, entre ellos todos aquellos datos susceptibles de repercusión económica, en la zona de la presunta actuación y que determinaron informe y propuesta negativa del Banco de España y del Consejo Superior Bancario, razones todas que obligan a reconocer que el acto administrativo impugnado ha sido dictado sin emitir la preceptiva vigente en la materia.

Si los actos discrecionales de la Administración en general aparecen sustraídos al control jurisdiccional, excepcionalmente quedan sometidos al mismo, en el supuesto de abuso o desviación de poder, y si bien es cierto que la jurisprudencia citada por el recurrente mantiene la doctrina de que "el poder discrecional radica en la posibilidad de elegir entre varias soluciones justas y adecuadas al fin pretendido", lo que implica "prohibición de la arbitrariedad, imponiendo a la Administración un comportamiento adecuado para cumplir la finalidad prevista por el Ordenamiento jurídico", es de notar que el propio recurrente reconoce la falta o ausencia de una prueba, que pudiera llevar a la conclusión de que en el caso que nos ocupa se había producido la aludida desviación, limitándose a una alusión a la prueba de presunciones, pero si se

tiene en cuenta que este medio probatorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.253 del Código civil, exige que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de reducir exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, es fácil establecer la conclusión, en este caso, de la ausencia de estos requisitos, tanto más cuanto que la presunción es, al contrario, la de la "legalidad del acto administrativo", con todas las consecuencias en orden al *sens brobandi* que se derivan de esta realidad».

C) *Concepto de error material o de hecho.*

No lo son los cometidos al valorar, clasificar o, en general, los que consisten en aplicación de normas jurídicas.

SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1965.

«No resulta probado que aquella primera resolución incurriera en el error material que se le atribuye, porque la estimación de si era procedente la clasificación de la indicada finca doce, en zona II del polígono, como en el expediente y Orden figuraba, y en zona III, como aparecían algunas otras fincas del mismo polígono en la referida Orden y la Administración sostuvo después que correspondía a la doce al rectificar dicha Orden en base a error que atribuye al proyecto de tasación conjunta que sirvió de fundamento y motivación a aquella y a que en el plano de clasificación de los terrenos figura enmarcada tal finca en zona III de menor valor unitario, no es ciertamente meramente material o de hecho, sino de clasificación y valoración».

D) *Naturaleza—administrativa o no administrativa—de los actos.*

a) *Cuestión laboral y no administrativa.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 1965 (Ar., número 2.556).

«De lo que se trata es de una cuestión surgida entre la empresa y dos de sus trabajadores que creen tener derecho al plus de distancia por la existente entre sus domicilios y el centro del trabajo, y ésa es una cuestión contenciosa en la rama social del derecho, y, por consiguiente, propia de la competencia de las Magistraturas de Trabajo y no de autoridades administrativas, según el artículo 1.º de la Ley de 17 de octubre de 1948 y 1.º de los Reglamentos de 4 de julio de 1958, hoy 17 de enero de 1963, sobre procedimiento laboral».

b) *Es siempre atribución de la jurisdicción contencioso-administrativa el examen de la competencia del órgano actuante.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 1965 (Ar., número 2.556).

«Esta jurisdicción carece de competencia para resolver sobre el fondo de los extremos expresados, porque es materia propia de la jurisdicción laboral,

pero, en cambio, tiene competencia para declarar la nulidad de los extremos combatidos de la resolución recurrida en cuanto en ésta se toman acuerdos que excedan de la competencia de la Dirección General de Empleo, y estén, por consiguiente, fuera de sus atribuciones».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 1965 (Ar., número 2.556).

«Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, sentada entre otras en las sentencias de 21 de abril y 23 de octubre de 1965 y las por en ellas citadas, que el Tribunal tiene siempre competencia para examinar y decidir si la Administración al dictar sus acuerdos observó o no los trámites esenciales, así como el acto administrativo está dentro de la órbita de las facultades del órgano que lo dictó, o si invade las atribuciones de otro, para en esos casos declarar la nulidad del expediente; nulidad a que debe darse preferencia en su examen, incluso de oficio».

E) *Inexistencia del acto administrativo impugnado.*

a) *Petición no formulada en vía administrativa.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1965 (Ar., número 2.981).

«No solicitado su abono en vía administrativa, esto es, en el recurso de reposición interpuesto contra los acuerdos del Jurado provincial recurridos, no cabe que el Tribunal se pronuncie respecto de una cuestión no planteada en aquella vía, por la potentísima razón de que no sometida a conocimiento de la Administración, no pudo generar el acto administrativo, que en su caso hubiera de ser revisado».

b) *Reposición y silencio administrativo. Resolución tardía. Su eficacia.*

Distintos fallos.

a') *Impugnación del acto tácito y su posterior confirmación expresa. Necesidad de impugnarla también.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIAS DE 29 DE MARZO Y 23 DE JUNIO DE 1965 (Ar., núms. 1.915 y 3.448).

«Nuestra Ley jurisdiccional, en el número 2 de su artículo 55 dispone que si el acto que decide el recurso de reposición reforma el impugnado precisamente contra él, ha de ser dirigido el recurso contencioso sin necesidad de nueva reposición es ello lógica de que la resolución reformada ha perdido su carácter de acto definitivo y ejecutorio para ser sustituido por un acto nuevo que es el que con exclusión de todo otro señala la materia sobre la que ha de pronun-

ciarse la vía jurisdiccional; de aquí la imprescindible necesidad de que el recurso contencioso se interponga contra este nuevo acto o se amplíe formalmente a él si es que fué interpuesto anteriormente bajo las normas reguladoras del silencio administrativo.

Que interpuestos los presentes recursos contenciosos acumulados contra la resolución del Ministro de la Vivienda de 18 de noviembre de 1961, reformada esta resolución, estimando parcialmente los recursos de reposición por nuevas resoluciones del propio Ministro el 15 y 26 marzo de 1963 y no ampliados los recursos jurisdiccionales a la impugnación de estos últimos actos administrativos falta en el presente litigio materia sobre la que pronunciarse esta Sala, ya que no puede hacerlo enjuiciando un acto que perdió su vigencia ni tampoco sobre estos otros actos nuevos que no han sido objeto del presente recurso.

Que la interposición del recurso contencioso está sujeta a normas formales establecidas en la Ley jurisdiccional y exige entre otros requisitos el anuncio mediante edictos en la prensa oficial, normas formales que no pueden suplirse, como pretenden los recurrentes, con extender la súplica o un escrito de demanda a la impugnación de esos nuevos actos administrativos contra los que previamente no se interpuso ni se amplió recurso jurisdiccional se incide por ello en la presente litis en causa de inadmisibilidad de conformidad con el apartado c) del artículo 82 en relación con el artículo 37, ambos de la Ley jurisdiccional, ya que el recurso no se ha dirigido contra el acto administrativo que decidió definitivamente sobre el fondo del asunto».

b') *Impugnación del acto tácito y posterior reforma del mismo. El recurso carece de objeto.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1965 (Ar., número 2.568).

«Que interpuesto por "C. H. B. S." recurso de reposición en 13 de enero de 1962 contra el acuerdo del Registro de la Propiedad Industrial, que concedió la marca "Bifilón", número 370.471, por entender que perjudicaba la suya, "Bbl-linol", número 146.230, inscrita anteriormente, dicho recurso no fué resuelto por el Registro, en el plazo de un año a partir de la fecha de su interposición, por lo que aquélla, "C. H. B.", inició el contencioso-administrativo el 12 de enero de 1963, último día hábil al efecto con arreglo al número 2 del artículo 58 de la Ley de la jurisdicción; en trámite este recurso contencioso, aparece del expediente administrativo, que el Registro resolvió favorablemente en 21 de enero de 1963 el recurso de reposición que "C. H. B." había interpuesto en 13 de enero de 1962, o sea, días después de expirar el plazo en que debía iniciar el contencioso, lo que hace observar el mismo recurrente a efectos de solicitar la imposición de las costas del recurso a la Administración por haber dado lugar, con su resolución tardía, a los gastos de un pleito innecesario que se evitarían si el Registro hubiera resuelto, como al fin lo hizo en sentido estimatorio, antes de expirar el plazo de un año, contado a partir de su interposición.

Que hallándose el proceso en el estado a que hace referencia el artículo 90 de la Ley de la jurisdicción, y comprobado por el Tribunal que la Administración demandada reconoció totalmente en vía administrativa la pretensión del demandante recurrente, no puede menos que dictarse la resolución que procede con arreglo al número 2 del expresado precepto de carácter imperativo.

Que no son atinentes a este caso las sentencias de esta Sala que invoca el recurrente y que se cita en los Vistos, pues todas ellas no hacen sino declarar la inadmisibilidad de los recursos de contencioso-administrativos iniciados por quienes habían interpuesto el de reposición previo, cuando éste hubiera sido resuelto pasado el año a contar desde su interposición, impidiéndose, por tal doctrina, la reapertura del plazo que para iniciar el contencioso concede el artículo 58 de la Ley de la jurisdicción; las referidas sentencias fueron dictadas para los casos en que quien vió denegada su pretensión de reposición por silencio administrativo, deja de acudir al contencioso en el plazo de un año, para luego entablarlo contra la resolución tardía del recurso de reposición, la cual aquellas sentencias declaran inoperante a los efectos de interponer el subsiguiente recurso, e invalida para hacer revivir un recurso fenecido por haber transcurrido el plazo para interponerlo; pero sólo a tal efecto, pues en otros casos la resolución tardía no carece de valor; tales como éste, de aplicación del artículo 90 de la Ley de la jurisdicción, en que es preceptivo que valga como satisfacción extraprocesal.

Véanse, además, las sentencias clasificadas en I, 4, F, b), a').

c) *Silencio y alzada.*

Doctrina anómala: antes de la reforma de la LPA era necesaria la denuncia de mora para conseguir el acto presunto en alzada.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1964 (Ar., número 2.550).

«Que el artículo 125 de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone textualmente que "transcurridos tres meses desde la interposición del recurso de alzada sin que se notifique su resolución se entenderá desestimado y quedará expedita la vía procedente", norma que hay que poner en relación con lo establecido en el artículo 94, análogo al 38 de la Ley jurisdiccional, los cuales reconocen una facultad de opción al interesado para decidirse, bien a esperar la resolución expresa de su petición, bien a la impugnación de la denegación tácita; pero para que tal facultad de elección proceda es requisito necesario el de la denuncia de la mora, trámite del cual, en el texto de la Ley anterior a la reforma de 2 de diciembre de 1963, no estaba exenta la aplicación del silencio administrativo a las peticiones consistentes en la interposición de cualquier recurso de carácter administrativo como lo es de alzada ante el Ministerio entablado por la entidad hoy actora».

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

A) *Sólo causan nulidad los defectos que producen indefensión.*

SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1965 (Véase, asimismo, la de 8 de mayo de 1965, en I, 4, C, b).

«El actor alega el incumplimiento del requisito prevenido en el artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que dispone: "Instruidos los expedien-

tes. se pondrán de manifiesto a los interesados para que en un plazo inferior a diez días y no superior a quince aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes", es indispensable poner dicho precepto en concordancia con el del artículo 48, número 2, de la propia Ley, que dice: "El defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados", habida cuenta que el actor fué oído en el expediente en el que presentó documentos (certificaciones, planos y fotografías) que estimó justificaban los descargos de su escrito formulado en tal audiencia, y que interpuso recurso de apelación contra el acto de la Comisaría de Aguas del X. ante la Dirección General de Obras Hidráulicas, no puede sostenerse que haya habido indefensión, sentado lo cual no es estimable el defecto apuntado, que en concreto no ha sido sino el haber ofrecido la audiencia anticipadamente, sin trascendencia en orden a la defensa de los pretendidos derechos del actor».

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1965 (Ar., número 1.876. En el mismo sentido, las de 16 de febrero de 1965, Ar., núm. 2.941; 5 de abril de 1965, Ar., núm. 1.970).

«La pretensión del actor se basa concretamente en que en el *Boletín Oficial del Estado* correspondiente al 14 de agosto de 1961 se publicó edicto de la Gerencia de Urbanización anunciando el período de información pública del Proyecto de referencia por plazo de treinta días, no obstante lo cual dejó de estar a disposición de los interesados en algún día del expresado plazo, según se alega por el actor, pero esta circunstancia no puede tener la trascendencia que se le atribuye en orden a la validez del procedimiento, habida cuenta de que aparte de no obrar acreditada en el litigio, puesto que en el mismo y en el expediente administrativo no figura acta alguna notarial en tal sentido, carece de la entidad suficiente para causar la indefensión o la falta de los requisitos formales indispensables a su fin que el artículo 48 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo exige para que deba producirse la anulabilidad del acto, toda vez que pudo tener a la vista las actuaciones administrativas durante los restantes días del aludido período de información como indudablemente hubo de tenerlas, según demuestra el hecho de haber presentado su escrito de alegaciones con cita de todos los datos obrantes en aquellas que estimó útiles a su derecho, cuya presentación verificó en 30 de agosto del año indicado cuando aún disponía de la mitad del plazo concedido para la información pública, y, por consiguiente, le era fácil tener a la vista cuanto le conviniera analizar para la mejor defensa de su derecho, por lo que no cabe apreciar la infracción de los artículos 32 y 122 de la Ley del Suelo».

B) Prueba. La Administración debe otorgarla al interesado si no estima ciertas e indudables las alegaciones de éste.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1965

«Es deber administrativo desarrollar los actos de instrucción, adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución y cuando no tenga por ciertos los hechos

alegados por los interesados acordar la apertura de un período de prueba en el que se practiquen cuantas se estimen pertinentes, con eventual intervención de los interesados».

C) Audiencia y vista.

a) *Es necesaria en los recursos si se aportan nuevos elementos de juicio.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1965 (Ar., número 2.577).

«Conforme al artículo 117 de la precitada Ley, debió concedérsele vista de lo actuado para que la instrucción que ello proporcionase permitiera un cumplido ejercicio del derecho de audiencia, que no podía reputarse eludible, toda vez que si bien en los informes emitidos no se aportaran nuevos elementos de planteamiento del problema, al ser aquéllos desconocidos para el actor resultaba indicado el respeto al doble trámite señalado, pues si no hace falta la audiencia cuando no se aportaren elementos nuevos al expediente, ello supone que los que ya existan sean conocidos del interesado».

b) *No lo es en las Corporaciones locales.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 2.485).

«No es preceptiva la audiencia de los interesados para que las Corporaciones locales adopten todos sus acuerdos, y por añadidura la anulación de éstos sólo la permite el artículo 293 del Reglamento de Organización y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1962 cuando produzcan indefensión».

D) Ambito de aplicación de la LPA.

a) *Se aplica en los recursos contra actos del I. E. M. E.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1965 (Ar., número 2.577)

«Debe recordarse, reiterando el criterio establecido en la sentencia de 7 de diciembre de 1964, que la regularidad funcional del Instituto Español de Moneda Extranjera, conforme al artículo 5.º de Ley de 26 de diciembre de 1958 y al 1.º del Decreto de 10 de octubre del mismo año, no rebasa la esfera de sus procedimientos bancarios y demás operaciones técnicas; pero que una vez que por mandato del artículo 76 de la precitada Ley de 26 de diciembre de 1958, su actividad se somete al régimen común de la Ley de Procedimiento Administrativo y entrada en la vía de revisión jerárquica que supone la alzada, ha de ajustarse a las exigencias que la última citada Ley señala, no sólo en cuanto

los requisitos y trámites puramente formales de dicha alzada, sino también respecto de los demás preceptos de la Ley de 17 de julio de 1958, que por la generosidad de sus mandatos alcancen indistintamente a cualesquiera de las instancias e incidencias de la vía gubernativa; criterio que en el caso de autos tampoco puede ser desconocido o rechazado por la Administración, puesto que ha admitido sin dificultad el recurso que contra la resolución del Instituto de 30 de mayo de 1962 interpuso para agotar la vía gubernativa la Sociedad afectada, decidiéndose por la Orden desestimatoria que constituye el acto impugnado».

b) *No se aplica a los deslindes de términos municipales.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 1965 (Ar., número 2.557).

«Está además de antemano reconocido por la jurisprudencia y es conforme con lo ya resuelto por esta Sala en su sentencia de 25 de noviembre de 1961, al establecer para análogo caso de alegaciones de nulidad derivadas de falta de aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, que no era ésta, sino el Reglamento de Demarcación Territorial de 17 de mayo de 1952, la legalidad procesal aplicable al deslinde de los términos municipales en litigio».

E) Notificaciones.

Sólo la personal, cuando es exigida por la Ley, produce efectos.

SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1965.

«Dicho motivo de previo análisis aparece apoyado en el artículo 82 de la Ley jurisdiccional en relación con su artículo 40 y es razonado en base a que la Resolución de la Dirección General de Bellas Artes—de 11 de septiembre de 1963—, de la que después se hará mención en su contenido, es meramente reproductora de las de la misma procedencia de 17 de noviembre de 1962 (que acordó el derribo de la última planta del edificio levantado por el hoy recurrente en solar contiguo a la iglesia de Santa María de X. (de ...), y la de 28 de marzo de 1963, que reiteró la anterior, afirmándose que ambas resoluciones últimas indicadas habían quedado firmes al ser consentidas por el demandante.

Examinado este argumento (sobre el que, por cierto, nada se expone) en el escrito de conclusiones sucintas de la parte actora, es de observar que las dos disposiciones que se asegura ser firmes no fueron comunicadas por la Dirección General al propietario del edificio en construcción, sino al Alcalde del término municipal donde éste radica, y que se alega en la demanda que dicho interesado sólo tuvo noticia de la necesidad de suspender las obras cuando todas sus plantas en el aspecto externo ya estaban terminadas (refiriéndose a la transcripción por la Alcaldía de un oficio del Arquitecto conservador del recinto monumental de X., de fecha 5 de septiembre de 1962, y consignación que le hizo de dicha autoridad a aquellos efectos, noticias que, según comunica el mismo Alcalde al Comisario de la zona primera del Patrimonio Artístico Nacional de

Santiago, hubieron de llegar al propietario en 15 de dicho mes de septiembre); no constando en el expediente que éste conociera las repetidas dos resoluciones, por lo que no puede admitirse que las haya consentido, de lo que resulta que el primer conocimiento de la necesidad del indicado derribo lo adquirió al serle notificado aquel acuerdo del Centro directivo de septiembre, contra el que recurrió en alzada. Por lo que no se da la causa de inadmisibilidad del recurso que propugna la defensa de la Administración».

4. RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ILEGAL.

A) *Organos de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

Ordenanzas municipales.

Su impugnación no puede hacerse ante un Tribunal provincial, al haber sido aprobadas por órganos de la Administración central.

SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1965.

«Sobre estas argumentaciones, ya aducidas en litigios análogos, se ha pronunciado con reiteración este Tribunal, entre otras en las sentencias citadas en los Vistos, pues comenzando por el argumento de alcance más amplio, el de la ilegalidad de la Ordenanza de 1956, es de observar, en primer término, la inadecuación del cauce procesal de actividad de un Tribunal de competencia local para declarar la nulidad de una Ordenanza aprobada por el Ministerio de la Gobernación con informe favorable del Consejo de Estado; haciendo tal declaración ahora, de un modo indirecto con ocasión de esta litis—en el suplico de cuya demanda no se postuló—, después de pasados más de seis años del momento en que la impugnación de la legalidad de la Ordenanza debía hacerse, y sin que sobre ésta supuesta ilegalidad del contenido de la Ordenanza se hayan pronunciado los órganos de la Administración Central que la hicieron objeto de su informe y la aprobaron».

B) *Legitimación de las partes.*

a) *Especialidades del recurso contra disposiciones generales* (Véase sentencias clasificadas en I, 1, A), b), y I, 1, B).

b) *Carece de legitimación el responsable subsidiario, si paga el principal.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1965 (Ar., número 3.588).

«El haberse solventado la responsabilidad pecunaria por quien la debía satisfacer como inculpa principal lo que en este caso ha ocurrido hace desaparecer el derecho para recurrir de la entidad en que se haya hecho recaer aquélla en concepto de subsidiaria por quedar privada de la necesaria legitimación activa, dado la ausencia de perjuicio derivable para ella y esto determina la pertinencia de declarar la inadmisibilidad».

C) *Carácter de las partes en el proceso: objetividad del mismo.*

SALA 4ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 2.483).

«Tiene dicho este Tribunal en sus sentencias de 2 de febrero, 29 de mayo de 1962, 2 de marzo de 1963, 20 de mayo de 1964 y en el auto de la Sala 3.ª de diciembre de 1963, que la intervención de las partes en el proceso no puede hacerse depender simplemente de la denominación que las mismas se dan o erróneamente se les atribuye, sino que la determina la propia naturaleza de su intervención».

D) *Personalidad y representación*

a) *Una revista, con o sin personalidad, puede ser representada por su Director, que si actúa como tal, aun siendo religioso, no necesita autorización conforme al Derecho canónico.*

SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1965.

«Un argumento, el de la imposibilidad de ser representado una Revista, supone olvido de que sus derechos tienen que merecer forzosamente una protección jurisdiccional y ser ejercitados por su genuina representación, es decir, su Director».

SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1965.

«El otro argumento que quiere apoyarse en la necesidad de autorización superior para litigar los religiosos y que también fué objeto de examen en el auto referido implica, según allí se apuntó, una falta de distingo entre el religioso que como tal actúa en interés propio o de la Orden y es lógico que no pueda hacerlo sin estar autorizado, por exigencia de sus votos canónicos y de los derechos de la Congregación, y el que, independientemente de tal carácter, ostenta un cargo de naturaleza seglar, como es dirigir una Revista, cuyo nombramiento, hecho precisamente por su superior, ha de suponer la plena habilitación para cuanto el ejercicio de la Dirección exige, debiendo no olvidarse que no comparece, en este caso, ni siquiera accionando, sino en defensa y en nombre de la publicación».

b) *No puede negarse la personalidad reconocida en la vía gubernativa.*

SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1965.

«Reconocida ya en vía gubernativa la personalidad para tal reclamación no puede negársela la representación del ente municipal, contra los propios actos, cual se halla sentado en la reiterada doctrina de esta Sala».

E) *Objeto del recurso.*

a) *El objeto del recurso y el recurso de revisión* (Véase sentencia clasificada en I. 4, K), b), b').

b) *Acto definitivo.*

a') *Lo es el que supone, al menos, la afirmación de competencia y potestad en la Administración, si se discuten.*

SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1965.

«Es forzoso apreciar la no concurrencia del tercer motivo con que la alegación citada quiere justificarse, cual es el carácter interlocutorio de la Orden combatida. Es cierto que ella sólo manda incoar un procedimiento gubernativo de legalización de obras, ya realizadas sin prejuzgar su resultado, pero también lo es que con la misma quedan decididas la competencia administrativa para intervenir y la facultad para acordar lo dispuesto, extremos ambos que impugnados en la litis, deben enjuiciarse mediante la debida exégesis de fondo y no en examen sumario de inadmisibilidad».

c) *Acto consentido.*

Ejemplos de actos consentidos no revisables.

SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1965.

«Es incontrovertido en esta litis que en 25 de febrero de 1956 en la concesión de línea de viajeros que fué otorgada al demandante de X. X. a Z. Z., se le impuso una prohibición de tráfico entre la primera población y empalme de H. H., puntos intermedios y viceversa, la cual Orden de concesión quedó consentida y firme.

Al convalidarse después la línea Córdoba-Granada a favor de la sociedad, personada aquí en concepto de parte demandada, resulta este itinerario con una prolongación o hijuela de permitida explotación y coincidente con la línea referida en el Considerando anterior, en el tramo donde quedó impuesta dicha prohibición de tráfico, sin que en este expediente convalidatorio se diera a la información pública ni formulase oposición, en ningún momento procedimental, el actor. Y consintiendo también la Orden que la puso término, de 2 de enero de 1958, puesto que publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 29 de abril siguiente no se impugnó, y es, en escrito de 12 del mismo mes de 1962, es decir, cuatro años después, cuando se interpone contra la misma un recurso administrativo de revisión cuya Orden resolutoria motiva este proceso, impugnándose asimismo otra tácita por la que hay que entender confirmado la que autorizó el traspaso de la concesión de la sociedad adjudicataria a otra en la que ella quedó transformada.

A la vista de cuanto queda expuesto resulta evidente la falta de derecho lesionado y de interés en el demandante, lo cual determina su falta de legiti-

mación activa para accionar tanto en vía gubernativa como en este recurso. En efecto, la ausencia de derecho subjetivo deriva de aquella prohibición de tráfico que se le impuso en su concesión y que consintió, por lo que la coincidencia en este trayecto de otra explotación no supone la menor lesión para esa patrimonialidad jurídica que no existe. Y con respecto al interés, hay que tener en cuenta que según la vigente Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 23, ésta ha de ser "legítimo, personal y directo", y conforme a la reguladora de esta jurisdicción, en el 28 se exige que sea "directo", requisitos que no se dan en el alegado, que como motivador de la postulada revisión primero y de este recurso después, ya que no puede estimarse como tal interés la impugnación hecha, según se dice, como medio de remover un obstáculo a fin de solicitar luego el levantamiento de la prohibición de tráfico que le fué impuesto en su día y de la que no protestó.

Aunque se admitiesen en este caso y para dicho interés los calificativos legalmente exigidos, no se puede olvidar que en la Orden que rechaza el recurso administrativo de revisión se recuerda la necesidad de concurrencia de otro requisito, referido en el Preámbulo y llevado al artículo 23 de su citada Ley procedimental, para que el interés sea operante, cual es la personación en el expediente, y ya queda visto cómo ésta no tuvo lugar, a pesar de la publicidad preceptiva que se dió al trámite de información pública.

La demostrada inexistencia de lesión jurídica y de afección de interés que apreció la Administración para rechazar la revisión ante ella interpuesta, al concretarse, y que también se da, por tanto, en el derivado acto presunto, con lo que se exige y dispone en el ya citado precepto de la Ley jurisdiccional para que pueda darse legitimación, hace procedente declarar la inadmisibilidad de este recurso, cual se interesa por las partes demandadas, con fundamento en el apartado b) del artículo 82 de la mencionada Ordenación legal, en el que se alude al accionamiento por quien no esté legitimado».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIAS DE 20 DE ENERO Y 19 DE FEBRERO DE 1965 (Ar. núms. 2.937 y 1.188).

«La Orden recurrida carece de sustantividad para ser objeto de impugnación en vía contenciosa, ya que se limita a ejecutar y dar el debido cumplimiento a lo acordado en una sentencia».

F) *Diligencias preliminares.*

a) *Declaración de lesividad.*

Por no ser necesaria su publicación, empieza a contar a partir de su adopción el plazo para la interposición del recurso.

SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1965.

«No puede prosperar la alegación del señor Abogado del Estado apelante de que para que la declaración de lesividad adquiriera eficacia y fuerza de obligar era necesaria su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, por cuya razón

entiende que el plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso-administrativo ha de empezar a contarse desde su publicación en dicho periódico oficial, habiéndose, por tanto, interpuesto este recurso dentro de los sesenta días siguientes a dicha publicación, y por tanto dentro del término legal, pues en tal alegación se parte del error de hacer aplicación de lo preceptuado en el artículo 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sin tener en cuenta que el acuerdo de lesividad de la resolución del Jurado Provincial de Expropiación adoptado por el Consejo de Ministros en 20 de septiembre de 1960, no es una disposición de carácter general ni necesita, por tanto, el requisito de publicidad, ya que se trata de acto administrativo que sólo afecta particularmente al propietario de las fincas expropiadas, cuya valoración por el Jurado se declaró lesiva, siendo, por el contrario, de aplicación lo establecido en el artículo 45, 1), de la Ley de Procedimiento Administrativo, según el cual los actos de la Administración serán válidos y producirán efecto desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

Por tanto, y según se ha declarado ya en varias sentencias de este Tribunal, entre otras en la de 22 de enero de 1965, habiendo de contarse el plazo de sesenta días para interponer el recurso contencioso-administrativo desde el siguiente al del acuerdo de lesividad, es visto que lo fué a los sesenta y un días, lo que hace inadmisibles el recurso, a tenor del apartado f) del artículo 82 de la Ley jurisdiccional, procediendo confirmar la sentencia apelada que así lo declaró.

b) *Recurso de reposición.*

a') *Plazo de interposición. Es de treinta días.*

SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1965.

«Publicada la resolución denegatoria de la marca «Celestona» en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial* correspondiente al 1 de enero de 1962, con la plenitud de efectos notficatorios que señala el artículo 327 del Estatuto, e interpuesto el recurso de reposición previo a la vía contenciosa el 1 de febrero del mismo año, es patente que el mismo se produjo a los treinta y uno, y, por tanto, fuera del plazo de un mes que fija el artículo 1.º, párrafo 2.º, de la Ley de la jurisdicción, y que conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala, ha de entenderse como de treinta días naturales, dentro de los cuales ha de cumplirse el requisito habilitante para la ulterior impugnación jurisdiccional, so pena de que se tenga por caducado el derecho a recurrir, conforme al dictado del artículo 131 de la expresada Ley, y como en este caso la reposición se pidió al día trigésimoprimer, es visto que el acuerdo originario quedó firme y consentido, y no sólo para la parte que ahora reclama la declaración de su firmeza como motivo de anulación del posterior accediendo a aquélla, sino para los demás interesados en el expediente, bien a título de peticionario de la marca, o de oponente a su concesión, y de esta situación ha de partirse para determinar los efectos de la transferencia, que no pueden ser otros que los propios del contrato que la determinó, pero sin alterar retroactivamente el contenido de un procedimiento que había alcanzado en vía administrativa su plena culminación, ni menos rehabilitar el término durante el cual pudo formularse impugnación en la contenciosa».

b') *La resolución tardía.*

Sentencias contradictorias sobre si reabren o no el plazo de recurso.

SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1965.

«La resolución tardía o extemporánea dictada en reposición no reabre la vía contenciosa, atendida la improrrogabilidad de los plazos y la subsiguiente caducidad del recurso y del derecho utilizable que proclama el artículo 121 de la Ley jurisdiccional, y la doctrina mantenedora de esta caducidad, sentada en numerosas sentencias de la Sala como las de 13 de noviembre de 1961, 20 de febrero y 8 de marzo de 1962, 28 de octubre de 1963, 16 de marzo, 2 y 18 de mayo y 5 de octubre de 1964, explicativa de que "el acuerdo expresado adoptado después del año que fija el número 2 del artículo 58 citado para recurrir" no altera el estado de derecho extintivo de la acción contencioso-administrativa producido por la denegación tácita de la reposición tras aquel silencio ininterrumpido».

SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1965 (Véase asimismo las clasificadas en I, 2, E), b).

«La doctrina de esta Sala tiene declarado que la resolución tardía después del plazo de un año, como cuando en el plazo presente varía la primera resolución, no es nula, *per se*, sino meramente anulable, y previo el recurso de la parte perjudicada, ya que si bien lo dispuesto en el artículo 38, párrafo 2.º de la Ley jurisdiccional, señalando como deber de la Administración el dictar una resolución expresa, impide que la emitida después del mencionado plazo de un año de formularse la petición pueda ser estimada como afectada de una nulidad absoluta, es, en cambio, evidente su anulabilidad, en cuanto se trata de un acto aquejado de una tacha que, aunque no lo haga inexistente para el Ordenamiento jurídico, lo hace atacable e impugnabile por quien tiene el derecho de hacer valer el defecto de que el acto adolece y de conseguir que se le declare inválido y privado de eficacia.

Es obvio que esta posibilidad de reacción contra el acto defectuoso y anulable hay que reconocérsela a quien, como la Empresa actora en esta litis, tiene a su favor una irrevocable y firme situación jurídica declarada por la Orden que denegó el registro de una marca—aunque por motivos distintos—, con la oposición de una de sus propiedades a la que creía perjudicada por la petición de referencia y que tiene el derecho de que no sea alterada su situación jurídica por un posterior acto administrativo, que podría tener consecuencias a que tenía él si nadie la hubiese atacado, pero que hay que declarar nula y sin efecto, cuando quien tiene la facultad para ello lo impugna».

G) *Interposición.*a) *El plazo y su cómputo.*a') *Momento inicial* (Véase la sentencia clasificada en I, 4, F), a).

No cuenta para tal efecto la posible resolución dictada en reclamación de nulidad de actuaciones administrativas, sino la final del expediente.

SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1965.

«El representante de la Administración funda la inadmisibilidad del recurso para creerle incidido en el apartado c) del artículo 89 en relación con el artículo 37 de la Ley jurisdiccional, en que a su juicio la Orden recurrida no agotó la vía gubernativa por voluntad de los interesados desde el momento que ésta tenía impulsado y en trámite, reclamación de nulidad de actuaciones pendientes de resolución cuando recayó la impugnada de 18 de marzo de 1917, y que al igual que en el recurso de reposición potestativa, hasta que no se decidiera el de nulidad, no cabe promover el contencioso, pero no es compatible semejante argumentación, puesto que el recurso de nulidad, de naturaleza colateral, por así calificarla, y previsto en el artículo 28 del citado Reglamento de 14 de junio de 1935, no constituye escalón o engarce en la vía administrativa emprendida y sólo persigue clarificarla de posibles informalidades, de ahí que lo mismo el artículo 55 de la Ley de Procedimiento Administrativo que el 126 de la de 27 de diciembre de 1956 dispensa que la cuestión de nulidad de actuaciones se sustanciará en plaza separada y no suspenderá el curso del expediente que sigue su propio itinerario hasta el fin con independencia de lo incidental que tuvo su proceso y decisión separados y fué objeto del otro recurso acumulado, mientras que el recurso de reposición entablado necesaria y voluntariamente encontrase interferido en el trámite de la vía gubernativa a la contenciosa, y al contrario del de nulidad, la Ley exige que se concluya en el mismo procedimiento de entrada a esta jurisdicción, y, por tanto, es correcta la presentación efectuada del recurso contencioso-administrativo en el plazo contado desde la notificación del acuerdo ministerial de 18 de marzo de 1957, que reúne los requisitos del artículo aludido, prescindiendo de la solicitud de nulidad 37 a la sazón; lo arriesgado hubiera sido que por esperar a que se acordara respecto de ella transcurriese el término legal de recurrir jurisdiccionalmente, y en su virtud tampoco puede prosperar esta postulación de inadmisibilidad»

b') *Momento final.*

a") *Cuando el último día es festivo se prorroga.*

SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1965.

«Procede rechazar el segundo motivo en que se fundamenta la referida alegación. Se estima por la parte demandada que es extemporáneo el recurso por estar incoado después de los dos meses preceptivos, es decir, un día posterior a su transcurso, pues no se tiene en cuenta que el vencimiento del término fué domingo y la Ley adjetiva civil, en el párrafo 2.º de su artículo 305, establece que en estos casos se entiende prorrogado el plazo hasta el día siguiente hábil, lo cual ha sido objeto de expresa aplicabilidad a esta jurisdicción en muy reiterada jurisprudencia de esta Sala».

b'') *No se descuentan, en cambio, las vacaciones judiciales.*

SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1965.

«La notificación de la Orden impugnada fué efectuada en el domicilio designado por aquél durante las actuaciones gubernativas, el 10 de julio de 1962, firmando su recepción la esposa del mismo, según el documento postal acreditativo; mientras que el escrito solicitando el beneficio de pobreza para litigar en esta jurisdicción, fechado el 14 de septiembre, se presentó en el Juzgado de guardia el siguiente día 15, lo que supone el transcurso de un lapso de tiempo entre ambas fechas de sesenta y seis días, período notoriamente superior al fijado en el artículo 58 de la Ley jurisdiccional para la impugnación de acuerdos o resoluciones de índole expreso, sin que pueda argüirse que la mayor parte de aquél quedó comprendida dentro del período de vacaciones estivales, porque el artículo 121 de la misma Ley determina específicamente que durante el mismo corre el plazo de que se acaba de hacer mención, arrancándolo desde el día de presentación de su solicitud del beneficio de pobreza, según lo establecido en el artículo 132 de la Ley que se viene mencionando».

c') *Plazo.*

Es de dos meses.

SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1965.

«Contra la Orden del Ministerio de la Vivienda de 21 de noviembre de 1961, valorando entre otras parcelas del polígono X., de Z., los números 21 y 133, propiedad del recurrente, se formuló recurso de reposición en 8 de febrero de 1962, que no fué resuelto expresamente hasta el 4 de marzo de 1963, estimando en parte el recurso, siendo notificada esta resolución al recurrente en 17 de abril de 1963, y como quiera que se interpuso este recurso contencioso-administrativo en 5 de junio siguiente, está dentro de plazo, ya que el artículo 58, en su párrafo 1.º de la Ley jurisdiccional, dispone que el término para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente a la notificación del acuerdo resolutorio del recurso de reposición, si es expreso, por lo que procede desestimar las causas de inadmisibilidad del recurso, alegadas por el Abogado del Estado, conforme a los apartados f), e), c), del artículo 82 de la Ley jurisdiccional».

H) *Documentos que hay que acompañar.*

a) *El poder.*

a') *Ha de ser anterior a la fecha de interposición, pero su legalización puede ser posterior.*

SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1965.

«Debe desestimarse el primer motivo de la alegación de inadmisibilidad que formula el Abogado del Estado, consistente en que al ser presentado el poder

que no se acompañó al escrito de iniciación y que se trajo a los autos por requerimiento de la Sala, la legalización del mismo es posterior a la fecha de incoación del recurso. Obsérvese que el otorgamiento instrumental, si es anterior, es decir, que lo sustantivo, que es el mandato, ya existía, y no debe esto ser enervado porque un requisito formal y extrínseco al contrato se haya cumplido después».

b') *Aplicación de la regla «locus regit actum».*

SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1965. En el mismo sentido, la de 13 de febrero de 1965 (Ar., núm. 2.621).

«Por lo que se refiere a la declaración de inadmisibilidad del recurso por defectos en el poder acompañado a los autos, con reiteración viene sosteniendo este Tribunal que en el otorgamiento de estos documentos en el extranjero, es de aplicar el Estatuto formal, conforme a lo que sobre el particular establece el artículo 11 del Código civil, así como si en estos documentos se observaren los requisitos formales del país de origen, surtirán en juicio los mismos efectos que los otorgados en España, según autoriza el artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y como en el caso que nos ocupa, el poder presentado reúne todos estos requisitos por haberse otorgado ante Notario público que da fe de conocer a los otorgantes y expresa constarle la capacidad de éstos para apoderar en el documento a favor de los Procuradores que se dice, se está en el caso de admitir por válido este documento en España, mientras en el país de su otorgamiento no sea declarada su invalidez, ineficacia o nulidad, razones por las que es de desestimar la pretensión de la Abogacía del Estado y es procedente pasar a examinar la cuestión de fondo planteada».

b) *Prueba del pago de cantidades líquidas en favor de la Hacienda.*

a') *Necesidad de su ingreso total.*

SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1965.

«Aun cuando haya acreditado en el expediente administrativo la recurrente haber ingresado 6.000 pesetas en la Caja General de Depósitos, como requisito previo para concurrir en la vía gubernativa, a disposición del Minitserio del ramo con el fin de que, como señaló la circular de 17 de enero de 1957, una vez que sea firme la resolución definitiva, la Administración pueda solicitar directamente de dicha Caja General de Depósitos la devolución del importe de la multa para su conversión en papel de pagos al Estado, o en su caso, para el propio interesado, aun en la hipótesis de que la multa impuesta en total de 15.000 pesetas por la Subsecretaría de Turismo al hotel «X. X.», en resolución de 26 de septiembre de 1963, no fuese debidamente notificada, y sólo lo fuera la propuesta de la multa de 6.000 pesetas, hecha por la Delegación Provincial de Información y Turismo de Z., contrariamente a lo que sostiene la Delegación referida respecto a que el 20 de noviembre se remitió al hotel «X. X.» tanto el documento de la propuesta como el de acuerdo resolutorio de la Subse-

cretaría, llevándose a cabo la notificación el 21 siguiente, habiendo informado solamente la notificación, el representante del hotel, de la aludida propuesta de la Delegación provincial del departamento correspondiente en dicha fecha, 21 de noviembre, y no la de la referida resolución de la Subsecretaría, consta, sin embargo, claramente, en el expediente, el recibo de la notificación hecha al Director del hotel «X. X.», de la resolución de 14 de marzo de 1964, de la propia Subsecretaría, declarando no haber lugar al recurso interpuesto contra una simple propuesta formulada por la predicha Delegación de imposición de 6 000 pesetas de multa—aunque no contra la resolución de 26 de septiembre de 1963 de la Subsecretaría, elevando la sanción a 15 000 pesetas—, entre otros motivos, precisamente por no constituir el depósito previo de la totalidad de dicho importe, o fundamento de que el artículo 11 de la Orden de 22 de octubre de 1952, modificada por la de 29 de noviembre de 1956, exige la presentación con el recurso administrativo, del resguardo original justificativo de la consignación de la cuantía de la multa a disposición de la autoridad sancionadora; luego el sancionado antes de recurrir a este Tribunal conocía la verdadera cuantía de la multa que le fué impuesta.

La entidad actora recurre ante esta Sala de la resolución de la Subsecretaría de 14 de marzo de 1964, sin ingresar el importe total de la sanción pecuniaria en las Arcas del Tesoro.

Es obligado acompañar al recurso contencioso-administrativo el documento acreditativo del pago en la Caja del Tesoro público, en los asuntos sobre contribuciones, multas, etc., a tenor de lo dispuesto en el artículo 57, apartado c), de la Ley de esta jurisdicción, y como acabamos de considerar, no ingresó la recurrente en el Tesoro las 15.000 pesetas a tales efectos, ni tampoco lo hizo en la Caja General de Depósitos de dicho total importe, a disposición de la Administración sancionadora, según se exige reglamentariamente, y como no es viable la subsanación permitida en el artículo 129, 1, de dicha Ley fuera del plazo de la interposición del recurso, según reiterada jurisprudencia de esta Sala tiene declarado, es indispensable acceder a la alegación del Abogado del Estado de inadmisibilidad del presente recurso contencioso-administrativo, a los efectos del artículo 82, apartado f) de la mencionada Ley».

b') *Basta el depósito a disposición de la Administración.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO—SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1965 (Ar. número 3.558. En el mismo sentido que las de 3 y 5 de mayo de 1965, Ar., números 2.090 y 2.095).

«Siendo la cantidad ingresada en depósito la misma, en que fué sancionado el recurrente, y como quiera que los actos de la Administración son ejecutorios desde que se dictan, pudo convertir este depósito en ingreso firme, y si no lo hizo esta inacción no debe perjudicar lo recurrente a que ningún precepto legal obliga a ingresar dos veces el importe de su sanción, por cuyas razones debe desestimarse la pretensión de inadmisibilidad».

c) *Corporaciones locales: informe de Letrado.*

Su necesidad en los recursos de apelación.

Una vez presentado, puede dudarse de su necesidad, conforme a la Ley. Pero si no se presenta, se decreta la inadmisibilidad del recurso.

SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1965

«El artículo 121 de la vigente Ley de Régimen Local de 25 de junio de 1955 dispone de modo expreso que corresponde al Ayuntamiento pleno, como órgano deliberante de la Administración municipal, entre dos facultades, la comprendida en el apartado f), que consiste en el ejercicio de acciones judiciales y administrativas, la defensa en los procedimientos incoados contra el Ayuntamiento y la *interposición de recursos* y el artículo 360 del mismo texto legal, al ocuparse de las obligaciones que incumben a las Corporaciones locales, en el capítulo dedicado a su régimen jurídico, establece que los acuerdos correspondientes para ejercitar las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos deberá ir precedido del dictamen de Letrado, ahora bien, de la aplicación de los antedichos preceptos legales, el caso contemplado en esta apelación, aparece patente que no se acredita en modo alguno por el Ayuntamiento apelante el cumplimiento de las mentadas disposiciones, toda vez que de la escritura de mandato acompañada al escrito interpositorio del recurso sólo resulta que el Alcalde de X. está facultado para otorgar poder a procuradores para que representen al Ayuntamiento en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el mismo y la certificación del acuerdo adoptado en sesión de 25 de octubre de 1963 del Ayuntamiento pleno de la que sólo consta que se faculta al referido Alcalde que en nombre de la Corporación ejercite las acciones pertinentes en el indicado pleito, acuerdo que se dice tomado bajo la orientación de un Letrado, pero que no se justifica; en suma, resulta que el referido poder notarial ha sido otorgado para la representación y defensa en el recurso contencioso-administrativo en que fué demandada la Corporación municipal, como que es el mismo documento que se aportó en la primera instancia, y que, por consecuencia, no se acredita de ninguna manera ni que el Ayuntamiento pleno haya acordado, en legal forma, la interposición del presente recurso de apelación, ni tampoco que el referido acuerdo haya sido precedido del necesario dictamen de Letrado, requisitos ambos exigidos por la Ley sancionadora, lo que trae como consecuencia obligada la inadmisibilidad del presente recurso de apelación por falta de legitimación para ejercitar acciones en esta fase del proceso contencioso-administrativo, y así procede declararlo, como también con respecto a la improcedencia de la admisión del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia»

SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1965.

«Alegadas en sus escritos finales de un lado por el representante de la Administración y por otro de la Compañía X., la inadmisibilidad de esta apelación por no acompañar al Ayuntamiento recurrente el dictamen del Letrado que exige el artículo 370 de la Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955, para el ejercicio de acciones por los entes locales, resulta de la certifi-

cación que el representante de la Corporación municipal de X. envió en respuesta a lo así objetado que el acuerdo de éste de apelar fué precedido de informe, que se transcribe, de un Letrado de X., por lo que no existió la omisión denunciada, aparte de que tampoco se estaría exactamente en el supuesto legal de ejercicio inicial de acción, sino que el Ayuntamiento actúa en defensa de la ejercitada contra él, y en consecuencia de todo procede desestimar esta petición de inadmisibilidad».

I) *Tramitación.*

a) *Demanda.*

a') *Plazo de presentación.*

Su suspensión cuando el expediente está incompleto.

SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1965.

«Procede rechazar la inadmisibilidad del recurso alegada por el defensor de la Administración con fundamento en lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley jurisdiccional, toda vez que parte del supuesto de que la demanda se presentó fuera del plazo improrrogable de veinte días establecido para ello, lo cual sería exacto, en el caso particular de que se trata, si el día en que la representación del recurrente solicitó la suspensión del término, dentro de los diez primeros días, plazo concedido para formular la demanda o la contestación a ella, suspenderá el plazo que corresponde, es evidente que la suspensión se produce el día mismo en que la solicitud se registra de entrada en el Tribunal, como declaran, entre otras, las sentencias de 3 de octubre de 1961 y 10 de febrero de 1963, de lo cual se sigue que descontados los dos días en que de modo sucesivo se pidió la ampliación del expediente y a lo que hubo de acceder la Sala, y descontados además los inhábiles, conforme a la Ley tributaria de supletoria aplicación, la demanda se presentó dentro del plazo de veinte días, por lo que como queda dicho ha de ser desestimada la inadmisibilidad del presente recurso».

b') *Forma.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1965 (Ar., número 5.841. En sentido análogo la de 6 de mayo de 1965, Ar., núm. 2.983).

«En la demanda deducida por el actor aparecen consignados con la debida separación los hechos y los fundamentos de derecho y también figura aparte en el final del escrito la pretensión que formula que es su derecho al ascenso a Coronel que le fué denegado por el Ministerio del Ejército, siquiera no emplee la fórmula de súplica, pero si tenga la concreción necesaria para conocer con claridad la pretensión».

b) *Incidente de nulidad de actuaciones.*

Sólo puede referirse a omisión de preceptos adjetivos, entre los que no cuentan los que se refieren a personalidad o legitimación.

SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1965.

«El precepto con arreglo al cual el incidente se promueve es el artículo 128 de la Ley de la jurisdicción, y ya se dijo por esta Sala en su auto denegativo de la petición de nulidad de actuaciones como previa a este incidente, auto que fué dictado en 11 de febrero de 1964, que tal artículo está incluido en la sección 3.ª del capítulo 5.º del libro de la Ordenación legal, que permite promover cuestiones incidentales relativas a la nulidad de actuaciones, la cual acción como situada en la sistemática de la Ley su final, con ubicación posterior a la regulación de la materia de recursos, y para comprender todo lo que no tenga un amparo específico en ella no puede estimarse referido más que a la omisión de preceptos adjetivos, concepto éste en el que no pueden ser incluidos los problemas de legitimación. Así se entendió por la propia parte recurrente en súplica —como cauce procesalmente indicado— contra la providencia admitiva de la persuasión, y sólo ante su resultado adverso es cuando pide la nulidad de la providencia y auto para iguales razones que los que ya alegó, nulidad que no podría ser sino anulación de fondo y como ésta estaba resuelto en el trámite de súplica, fué denegado la nulidad pedida por esta Sala en su aludido auto».

J) *Terminación.*

Sentencia.

a) *Congruencia.*

a') No impide el pronunciamiento de oficio sobre nulidad por vicios de procedimiento.

SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1965.

«No obsta el principio de congruencia procesal para que la Sala pueda examinar de oficio las cuestiones afectantes a la validez del procedimiento para constituir materia de orden público cuya normativa es de estricto cumplimiento en garantía común del acierto resolutivo y de los derechos subjetivos implicados».

b') Congruencia de una sentencia y congruencia de una resolución administrativa: su distinto alcance.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1965.

«El requisito de congruencia opera de modo distinto en el proceso jurisdiccional y en las actuaciones administrativas, regidas éstas por los artículos 93, 1)

y 119 de la Ley de 17 de julio de 1958, que facultan a la Administración para decidir acerca de todas las cuestiones que deriven del expediente, aunque no hayan sido planteadas por los interesados, con lo que desaparece la rigidez aplicativa del principio dispositivo, pues si de un lado ha de resolverse sobre la totalidad de las pretensiones de las partes, de otro el área de la decisión se amplía fuera de ellas hasta alcanzar los límites objetivos del expediente, cuya formación se acomoda en nuestro Ordenamiento al principio inquisitivo».

b') *Costas.*

Posibilidad de imponerlas, aun cuando no haya sido pedida condena.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1965.

«El artículo 131 de la Ley de la jurisdicción para la imposición de costas no exige que sean solicitadas por ninguna de las partes».

K) *Recursos.*

a) *Apelación ordinaria.*

Desviación de poder.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1965 (Ar. número 2.485).

«Si en verdad dicha sentencia, con arreglo al artículo 94 de la Ley jurisdiccional, únicamente era susceptible de recurso, dada la cuantía del asunto, por versar sobre desviación de poder, no se requiere que ésta figure en el *petitum* de las partes para que el Tribunal pueda tratarla congruentemente y tampoco resulta indispensable que el mismo la comprenda en su pronunciamiento, sino que formulada como alegación, y recogida así la *causa petendi* en la sentencia, queda atendida la exigencia del artículo 94 citado en su número 2, y en consecuencia no puede prosperar la postulación de inadmisión del recurso».

b) *Recurso de revisión.*

a') *Por incongruencia.*

No existe en las sentencias que declaran la inadmisibilidad del recurso, si la alegación sobre la que no se pronuncia la sentencia es de fondo; y ha de hallarse en la parte dispositiva de la sentencia.

SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1965.

«Tampoco puede tenerse en cuenta la supuesta incongruencia entre lo razonado en los Considerandos y lo resuelto en el fallo de la sentencia recurrida,

ya que tiene declarado múltiples sentencias de esta Sala que el motivo de revisión del párrafo b) del artículo 102 de la Ley de la jurisdicción se refiere solamente a incongruencia en la parte dispositiva de la sentencia, no entre este fallo y los razonamientos que le precedan, como claramente dispone dicho apartado, que dice textualmente: "Si la parte dispositiva de la sentencia contuviera contradicción en sus decisiones".

Asimismo no puede estimarse la alegación relativa al segundo párrafo del mencionado apartado g) del artículo 102, de que la sentencia de referencia nada haya resuelto sobre la cuestión de nulidad aducida por el actor, ya que al estimar la sentencia la inadmisibilidad del recurso no podía entrar a examinar el fondo del asunto en litigio».

b') *Por contradicción con otras sentencias.*

Concepto de «propio objeto»: el mismo acto.

SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1965.

«Tiene declarado esta Sala, de manera constante y uniforme, que el objeto del recurso contencioso-administrativo es siempre—conforme a los artículos 37 y siguientes de la Ley jurisdiccional y a su propia Exposición de Motivos—el acto administrativo sobre el que se proyecte la función revisora asignada a los Tribunales de la jurisdicción, cuyo acto ha de ser uno mismo, y no dos o más con existencia separada, por grande que fuese la analogía o similitud entre ellos, habida cuenta de que las palabras "propio objeto" que el concepto legal antes citado emplea en su texto denotan idea de consustancialidad sólo concurrente cuando el acto que se revisa por la sentencia recurrida es el ya revisado anteriormente por los comparados, lo cual no ocurre en el caso que se examina, por cuanto que la primera ha recaído acerca de una resolución del Ministerio de Industria, fecha 5 de febrero de 1960, que concedió a la parte coadyuvante la propiedad de la marca denominada «X», mientras que las de 30 de diciembre de 1961 de la Sala 4.ª de este Tribunal, 29 de octubre de 1962 de la Sala 5.ª, 9 de abril de 1960 de la Sala 4.ª, y 2 de noviembre de 1962 de la Sala 4.ª, se refieren, respectivamente, a resoluciones del Ministerio de Industria, fecha 4 de noviembre de 1959, de la Dirección General de Seguridad de 25 de noviembre de 1960, del Ministerio de Industria de 15 de enero de 1958 y del Ayuntamiento de Z., fecha 22 de junio de 1961; de todo lo que se infiere la falta de requisitos legales que es forzoso señalar y que impide la estimación de recurso de revisión que se ejercita, sin que sea necesario razonar en orden a la identidad de fundamentos por resultar indiferente después de lo antes razonado».

c') *Por maquinación fraudulenta.*

Necesidad de previo pronunciamiento sobre ella.

SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1965.

Respecto del primer motivo para interponer el recurso de revisión que se funda en el apartado f) anunciado debe tenerse presente lo que reiteradísima

jurisprudencia de esta Sala de revisión tiene sentado y todavía recientemente, en la sentencia del día 18 de este mismo mes, de que no apareciendo aportado en autos ninguna prueba de un previo pronunciamiento administrativo o de una sentencia judicial que evidencie la existencia de la supuesta maquinación fraudulenta proclamada por el actor para basar este recurso extraordinario de revisión, pues los defectos apuntados en las actuaciones administrativas practicadas en la Junta vecinal de X debieron de ser descubiertos o puestos de manifiesto en la vía contencioso-administrativa ordinaria, es forzoso declarar improcedente tal recurso invocando dicho apartado f) del artículo 102 de la Ley jurisdiccional».

d') «*Numerus clausus*». No se admite por error de hecho.

SALA ESPECIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1965 (En el mismo sentido, la de 7 de junio de 1965, Ar., núm. 3.237).

«No existe posibilidad de fundamentarse un recurso extraordinario de revisión en la supuesta comisión de un error de hecho en la sentencia combatida, ya que dado el carácter estricto y restringido de este extraordinario recurso no puede ser admitido más que por los motivos *numerus clausus* enumerados taxativa y exclusivamente en el artículo 102 de la Ley».

II. LA ADMINISTRACION Y EL DOMINIO PRIVADO

1 URBANISMO.

A) *La competencia urbanística municipal, compatible con las especiales estatales.*

Urbanismo y protección de monumentos artísticos

SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1965.

«Teniendo en cuenta que la Dirección General de Bellas Artes en su citado acuerdo de 11 de septiembre de 1963 (que ha sido confirmado por Orden del Ministerio de Educación Nacional de 20 de diciembre del mismo año en recurso de alzada y la misma por la Orden controvertida de este pleito) declaró ilegal y clandestina la obra de la última planta de la edificación, por los motivos antes aludidos, disponiendo su demolición y la acomodación del inmueble cual expresa procede ponderar ahora las razones en que apoya la demanda para imputar la ilegalidad del acto administrativo que impugna y pretender ser dejada sin efecto la declaración de la ilegalidad y clandestinidad de la repetida obra.

Las aludidas razones de defensa se refieren al error de interpretación, en que se dice ha incidido la Administración del artículo 6.º del Decreto de 22 de julio de 1958 en relación con los artículos 101 y 122 de la Ley de Régimen Local y los 23 y 28 de la del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y explica

el supuesto error exponiendo que según dicho artículo 101 es de la exclusiva competencia municipal la protección y defensa del paisaje, museos y monumentos artísticos e históricos, etc., y que el citado artículo 122 otorga a la Comisión municipal permanente la concesión de licencia para obras, añadiendo que al no conferirse la competencia para la aprobación de los proyectos de obras que despachen los Municipios o la Dirección General de Bellas Artes, no puede atribuírsele la disposición de aquel artículo 6.º del citado Decreto por tratarse de norma de rango inferior al de la Ley de Régimen Local, conforme a los también preceptos citados del 1.º de Régimen jurídico. Pero obvio resulta que al razonarse en tales términos es cuando incurre en verdadero error, porque se deja de tener presente que si bien es uno de los fines (inciso j) de dicho artículo 101 de la repetida Ley de Régimen Local, cuando concierne a monumentos artísticos o históricos, y que, según el apartado f) del artículo 122 de la misma Ley, la concesión de las licencias para obras corresponde a la Comisión municipal sancionada, ha de distinguirse que la competencia referida a la primera de dichas facultades tiene que verse limitada en razón a la determinada por otra legislación específica superior por su carácter de estatal, cual es en el caso presente la Ley de 13 de mayo de 1933, que de un modo expreso establece la competencia del expresado Centro directivo en todo "cuanto atañe a la defensa, conservación y acrecimiento del patrimonio histórico-artístico nacional" en los casos de los edificios que merezcan figurar en el Catálogo de monumentos de tal carácter (cual figura la iglesia resultante de autos), como **asimismo a los conjuntos urbanos** (art. 3.º de esta Ley especial). Y dentro del precepto, bajo el concepto de "conservación", tiene que estar comprendido todo lo que pueda referirse al conocimiento de los proyectos de obras en edificios inmediatos a un monumento histórico-artístico o que puedan alterar el paisaje que le rodea, o su ambiente. Y es por esto que sin pretender oponerse a disposición alguna de la Ley de Régimen Local (que según el sustentado criterio de la parte demandante tendría que haber derogado, en el particular, la repetida Ley de 13 de mayo de 1933, por ser aquélla posterior), y tan sólo como inspirado en el indudable deseo del legislador de procurar aclaración y complemento a lo establecido en los artículos 3.º y 34 de la última mencionada normativa, se promulgó el expresado Decreto imponiendo la preceptiva aprobación por la Dirección General de Bellas Artes de las indicadas obras, con sano y prudente propósito de evitar el absurdo de que, por prescindirse del asesoramiento de los Servicios Técnicos del Organismo, especialmente constituido en salvaguardia de los monumentos nacionales, queda limitada la competencia plena para resolver las vicisitudes, con estar relacionadas a los Ayuntamientos y se puedan por ello causar perjuicios como el que ahora se ha ocasionado a la Iglesia de X. de necesaria corrección. Y nada puede prevalecer tampoco en pro de la opinión del demandante la facultad para otorgar licencias de obras conferida a la Comisión municipal permanente de los Municipios, porque hay que entenderla referida a las construcciones ordinarias y que cuando se trata de casos relacionados con el Patrimonio histórico-artístico sean sometidas previamente a la concesión, a la Dirección General mencionada, en evitación también de los consiguientes perjuicios a los interesados solicitantes.

La inobservancia del requisito analizado obliga, según el artículo 5.º del Decreto de referencia a reputar clandestinas las obras que sin él se llevan a efecto, las que podrán ser removidas y reformadas por la Dirección General. No pudiendo, en el caso de autos, enervar esta consecuencia, acordado, como se alega, de que el recurrente creyera hallarse legalizado para edificar estando en pose-

sión de licencia municipal, porque la ignorancia de lo legislado al respecto no le exime de su cumplimiento, y publicado, ha sido el repetido Decreto de 1947, como también lo fué la catalogación como monumento del templo afectado por causa de su obra».

B) *Proyectos.*

Procedimiento para su aprobación.

a) *Menores requisitos que para los planes*

SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1965.

«Los acertados razonamientos contenidos en los Considerandos tercero y sexto inclusive de la sentencia apelada, acogiendo los alegatos que sobre el particular dedujo en su contestación a la demanda el Abogado del Estado actuando en representación y defensa del Ayuntamiento de X., que no había comparecido en autos, han de ser mantenidos y ratificados por la Sala que los estima jurídicamente correctos en cuanto rechazan sistemática y detalladamente los diversos motivos de nulidad formal que invoca "Compañía X. X., S. A.", como soporte de su pretensión de que se reponga el expediente al trámite de redacción y documentación del Proyecto, pues dado el limitado alcance de éste, que afecta a un reducido sector, la integración de su trazado en el ulterior Plan General de Ordenación de la ciudad, del que cabe reputarlo en cierto modo como un mero avance incluíble en el artículo 23 de la Ley del Suelo, y su calificación de Proyecto de Reforma Interior hacen excusables los requisitos formativos que señala el artículo 10 y el plazo a que se refiere el artículo 30 del propio Ordenamiento legal, y en todo caso tales defectos habrían quedado subsanados al respetarse en el Plan general las alineaciones y rasantes objeto del mismo».

b) *Su aprobación por silencio administrativo.*

SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1965.

«La declaración contenida en los acuerdos municipales recurridos de que el Proyecto de alineaciones y rasantes había sido aprobado en virtud de silencio administrativo positivo por la Comisión Provincial de Urbanismo de X. se ajusta a lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del artículo 32 de la Ley del Suelo, armonizando con el 95 de la de Procedimiento Administrativo, pues la aprobación tácita se produce lo mismo cuando el Proyecto no es reparado que cuando por serlo se eleva otra vez al órgano urbanístico provincial abriendo un nuevo término de seis meses».

C) *Polígonos.*a) *Es necesaria para su aprobación la existencia de Plan.*

SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1965.

«En el caso que se contempla en esta resolución no ha sido alegado por la parte recurrente tal motivo de nulidad, pero ello no impide a que haya de pronunciarse idéntica declaración, tanto porque los expresados acuerdos anularon radical y totalmente el expediente expropiatorio, cuanto porque siendo el procedimiento de orden público, está obligado el Tribunal en su función revisora a velar por la pureza del procedimiento, declarando su nulidad incluso de oficio, cuando las vulneraciones del mismo sean de tal entidad que la desnaturalicen y hagan posible la validez de los actos administrativos resolutorios del expediente».

b) *Pueden aprobarse ya con ellos los expedientes de expropiación.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIAS DE 6 Y 16 DE FEBRERO DE 1965 (Ar., números 1.155 y 2.941).

«De la aprobación simultánea por una misma Orden ministerial de 18 de noviembre de 1961 de los expedientes de delimitación y de expropiación del referido polígono de ello no puede inferirse necesariamente que se haya infringido disposición legal alguna, ya que del examen atento de los preceptos que se suponen infringidos los artículos 32, 52 y 122 de la Ley del Suelo y 25 de la de Expropiación Forzosa no se desprende disposición alguna legal que prohíba dicha aprobación simultánea».

D) *Suspensión de edificaciones con licencia.**Vigencia e interpretación del artículo 212 de la Ley del Suelo.*

SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1965.

«La falta de vigencia de la Ley del Suelo entiende el Tribunal *a quo* que deriva de que, en primer lugar, teniendo tal artículo carácter procedimental, en cuanto regula una modalidad de suspensión de acuerdos municipales, resultó derogado por la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, al no aparecer tal tramitación como subsistente en el Decreto de 10 de octubre de 1958, en la enumeración hecha por éste de los procedimientos especiales a los que se refería el artículo 1.º de la Ley, razonamiento que, aunque la misma sentencia reconoce que al menos está de acuerdo con un sector de la doctrina y presenta una aparente debilidad, nacida de la conceptualización de dicho artículo 212, como regulador de un procedimiento, cuando pudiera afirmarse que lo que hace es declarar una facultad de los Procedimientos de las Comisiones Provinciales de Urbanismo, facultad cuya actualización, tramitación o cauces procesales en los que ha de ejercitarse no señala, refuerza, sin embargo, su eficacia:

1.º Por la circunstancia de que el mismo artículo señala un trámite típicamente procedimental, como previo a la decisión del Presidente de la Comisión Provincial: la necesaria propuesta de éste o de los órganos centrales. 2.º Porque hay que poner el artículo en relación con el 112 de la misma Ley, siendo evidente que entre los dos se establece un procedimiento especial relacionado con determinados acuerdos municipales, entre los que está el Ayuntamiento de X. 3.º Porque, además, no debe olvidarse que la Ley de esta jurisdicción, de vigencia anterior a la del Suelo, y cuya disposición derogatoria afecta a "cuantas disposiciones se opongan a la misma", establece en su artículo 118—condensando fundamentalmente preceptos ya establecidos en los artículos 362 a 368 de la Ley de Régimen Local—un procedimiento para que los Presidentes de las Corporaciones locales o los Gobernadores civiles suspendan los acuerdos municipales tomados con infracción manifiesta de las Leyes, cualesquiera que éstas sean; generalidad con que está concebido el artículo que, juntamente con la consideración de que en una esfera tan de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos como es la de concesión de licencias para edificar, los acuerdos municipales que se estimen infractores de alguna norma de las Ordenanzas, puedan ser suspendidos por el Gobernador civil con una facilidad de actuación y con una indeterminación de plazos y otras garantías procesales—como la inmediata intervención de esta jurisdicción—distintas de las que encausan la agrupación de dicha autoridad en los casos de "infracción manifiesta de las Leyes", con consideraciones que abonan la tesis de la no vigencia del mencionado artículo de la Ley del Suelo.

Aun partiendo del supuesto de la vigencia del artículo aducido como fundamento de las decisiones gubernativas y de la Comisión Provincial de Urbanismo, no se ha hecho de él en este caso una aplicación correcta; porque, ante todo, como se ha aducido por los recurrentes y reconoce la sentencia apelada, la atribución conferida por el artículo al Presidente de la Comisión Provincial de Urbanismo apunta como objetivo fundamental y de primer plano el acuerdo del Ayuntamiento, infractor de una disposición urbanística; y es éste el acuerdo municipal—y así hay que entender la no muy feliz redacción del artículo—al que el Presidente de la Comisión puede acordar suspender, y como consecuencia o corolario inmediato de tal suspensión, la paralización de las obras; pero tanto el Presidente como la Comisión, en su caso, han acumulado sobre las obras los dos verbos, virtualmente sinónimos en su acepción de "detener" y han *suspendido* las obras y además las han *paralizado*, sin ordenar, en cambio, la suspensión del acuerdo municipal, y no debe olvidarse lo dispuesto sobre concesión de licencias como materia de la competencia municipal en el artículo 122, apartado f), de la Ley de Régimen Local; lo que sobre ejecutoriedad de sus acuerdos dispone el artículo 361 de la misma Ley, y lo que acerca de la actuación material de la Administración licitadora de derechos de los particulares—la paralización de las obras y los derechos que a realizarlas tenían los concesionarios de la licencia—ordena el artículo 100 de la Ley de Procedimiento Administrativo, exigiendo que previamente se adopte la decisión que sirva a tal actuación de fundamento jurídico, en este caso la anulación o al menos la suspensión de la licencia municipal.

Aunque se estimase esta argumentación basada en la distinción entre las obras y el acuerdo municipal, de poca trascendencia práctica, y se arguyese que si no se procedió correctamente hay que achacarlo a la deficiente redacción del artículo 212, preciso es tener también en cuenta lo dispuesto en los artículos 6, 9, a), y 10. Del Decreto de 10 de octubre de 1957 sobre organización de las

Delegaciones Provinciales de la Vivienda, normas de las que resulta que el cargo de Presidente de la Comisión Provincial de Urbanismo no le ostenta el Gobernador, que es quien actuó como tal Presidente en el acuerdo de suspensión, sino el Delegado Provincial de la Vivienda; el olvido de lo cual, combinado con lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley del Suelo, ha producido en este caso la anomalía de que la Comisión Provincial obró primero como instigadora preponente de la determinación del Gobernador, y después como órgano superior que decidió *en alzada* la reclamación contra dicha determinación gubernativa que la misma Comisión había propuesto».

E) *Declaración de ruina.*

a) *Su incompatibilidad con el mandato de reconstrucción.*

SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1965.

«La Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en su artículo 168 legitima a los Ayuntamientos para que puedan ordenar la ejecución de las obras necesarias para mantener en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público las edificaciones de los administrados, es decir, por razones obvias de policía urbana, pueden ordenar que se realicen obras de reparación en bienes de los administrados (terrenos, urbanizaciones privadas, edificaciones y carteles). Pero tales intimaciones para que se realicen obras sólo pueden ser acordadas por la Administración si los daños que pueden existir en tales bienes no son calificables legalmente como "ruina", es decir: daños de tal gravedad que precisen la demolición del bien en cuestión y que estén definidos en el artículo 170 de la misma Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, por ende, los supuestos contemplados por el artículo 168 y el 170 de esta Ley son alternativas; o lo que es igual, si se da cualquiera de los tres supuestos definidos por el número 2 del artículo 170, procederá declarar el estado de ruina, y si no se da ninguno de estos supuestos, procederá ordenar que se realicen las obras necesarias para mantener los bienes en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, conforme autoriza el artículo 178. Pero lo que no puede hacerse es declarar "en estado de ruina propiamente dicha" la casa objeto de este litigio y acto seguido intimar al propietario de la misma para que en el plazo de dos meses "efectúe las obras de reparación necesarias para evitar peligros para las personas y bienes"».

b) *Unidad de edificación.*

SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1965.

«En cuanto al importante concepto de unidad de edificación, esta Sala tiene reiteradamente declarado en múltiples sentencias, de las que sólo son ejemplo las citadas en los Vistos, que tal unidad existe, aunque partes más o menos extensas de las firmas en litigio sean todavía buenas o estén en condiciones aisladas de reparación, sin que sea necesario que estén en estado ruinoso todos sus elementos o dependencias, y que tan sólo en el caso de estar compuesto el inmueble de cuerpos de edificación independientes se puede declarar en estado

de ruina uno ó más de estos cuerpos, sin que ello afecte a sus demás componentes. Así lo expresa la propia sentencia de 7 de marzo de 1961, que es fundamento legal de la hoy apelada, en la que además se añade: "máxime si el propietario del inmueble consiente la declaración de ruina parcial", lo que demuestra que el concepto de unidad es la regla general y que el caso de la llamada ruina parcial de una finca urbana es un caso de existencia de distintos cuerpos aislados o independientes del resto edificado, con propia consistencia y propia utilidad independiente, pues de lo contrario no cabe hablar de ruina parcial».

2. EXPROPIACIÓN FORZOSA.

A) *Finalidad de la Ley: es lograr la justa compensación del expropiado.*

El Jurado puede examinar en reposición nuevas pruebas.

SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1965.

«Aceptar la tesis contenida por la Administración propugnando la imposibilidad de que en reposición pueda el Jurado procurarse nuevos elementos de juicio y tenerlos presentes luego en su decisión equivaldría a admitir y consagrar la quiebra del fundamental principio que informa a la Ley de Expropiación Forzosa, constituyendo su verdadera *ratio* y finalidad, pues en tal caso, ciertamente que se estaría proclamando la prevalencia del formalismo sobre la justicia material en detrimento de lo que precisamente persigue aquélla, y el Jurado ha de realizar, es decir, la determinación, como justa indemnización, de aquel valor que realmente compense en el patrimonio del expropiado la pérdida que éste se ha visto obligado a sufrir en aras del interés público; pero es que, además, al practicarse la inspección personal de la finca no se han infringido los preceptos legales que el recurrente estima que lo han sido, ya que ni en la interpretación de cada uno de ellos ni de la de todos en su conjunto se deriva que el Jurado, al decidir en reposición necesariamente haya de limitarse a los elementos de juicio que obraren ya en el expediente, y no puede, al realizar el nuevo examen y juicio que el recurso de reposición implica, procurarse otros distintos de los que anteriormente no hubiere dispuesto, pues si bien por razones de celeridad y de economía es harto conveniente y deseable que desde un principio consten todos ellos en el expediente, ello no puede, sin embargo, impedir que al reconsiderar la cuestión el Jurado utilice cuantos medios estén a su alcance para cumplir más eficaz y justamente la función que la Ley le ha encomendado».

B) *Unidad de expediente de justiprecio para bienes que constituyan una unidad económica.*

Fundamentos.

SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1965.

«Al expropiado le asiste el indiscutible derecho de que en expediente único se le justiprecien todos los bienes que se le expropien, cuando éstos, como en el

caso examinado, constituyen una unidad económica, según así está previsto en los artículos 26 y 27 de la Ley de Expropiación Forzosa, por lo que este fraccionamiento del expediente expropiatorio enunciado por la Administración va contra la Ley y contra el derecho y los intereses de los expropiados, a quien se le obliga innecesariamente a plantear en su caso reclamaciones y litigios separados y se le demora la indemnización del valor de un bien del que se le ha desposeído, ello obliga a estimar en cuanto a este recurso la petición A) de la súplica del escrito de demanda, declarando nula la valoración hecha en la resolución recurrida a la expropiación del derecho de arrendamientos de X. X. sobre la parcela 86-R. sin que sea posible, como este recurrente pretende, que se fije el valor de dicha industria a la presente sentencia, por ser particular sobre el que la Administración no se ha pronunciado».

C) *Expropiaciones urbanísticas.*

a) *Valor comercial de solares. Aplicabilidad del artículo 43.*

SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1965.

«Tanto en los escritos formulados en vía administrativa como en la demanda formulada en el presente recurso la primera discrepancia que se formula en cuanto a la valoración realizada a la parcela número 5 del expediente de expropiación, derivado de la delimitación del polígono X. de la ciudad de Y., es la de considerar que a la mencionada finca debe reconocerse la condición de solar por estimar como tal toda superficie apta para la edificación y comprendida en un plan de ordenación urbana, por concurrir en ella todas las circunstancias precisas con arreglo al artículo 63. 3, de la Ley del Suelo, haciendo especial indicación de que pueda disponer tanto del servicio de desagüe como de alcantarillado, pues paralela a la fachada de la finca pasa una acequia cubierta llamada acequillet, ramal de la acequia mayor de Y. que se utiliza para el riego de los cultivos situados a la derecha de la Avenida de ..., y a cuya acequia pueden llegar las aguas residuales de la finca y que en cuanto al alcantarillado la distancia de la punta derecha de la finca hasta el alcantarillado último del Ayuntamiento es de 33.40 metros, y que incluso la Administración expropiante ha reconocido expresamente que a 40 metros de la finca existe una alcantarilla a la que no se puede acometer por diferencia de cota, deduciendo de todo ello que la repetida finca puede tener conexión con el alcantarillado, pero tales afirmaciones determinantes para el recurrente de la existencia de tales servicios está contradicha por la Administración y por la propia resultancia del expediente y de los documentos incorporados a la demanda, toda vez que la existencia del desagüe no puede acreditarse por la circunstancia de que en la inmediación de la finca o sobre ella exista una acequia secundaria de la acequia principal de Y., cuyo destino es el riego, pues es evidente que tal conducción de agua no es apta para realizar sobre ella el desagüe de la finca, siendo de advertir que en la descripción de las circunstancias legales de la finca se señala por la Administración que existe una servidumbre de acueducto, lo que indica precisamente desde el punto de vista legal un supuesto jurídico contrario a la posibilidad de la utilización para un fin distinto del que está establecida la servidumbre, y en cuanto al alcantarillado es fundamental reconocer que es dis-

tinto a los efectos de la Ley del Suelo el tener desagüe en la finca y la posibilidad de tenerla empalmando en el alcantarillado existente, pues el artículo 63, 3, de la repetida Ley con toda exactitud determina que para la calificación de solares se precisa entre otros extremos no discutidos que la parcela disponga de los servicios de suministro de agua, desagüe y alumbrado público, concepto que gramaticalmente implica que esté en actitud de usarse o utilizarse, supuesto contrario a la posibilidad de que ocurra, que es lo que en el caso que se debate acaece, es decir, que en forma alguna puede considerarse existente el requisito legal aludido a la finca objeto de tasación y como consecuencia carece de base la posibilidad de su tasación como solar procediendo a la desestimación del recurso interpuesto en cuanto a ese extremo».

SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1965.

«Han de considerarse como solares, a tenor del artículo 63 de la Ley del Suelo, las superficies urbanizadas con arreglo a las normas mínimas establecidas por el Plan de Ordenación, siendo irrelevantes cuando este plan existe y concreta esas normas mínimas que se den o no los supuestos que dicho artículo contiene como supletorios de la ausencia de tales normas; habiéndose delimitado el polígono ... sobre el plan de urbanización de X. de 14 de marzo de 1955 y habiéndose cumplido y ejecutado en la zona de ..., con autoridad a la delimitación del polígono, las normas de construcción, urbanización, apertura de calles, líneas y rasantes exigidas por dicho Plan, según se acredita por fidedigno certificado del Secretario del Ayuntamiento de X con el visto bueno del Alcalde, han de considerarse como solares a todos los efectos de derecho las parcelas expropiadas a los recurrentes.

«La ubicación de estos solares en el casco urbano de la ciudad de X., o en sectores contiguos al casco urbano, dada la importancia y auge económico de dicha población, es notorio que suscita valores comerciales que han de tenerse en cuenta al fijar su justo precio, que, de conformidad con lo prevenido en los artículos 93, 85, 86 y 89 de la Ley del Suelo, ha de hacerse según las normas establecidas en la Ley de Expropiación Forzosa.

Dentro del marco jurídico trazado por esta Ley, no siendo posible justipreciarlos con aplicación de su artículo 38, por no constar claramente el arbitrio principal sobre incremento del valor de los terrenos, forzosamente ha de acudirse a los criterios estimativos de su artículo 43, conjugando en su aplicación los distintos factores que pueden ser útiles para llegar a conclusiones justas, cuales son la situación más o menos privilegiada de las distintas parcelas dentro del polígono, su mayor o menor extensión, la profundidad en relación a sus límites con vías públicas de mayor o menor importancia y los valiosos términos de comparación que suministran las sentencias citadas en los Vistos de la presente, que valoran en 500 pesetas el metro cuadrado de solar en la parcela 41, y a 700 pesetas las de las parcelas 24, 37 y 38, todas de este mismo polígono».

SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1965.

«La supuesta compatibilidad de aplicación conjunta de los artículos 38 y 43 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, establecida en los Considerandos 4 y 6 de la sentencia apelada, no es aceptable en la forma

llevada a la práctica en dicho pronunciado, pues si bien es cierto que tanto uno como otro precepto establecen respectivamente, para justipreciar edificios, la obtención de la media aritmética entre el valor en venta de fincas análogas y a capitalización del líquido imponible, o "si la evaluación practicada por (estas) normas ... no resultare ... conforme con el valor real ..." podrán aplicarse o hacer "uso de los criterios estimativos que juzgue más adecuados", partiendo para ello siempre, como ordena el párrafo 3.º del último artículo indicado, de la evaluación que se haga según el artículo 38, para introducir en ella las rectificaciones fundamentadas que deban verificarse, con lo que se evidencia que en los supuestos del artículo 43 siempre ha de tenerse a la vista, aunque no se acepten las normas del 38; sin embargo, no existe obligación legal alguna, cuando se aplique el artículo 43, de obtener la media aritmética entre en valor que resulte de los criterios estimativos adoptados y la capitalización del líquido imponible de la finca, pues ello sólo es preceptivo si se aplica el artículo 38, pero no cuando siguiendo lo reglado en el 43 se tiene en cuenta aquella norma valorativa, pero precisamente para rectificarla según los criterios que se entienda más procedentes, y si a ello se añade que, según el propio artículo 38, cuando se trate de solares—como ocurre realmente en el caso presente, pues la edificación que ocupaba el mismo ha sido demolida—, "se justipreciarán en el valor que tengan asignado para los efectos del arbitrio municipal sobre incremento de valor de los terrenos, aumentado en un 10 por 100, es incuestionable que no debió procederse a la busca de una media aritmética que no tenía virtualidad para el bien de la naturaleza del que se trataba de expropiar, sino sólo para edificaciones».

b) *La Ley de 21 de julio de 1962 y su interpretación restrictiva.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 2472).

«No tenía aplicación al caso controvertido la Ley de 21 de julio de 1962, puesto que los terrenos a expropiar no eran necesarios para la "ejecución de Planes de Vivienda y Urbanismo", como exige el artículo 1.º».

D) *Valor de los acuerdos de los Jurados de expropiación.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 2471). En el mismo sentido, las de 11 de febrero de 1965 (Ar., núm. 1.878), 15 de febrero de 1965 (Ar., núm. 1.185), 9 de abril de 1965 (Ar., núm. 2.292), 22 de abril de 1965 (Ar., 2.338), 9 de febrero de 1965 (Ar., núm. 1.159).

«Es constante la doctrina sentada por esta Sala en sentencias que por lo numerosas y constante dispensan en su cita correcta la del valor que, por la composición de los miembros que integran los Jurados de Expropiación, ha de otorgarse a sus decisiones, ya que además de estar asegurada su imparcialidad por su forma de nombramiento que les coloca en un plano equidistante de las partes que decretan la valoración de las fincas expropiadas, tienen puesto en el mismo los elementos jurídicos y técnicos y aun la representación generalizada de

los intereses de la colectividad y de la propiedad, teniendo, además, tanto por razón profesional cuanto por su permanencia en la función estimatoria en el mismo Jurado, una superioridad de conocimientos que dotan a sus decisiones de las mayores garantías posibles de acierto, y aunque esta aquiescencia, en principio, a sus resoluciones, no puede en modo alguno, según constante doctrina, vincular a esta jurisdicción, sería preciso para la resolución de los acuerdos sometidos a su función revisora que se aprecie claramente la existencia de un error de hecho, o de derecho, o de cálculo que determinen una manifiesta inadecuación del justiprecio formulado con el verdadero valor real del bien expropiado».

III. DOMINIO DE LA ADMINISTRACION

Vías pecuarias.

No son servidumbres, sino terrenos de dominio público.

SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1965.

«La vía pecuaria no representa servidumbre de paso o carga sobre finca alguna para disputar aquélla de predio dominante y a ésta de predio serviente, sino que dicha vía es una faja de terreno de dominio nacional, como lo define el artículo 1.º del Decreto de 23 de diciembre de 1944, revestida de tal cualidad jurídica sustantiva y que independiente por ello de los terrenos entre que se marca la ruta, en nada afecta a la titularidad de éstos, por lo que al no estarse ante un derecho limitativo del dominio de las fincas, la inscripción de éstas que no mencione a la vía pecuaria que pase junto a ellas no implica inexistencia de la misma, y aquí, en concreto, de la Cañada Real de X., compatible, por tanto, con el asiento registral aducido».

IV. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. CONCESIONES. SU NATURALEZA.

No son un contrato privado, sino un acto dispositivo de Derecho público.

SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1965.

«La concesión administrativa, atendida su naturaleza jurídica, no puede ser equiparada a un contrato privado con vinculación obligatoria para ambos contratantes, ya que se trata de un acto de disposición o mando por medio del cual la Administración impone al beneficiario las condiciones que estima convenientes tanto para el interés público, como expresamente lo reconoce el mismo actor, sino también las que requiera el debido respeto a los derechos adquiridos o intereses legítimos de terceros afectados por la concesión, y esta facultad puede

ser ejercitada libremente hasta tanto la propia Administración no haya dicho su última palabra en la adjudicación definitiva. Es preciso, pues, admitir que si el artículo 12 del Reglamento de Ordenación de los Transportes de 9 de diciembre de 1949 ordena que se respeten, en estos casos la explotación de los trayectos comunes existentes antes y esta reserva se mantiene en la disposición transitoria 6.ª d la Orden de 20 de abril de 1950, como una condición ineludible para la Administración, ésta actuó conforme a derecho y en el debido respeto a los intereses legítimos hechos valer para el coadyuvante ante la misma al imponer el actor, en la concesión provisional y luego en la definitiva, la prohibición de realizar tráfico entre las poblaciones del itinerario concedido existentes en la provincia de X.»

2. CONTRATOS CIVILES Y ADMINISTRATIVOS.

A) Contratos administrativos de arrendamiento. Inaplicabilidad de la prórroga establecida en la LAU.

SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1965.

«Si bien es cierto que no existe una línea divisoria para deslindar los campos de lo estrictamente civil y de lo fundamentalmente administrativo, la doctrina y la jurisprudencia han establecido normas para determinar la naturaleza jurídica del contrato administrativo, atendiendo principalmente a los elementos subjetivos; el carácter y posición con que actuaren las partes, el objeto, alcance transitoria 6.ª de la Orden de 20 de abril de 1950, como una condición ineludible y directo a la ejecución de una obra o prestación de un servicio, por lo cual se hace preciso estudiar tales elementos para poder deducir de ellos, cual sea la naturaleza jurídica de tales contratos de arrendamiento.

En cuanto a los elementos subjetivos, esos contratos se otorgaron por la Junta de Obras del Puerto de X., organismo dependiente del Ministerio de Obras Públicas, que constituye una Delegación de la Administración General del Estado, Junta que fué autorizada por la Dirección General de Puertos para celebrar tales contratos con arreglo a las modificaciones que estimó conveniente introducir en el proyecto remitido al efecto por dicha Junta para su aprobación, de donde se deduce el carácter y posición con que las partes actúan; una como particular y otra con la potestad de imperio, característica de la Administración. El objeto del contrato es un bien público, demostrado por el proceso seguido para la construcción de los almacenes, pues ese proyecto tuvo que ser aprobado por Real Orden de 6 de agosto de 1927 y su ejecución fué autorizada, empleando el sistema de administración, por Real Decreto-Ley de 15 del mismo mes y año en atención a que según se decía en el anteproyecto su construcción sería de gran utilidad, contribuyendo esencialmente al desarrollo del Puerto y proporcionando facilidades al comercio, lo cual revela la naturaleza esencialmente administrativa de tales almacenes. Se arrienda, además de los almacenes propiamente dichos, la vía del ferrocarril del apartadero del Servicio del Puerto con las estaciones centrales de X. y Z., y una báscula de doce toneladas para carros, y la finalidad del contrato, según se establece en la estipulación segunda de la escritura de arrendamiento del almacén número cinco, es la de beneficiar y desarrollar la navegación y el tráfico marítimo, es decir, que la relación contractual celebrada

tiende de modo inmediato y directo a la ejecución de su servicio público, o sea, que se dan todos los elementos que la jurisprudencia de este Alto Tribunal señala para encasillar los contratos objeto de este procedimiento dentro de la esfera administrativa, sin que la sumisión de una de las partes a la jurisdicción de los Tribunales ordinarios de X., hecha en el contrato de arrendamiento del almacén número cinco, tenga eficacia bastante para cambiar por sí sola la naturaleza jurídica de los contratos, ni puede dar competencia a una jurisdicción que no lo tiene, ya que las cuestiones de competencia son de orden público, siendo éste además improrrogable—artículo 5.º de la Ley de la jurisdicción—.

Al ser los contratos de arrendamiento celebrados netamente administrativos, no puede aplicárseles las normas de prórroga forzosa que para los contratos de esta clase, puramente civiles, establece la legislación común, sino que tienen que estar sometidos a la legislación administrativa, y, por consiguiente, la resolución recurrida que así lo ordenó está ajustada a derecho, debiendo en su virtud desestimarse el recurso a tenor de lo dispuesto en el número 1.º del artículo 83 de la Ley jurisdiccional».

B) Las licencias tienen naturaleza contractual.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1964 (Ar., número 2.553).

«Como claramente se infiere de tales fechas, la relación voluntariamente concertada entre la Administración y el recurrente, y cuya raíz o fondo contractual es innegable, se había de regir por lo que se convino y se fijó en las licencias, amoldado a lo que disponía la legislación reguladora de estas operaciones en aquella fecha».

3. LA FORMA EN LOS CONTRATOS.

Su trascendencia.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1965 (Ar., número 2.571).

Acepta los siguientes Considerandos de la apelada:

«Que debe distinguirse, en relación con la forma del acto administrativo, el procedimiento de integración de la voluntad administrativa y la forma de declaración de la voluntad, toda vez que la expresión "forma", si bien se entiende referida al modo de declaración de la voluntad ya formada, abarca también el conjunto de formalidades y trámites a través de los que la voluntad administrativa se configura, formas procedimentales cuya total omisión produce la nulidad absoluta del acto, a diferencia de la formalización escrita del contrato, cuya falta no afecta a la validez de la obligación; que la exigencia de forma en la contratación sujeta a la Administración a unos procedimientos preestablecidos, a los que necesariamente debe acomodarse para resolver el problema de la elección de la otra parte contratante, exigencias de formalidades que alcanza incluso a los contratos civiles realizados por la Administración, para evitar confabula-

ciones, que también deben evitarse en la contratación civil de los entes administrativos, según se ha sostenido en los Considerandos que anteceden, y que las formas de contratación administrativa no son derechos transigibles, sino obligaciones indeclinables, con respecto a las cuales cualquier pacto en contra ha de estimarse nulo, ya que, según se ha declarado, el Tribunal Supremo, en sentencias de 21 de octubre de 1960 y 25 de marzo de 1961, los vicios del procedimiento de preparación y adjudicación del contrato originan la nulidad del mismo.

Que el epígrafe del capítulo único del título II del libro III de la Ley de Régimen Local, comprensivo de los artículos 307 a 318 indican claramente que todos sus preceptos atañen indistintamente a la forma de contratación de bienes, obras y servicios que el artículo 196 de la propia Ley preceptúa que el arrendamiento de bienes patrimoniales habrá de realizarse por subasta, que el artículo 1.º del Reglamento de 9 de enero de 1953 estatuye que los contratos que celebren las Corporaciones Locales habrán de reunir, para su validez, el cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes; que en el referido artículo ni en los 13 a 43 comprendidos en el capítulo 41, atinente a las formas de contratación, se distingue entre contratos civiles y administrativos; que la regulación unitaria, en cuanto a la celebración en los contratos en que intervengan las Corporaciones Locales, se establece en la disposición adicional primera del citado Reglamento de Contratación, por el que se regirá aquélla, siendo aplicable a la contratación de bienes, obras y servicios; que en el artículo 51 del referido Reglamento se ha dado estado normativo a la tendencia jurisprudencial (sentencias de 12 de julio de 1873, 5 de julio de 1898, 12 de febrero de 1910 y 5 de octubre de 1946) de que en la novación de los contratos administrativos han de guardarse los mismos requisitos que para su otorgamiento, sin que al disponer que "los contratos serán inalterables, a partir de su perfeccionamiento", y "que las condiciones jurídicas, económicas o técnicas sólo podrán modificarse mediante nueva licitación", además de no establecer distinción alguna entre las dos clases de contratos, deje de estar regulada también la forma de celebración de ambos, y que si no se pone en duda la aplicación al otorgamiento de los contratos civiles de los preceptos administrativos que exigen el cumplimiento de aquellas formalidades, cuando intervengan en ellos como simple persona jurídica de la Administración, no puede por menos de concluirse, por igual razón, que tampoco servirían para nada las garantías iniciales, si pudieran alterarse después libremente las circunstancias fundamentales de la obligación, porque esto permitiría anunciar una licitación en condiciones inasequibles, para después de adjudicar el contrato a la persona con quien se estuviera confabulado—que lo mismo podrá ser un contratista de obras que un arrendatario de bienes—, novar el contrato en la medida que se estimase conveniente, lo que conduce necesariamente a la conclusión de que para modificar un contrato, civil o administrativo, todo el trámite reglamentario, abriendo una nueva licitación, realizando otra nueva adjudicación y celebrando, en definitiva, un nuevo contrato».

V. POTESTAD SANCIONADORA

1. SANCIÓN Y CULPA.

A) *El principio «in dubio pro reo» en la interpretación de la culpabilidad.*

SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1965.

«Se trataba de una interpretación de cláusula dudosa por lo que se pudo exigir a la empresa la liquidación oportuna, pero no era procedente la sanción, lo que hace que se deba estimar el recurso».

SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1965.

«Dados los principios elementales del Derecho sancionador, universalmente reconocidos, y no existiendo en este caso precepto legal que claramente, sin interpretaciones más o menos forzadas, establezca la obligación de abono de vacaciones, tal como la supone el acta impugnada, es visto que no puede estimarse cometida por la empresa recurrente la falta que en aquélla se acusa y que la resolución de la Dirección General sanciona, procediendo por ello la declaración de nulidad de la misma».

B) *Regla contraria.*

a) *En materia de viviendas.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIAS DE 27 DE ABRIL Y 6 DE JULIO DE 1965 (Ar., núms. 2.125 y 3.370).

«Puestos en relación tales hechos con la norma establecida en el artículo 1.º, sección 3.ª, apartado c), del Decreto de 18 de febrero de 1960 con el espíritu informador de la legislación sobre viviendas de renta limitada, tendente a resolver la grave y acuciante necesidad social de proporcionar viviendas modestas con el mínimo de sacrificio económico para los inquilinos, y con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de que hay que entender que todo lo que—a través de pretendidas conceptualizaciones jurídicas más o menos hábiles y no obstante la aparente aceptación de las mismas por quienes muchas veces no están en situación de discernirlas o discutir las—se añada o superponga al estricto pago de alquiler en su límite legal de cuantía y en sus ordinarios vencimientos cronológicos es percepción prohibida por la norma antes citada la confrontación de los apuntados hechos y las expresadas normas jurídicas hace que parezca como perfectamente acoplada al Derecho vigente la resolución impugnada, tanto en la conceptualización y calificación de la falta como en la cuantía de la sanción aplicada».

b) *En materia de contrabando.*

SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO Y 11 DE JUNIO DE 1965 (Ar., núms. 887 y 3.457).

«Es también opinión de la Sala, manifestada en constantes resoluciones, la de reconocer la imposibilidad en la mayoría de las ocasiones de atenerse. Los Tribunales Juzgadores de los hechos posiblemente integrantes de infracciones de contrabando o defraudatorias, a pruebas directas y planes para llegar al convencimiento de la culpabilidad los denunciados como presuntos responsables, toda vez que éstos, por los medios más hábiles y astutos, procuren encubrir o disminuir sus responsabilidades para lograr su impunidad o reducir sus efectos; lo que obliga, en evitación de tales propósitos, y el consiguiente perjuicio para el Fisco, a utilizar, para alcanzar alguna convicción, las pruebas de presunciones y aun la indiciaria, si bien derivándolas de la observación de las circunstancias que integran sus antecedentes relacionadas con el hecho infractor, mediante su apreciación, conforme a las reglas de la sana crítica».

2. DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PARA FIJAR LA SANCIÓN.

SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1965.

«No es función de esta jurisdicción hacer nuevas graduaciones de la multa cuando la autoridad administrativa respetó el límite máximo que la Ley establece».

3. FALTAS PENALES Y FALTAS ADMINISTRATIVAS.

Su diferenciación y distinto régimen.

SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1965.

«La demanda para solicitar la exculpación del actor y que califica de "inadecuación temporal del castigo infligido", se ve que trata de fundarse en que la infracción sancionada ha prescrito, por haber estado paralizado el procedimiento más de un año a tenor del artículo 113 del Código penal, que establece el transcurso de dos meses para estimarle en las "faltas penales" a las cuales asimila el actor la infracción cometida y relacionada. Sin embargo, es de advertir que ya la propia demanda empieza a reconocer que la Ley de Tasas de 30 de septiembre de 1940 carece de término alguno referente a la prescripción de las infracciones que castiga, con lo cual la innovación que hace el artículo 113 del Código penal la basa en una razón de similitud de equidad con las faltas penales a que el Código se refiere y las infracciones de tasas, cual la cometida, que está muy lejos de amparar dicho Cuerpo legal, ya que, por el contrario, en su artículo 7.º dispone expresamente que "no quedan sujetos a sus disposiciones los delitos y faltas que se hallen penados en las Leyes especiales", precepto en el que hay que estimar comprendido las Leyes y reglamentos que regulan el ré-

gimen de tasas, dado (puesto) que su carácter especial no puede ser contradicho por nadie, ya que su especialidad no sólo viene determinada por razón de la materia que se aplica, sino por las siguientes circunstancias de carácter socio-económico y político que las crean y que aún persisten en la etapa actual de liquidación, aunque atenuadas.

A mayor abundamiento sobre lo expuesto que aún tratando de buscar una solución integradora de esta omisión legislativa, estimulado por el propio deseo del actor, y guiados por el camino de analogía, nos encontramos, en primer término, con que, aparte la indeterminación que sobre el concepto de la falta gubernativa o administrativa existe en la doctrina de la exégesis que tal operación requiere debe hacerse sobre el artículo 603 del Código penal, porque en el que hace alusión a estas faltas y de texto claramente se desprende la inexistencia de un concepto unitario de los mismos, ya que, por el contrario, es preciso distinguir con él faltas administrativas que están predeterminadas, dada la sanción que les acompaña, que nunca puede ser superior a la señalada en el libro III del Código penal para las faltas penales, que son la multa de 1.000 a 5.000 pesetas, el arresto menor o la represión privada por su propia naturaleza y han de referirse a ordenación municipal, bandos de policía y buen gobierno, reglamentación general o particular administrativa, y además han de reunir condición general de que "ello, no obstante", no se disponga otra cosa de la Ley especial de que se trate. Evidentemente la Ley de 30 de septiembre de 1940 no puede ser en modo alguno catalogado entre estas disposiciones y sus infracciones estimadas como faltas administrativas de la clase indicada y postulada por el actor; primero, porque no se trata de una Ley especial, como dejamos dicho, dada la materia y la ocasión para que fué promulgada, pues la propia Orden de 11 de octubre de 1940, que es su Reglamento la declara Ley de excepción (art. 48); segundo, porque las sanciones que señala son muy superiores a las reguladoras de las faltas administrativas (incautación inmediata de las existencias; multa de 1.000 a 500.000 pesetas; prohibición de ejercer el comercio o del establecimiento o fábrica durante tres meses, seis meses o un año; destino a un batallón de trabajadores; multa extraordinaria de cuantía superior a 500.000 pesetas, cese definitivo del comercio o industria, e inhabilitación para el ejercicio de su profesión), todas ellas sanciones muy superiores a las de muchos delitos, y tercero, porque su finalidad y desarrollo entra en la categoría de Leyes o infracciones distintas por más graves de las meramente administrativas, cual ocurre con las de contrabando y defraudación, monetarias, las de carácter fiscal, etc., no obstante estar encomendadas su imposición y exacción a autoridades extrajudiciales, de donde resulta que al tratar de hacer la obligada asimilación de estas faltas a las infracciones penales correlativas, a los efectos perseguidos de su prescripción, es notorio que tendríamos que buscar la equiparación, dada su gravedad y significado, en los delitos que poseyeran estimación penal del grado que queda señalado, y en tal supuesto es incuestionable que no habría transcurrido el plazo que para éstas señala el Código penal, que no baja de cinco años en el caso más benigno y en que tal interpretación fuera viable, dado los términos en que la Ley de Bases aparece promulgada, que omite toda referencia al problema».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE ENERO DE 1965 (Ar., número 105. En sentido análogo, la de la Sala 4.^a de 25 de enero de 1965, Ar., número 2.560).

«La sentencia que le absolvió lo fué del delito de cohecho, declaración judicial que pudiera tener eficacia si en el expediente disciplinario que fué seguido se le hubiera imputado la comisión de dicho delito como determinante de su destitución, y no la realización de los hechos recogidos en el pliego de cargos que obra al folio 255 del expediente administrativo de que dimana el presente recurso, calificados de falta grave».

4. MATERIA DE VIVIENDAS.

La calificación definitiva no obsta a la potestad sancionadora.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIAS DE 28 DE MAYO Y 6 DE JULIO DE 1965 (Ar., núms. 2.929 y 3.370).

«El mismo argumento en que se apoya el recurrente para combatir la resolución del Ministerio es el de que obtenida la cédula de calificación definitiva no se puede sancionar al constructor por los defectos existentes en la construcción, pero tal tesis no es admisible, según quedó declarado para casos idénticos en las sentencias de esta Sala de 18 y 27 de noviembre del pasado año, que establecieron, en cuanto a las pretendidas consecuencias liberatorias de la calificación definitiva, que lo que ésta significa no es otra cosa que, en principio, y a juicio del Ministerio, la obra aparece ajustada al proyecto en extremos esenciales, pero esto no quiere decir que no pueda resultar en caso alguno concedida la calificación definitiva a obras no ajustadas al proyecto por defectos ocultos de la obra, e incluso por errores sufridos en el acto de la inspección prevista en el artículo 93 del Reglamento, sin perjuicio, claro está, de las responsabilidades que la Administración o el mismo promotor puedan exigir sobre el cumplimiento de este trámite; pero lo que la calificación definitiva no puede justificar o amparar es que el promotor o el contratista que construye un edificio de protección estatal, apartándose del proyecto en extremos no esenciales—pero que disminuyen su coste y, por tanto, el valor calculado de las viviendas para la obtención de los beneficios—, pueda quedar impugne o incluso cobrar menos precios de los autorizados por el Ministerio para unas viviendas de calidad inferior».

5. CONTRABANDO.

Importación temporal de automóviles y su cesión.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1965 (Ar., número 2.658).

«Que el artículo 1.º de la Ley de 31 de diciembre de 1941 prohibió de modo absoluto la enajenación, venta, préstamo, cesión, traspaso o donación, cualquiera que sea la causa, razón o motivo que se invoque, de aquellos automóviles impor-

tados en España en régimen temporal, bien con documentos de carácter internacional o con pases expedidos en las Aduanas, estableciendo en su grupo 2.º, que las personas que en cualquier forma contravengan estas disposiciones, ya sean vendedores, donantes, cedentes o compradores, adquirentes o concesionarios, quedan sujetos a los preceptos de esta Ley como actores de un acto de defraudación, añadiendo en el artículo 4.º de dicha Ley, que los españoles y extranjeros que usufructúen vehículos automóviles importados en régimen temporal con documentación expedida a nombre de otra persona, serán considerados como autores de un acto de defraudación, aunque el documento de importación temporal esté en período de validez, y este rigorismo de la Ley fué suavizado por el Convenio internacional y la Orden de 16 de mayo de 1960, antes dichos, en el sentido de declarar que la cesión de usos de vehículos importados temporalmente prohibidos por la Ley de 1941, están fuera del ámbito de esta Ley, cuando esta cesión de uso se realice, siempre que el cedente y el cesionario sean españoles que de modo permanente residan fuera de España o extranjeros que gocen del beneficio de esta importación temporal y que la sola utilización del vehículo importado temporalmente por persona distinta de su titular no constituye infracción sancionable por la Ley de Contrabando.

Que esto sentado, claramente se ve que lo único que ha desaparecido, tanto de la Ley de Contrabando como de la Ley reguladora de la situación de automóviles importados en régimen temporal, ha sido la cesión de uso de estos automóviles por personas distintas de su titular y siempre que el cedente y el cesionario estén comprendidos dentro de las disposiciones legales reguladoras de esta materia para obtener los beneficios de la importación temporal de vehículos, quedando subsistentes todas las demás figuras jurídicas por lo que se regula la adquisición o transmisión de la propiedad de tales vehículos, cosa natural, puesto que importados éstos en régimen temporal en el que no se satisfacen los derechos arancelarios correspondientes, la enajenación de estos coches, aunque sea a extranjeros, supondría la renuncia del Estado español a percibir esos derechos arancelarios cuando de extranjeros se trate, teniendo que ser necesariamente expresa tal declaración, y lo único que expresamente se ha exceptuado del ámbito de la Ley de 1941 y de la de Contrabando y Defraudación de 1953 ha sido la cesión de uso de los vehículos importados en régimen temporal».

VI. REGIMEN FISCAL

1. UNIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y DERECHO FISCAL

La liquidación practicada por un impuesto no vincula a la Administración a efectos de otro distinto.

SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1965.

«Si bien es cierta la tesis de la unicidad de la Administración, también lo es la diversidad de sus cometidos y de órganos cuya actuación no es vinculante, sobre todo en materia tributaria en que cada impuesto tiene su propia estructura y forma de gestión e investigación, sin que la liquidación hecha por derechos reales impida a los Organos de gestión del Impuesto sobre la Renta utilizar sus

métodos propios y discrepar, como aquí sucede, de los precios consignados en la escritura».

2. JURADOS FISCÁLES.

Necesaria motivación de sus decisiones.

SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 10 DE MAYO Y 21 DE JUNIO DE 1965 (Ar., núms. 2.196 y 3.597).

«Es doctrina mantenida ya por esta Sala, entre otras en la sentencia citada en los Vistos que los Jurados deben motivar sus resoluciones, exigencia impuesta concretamente, para los Jurados Especiales de Valoración en la Contribución de Usos y Consumos, hoy Impuestos sobre el Gasto, por el artículo 6.º del Decreto de 18 de diciembre de 1943. La obligación de motivar las resoluciones por parte de los expresados Jurados debe estimarse como inexcusable y la omisión de esa formalidad debe determinar la invalidez del acto administrativo de referencia, conforme a los preceptos de la Ley de 17 de julio de 1958».

VII. FUNCIONARIOS

1. DERECHOS ADQUIRIDOS DE LOS FUNCIONARIOS.

Su enumeración jurisprudencial.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1965.

«Los derechos adquiridos fundamentales que es preciso respetar por la Administración se refieren a sueldo consolidado, propiedad de la plaza, categoría administrativa e inamovilidad».

2. CONVOCATORIAS Y CONCURSOS.

Sus bases no impugnadas constituyen la Ley de los mismos.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1965.

«Las bases de la convocatoria promulgadas y no recurridas son Ley del concurso y primera fuente de derecho para resolverlo que no pueden ser impugnadas por aquellos funcionarios que aceptando estas bases acudieron al concurso y que pretenden impugnarlas cuando el resultado del mismo no les ha sido favorable».

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
y SALVADOR ORTOLÁ NAVARRO.

P R O C E S A L

SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 1965.—*«Recurso de casación por quebrantamiento de forma»: por denegación de diligencia de prueba (Ley de enjuiciamiento civil, artículo 1693, 5.º).*

Desestima (con costas) el «recurso de casación por quebrantamiento de forma» interpuesto por el actor contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que desestimara la demanda y denegara la declaración de pobreza.

«Considerando (1.º) que el presente recurso de casación por quebrantamiento de forma se apoya en el número 5.º del artículo 1.693 de la Ley procesal civil, y que, con arreglo a este ordinal, para que proceda el recurso por denegación de diligencias de prueba es necesario, de acuerdo con reiteradísima doctrina de esta Sala, no sólo que las pruebas sean admisibles según las Leyes, sino que su falta haya podido producir indefensión (sentencias de 13 de enero y 1 de febrero de 1943, 4 de abril de 1945, 22 de mayo de 1947, 17 de octubre de 1949, 19 de noviembre de 1941 y otras posteriores)».

SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1965.—*Condena en costas: principio objetivo o del vencimiento («victus victori»): no procede sean impuestas las de primera instancia por el Tribunal «ad quem» cuando la estimación del recurso y consiguiente absolución de la demanda son basadas en una modificación del Derecho vigente acaecida en el lapso entre ambas sentencias.*

Estima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los demandados (arrendatarios) contra la sentencia dictada en apelación (también por ellos interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de resolución del contrato por fallecimiento de la arrendataria subrogada en lugar del titular contractual fallecido.

«Considerando (2.º) que, variado el signo de la sentencia recurrida por la retroactividad mandada en la disposición transitoria 8 bis de la Ley de 11 de junio pasado, cambio que obedece a la nueva redacción del artículo 60 de la Ley, no pueden imponerse las costas preceptivas de primera instancia, con el criterio del vencimiento del artículo 149, porque, cuando se aplicó, el recurrido no fué vencido en juicio para hacerse responsable de la sanción de las costas con el criterio objetivo de la Ley, y, como no puede responder del cambio de redacción del artículo 60, no previsto el caso expresamente, se impone como necesario no hacer expresa condena de las costas causadas en primera instancia».

SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1965.—«*Recurso de injusticia notoria*»: por error de hecho en la apreciación de la prueba (*Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 136, causa 4.ª*); error de Derecho en la apreciación de la prueba (*Ley de arrendamientos urbanos, citada, artículo 136, causa 3.ª*): apreciación conjunta de la prueba.

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio por realización de obras modificativas de la configuración del mismo por el arrendatario.

«Considerando (1.º) ... al rechazarse ... el motivo cuarto, apoyado en la causa 4.ª, por error de hecho en la apreciación de la prueba sobre la base de uno de los dictámenes periciales, que, al no contradecir las afirmaciones en las que se sustenta el fallo pronunciado por la Sala sentenciadora en ninguno de los aspectos, sino que ellos sirvieron de base para la resolución recurrida, no puede tenerse en cuenta esa revisión interesada que de la apreciación de la prueba pericial hace el recurrente, por lo que ha de rechazarse, máxime cuando aquélla se amalgama con la prueba de reconocimiento judicial, no apta en la técnica de la causa 4.ª

«Considerando (2.º) que ... debe rechazarse ... asimismo el (motivo) tercero, en cuanto ataca, por la causa 3.ª, el error de Derecho en la apreciación de la prueba de confesión judicial con infracción de los artículos 1.232 y 1.233 del Código civil, desde el momento que juntamente con la prueba de confesión judicial se emplean otros medios probatorios, que, recayendo sobre los mismos hechos objeto de aquélla, contribuyen, por el mecanismo de la apreciación conjunta sobre la practicada, a deducir por el Tribunal, libremente, el resultado de todas...»

SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1965.—«*Recurso de injusticia notoria*»: por error de hecho en la apreciación de la prueba (*Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 136, causa 4.ª*).

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la pretensión de resolución del contrato.

«Considerando (1.º) que el recurrente impugna la sentencia ... valiéndose de tres motivos ..., de los cuales, el señalado con el número 3, por el que denuncia el manifiesto error en la apreciación de la prueba, ha de rechazarse desde el momento que no sólo trata de apoyarlo en elementos probatorios que, como el reconocimiento judicial y la confesión del actor, constituyen medios no aptos en la sistemática de la causa 4.ª del artículo 136 de la Ley especial arrendaticia urbana sino que, basándolo en otros documentos que señala, ellos ni contradicen las afirmaciones de hecho contenidas en aquella resolución que ahora se recurre, sino que le sirven al Tribunal sentenciador para llegar a ellas, ni puede

admitirse que el recurrente, mediante una apreciación probatoria realizada conforme a su interesado criterio, pretenda sustituir la del Juzgador, creando hechos o premisas distintas al amparo de deducciones e interpretaciones incompatibles de todo punto en el juego procesal de esta causa cuarta...

SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1965.—*«Recurso de injusticia notoria»: error de Derecho en la apreciación de la prueba (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 136, causa 3.ª).*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por la arrendadora demandante) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia, que desestimara la pretensión de resolución del contrato, y dando lugar a tal resolución.

«Considerando (3.º) que, en cuanto al primer motivo, que se ampara en la causa 3.ª del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos y se basa en el artículo 1.237 del Código civil, hay que tener en cuenta que la "posición" a que se alude no dice exactamente lo que se consigna en el desenvolvimiento del motivo, que no fué formulada en sentido afirmativo, conteniendo dos extremos que pueden inducir a confusión al contestar, y que esta prueba fué apreciada en conjunto, con las demás practicadas, en la sentencia recurrida, por lo que debe rechazarse también el motivo de que se trata».

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1965.—*«Recurso de injusticia notoria»: error de hecho en la apreciación de la prueba: no puede basarse en la de reconocimiento judicial practicada en la instancia; ha de ser acreditado por las documentales o periciales obrantes en autos «por si y sin necesidad de razonamientos ni deducciones» («Considerando» 1.º).*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el actor (arrendador) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera al arrendatario de la demanda de resolución del contrato de arrendamiento.

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1965.—*«Recurso de injusticia notoria»: por error de hecho en la apreciación de la prueba (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 136, causa 4.ª): resultante de la prueba documental obrante en autos: no son relevantes a tal efecto los documentos discutidos e interpretados en la instancia que la Sala «a qua» valoró conjuntamente con las demás pruebas («Considerando» 1.º).*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la demandante (arrendadora) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por los supuestos cesionarios demandados) revocando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda y declarara la resolución del contrato por traspaso.

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1965.—*Efectos de la sentencia: cosa juzgada material, o sustantiva (Código civil, artículo 1.252): vinculan las declaraciones básicas del primer fallo, aun no contenidas precisamente en éste.*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el actor (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera a la arrendadora de la demanda sobre declaración de subsistencia del contrato de arrendamiento y el derecho de retorno.

«Considerando (1.º) que, por la fuerza especial que en este pleito tiene el tema de la presunción de cosa juzgada, en orden al retorno pretendido, ha de tratarse preferentemente, y a este efecto se ha de significar que en procedimiento anterior sobre resolución de contrato arrendaticio, entre las mismas partes, se dictó sentencia por este Alto Tribunal con fecha 21 de octubre del año 1960, en la que se hace constar que en el año 1945, a virtud de la aportación del negocio comercial que se llevaba en el local arrendado por el titular arrendatario a una sociedad mercantil, se había traspasado el derecho de uso, aunque sin trascendencia a los efectos resolutorios interesados, por haberse hecho la cesión conforme a las disposiciones vigentes a la sazón, por lo que se desestimó la demanda, y estas declaraciones básicas, presupuesto determinante del fallo por el que se mantiene a la sociedad en legítima posesión del local por subrogación en los derechos del cedente, tienen en el orden jurídico fuerza vinculante, sin que sea dable renovarlas en juicios ulteriores para provocar efectos jurídicos distintos, porque la razón o fuerza de obligar de la sentencia radica en los fundamentos de hecho y Derecho que sirven de exponente a la parte dispositiva, y, de no ser así, se convertiría en letra muerta el dispositivo del artículo 1.252 del Código civil, conforme al cual ha de mantenerse como verdad legal los pronunciamientos de la sentencia, todo lo cual lleva a desestimar el motivo primero del recurso, donde ataca la cosa juzgada excepcionada y estimada por la sentencia recurrida, pues, de prosperar la tesis del recurso, se daría el absurdo de hacer resurgir a la vida del Derecho el contrato a favor de un sujeto para el que quedó liquidado y ultimado por sentencia ejecutoria».

SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1965.—*Competencia jerárquica: corresponde al Juzgado municipal «lato sensu» conocer de la pretensión de desahucio deducida por el garajista frente al propietario de uno de los automóviles albergados basándose en haber transcurrido el plazo de duración del contrato (Ley de enjuiciamiento civil, artículo 1.562, causa 1.ª): procede que el Tribunal Supremo declare la nulidad de todo lo actuado en ambas instancias, al conocer del recurso de casación entablado contra la sentencia de la Audiencia, si el proceso fué seguido ante el Juez de Primera Instancia (Ley de enjuiciamiento civil, artículo 74).*

Se abstiene (con devolución del depósito al recurrente) de examinar el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el demandado (arrendatario?) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que diera lugar al desahucio por transcurso del plazo contractual de duración.

«Considerando (1.º) que, si bien es cierto que el artículo 74 de la Ley de enjuiciamiento civil contempla el supuesto de carencia de jurisdicción en el Juez o Tribunal para conocer de asuntos que por razón de la materia estén atribuidos a autoridad o jurisdicción distinta de la ordinaria, no lo es menos que el mismo carácter de Derecho necesario que tienen las normas legales sobre jurisdicción lo ostentan también las que, dentro de la ordinaria, determinan la competencia de los respectivos Jueces o Tribunales en razón a la naturaleza del asunto, su cuantía o jerarquía del Juez o Tribunal, las cuales no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes, pues el artículo 54 de la Ley de enjuiciamiento civil exige para poder prorrogar la jurisdicción a determinado Juez o Tribunal la circunstancia de que, por razón de la materia, la cantidad objeto del litigio y la jerarquía que tenga en el orden judicial, pueda conocer del asunto que ante él se proponga, y el artículo 56, al regular la sumisión, expresa o tácita, de las partes, establece que sólo podrá hacerse a Juez que ejerza jurisdicción ordinaria y que la tenga para conocer de la misma clase de negocios y en el mismo grado; y, por ello, cuando un Juez o Tribunal actúa contra tales normas delimitadoras de la esfera en que necesariamente ha de desenvolverse, lo hace viciosamente, dando lugar a la nulidad radical e insubsanable de todas las actuaciones que con abuso o defecto de poder haya realizado, pues la patente infracción de la norma reguladora del poder jurisdiccional está por encima de la voluntad de las partes, determinando un vicio *in radice* no susceptible de subsanación y revelable de oficio en el momento que se advierta, bien por el propio Juez que indebidamente inició el conocimiento del asunto o por el órgano superior jerárquico al examinar las actuaciones en virtud de los recursos que se hayan interpuesto.

«Considerando (2.º) que el artículo 1.562 de la Ley de enjuiciamiento civil atribuye a los Jueces municipales el conocimiento de los juicios de desahucio seguidos al amparo de la legislación común cuando se fundan en cualquiera de las causas que en el mismo se enumeran, con las excepciones previstas en el 1.563, atribución que se mantiene en la Ley de Bases de la justicia municipal, de 19 de julio de 1944, y apartado Fº del artículo 8.º del Decreto de 24 de enero de 1947, y como la demanda sustanciada ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de esta capital se fundaba en supuestos comprendidos en el referido artículo 1.562, con expresa cita del mismo, sin alusión alguna a las excepciones del 1.563 ni alegaciones de hechos o circunstancias de los que pudiera inferirse otra cosa, es evidente que *ab initio* se ofrecía de modo patente y manifiesto que el conocimiento de la pretensión correspondía a los órganos de la justicia municipal, todo lo cual determina que, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, se haga la declaración que previene el artículo 74 de la Ley de enjuiciamiento civil, absteniéndose de examinar el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada por la Sala tercera de la Audiencia de Madrid el 9 de julio de 1963».

SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1965.—*Recurso contra sentencias condenatorias a desalojar el inmueble: es presupuesto («rectius»: «simultáneo») de su admisibilidad que el arrendatario recurrente justifique hallarse al corriente en el pago de las rentas o consigne éstas en el momento de la interposición del recurso (Ley de enjuiciamiento civil, artículos 1.566 y 1.567): cuando contra tal sentencia recurre otro interesado en mantener la vigencia del contrato de arrendamiento (por ejemplo, el subarrendatario), la admisibilidad del recurso sigue sometida a tal presupuesto («rectius»: «simultáneo»). «Recurso de casación por quebrantamiento de forma»: falta de recibimiento a prueba en segunda instancia (Ley de enjuiciamiento civil, artículos 1.693, 3.º, y 862, primer párrafo).*

Se abstiene de fallar el recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por el espontáneamente comparecido subarrendatario contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que decretara el desahucio por expiración del plazo contractual de duración.

«Considerando (1.º) que nuestro Ordenamiento procesal, a fin de hacer compatible el mantenimiento de las garantías debidas a los propietarios que ceden el uso o disfrute de sus fincas por determinado tiempo con la utilización de los recursos que puedan hacer sus ocupantes para conseguir la enmienda de los yerros en que puedan incurrir los Tribunales inferiores, dispone en los artículos 1.566 y 1.567 que en ningún caso se deberán admitir al demandado en juicio de desahucio los recursos de apelación y de casación, cuando procedan, si no acredita, al interponerlos, tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas o si no las consigna en el Juzgado o Tribunal, y, para dar mayor eficacia a esa obligación, ordena que, si el arrendatario no cumple esa prevención, se tendrá por firme la resolución que pretende impugnarse y se procederá a su ejecución.

«Considerando (2.º) que esta obligación que la Ley impone de manera expresa al arrendatario, o primer cesionario de la finca, cuando pretenda hacer uso de los recursos de apelación o casación, se transmite al subarrendatario, o segundo cesionario, o a cualquier tercero que intervenga en el proceso y ejercite alguna defensa tendente a mantener la vigencia del contrato o la permanencia de la ocupación, pues, de lo contrario, bastaría la interposición de una persona que se confabulase con el cesionario para lograr que el proceso se continuara y que el propietario demandante viese anuladas aquellas garantías que las normas le otorgaban.

«Considerando (3.º) que, por eso, esta Sala de casación hubo de declarar:

«a) que "cuando en el proceso derivado de la acción resolutoria del contrato que el arrendador ejercita pretende intervenir un tercero como parte legítimamente interesada en no sufrir un perjuicio que la resolución que se dicte podía ocasionarle, y, en su virtud, oponerse a la acción resolutoria mediante las excepciones conducentes al mantenimiento del contrato, sustituyendo al arrendatario en el ejercicio de tales excepciones, es obvio que solamente podrá hacerlo dando cumplimiento a cuantas condiciones exige la Ley del arrendatario a quien trata de sustituir, una de las cuales es la que se refiere a la necesidad en que el arrendatario se encuentra de pagar o consignar la renta que éste hubiera venido abonando ..., ya que de otro modo quedaría incumplida la fina-

lidad que el artículo 1.566 persigue, que es la de evitar que, durante la sustanciación del recurso, el arrendador deje de percibir el precio del arrendamiento, que es la contraprestación que se le debe" (sentencia de 28 de febrero de 1962); y

«b) que, "si bien es cierto que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.158 del Código civil, podría el subarrendatario, tercero a estos efectos, por no estar vinculado directamente..., así como podría hacerlo cualquier otra persona, pagar o consignar por el arrendatario ..., ha de ser en los términos que a éste su obligación le impone inexcusablemente" (sentencia de 27 de marzo de 1963).

«Considerando (4.º) que en el caso que contempla esta Sala, la entidad "Real Madrid, Club de Fútbol", que había intervenido como tercero en el proceso promovido por "Deportes y Espectáculos, S. A.", contra "Nueva Empresa de Frotones, S. A.", sobre desahucio por expiración del término convencional del arrendamiento, interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado número 21 de los de Madrid, de fecha 4 de noviembre de 1963, que había dado lugar al desahucio instado, recurso que no le fué admitido, por no haber acreditado, al interponerlo, "estar satisfechas las rentas ni haberse consignado en el Juzgado dichas rentas conforme exige el artículo 1.566 de la Ley de enjuiciamiento civil", y, aunque posteriormente, la Sala tercera de lo civil de la Audiencia territorial, por auto de 31 de enero de 1964—resolviendo el correspondiente recurso de queja—, ordenó admitir y tramitar aquella apelación, por entender que la obligación de pago o consignación no alcanzaba a los subarrendatarios, lo cierto es que en los autos no se acreditó—como debía—por la entidad recurrente que, en el momento de la interposición del recurso, el arrendador tuviera percibidas las rentas correspondientes o que se hubieran depositado en el Juzgado, como los preceptos aludidos previenen, por lo cual es visto que el recurso de apelación entonces interpuesto, si bien ha sido deducido en plazo oportuno, no lo fué, en cambio, con los requisitos de procedibilidad, o forma, que la Ley y la jurisprudencia exigen, y es, por tanto, como si no se hubiese interpuesto, por lo que procede declarar nulo todo lo actuado en contra de esas normas, o sea, el auto de la Sala tercera de lo civil de fecha 31 de enero de 1964 y diligencias posteriores practicadas, quedando, por consiguiente, firme la sentencia dictada por el Juzgado con fecha 4 de noviembre de 1963 y debiendo procederse a su ejecución.

«Considerando (5.º) que, aunque a efectos hipotéticos se pudiera reputar que no era esencial aquel acreditamiento del pago de rentas para la admisibilidad del recurso de apelación, y, por tanto, que no había adquirido firmeza la sentencia del Juzgado y que no eran nulas todas las diligencias que quedan referidas, aun en semejante hipótesis—que sólo se admite a efectos dialécticos—tampoco el recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto podría prosperar:

«En primer lugar, porque tal recurso no procede por el simple hecho de que se haya quebrantado cualquiera de las formas esenciales del juicio, como parece dar a entender el número 2.º del artículo 1.691 de la Ley de enjuiciamiento civil, sino cuando esa vulneración sea alguna de las que con carácter limitativo se señalan en el artículo 1.693 de dicha Ley.

«En segundo lugar, porque para que la denegación del recibimiento a prueba en alguna de las instancias pueda motivar esta casación es preciso que aquel recibimiento a prueba fuera procedente con arreglo a Derecho, y en el caso que ahora se enjuicia no lo era, ya que se había solicitado aquel recibimiento a prue-

ba en la segunda instancia, "al amparo del artículo 862 de la Ley", para practicar una diligencia que no se había interesado en la primera instancia, ni se refería a un hecho nuevo, ni a uno ignorado que llegó a conocerse posteriormente, ni había ninguna parte en rebeldía, que son los supuestos que el precepto contempla; y

«En tercer lugar, porque la diligencia de prueba cuya práctica se pedía consistía en la obtención de un dictamen de la Real Academia de la Lengua sobre el valor gramatical del vocablo "ocupar", y tal diligencia es de las comprendidas en el artículo 631 de la Ley procesal, y, por tanto, es facultad discrecional del Tribunal el otorgarlas, por lo que su negativa a concederla no puede atacarse en casación (sentencias de 1 de febrero de 1905 y 15 de noviembre de 1935).

«Considerando (6.º) que, por último, aun admitiendo contra todo lo expuesto, y sólo a efectos dialécticos, que el solicitado recibimiento a prueba en segunda instancia era procedente con arreglo a Derecho, y que la denegación había sido contraria a los preceptos que la imponían, igualmente habría que desestimar el recurso de casación interpuesto, porque, como ya tiene declarado este Tribunal —sentencia de 25 de septiembre de 1962—, la denuncia de un vicio relativo a la admisión o a la práctica de la prueba no puede ampararse caprichosamente por el recurrente en cualquiera de los tres motivos que, para garantía de los litigantes, establece la Ley en el artículo 1.693, sino que ha de ampararse, precisamente, en el que le corresponda; de donde se infiere que, si se ha denegado el recibimiento a prueba en segunda instancia, ese invocado quebrantamiento de forma debe denunciarse al amparo del número 3.º, y no del número 5.º, que contempla un supuesto completamente distinto, y así han sido resueltos casos análogos en sentencias de 20 de julio de 1929 y 31 de octubre de 1940».

SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1965.—«*Recurso de casación por infracción de Ley*: error de Derecho en la apreciación de la prueba (*Ley de enjuiciamiento civil*, artículo 1.692, número 7.º); *interpretación errónea* (*Ley de enjuiciamiento civil*, artículo 1692, número 1.º).

Desestima (con costas) el «recurso de casación por infracción de Ley» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que diera lugar al desahucio por terminación del plazo contractual de duración del contrato de arrendamiento de industria.

«Considerando (1.º) que los dos motivos del recurso se dirigen a impugnar, mediante distintos cauces procesales, la desestimación por la sentencia recurrida de la existencia de una novación del contrato de arrendamiento de industria, operada por la repercusión efectuada por el arrendador de impuestos, por cuantía de tres pesetas setenta y cinco céntimos mensuales, notificada mediante carta al arrendatario y abonada por éste, al ser incrementada dicha suma en los recibos de la renta, dirigiéndose el segundo de los motivos, articulado con la cita del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, a sustentar la existencia de error de Derecho en la apreciación de la prueba, por no dar el Tribunal sentenciador a los antes referidos documentos el valor que previenen los artículos 1.225 y 1.218 del Código civil, mas lo que a través de este motivo se pretende, no es desvirtuar un hecho declarado probado en la sentencia recurrida, oponiéndole aquel que, según su criterio,

proceda aceptar conforme a las normas valorativas de la prueba documental que se invocan, sino que se dirige a sustentar la apreciación legal de un hecho, controvertido por otra parte, la referida repercusión de impuestos, que debe deducirse conforme al criterio del recurrente, materia ajena al motivo que se formula, lo que conduce a su desestimación.

«Considerando (2.º) que el primero de los motivos articulados, con amparo en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de trámites, plantea la alegada cuestión dentro del terreno jurídico, partiendo del hecho antes afirmado, citando como infringido, por interpretación errónea, el artículo 1.203 del Código civil, y debe señalarse que la naturaleza de la alegada infracción no se refiere al sentido gramatical y lógico que corresponde al precepto, distinto del sentado por el Tribunal que lo ha aplicado en la sentencia, por afirmar de contrario que no se dan los supuestos que éste requiere para operarse la alegada novación, fundamentos que harían desestimable al motivo que se examina, por la inadecuación del concepto de "infracción" que se alega...»

SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1965.—«*Recurso de injusticia notoria*»: «*por infracción de precepto y de doctrina legal*» (*Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 136, causa 3.ª*): *necesidad de expresar el concepto en que se estima cometida la infracción (Ley de arrendamientos urbanos, citada, artículos 136, segundo párrafo, y 138)*.

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los demandantes (arrendadores) contra la sentencia dictada en apelación (también por ellos interpuesta) por la Audiencia territorial, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera a los demandados de la pretensión de resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio por traspaso ilegal.

«Considerando (1.º) ... lo que obliga a desestimar ... el tercero y el sexto (motivos), en los cuales no se expresa el concepto en que se estima cometida la "infracción", esto es, si por violación, interpretación errónea o aplicación indebida, conforme exige el artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos, en relación con el 138 de la propia Ley, so pena de inadmisión y, en su caso, de desestimación, según reiterada doctrina de esta Sala...»

AUTO DE 27 DE ABRIL DE 1965.—«*Recurso de casación por infracción de Ley*»: *depósito previo preceptivo caso de ser conformes las sentencias de primera y segunda instancia (Ley de enjuiciamiento civil, artículos 1.698, 1725, primer párrafo, 1.728, primera, y 1729, 2.º "in fine")*: *no está dispensado de él el actor, que impugna la sentencia denegándole la declaración de pobreza*.

Declara inadmisble (con costas) el «recurso de casación por infracción de Ley» interpuesto por el actor contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que desestimara la demanda y denegara la declaración de pobreza.

«Considerando (único) que el artículo 27 de la Ley procesal civil no es apli-

cable a los recursos de casación, pues éstos se rigen por el título **XXI** del libro **II** de la mencionada Ley, y, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.698 de la misma, para estar exento de constituir depósito el que intentare interponer recurso de casación tiene que estar declarado pobre, y, por ende, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, debe constituirlo cuando haya recaído sentencia confirmando en apelación la denegatoria del beneficio de pobreza, aunque aquella sentencia no fuese firme...»

JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ,

Abogado.

Profesor Ayudante de Derecho Procesal.

Jurisprudencia Fiscal

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 16 de noviembre de 1964.

SON RECURRIBLES LOS ACTOS DICTADOS POR LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA, AUNQUE SE TRATE DE LOS DICTADOS EN USO DE FACULTADES DISCRECIONALES.

Antecedentes.—La Abogacía del Estado liquidó un documento presentado por la entidad «Videorecord», calificando el acto como arrendamiento, y no conforme la entidad presentadora con tal calificación, entabló recurso por entender que se trataba de un contrato de publicidad, y, al mismo tiempo, y simultáneamente al escrito inicial, la recurrente solicitó del Tribunal provincial la suspensión de la ejecutoriedad del acto administrativo de gestión con arreglo al artículo 83 del Reglamento procesal del 26 de noviembre de 1959, que dice que los órganos competentes para conocer de las reclamaciones podrán acordar, a instancia del interesado, que se suspenda la ejecución del acto administrativo impugnado, mientras dura la total sustanciación del procedimiento económico-administrativo, exigiendo en todo caso la constitución de garantía.

La petición fué denegada, y, en su consecuencia, el acuerdo denegatorio fué recurrido en alzada con fundamento en que contradice los artículos 107 del citado Reglamento y los 44 y 93 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Eso supuesto, el Central entra a discriminar cómo el asunto ha de calificarse como de especial pronunciamiento, por lo que per-

dura el efecto suspensivo hasta la notificación del fallo del asunto, y añade que, si bien el Reglamento no especifica los supuestos en que deberá accederse a la suspensión, dependiendo ésta de las circunstancias que en cada caso concreto el órgano competente estime que deben motivarla, con invocación de los artículos 83 y 127 del citado Reglamento procesal, afirmando su propia competencia, con apoyo en la Ley de lo Contencioso-administrativo y las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1956, 13 de diciembre de 1958, 24 de octubre de 1959 y 14 de julio de 1962, las cuales sientan la doctrina de que lo discrecional tiene acceso a la vía contencioso-administrativa, como lo demuestra la circunstancia de que la última de las sentencias invocadas se dictó en un recurso promovido contra el fallo del propio Tribunal, en el que éste sostuvo criterio contrario a la competencia de lo contencioso-administrativo para conocer de los actos de la Administración dictados en uso de facultades discrecionales; y, en definitiva, admite la Resolución comentada su competencia para conocer del caso en apelación, dado el importe de la liquidación, que alcanza la cifra de 150.000 pesetas, fijadas en el artículo 127 del Reglamento procesal, según la reforma de 9 de noviembre de 1963 a las Resoluciones recurribles.

Comentarios.—Creemos que el asunto cuestionado encierra relevante interés, máxime si se tiene en cuenta la jurisprudencia del Supremo invocada y más arriba acotada.

En cuanto a los motivos que la justifican, nos parece que, a la vista de los artículos del Reglamento que el Tribunal invoca, se debe entender que ella debe aplicarse con amplitud y abrir paso a su doctrina con generosidad.

Para opinar así nos apoyamos especialmente, y en términos generales, en el contenido del artículo 83-1-del aludido Reglamento, el cual establece específicamente el derecho a la suspensión del acto administrativo impugnado, mientras dura la tramitación de lo económico-administrativo; y nos parece que al fijar el precepto el derecho con tanta generalidad y carencia de motivación ha de entenderse que no lo limita ni restringe, como no lo limitan tampoco los artículos 57, 82, 83 y 138 del mismo

texto, que también hacen referencia a la repetida suspensión de la ejecución del acto administrativo.

A este razonamiento de ausencia de limitaciones se pueden añadir otros de carácter positivo, cual es el que nace del artículo 138 del repetido texto reglamentario, cuando dice que la interposición del recurso extraordinario de revisión no suspenderá en ningún caso la ejecución del acto o resolución contra el que se dirige, lo cual parece lógicamente querer decir que, fuera de ese caso, no quiso el Reglamento limitar el derecho a instar la suspensión de la ejecución de los actos o acuerdos administrativos dictados.

Hemos acotado más arriba varias sentencias del Tribunal Supremo, y a ellas volvemos a hacer aquí referencia porque en ellas se plantea el problema de que se trata, desde un punto de vista más elevado y más científico, cuál es el de discriminar si los actos discrecionales y no reglados pueden ser discutidos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, o si no puede actuar más que en aquellos otros en que ha sido desconocido o vulnerado un derecho subjetivo previamente definido en una disposición administrativa.

De todas ellas hemos de destacar la de 24 de octubre de 1959, en la que se estudia el problema con amplitud y concienzudamente.

Admite que las resoluciones tomadas con carácter discrecional, o sean los actos discrecionales, pueden ser impugnados; y empieza por referirse al artículo 40 de la Ley de lo contencioso-administrativo, y dice que éste, al relacionar los actos excluidos de tal jurisdicción, no menciona los discrecionales, y añade que en los avances del Derecho se llegó a examinar la posibilidad de examinar y discutir los actos no reglados, o sea a discutir los motivos que impulsaron al órgano administrativo a dictar el acto, con lo cual no se examina la mera legalidad, sino el mantenimiento del espíritu de la Ley y del buen obrar administrativo, llegando así al recurso por desviación de poder.

La desviación de poder se funda, sigue diciendo, en la idea de que la Ley de donde arranca la facultad de decisión tiene un fin determinado que cumplir y que el acto que dicte sólo será válido si realiza ese fin, el cual es el que determina la validez de la actuación del órgano público; y si el acto no lo cumple, la

decisión administrativa no expresará la voluntad de la Ley, estando desvinculado de su espíritu, y faltándole el obligado ligamen en la idea de poder y en la idea de fin del servicio, por lo que el acto ejercitado, no obstante su apariencia legal, deja de satisfacer la objetividad jurídica que motivó el nacimiento de la norma positiva.

La desviación de poder viene a descubrir la antinomia entre la legalidad y el Derecho, y, en definitiva, a exigir la declaración de nulidad del acto.

En los actos discrecionales concurren dos circunstancias esenciales, que son: si la Administración tiene facultades para congregarlos a su arbitrio y si, efectuado el acto, ha actuado conforme a Derecho, entendiendo por tal, no sólo con sujeción a las normas que ella fijare, sino sin faltar al interés público, que es la norma fundamental de toda actuación administrativa, al que está obligada a servir, como norma fundamental, siempre, como razón de su existencia legal.

El problema de la discrecionalidad de los actos administrativos los desenvuelve con claridad el preámbulo de la Ley de lo contencioso-administrativo, en su apartado IV, y dice así:

«Al relacionar los actos excluidos de la fiscalización contencioso-administrativa, la Ley no menciona los actos discrecionales. La razón estriba en que, como la misma jurisprudencia ha proclamado, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un *prius* respecto a la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto.»

«La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad en cuanto a los demás elementos; la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal modo que únicamente al juzgar acerca de la legitimidad del acto cabe concluir sobre su discrecionalidad; y, en fin, ésta surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público.

La discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la

inadmisibilidad de las pretensiones de anulación; y aquélla no en cuanto el acto es discrecional, sino en cuanto, por delegar el Ordenamiento jurídico en la Administración la configuración, según el interés público, del elemento del acto de que se trata y haber actuado el órgano con arreglo a Derecho, el acto impugnado es legítimo.»

En conclusión, a través de la doctrina, de la sentencia antes reseñada y de los claros conceptos del preámbulo de la Ley jurisdiccional, los actos o decisiones discrecionales no quedan fuera del ámbito de la misma, en primer lugar porque el artículo 40 de la misma no los excluye al enumerar los que taxativamente quedan fuera de su órbita, y, además, y, en segundo lugar, como enseña el preámbulo, la discrecionalidad del acto en sí no afecta o implica la inadmisibilidad del recurso, o sea que el acto no queda por ese solo hecho fuera de la competencia de la jurisdicción, sino que al Tribunal le asiste la facultad de discriminar, no la inadmisibilidad de la demanda, sino si es procedente o no su contenido, puesto que, como antes queda razonado, todo acto discrecional encierra siempre elementos reglados, como es siempre uno de ellos el interés público, latente, en todo caso, en cualquier Ordenamiento jurídico.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de noviembre de 1964.

LA NORMA DEL ARTÍCULO 31 DEL REGLAMENTO VIGENTE DISPONE QUE CUANDO LOS NIETOS SUCEDAN A SUS ABUELOS POR REPRESENTACIÓN, EN DEFECTO DE SUS PADRES COMO LEGITIMARIOS, TRIBUTARÁN COMO LOS HIJOS, POR EL NÚMERO 29 DE LA TARIFA, SALVO EN LA SUCESIÓN TESTADA, EN CUANTO A LOS TERCIOS DE MEJORA Y LIBRE DISPOSICIÓN SI DE ELLOS HUBIESE DISPUESTO EL TESTADOR EN FAVOR DE LOS NIETOS, EN CUYO CASO SE APLICARÁ EL NÚMERO 30 DE DICHA TARIFA.

Antecedentes.—El causante, fallecido en 1957, ordenó en su testamento un legado importante, con cargo al tercio de libre disposición, a favor de cada uno de los cinco hijos, y que si de ese tercio o del remanente de sus bienes quedase remanente se

distribuyese por partes iguales entre sus cinco hijos y sus dos nietos, en representación de sus respectivos padres, hijos del testador. La Oficina liquidadora giró sendas liquidaciones, y entre ellas, una a cargo de cada uno de los nietos, por su participación en el tercio de legítima estricta por el número 29 de la tarifa, al 8,25 y otra por su participación en los tercios de mejora y libre disposición, número 30, al 10,25 por 100.

Los interesados interpusieron recurso económico-administrativo por entender indebidamente aplicado el número de la tarifa y el tipo de la liquidación y estimar que cuando los nietos suceden a los abuelos por derecho de representación se aplicarán los tipos señalados en favor de los hijos.

El Tribunal provincial desestimó el recurso fundado en que el Reglamento de 7 de noviembre de 1957, aplicable al caso, dada la fecha del fallecimiento del causante, excluye de la aplicación del tipo de favor a los nietos que heredan a sus padres por derecho de representación, en cuanto a los tercios de mejora y libre disposición que puedan adquirir por haberlo así dispuesto el causante en su testamento, cuyo criterio fué el seguido por la Oficina liquidadora al aplicar el tipo de favor exclusivamente a la parte correspondiente al tercio de legítima estricta.

Tal criterio jurídico fué impugnado en la apelación ante el Tribunal Central, el cual, reiterando el criterio de sus Resoluciones de 23 de octubre de 1956 y 2 de marzo de 1962, dijo que la Ley de 17 de marzo de 1945, al incluir en el epígrafe 30 la adición de que «en los casos en que los nietos sucedan a sus abuelos por derecho de representación, se aplicarán los tipos señalados en favor de los hijos, no pretendió dar al llamado derecho de representación en las sucesiones hereditarias mayor extensión, a efectos fiscales, que el que tenga en la legislación civil, sino sencillamente armonizar el Derecho fiscal con el civil, y este propósito es el que ha de tenerse presente para interpretar el artículo 31, párrafo 2º del Reglamento, entendiendo que el derecho de representación a que se refiere es el procedente conforme a la legislación civil, salvo en la sucesión testada en cuanto a los tercios de mejora y libre disposición en la parte que de ellos hubiese dispuesto el testador en favor de los nietos, supuesto en el que, aunque fuera procedente el derecho de representación conforme a la legislación

civil, no lo sería el beneficio fiscal, cuyo criterio es el de las sentencias del Tribunal Supremo, en el que se dice que las posibles aplicaciones del derecho de representación a la sucesión testada no tiene lugar en las de carácter voluntario, sino en las de carácter legal, o sea en lo concerniente a las legítimas y que el derecho de representación no se extienda a la porción libre hereditaria, incluido el tercio de mejora, sin que tenga trascendencia el que tales porciones hereditarias pudieran serle diferidas por título de sucesión legítima o intestada en el caso de no haber existido testamento, puesto que lo que califica el tipo de favor es precisamente la naturaleza del tipo representativo de la transmisión hereditaria; en este caso, el testamento del causante.

Por fin, la Resolución reseñada termina diciendo que las dudas que puedan ofrecer la Ley y tarifa de 1947 las desenvuelve la tarifa de la Ley del impuesto de 1958, completada en el artículo 31 del Reglamento de la misma de 15 de enero de 1959, diciendo que la aplicación del tipo de favor a los nietos que heredan a sus padres por derecho de representación sólo es aplicable cuando los nietos heredan a sus padres premuertos como legitimarios, esto es, por sucesión legítima o intestada, y respecto de los testados y por lo que se refiere a los tercios de mejora y libre disposición, en la parte que de los mismos no hubiese dispuesto el testador en favor de los nietos.

En definitiva, el Central desestima el recurso y confirma el fallo del inferior y la liquidación impugnada.

Comentarios.—Ante los claros y concluyentes razonamientos reseñados sólo nos resta añadir por nuestra parte que el criterio ahora sostenido por el Central no es más que el reiterado en la Resolución de 2 de marzo de 1962, acotada por nosotros en el número de esta REVISTA CRÍTICA de enero-febrero de 1963, apoyada en la doctrina de la jurisprudencia en sentencias de 7 de junio de 1950 y 6 de diciembre de 1952, cuya síntesis es que cuando el título de adquisición es el testamento y no el mero derecho de representación, el número de la tarifa aplicable no es el número 29 de la misma, sino el 30.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL.

Abogado del Estado.

LIBROS

La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español,
por D. Espín Cánovas. Publicaciones del Seminario de Derecho
Civil de la Universidad de Salamanca. Salamanca, 1965.

El autor divide esta interesante monografía en tres partes, precedidas de una Introducción, que tratan: la primera, de la adquisición de la posesión inmaterial en los actos *mortis causa*; la segunda, de la adquisición de la posesión inmaterial en los actos *inter vivos*, y la tercera, de la adquisición de la posesión inmaterial de los bienes del quebrado por los Organos de Administración de la Quiebra. Pero, para nosotros, se divide en dos partes: la primera dedicada a demostrar la admisibilidad de la posesión inmaterial en nuestro Derecho (que equivale a la Introducción del autor), y una segunda que viene a ser aplicación de la adquisición de la posesión inmaterial, tanto en los actos *mortis causa*, como *inter vivos*, como en la quiebra (que equivale a las tres partes en que el autor divide su obra).

I. ADMISIBILIDAD DE LA POSESIÓN EN NUESTRO DERECHO.

Si bien a la vista del artículo 430 del Código civil podría suponerse que toda posesión implica tenencia material de la cosa, afirma Espín que esta primera impresión queda desvirtuada por el conjunto de la regulación legal, como se deduce claramente de los artículos siguientes, 431 y 432, en los que se presupone que ambos aspectos posesorios, material e intencional, pueden concurrir. Si además tenemos en cuenta que de la distinción entre posesión natural y posesión civil, que hace el Código, no se sigue ninguna consecuencia, ni a la posesión civil se le atribuye ningún

efecto especial, hemos de extraer la conclusión de que la posesión natural como contrapuesta a la civil, indica que falta la intención, con lo que la verdadera nota diferencial viene a estar dada por el elemento de la intencionalidad. De este modo, la fundamental distinción de la posesión depende de la intención dominical del que posee, la que será hábil para la usucapión (artículos 447 y 1.941 del Código civil).

El autor, sin insistir en el fundamento de la posesión en nombre propio o ajeno (art. 431 del Código civil), afirma que resulta evidente que el Código prevé de modo expreso que el poseedor, sin dejar de tener tal consideración, no tenga en su poder la cosa, sino que la entregue a otra persona para que en su nombre la detente. Se viene a espiritualizar el contenido material de la posesión, de suerte que la Ley considera como verdadero poseedor al dueño de la cosa sin su material tenencia. Sin necesidad de acudir a la distinción de origen alemán entre posesión mediata e inmediata, nuestro Ordenamiento jurídico admite el desdoblamiento posesorio entre dos poseedores en plano diverso, pero concurrente sobre la misma cosa y fuera del supuesto de la indivisión de la misma o coposesión, pues así se deduce de los artículos 463, 446 y 445 del Código civil.

Ciertamente que el objeto poseído fué para el Derecho romano en un principio la cosa, pero llegó a admitir la posesión de los derechos, de suerte que la posesión se extiende así de los *corpora* a los *iura*, y nuestro Código, recogiendo tal evolución juntamente con la influencia del Derecho común, de la doctrina, del Derecho canónico y de la Codificación, se refiere reiteradamente en materia de posesión a la tenencia de una cosa o al disfrute de un derecho. Cabe preguntar: la posesión de la cosa que tiene el propietario, ¿no es, en definitiva, la posesión del derecho de propiedad? La contestación afirmativa reduciría la fórmula tradicional dualista a unificar el objeto de la posesión, puesto que siempre recaería sobre determinados Derechos reales. Sin menospreciar las opiniones contrarias (DE BUEN y, en cierto modo, VALLET, en nuestra doctrina), el autor cree preferible, a la vista del Código civil, mantener la posición dualista (arts. 435, 441, 443, 444, 449, 450, 452, 455, 457, 458, 460, 461, 463, 464).

De lo que no cabe duda es que, según el Código, la posesión

puede tenerse en concepto de dueño o en otro concepto subordinado (art. 432), dando así lugar a que pueda concurrir la posesión del tenedor de la cosa materialmente sin intención dominical con la posesión a título dominical, sin tenencia material, lo que conduce a la posibilidad de una doble posesión concurrente, dejando aparte el supuesto de proindivisión. Pero cuando dos personas pretenden poseer una misma cosa puede producirse, o bien un conflicto posesorio (art. 445), o bien una concurrencia posesoria, de la que sólo cabe hablar cuando la situación de cada uno de los poseedores no es incompatible (la situación típica será el arrendamiento: el arrendador sigue siendo poseedor de la cosa a título de dueño, mientras que el arrendatario confiesa no ser poseedor dominical, sino subordinado a aquél). Frente a la posesión corporal, material, inmediata o subordinada, coexiste otra posesión incorporeal, espiritualizada o mediata. Esto se deduce de la reglamentación del Código, y es reconocido por nuestro Tribunal Supremo (arts. 461, 465, 460, 459, 466, en cuanto a la conservación de la posesión, y 1.960, 440, 1.462, 1.463 y 1.464 del Código civil y 38 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la adquisición posesoria sin material tenencia).

La divulgación de los estudios de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, para quienes la posesión mediata se basa en una espiritualización del concepto del señorío sobre una cosa, produce la aceptación en nuestra doctrina de la posesión mediata, espiritualizada (así ALGER, PÉREZ GONZÁLEZ, PUIG PEÑA, PUIG BRUTAU, MELÓN INFANTE, el mismo G. GARCÍA VALDECASAS, CASTÁN, BONET RAMÓN, MARTÍN PÉREZ, etc.).

El Tribunal Supremo también ha recibido la distinción entre posesión mediata e inmediata que aplica con frecuencia en los últimos años (Ss. de 1955, 1957, 1958, 1959 y 1962), viniendo a reconocer la tendencia a la espiritualización, que aplica especialmente a la concurrencia de posesiones en el caso de arrendamiento.

II. LA ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN INMATERIAL.

A. En los actos «*mortis causa*».

Esta materia, como pone de relieve el autor, tiene un entronque directo con la adquisición de la herencia, de suerte que será distinta para los sistemas que, como el Derecho romano, exigen la aceptación para que la atribución hereditaria se produzca, de aquellos otros que, como el Derecho germánico, consideran que la herencia pasa al heredero en el momento de la muerte del causante.

Los sistemas varían con diversos matices: para el Código civil francés se distinguen dos clases de herederos universales: el heredero *ab intestato* (que únicamente es verdadero heredero, pues el testamento no puede hacer más que legatarios universales) y el legatario, tanto el universal como a título universal, de suerte que sólo el heredero goza de la *saisine* hereditaria, mientras que los legatarios necesitan de la toma de posesión de la herencia para ser considerados poseedores. Análogo viene a ser el Derecho belga, mientras que el italiano vigente desde 1942 rechaza la adquisición automática de la herencia, exigiendo la aceptación, si bien concediéndole efecto retroactivo. Para el Código civil alemán la adquisición de la herencia por el heredero se produce de modo automático desde la apertura de la herencia, con lo que también adquiere la posesión, y análogamente el Derecho suizo.

En nuestro Derecho, el artículo 554 del proyecto de 1851 establecía que los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte, no sólo en la propiedad, sino también en la posesión. Este precepto, de indudable raigambre germánica, no supone una innovación fundamental en nuestro Derecho, pues ya la Ley 45 de Toro, recogida por la Ley 1.^a, título XXIV, del libro XI de la Novísima Recopilación, estableció que las «cosas que son de Mayorazgo..., muerto el tenedor del Mayorazgo, luego sin otro acto de aprehensión de posesión, se traspase la posesión civil y natural en el siguiente en grado, que, según la disposición del Mayorazgo, debiere subceder en él, aunque haya otro tomado la posesión dellas...».

Con tales precedentes no resulta extraño que el Código adoptara una posición en cierto modo intermedia (art. 440), que ha dado lugar a muy diversas interpretaciones en la doctrina, si bien el autor cree que se rige por el principio de la aceptación, en base entre otros, al artículo 444.

En nuestra doctrina se reconoce generalmente la transmisión no corporal de la posesión de los bienes hereditarios, aun desde los puntos de vista más dispares. En definitiva, piensa Espín, que si bien nuestro Código sigue el sistema romano, de tan larga tradición patria, que hace necesaria la aceptación para la adquisición de la herencia, se aparta, en cambio, de dicho sistema en cuanto a la adquisición de la posesión de los bienes hereditarios; y éste parece ser el verdadero sentido del artículo 440 del Código civil. Es decir, este precepto tuvo la intención de aplicar al Derecho español el principio de la posesión civilísima en la adquisición de la herencia, combinadamente con el mantenimiento del sistema romano de la necesaria aceptación por el heredero.

El Tribunal Supremo sustenta una doctrina coherente acerca de la posesión civilísima del heredero, distinguiendo aquellos efectos que puede producir dicha posesión y el límite con que tropieza la misma. Mediante esa posesión civilísima, que se le reconoce, se considera facultado al heredero para ejercitar las acciones posesorias y petitorias, pero se le niega la posibilidad de servirse de dicha posesión civilísima como base para la usucapión o para defenderse contra la usucapión consumada de un poseedor efectivo de los bienes hereditarios (Ss. de 1947, 1951, 1959, 1960, 1963, etcétera).

Ya hemos visto cómo para las Grandezas y Títulos nobiliarios en el vigente Derecho español rige la Ley 45 de Toro, pues se entiende que no fué derogada por el Código civil, sin que a ello sea obstáculo el Decreto de 27 de mayo de 1912, que, aparte su inferior rango, hoy se halla derogado por el de 4 de junio de 1948. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas sentencias, algunas de ellas muy recientes, viene a reconocer la vigencia de la citada Ley de Toro, lo que explica que en las cartas de sucesión y rehabilitación se diga que se otorgan «sin perjuicio de tercero».

B. *En los actos «inter vivos».*

a) *Espiritualización de la entrega posesoria.*—La adquisición de la posesión se opera aquí a virtud de una progresiva espiritualización de la entrega posesoria, ya iniciada en el Derecho romano con la tradición simbólica y simplificada, y llevada a sus últimas consecuencias en el Derecho francés, que, como es sabido, proclama el principio de la transmisión de la propiedad *solo consensu*; pero que en otros sistemas se continuó exigiendo el principio de la entrega de la cosa para la transferencia dominical, si bien admitiendo formas inmateriales de entrega. Esta posición fué seguida por el Código civil español (así arts. 1.462 a 1.464, que admiten las formas de tradición simbólica, *ficta*, *brevi manu*, instrumental, «cuasi tradición simbólica»).

La Compilación de Cataluña admite en el artículo 277 el *cons-tituto posesorio*.

Por su parte, el Tribunal Supremo aplica la transmisión posesoria, en virtud de las formas espiritualizadas reguladas por el Código civil, especialmente en materia de tradición instrumental del artículo 1.462; pero exige que la posesión existiese ya en el *tradens*, pues de otra suerte no podría transmitirla, si bien basta que esa preexistencia posesoria sea una posesión mediata (SS. 2 abril 1957, 17 diciembre 1948, 31 octubre 1951, 23 febrero 1951, entre otras). Para el caso de adjudicación judicial de bienes como consecuencia de procedimientos ejecutivos de embargo de bienes, el Tribunal Supremo entiende que la adjudicación judicial de bienes equivale y tiene la misma eficacia jurídica que la escritura pública, en base al párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código civil (así Ss. de 27 enero 1927, 30 noviembre 1939).

b) *La posesión civilísima del titular de derechos inscritos en el Registro de la Propiedad.*—La expansión que en el Derecho español experimenta la figura de la posesión espiritualizada encuentra una importante manifestación a través del Registro de la Propiedad. Ya fué reconocido esto en el artículo 41 de la Ley hipotecaria de 1909; pero de modo contundente y más claramente expresado que en aquella en el párrafo 1.º del artículo 38 de la vigente. Re-

salta el autor que esta Ley haya conservado la presunción posesoria, no obstante haber expulsado a la posesión del Registro.

El Tribunal Supremo, antes y después de la Ley Hipotecaria de 1946, ha admitido esta presunción posesoria, fundamentalmente a través del juicio de desahucio por precario, al declarar que el titular inscrito en el Registro como dueño de unos bienes tiene la posesión real de los mismos a efectos de la legitimación activa para interponer dicho desahucio contra quien los posea sin pagar merced. Múltiples sentencia se expresan en este sentido (de 1941, 1942, 1943, 1945, 1946, 1947, 1949, 1950, 1951, 1955, 1963), independientemente de si el titular registral tiene de modo efectivo el poder de hecho sobre la cosa. Llega a decir que tal presunción posesoria *inviste* al que tiene inscrito un derecho a su nombre de la posesión del mismo (S 20 octubre 1949).

C. La adquisición de la posesión inmaterial de los bienes del quebrado por los órganos de administración de la quiebra.

Sobre la base de que en la quiebra se opera un fenómeno de transmisión posesoria total en la liquidación del patrimonio del quebrado a los órganos de la quiebra, afirma el autor que existe coincidencia en procurar a tales órganos el poder de hecho sobre los bienes del quebrado o masa de la quiebra, como complemento de las facultades jurídicas que sobre tales bienes les corresponden. Por otro lado, la intervención judicial en la quiebra actúa en un plano superior a la voluntad del quebrado, que queda subordinada a la decisión judicial. Esta sustitución de la voluntad del quebrado por la voluntad judicial repercute de modo decisivo en muchos aspectos de la adquisición posesoria de los bienes del quebrado.

Aunque el quebrado no es incapaz, queda inhabilitado para administrar sus bienes (art. 878 Código de Comercio) y no puede ejercer el comercio (art. 13 Código de Comercio); *status* que afecta gravemente a su capacidad de obrar y que tiene reflejo en el Registro civil (donde se inscribirá esta situación, artículos 1.º y 46 de la Ley del Registro civil de 1957), en el Registro mercantil (art. 83 del vigente Reglamento del Registro mercantil,

que si bien se refiere a la inscripción de la quiebra con referencia tan sólo al comerciante individual, cree Espín, con la mayoría de la doctrina, que tal disposición debe aplicarse también a la quiebra de sociedades) y en el Registro de la Propiedad, donde puede inscribirse tanto la demanda en que se solicite su declaración (que se anotará conforme al art. 42, núm. 5.º de la Ley Hipotecaria), como las resoluciones judiciales que declaren la incapacidad legal para administrar (que se inscribirán según el núm. 4.º del art. 2 de la Ley Hipotecaria).

En suma, en el Derecho de quiebras español, la declaración de quiebras opera: 1.º *Ipso iure* la inhabilitación total del quebrado. 2.º La desposesión (ocupación) total de las pertenencias del quebrado (art. 1.044, núm. 3.º, C. de c. de 1829, vigente en este punto, en relación con el art. 1.333 de la Ley de Enjuiciamiento civil), por virtud de las congruentes decisiones y diligencias judiciales. Para conseguir la completa desposesión del quebrado, la fórmula más idónea y eficiente en defensa y garantía del interés legítimo de los acreedores, consiste en decretar judicialmente la posesión civilísima de aquellos bienes que presenten alguna dificultad para su material aprehensión.

* * *

Finalmente, el autor, en la *Síntesis*, saca las conclusiones de su valioso trabajo, destinado, como hemos tratado de resumir, a demostrar cumplidamente la admisión de la posesión inmaterial en nuestro Derecho, así como a poner de relieve las repercusiones que ello reporta; todo ello expuesto con gran claridad, concisión y precisión que hacen muy útil la consulta de este libro.

RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS.

Registrador de la Propiedad.
Notario.

La cooperazione del creditore all'adempimento. Milano (Giuffrè), 1964, 171-VII.—De Giovanni Cattaneo.

La presente obra, como indica el propio autor, es un estudio que apunta hacia dos resultados: «precisar qué se debe entender por cooperación del acreedor al cumplimiento, y afirmar, después, *si y cuándo* la omisión debe ser culposa» (1).

Para ello, parte el autor del concepto normativo, obtenido de la figura general prevista por el artículo 1.206 del Código civil italiano, según el cual «el acreedor incurre en mora cuando, sin motivo legítimo, no recibe el pago ofrecido del modo indicado en los artículos siguientes o no realiza cuanto es necesario para que el deudor pueda cumplir la obligación», de donde infiere que se puede entender como cooperación del acreedor al cumplimiento «aquella actividad cuya ilegítima omisión hace aplicable la disciplina de la *mora accipiendi*».

Del análisis de este texto legal y de la observación de la práctica contractual y del contenido de las obligaciones en particular, se desprenden las primeras dificultades que se encuentran para el logro de los resultados propuestos, puesto que ni es claro el sentido de la frase «cuanto es necesario» del artículo 1.206 citado, ni se dispone de un criterio seguro para determinar, en la práctica, los casos que deban ser excluidos como hipótesis distintas de la cooperación, ni, por último, las indagaciones doctrinales—preocupadas, en su mayoría, por el problema de la culpa—han resuelto la cuestión de fondo.

Así, se requiere el estudio de las diversas hipótesis de hecho previstas en las normas para establecer cuándo una omisión del sujeto activo puede tener los efectos de la *mora accipiendi* y, por ende, el elemento común a estos diversos efectos, esto es, la *conducta del acreedor*, aclarando qué nexo existe entre cooperación y prestación, y qué efectos produce en Derecho la imposibilidad

(1) Página 15.

de cooperación del acreedor no imputable a él, si la obligación queda incumplida, que es tanto como resolver en tal supuesto si hay mora o se considera imposible la prestación, lo que nos lleva a responder a la pregunta de si es necesaria la culpa del acreedor para que éste incurra en mora.

Tal es el objetivo que se propone abordar el autor, y, poco más o menos, el programa de sus indagaciones, todo lo cual, a más de algunas acertadas observaciones e indicaciones metodológicas, se contiene en el capítulo I (Introducción).

CATTANEO desglosa su discurso en cuatro capítulos más, en los que estudia la institución de la *mora creditoris*, las consecuencias de la falta de cooperación, la necesidad de la cooperación y los efectos del «incumplimiento» de la cooperación.

Considera, en efecto, necesario empezar por la *mora accipiendi* para aclarar la función típica de este Instituto y su posición dentro del sistema de Derecho de Obligaciones, lo que, a su juicio, es previo para identificar los hechos a los que se aplica la disciplina de la *mora creditoris*, entendiendo se pueden separar dos grupos de efectos que responden a dos problemas prácticos:

1) traspaso al acreedor del riesgo de la prestación, en cuanto no imputable al deudor, que puede exigir la contraprestación (igual que si es culpable el acreedor), lo que viene a resolver la cuestión de quién deba correr con el riesgo si la prestación queda incumplida;

2) liberación del deudor y reembolso de gastos, más resarcimiento de daños, con lo que pasa al acreedor el riesgo de que la prestación sea más gravosa para el deudor.

El autor verifica un detallado estudio de ambos supuestos, de las condiciones para su aplicación y sus efectos y naturaleza. Es especialmente interesante el razonamiento por el que se llega a la conclusión de que las normas sobre la mora no tutelan el interés del deudor a una liberación por medio del cumplimiento. Y ello, entre otros argumentos bien esgrimidos, porque, siendo el fin social de las normas sobre obligación asegurar a ciertas personas un resultado útil, que puede derivar de la actuación de otras personas, no es exacto afirmar que entre los fines típicos y

constantes de la obligación se cuente la producción de un resultado, aun accesorio o secundario, útil al deudor, y, aunque tal interés en la liberación existiese, no parece tutelado por las normas sobre *mora accipiendi*.

En cuanto a si existe una *obligación de cooperación* por parte del acreedor, el autor adopta la postura negativa, contra ALLARA, RUBINO y FALZEA, y sólo admite que tal obligación pueda existir cuando el contrato en particular tutela el derecho del deudor a ejecutar la prestación. La obligación es inaceptable porque las normas sobre *mora accipiendi* vienen a tutelar, más que el interés a la contraprestación, el interés de no perder el derecho a la contraprestación por un acto del acreedor. El artículo 1.207 del Código civil italiano, según el cual «cuando el acreedor está en mora corre a su cargo la imposibilidad de la prestación sobrevenida por causa no imputable al deudor», no hace pensar en una obligación de cooperar, sino que contiene uno de los criterios que sirven para repartir entre los contratantes los riesgos relativos a la ejecución del contrato sinalagmático. Cabe añadir otras razones, como la naturaleza y función de las normas sobre la liberación *invito creditore*, que los partidarios de la existencia de la obligación de cooperar ven como una especie de ejecución forzosa en forma específica de las obligaciones de hacer, mientras que no es más que un criterio de determinación de los confines de la prestación que puede ser pretendida por el acreedor. Asimismo, el reembolso de gastos y resarcimiento de daños son puestos por la Ley a cargo del acreedor en mora, mientras que el costo del pago corre de ordinario a cargo del deudor. Por donde se concluye que la cooperación no es debida, sino que su omisión es asumida por la Ley como criterio para traspasar al acreedor el riesgo de abstáculos que puedan impedir la prestación del deudor.

Se trata, en realidad, de una carga, no de un deber jurídico. La cooperación es vista por la Ley como un medio para actuar en interés del mismo acreedor, un medio a disposición del sujeto activo para obtener el cumplimiento puntual y exacto, o, como ha dicho el Profesor Díez PICAZO, «... una conducta necesaria sólo como requisito previo o como presupuesto del acto de ejercicio de

una facultad. No se trata de un auténtico «deber», sino de un «tener que» para poder hacer...» (2).

Lo que no impide que tal cooperación pueda, en ocasiones, ser exigida por el *strictum ius*, y no sea, de ningún modo, una mera derivación del principio de buena fe (por más que la buena fe, como criterio de conducta o canon interpretativo, concurra a determinar, en el caso concreto, cuál sea la cooperación necesaria), ni tampoco excluye que en algunos supuestos exista tal obligación de cooperar, como cuando tal cooperación tenga el fin de permitir al deudor satisfacer su interés en verificar la prestación, o cuando sea la cooperación un necesario acto de preparación para el cumplimiento de una obligación.

En el capítulo III examina CATTANEO las consecuencias de la falta de cooperación, entendiendo por tal, en sentido técnico, «aquella actividad del acreedor cuya falta puede dar lugar a una, por lo menos, de las consecuencias y a uno de los efectos jurídicos de la *mora accipiendi*».

Así se estudian las diversas hipótesis de hecho, a las que la Ley atribuye los efectos de la *mora accipiendi*, después de encuadrar esta institución en el sistema de obligaciones, distinguiendo los casos en que el acreedor ha de verificar la contraprestación neta, deducidos de ella los beneficios que la mora puede haber ocasionado al deudor, de aquellas hipótesis fácticas en que el acreedor debe la contraprestación neta y de los demás supuestos, incluyendo el análisis de cada uno de los efectos de la *mora creditoris*: el retraso en la liberación del deudor, los gastos, los daños, además de los antes citados.

En el capítulo IV, bajo el título general de «Necesidad de la cooperación», se estudia el nexo entre prestación del deudor y cooperación del acreedor, ya que, salvo «recibir el pago» las demás formas de cooperación no vienen establecidas concretamente por el artículo 1.206 del Código civil italiano sino mediante una fórmula general un tanto ambigua.

Se trata, pues, de investigar el exacto significado del vocablo «necesario» en la fórmula general del citado artículo 1.206 y de

(2) Díez-PICAZO (Luis): *El contenido de la relación obligatoria*, A. D. G. (separata), Madrid, 1964, pág. 358.

identificar el criterio que distingue la cooperación de las prestaciones a que el acreedor es compelido hacia el deudor.

A este respecto, se concluye que «lo que distingue los actos de cooperación de otros comportamientos que pueden ser impuestos al acreedor por la misma fuente de la que deriva la obligación del deudor es su función típica: tiene el fin exclusivo de facilitar, de ayudar al deudor en el cumplimiento, siendo su función, por tanto, instrumental respecto de la prestación del obligado» (3).

Por ello, «la cooperación no tiene un fin autónomo respecto de la prestación: su fin no tendría sentido si no existiese una obligación con un cierto contenido a cargo del deudor. El fin es el mismo de prestación (realizar el interés del acreedor). Desde otro ángulo, sirve para que el sacrificio del deudor no resulte superior al impuesto por la relación obligatoria» (4).

Y también puede ser considerado como un caso de cooperación la conducta del acreedor que no sirve para proporcionar un medio o ayuda para la prestación, sino a tutelar la persona o bienes del deudor en el curso de la prestación, ya que «el deudor, cuando el acreedor no haga cuanto esté en su mano para impedir tales daños, puede rehusar el cumplimiento de la prestación y constituir en mora al acreedor» (5). Lo que no obsta para que la Ley trate como supuestos de cooperación algunas prestaciones debidas al deudor que no tienen función instrumental, y no son, por tanto, supuestos típicos.

En el capítulo V se procede al estudio de las circunstancias que pueden justificar la carencia de cooperación, entre las que se cuentan el impedimento, con lo que se presenta el problema de si el acreedor incurre o no en mora cuando su omisión es culpable, o, dicho de otra manera, si la culpa del acreedor constituye un elemento típico de la mora. El autor mantiene la opinión negativa, frente a FALZEA, fundamentándola en que:

(3) Página 114.

(4) Página 115.

(5) Página 117. En este principio de considerar como cooperación la actividad del acreedor, tendente a evitar un daño en la persona o bienes del deudor al realizar la prestación, basa el autor la carga del acreedor de entregar el recibo, restituir el crédito y anotar sobre el crédito, sin lo cual puede rehusar el deudor la realización de la prestación.

1) La *mora accipiendi* resuelve el problema de repartir los riesgos y costes entre las partes y, aunque siempre responda la parte culpable, no se puede decir lo mismo cuando los riesgos son independientes de la conducta de las partes.

2) La culpa no es el único criterio de que se sirve el ordenamiento para poner a cargo del acreedor los riesgos concernientes a la actuación de la relación obligatoria, como abonan numerosos ejemplos.

3) Existe una «esfera de riesgo» del acreedor y no se puede sostener la existencia de un principio general, según el cual el acreedor debería sufrir solo los daños derivados de su conducta culpable (6).

Todo lo cual se abona en el texto con la aportación de numerosos ejemplos y por el argumento de la irrelevancia de la culpa del acreedor en el caso de carencia de la cooperación causada por la conducta de un tercero, de la misma forma que incurre en mora el acreedor cuando un hecho que no le es imputable le impide cooperar, ya que, para CATTANEO, el acreedor actúa en interés propio y es justo que él soporte los riesgos de los eventos que le impiden obrar.

Si un evento no imputable impide la cooperación del acreedor, ¿Puede dar lugar a los efectos de imposibilidad sobrevenida por causa no imputable a las partes? Partiendo de que «no son aplicables los criterios válidos para la actividad del deudor (actividad debida por el deudor)», y teniendo en cuenta la variedad de relaciones, que hace casi imposible encontrar una regla unívoca, el autor se inclina por concluir que, «salvo que el riesgo sea imputado al deudor expresamente por la Ley o el negocio, de otro modo debe existir una razón fundada en la interpretación del negocio o de las normas a él aplicables, que justifican la misma solución» (7), puesto que sólo son aplicables las normas sobre imposibilidad sobrevenida cuando se pueda mantener que el deudor ha asumido el riesgo, y el principio general es que el acreedor

(6) Páginas 129 a 134.

(7) Página 154.

sóporta el riesgo de los eventos fortuitos que impiden su cooperación, pudiendo darse siempre excepciones derivadas de la Ley, los usos o la autonomía privada.

Tenemos, pues, un estudio bien elaborado, en el que se inicia una indagación desde una base legal y fáctica bien explicitada y se llega a la meta propuesta a través de un razonamiento sólidamente lógico, enriquecido con observaciones legales, jurisprudenciales y doctrinales que, completando el cuadro, no llegan a empañar ni desviar la línea discursiva. Un trabajo de explanación y análisis de una norma del ordenamiento jurídico italiano que puede ser útil al estudioso español, centrando el problema, doctrinalmente, alrededor de la cooperación del acreedor en las obligaciones de hacer, en las que la facultad de liberación del deudor no es contemplada por ningún precepto expresamente (8) y, por otra parte, en cuanto consigue el autor encontrar el núcleo de la cuestión precisamente en el juego cooperación del acreedor—prestación del deudor, auténtico centro alrededor del cual giran los demás problemas (como el de la culpa como elemento esencial de la *mora creditoris*) y desde el cual ángulo cabe su correcto enfoque.

En Derecho español, aun sin una norma expresa de tipo general del tipo del artículo 1.206 del Código civil italiano—puesto que los artículos 1.176 a 1.180 de nuestro Código civil sólo contemplan la *mora creditoris* en las prestaciones de dar y no en general—, es de desear que un estudio como el que hemos contemplado aclare y explicité la cuestión de la *mora accipiendi* y, sobre todo, la de la conducta previa del acreedor en su carga de cooperar al cumplimiento de la prestación.

VICENTE LUIS MONTÉS.

(8) Vld. Díez-Picazo, op. cit., pág. 365.

Derecho de Obligaciones, por Lino Rodríguez-Arias Bustamante. Editorial «Revista de Derecho Privado». Madrid, 1965. Un volumen de XIII-578 páginas.

Cuando se sospeche que la hispanidad es sólo una fórmula de propaganda conviene fijarse en gentes como Rodríguez-Arias, profesor universitario a uno y otro lado del Atlántico. Y leer obras como este *Derecho de Obligaciones*, que simultanea el estudio de esta rama civilista en las legislaciones panameña y española.

Se trata de un libro fundamentalmente claro, ordenado. En el que, con muy buena información doctrinal, el autor nos da una síntesis de la teoría general de la obligación. Las materias que trata son las clásicas. Concepto, elementos, fuentes. Una clasificación muy amplia. Aborda igualmente los supuestos de cumplimiento anormal de las obligaciones, así como el principio de la responsabilidad patrimonial universal. Tras aludir al concurso de acreedores se ocupa de la transmisión de las obligaciones y de la sucesión particular en las deudas. Concluye con la extinción y sus causas, comprendiendo entre éstas el pago y sus modalidades.

En la casi totalidad de los temas tratados, el paralelo entre nuestro Derecho y el panameño es pleno. Apunta el autor alguna discordancia. Así, el tratamiento de la condición y el plazo, tratando de superar o de ignorar la antinomia entre los artículos 759 y 799. La imposibilidad de calificar de subsidiaria, en Panamá, a la acción pauliana, en contra de nuestro Ordenamiento. No se acepta allí el ofrecimiento de pago, pese a lo cual, el artículo 1.071 del Código panameño alude a esta modalidad solutoria. Considerar estas diferencias, en contradicción con los principios jurídicos, y probablemente involuntarias, nos puede ayudar a conseguir una postura más inteligente al estudiar casos similares, en los que nuestro Código hace las veces del panameño, frente al *Code* o al Código albertino.

La obra que comentamos no es un tratado enciclopédico ni un estudio monográfico. En ella, la atención científica se distribuye muy compensadamente. Pero hay temas que se estudian con

especial cuidado. Así, el examen de la voluntad unilateral, como fuente de las obligaciones. Las páginas sobre la cláusula penal. La cuestión del daño moral. La naturaleza del pago y su configuración como acto debido, según la tesis de Carnelutti:

En 1953, Rodríguez-Arias rechazó la tesis de la famosa sentencia de 17 de marzo de 1932, negando el que se pueda hablar de obligaciones naturales cuando se está en presencia de una conducta ilícita. Es curioso que posteriormente se encontrara con idéntica tesis, sustentada por la Corte Suprema de Justicia de Panamá en sentencia de 12 de septiembre de 1941, citada en la obra, negando a una concubina el derecho a reclamar el pago a la otra parte, aduciendo que tal obligación tiene causa ilícita. Corrobora esta cita la tesis del autor y esa identidad sustancial que se deduce de todo estudio comparativista.

La actual dedicación filosófica de Rodríguez-Arias no podía menos de transparentarse en algún punto. Así, al tratar del artículo 1.911 y de la responsabilidad universal, destaca cómo ésta, cada vez más, se desplaza del capital y pasa a recaer en la capacidad de trabajo, aludiendo al valor económico potencial de éste. La dignificación y realce de tal aspecto aporta, a su juicio, una orientación social al anquilosado mundo del Derecho civil.

Se habló en alguna ocasión de la balanza de pagos de nuestra doctrina jurídica. Desnivelada claramente en nuestra contra por la gran importación de obras alemanas, italianas, francesas: Este libro ayuda en la urgente tarea de enjugar ese déficit.

CARLOS HUIDOBRO

La colación, por José Luis de los Mozos. Editorial «Revista de Derecho Privado». Madrid, 1965. Un volumen de XIV-333 páginas.

En nuestra literatura jurídica, sobrada de esbozos y ensayos fragmentarios, una obra que estudia, con rigor y sistema, toda una institución, tiene ya un primer valor ejemplar.

La colación ha sido entendida de forma tan diversa que era

preciso partir de un planteamiento previo. El autor anticipa una noción definiéndola como operación entre herederos forzosos, con el fin de tener en cuenta lo recibido anteriormente por donación en los preliminares de la partición.

Por tratarse de una reliquia histórica, interesa el desenvolvimiento de la figura. En el Derecho romano—que el autor expone, siguiendo especialmente a Voci—surgió con la *Collatio bonorum*, aplicable por razones de equidad al supuesto de la emancipación. La *Collatio dotis* amplió su ámbito objetivo y subjetivo. Orientación continuada por la *Collatio descendantium* y la *Collatio donationis* justinianeas. En todo caso, se refiere a donaciones *ob causam* y tiene su fundamento en la voluntad presunta del causante.

El influjo germanista implica un giro en la colación. Basada ahora en la copropiedad familiar que impone una sucesión igualitaria entre los coherederos. Es la tesis de los Derechos visigótico y longobardo. En el Derecho consuetudinario francés, bajo el nombre de *rappport*, se impone en parte la tesis igualitaria, excluyendo la dispensa por el causante. Pero la doctrina justinianeas pervive en la glosa.

El estudio comparado, muy esquemático, ayuda a destacar los nexos entre la figura de la colación y los principios de cada sistema sucesorio, en especial con los conceptos de herencia y legítima.

Concretándose a nuestra Historia, examina las manifestaciones de la tradición germánica, Fuero Juzgo, Fuero Real y diversos Fueros municipales. Las Partidas nos dan una regulación justinianeas. La Ley 29 de Toro trata a la vez de colación e imputación, aun cuando diferencia su juego. Distinción consagrada por sus comentaristas Gregorio López, Antonio Gómez, etc.

A la letra de los estudios magistrales de Vallet, el autor expone la literatura española clásica hasta llegar a la confusión que precede en este punto al movimiento codificador, implicando en exceso la colación y las legítimas, así como su defensa a través de la computación y la imputación. El proyecto de 1851 restaura la noción depurada de colación, apuntando las líneas de su régimen vigente. Se reproduce, con algunas precisiones, la exposición erudita de Vallet clasificando en tres grupos los autores que se

ocupan de esta materia tras el Código. Se incluye una breve referencia a los derechos forales.

La colación se delimita frente a sus afines. La computación está sujeta a normas imperativas. La imputación se dará siempre, aunque se excluya la colación, en base al artículo 1.037, que deja a salvo las legítimas. La reducción opera en distinto campo. Respecto de la partición, la colación es un *prius*, con normas propias, como el 1.047 y el 1.048, frente a los artículos 1.061 y 1.063.

El fundamento subjetivo de la colación, grato a Vallet, se refuta. Asimismo, el objetivo, germanista, de la igualdad entre los descendientes y la copropiedad familiar. El autor destaca otro, que el mismo califica de difuso, que se halla en la norma dispositiva que lo establece, basándose en el comportamiento típico o ideal del causante. Quizá el criterio pecara de utópico; no podemos menos que recordar la certera observación de Escrivá de Romani, para quien la presunción favorable a la colación es errónea, ya que la mayor parte de los testadores y donantes lo que pretenden es desigualar a los herederos mediante donaciones.

Un esquema funcional de la colación aclara su concepto. El autor, tras exponer las razones de Morell y Vallet en pro de la obligación de devolver el exceso de lo donado, aunque no sea inoficioso, dá sus propios argumentos para rebatir tal tesis. Hace de este tema eje de la institución. También destaca el problema sobre la forma de practicarse la colación, inclinándose por la adjudicación compensatoria y la imputación de valor, superada ya la aportación *in natura*. Destaca el carácter sucesorio de la colación, inseparable, según la tesis de Binder del Derecho hereditario *pro parte*. De ella nace un derecho a compensarse y una obligación a imputar.

Al tratar de los sujetos de la colación alude a los requisitos clásicos; se precisa que sean herederos, legitimarios y que hereden conjuntamente. Su solución, excluyendo tajantemente al legatario de parte alicuota, parece excesiva. Recientemente, De la Cámara apuntaba la tesis contraria, y la sentencia de 22 de enero de 1963 refuerza esta última postura. La referencia a los legitimarios de distinto grupo, a los instituidos en cuotas desiguales y a la obligación de colacionar los nietos lo recibido, muertos ya sus padres, ratifican la opinión de nuestra mejor doctrina.

Objeto de la colación serán las donaciones, en el más amplio sentido, no sólo las *ob causam*, sino las simples. Destaca lo anómalo de la colación de legados, estimando referida más bien a la imputación la regla del 1.037. Estudia los distintos supuestos, el tratamiento de las donaciones nulas, simuladas e indirectas; es realista, considerándolas colacionables en cuanto supongan adquisición lucrativa, si bien no refuta con rigor la dispensa presunta que estas modalidades pueden encerrar. El mismo criterio aplica el autor a la parte gratuita de las donaciones onerosas y remuneratorias. Apunta otros supuestos afines, el seguro de vida, la remisión de deuda, la constitución de sociedad...

Indica las liberalidades excluidas de colación, deteniéndose especialmente en los frutos y en las relativamente colacionables del 1.042. Tras ello precisa el objeto de la colación. Son sus notas: el carácter lucrativo, la salida real del patrimonio del donante con subsiguiente ingreso en el del donatario, y la aptitud del objeto, entendiendo que un usufructo o renta vitalicia sólo serán colacionables si se constituyen por la vida del donatario.

La dispensa de colación no entraña, en contra de Vallet, mejora tácita. Se estudia con detalle la vieja cuestión del *expressim* en tal dispensa. Cabe que ésta sea simultánea o posterior a la donación, y en general, se exige la forma pública, se apunta el mayor rigor del artículo 273 de la Compilación catalana. Puede ser revocada, excepto en el caso de haberse incorporado a capitulaciones matrimoniales. Alude a la dispensa virtual y a la implícita, admitiendo sólo esta última. La partición testamentaria puede entenderse como dispensa implícita, cuando tal fuera la voluntad del de *cijus*. La colación voluntaria se admite ampliando tanto el supuesto de hecho como los efectos de la misma.

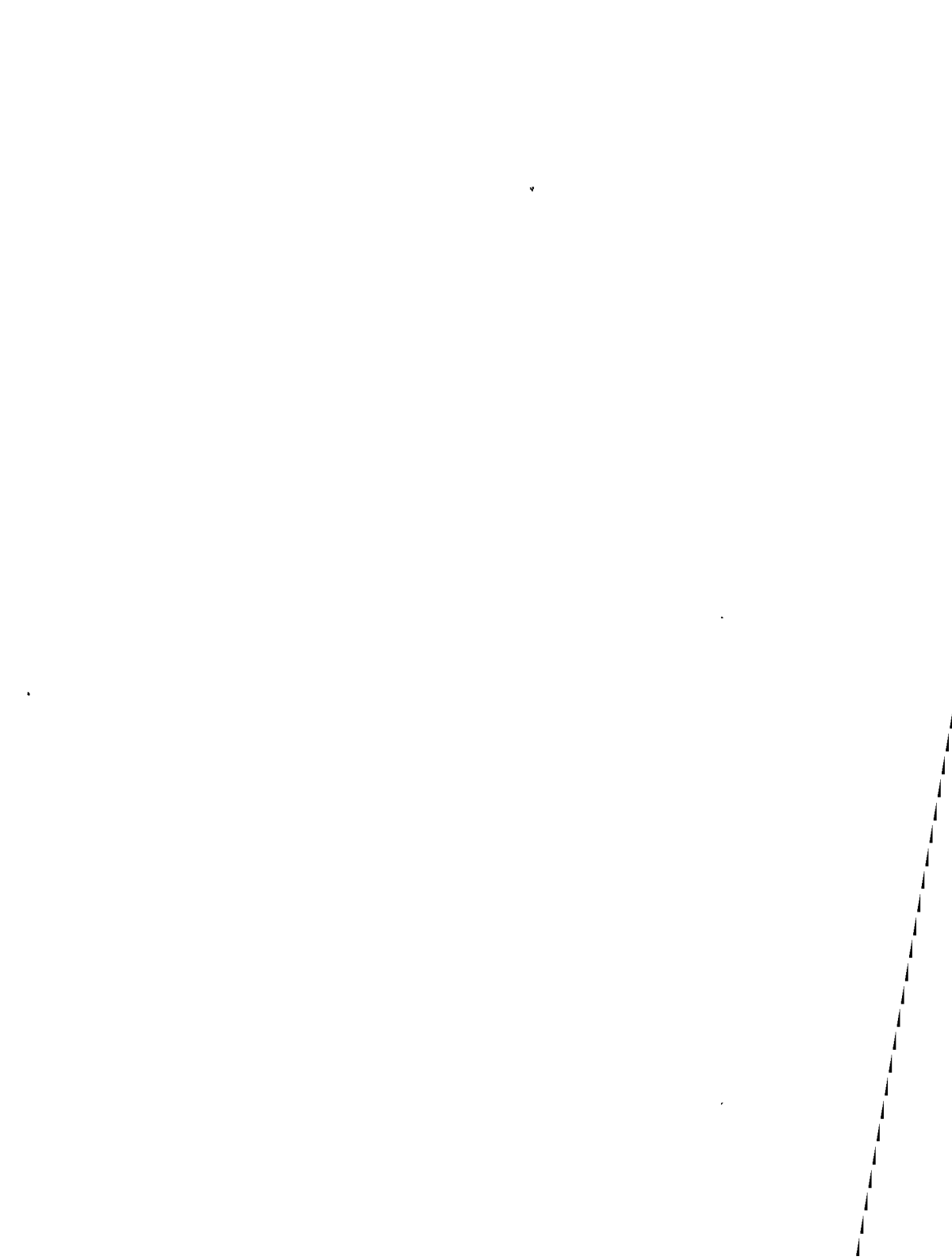
La colación por imputación es la forma normal y preferente, hasta el punto de que la *in natura* sólo se admite por acuerdo unánime de los herederos. Respecto de los frutos de la cosa donada sigue la tesis de Lacruz, aplicando el artículo 452 del Código civil. Insiste, al tratar de la adjudicación compensatoria, en la no restitución del exceso. El cómputo de valor se ha de hacer referido al momento de la donación. Y con arreglo al criterio valorista de Núñez Lagos en el supuesto del 1.047 de compensación en otros bienes de la herencia; aplicando, en cambio, la fór-

mula de Vallet, atender a las circunstancias del caso, cuando, conforme al artículo 1.048, la compensación tiene lugar a metálico o en valores mobiliarios. Alude a la proporcionalidad de la adjudicación compensatoria. Respecto de las deudas hereditarias, la colación sólo modifica las relaciones entre los herederos, no frente a los acreedores. Es original su breve apunte sobre la acción de colación. Destaca, con Binder, que es inseparable del derecho hereditario *pro parte*; por tanto, la acción *ex collatione* es una variante de la acción de división de herencia; la califica de meramente declarativa, pues no comporta desplazamiento patrimonial.

Se trata, pues, de un obra coherente y lógica. Con un apoyo doctrinal, español y extranjero, valioso y ordenado. Por contra, las citas jurisprudenciales abundan menos. Lacruz Berdejo la prologa en breves páginas que le bastan para apuntar un ejemplo muy claro sobre la forma matemática de colacionar por tanteo.

La colación es una de las instituciones más difíciles. Por ello, habrá de estimarse más la nobleza del estudio que comentamos, sujeto a tan grave servidumbre.

CARLOS HUIDOBRO.



REVISTAS

I. ESPAÑA

REVISTA DE DERECHO FINAN- CIERO Y HACIENDA PUBLICA

*El nacimiento de la obligación tri-
butaria (continuación)*, por Fer-
nando Sáinz de Bujanda.

La elusión y la evasión tributaria,
por Narciso Amorós.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 96, abril-junio 1965.

*Participaciones recíprocas de em-
presas en la reforma del Dere-
cho alemán de la sociedad por
acciones*, por Justino F. Duque.

La unión o fusión de empresas, como fenómeno económico del mundo presente, plantea problemas de coordinación en las legislaciones de los países afectados por la formación de estos bloques; tal es el caso de Alemania Federal, donde se ha elaborado un proyecto de nueva reglamentación (hoy ya convertido en Ley), del que hace el autor un estudio detallado.

*La sucesión por causa de muerte
y la empresa mercantil*, por Luis
Diez Picazo.

La sucesión del empresario individual aparece mediatizada por dos exigencias insoslayables: continuidad y conservación de la empresa. El autor arbitra una serie de procedimientos que permitan lograr este doble objetivo, estudiando las dificultades que puede plantear su puesta en práctica; tarea, en verdad, no exenta de dificultades dentro de un cuerpo de normas pensado exclusivamente para una infraestructura agraria.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Número 48, abril-junio 1965.

*Efectos sustantivos de las actas
notariales*, por Rafael Núñez
Lagos.

Comprende este trabajo dos partes; una primera en la que partiendo de la tradicional distinción entre escrituras y actas, se estudian los efectos sustantivos de estas últimas según sus diversas clases, y otra segunda en la que se exponen las diversas particularidades y efectos de las actas de notificación.

Los derechos de adquisición en Francia, por Gabriel García Cantero.

No existe en la doctrina francesa una categoría de Derechos reales que englobe todos los supuestos de adquisición preferente, lo que hace preciso un estudio casuístico de los diversos tipos. Sobre esta base distingue el autor entre derechos de adquisición preferente de origen convencional (promesa de venta, «droit de préférence», «réméré») y de origen legal («droit de préemption», «retrait»), analizando las especialidades de cada uno.

Régimen de adquisición y ejercicio de las servidumbres personales discontinuas, por Luis Martínez Calcerrada.

Se hace en este trabajo un estudio particular de las servidumbres personales discontinuas, incidiendo principalmente en su específica modalidad de montes o forestal, en relación con la problemática que presenta su peculiar régimen jurídico; esto es, su constitución y ejercicio, con un examen final de la prescripción extintiva.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Septiembre 1965.

Sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales de los contratos, por Manuel García Amlgo.

En los últimos años se han mantenido en nuestra doctrina dos te-

sis contrapuestas en torno a la naturaleza de las condiciones generales: la que mantiene el valor normativo de las mismas, con independencia de la voluntad contractual (Garrigues) y la que les niega este valor (De Castro). Las conclusiones opuestas a que se aboca aceptando uno u otro criterio, rodean el tema de un indudable interés doctrinal. Tras exponer las soluciones que ofrece el Derecho comparado (Francia, Italia); estudia el autor la posición más defendible dentro de nuestro derecho positivo: entender que las condiciones generales no tienen otro valor que el que les confiere el contrato de cuyo contenido normativo forman parte. Antes de ser contenido del consentimiento de las partes, las condiciones generales, son nada, jurídicamente hablando.

Octubre 1965.

La doctrina de Cicu sobre la posición sistemática del Derecho de Familia, por J. Beltrán de Heredia.

Utilizando numerosas citas y opiniones, especialmente de autores italianos, el profesor Beltrán de Heredia nos demuestra que el discutido encuadre sistemático hecho por Cicu del Derecho de Familia tuvo amplia acogida e indudable impacto, y que los argumentos esgrimidos por el desaparecido autor italiano en defensa de su teoría, evidencian que es tan aceptable por lo menos como cualquier otra.

Estudio sobre el reconocimiento de deuda. por J. López Vilas.

Expone el autor las varias calificaciones jurídicas dadas por la doctrina a esta figura (mero acto jurídico, auténtico contrato, negocio jurídico unilateral); su reglamentación en los distintos ordenamientos positivos (especialmente el italiano y el B. G. B.), y finalmente el derecho español sobre la materia.

El tercero hipotecario ante la doble inmatriculación, por J. García-Monge y Martín.

Son muchos los autores que han ofrecido soluciones al sugestivo problema del juego de la fe pública en los casos de doble inmatriculación. Roca propugna, como sabemos, el examen comparativo de ambas hojas, o, en su caso, una declaración judicial; parecidas soluciones ofrecen Hedemann, Wolf y Jerónimo González. Martínez Escobar afirma la prevalencia del asiento más antiguo, en base al principio de prioridad. El autor de este trabajo nos ofrece una nueva e interesante perspectiva del problema, apoyada en el diverso sentido con que el artículo 34 utiliza la palabra «Registro». En efecto, cuando se refiere a la persona que según éste aparezca con facultades para transmitir el derecho, cabe identificar «el Registro» con la inscripción del transmitente; en cambio, cuando alude a que dicho derecho se anule o resuelva por causas que no consten en el mis-

mo, la palabra «Registro» ha de entenderse en un sentido más amplio, comprensiva de cuanto conste en el mismo respecto a la finca o derecho transmitido, sin limitarse a la referencia contenida en la inscripción del transmitente. Ello supondrá lógicamente que el que adquiera del inmatriculante posterior, nunca puede ser un tercero protegido, pues constará en el Registro la causa que anula o resuelve el derecho de su transferente (la primera inmatriculación). Por esta vía prevalecerá el derecho del que inmatriculó primero, quedando a la vez incólumes los principios hipotecarios y los que dentro del derecho civil puro protegen al primer titular.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Número 51, abril-junio 1965.

Problemas actuales del mercado agrario, por Leandro Castro Rodríguez.

Tras exponer el concepto moderno del mercado agrario (conjunto de operaciones por que ha de pasar una mercancía del productor al consumidor); la importancia que tiene su eficiente funcionamiento para el bienestar económico general, y el conflicto existente entre los tres grupos interesados en el mismo (agricultores, intermediarios y consumidores), se proyectan soluciones a los problemas de la actual coyuntura española.

Explotación colectiva de los bienes comunales de aprovechamiento agrícola, por Fernando Baz Izquierdo.

Dedica el autor la primera parte de su trabajo al estudio de los bienes comunales en general (concepto, naturaleza, caracteres). Analiza después los posibles sistemas de explotación colectiva de aquéllos (la cooperativa, el arrendamiento a terceros y como forma menos perfecta la distribución de suertes o lotes); las posibilidades que ofrece la legislación actual para su puesta en práctica y la aconsejable reforma o derogación de algunos de sus preceptos.

REVISTA INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Número 62, año 1964.

La Ley de fraudes inglesa y la enajenación de inmuebles, por Brendan Brown.

Los testamentos y la distribución del patrimonio del testador, por Luis M. Brown.

El impuesto sucesorio contemplado en el plano internacional, por M. Donnay.

El autor hace un resumen de los diversos sistemas seguidos para la

percepción de este impuesto en las legislaciones europeas y expone después los proyectos de convenciones, destinados a evitar los supuestos de doble imposición.

La reforma fiscal mexicana y la derogación de los impuestos sobre herencias, legados y donaciones, por Francisco Lozano Noriega.

II. EXTRANJERO

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL

Número 3, julio-septiembre 1965.

L'évolution de la notion de bien propre, por Dominique Lefevre.

La séparation de fait entre époux, por Jean Maury.

La condition juridique du conjoint survivant, por Eugène Louis Bach.

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

Número 3, mayo-junio 1965.

L'abuso del Diritto, por Pietro Rescigno.

F. M. C.

