

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXI
FASCICULO IV

OCTUBRE-DICIEMBRE
MCMLXXVIII



ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

JAIME GUASP DELGADO
Catedrático de D. procesal y Abogado
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUNEZ LAGOS
Notario de Madrid

MANUEL PENA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registro
y del Notariado

RODRIGO URÍA GONZÁLEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del 1. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIVA
Profesor A. de Derecho civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Estudios monográficos

GABRIEL GARCÍA CANTERO: <i>El estatuto jurídico del alojamiento familiar en el Derecho español</i>	709
ANGEL CRISTÓBAL MONTES: <i>Del contrato de nombramiento de heredero en Aragón</i>	729
CARLOS VATTIER FUENZALIDA: <i>Notas sobre actividades agrarias típicas</i>	747

Vida Jurídica

Noticias:

- In Memoriam. Don Alfonso de Cossío y Corral*, por Antonio Gullón Bailesteros

783

Bibliografía

- Libros 787

Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1976, por Fernando F. de Trocóniz Marcos.—CARRANZA, JORGE: *Las fundaciones en el Derecho privado*, por R. E. D.—CLAVERIA GOSALVEZ, LUIS HUMBERTO: *La confirmación del contrato anulable*, por Antonio Gordillo Cañas.—DIEZ DEL CORRAL RIVAS, JESÚS: *Síntesis sobre nacionalidad y Registro Civil*, por B. C.—OGOYAR Y AGUYON, TOMAS: *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, por R.—TREJOS, GERARDO: *El nuevo régimen legal de la adopción*, por Gabriel García Cantero.

Revista de revistas

- A cargo de José R. Antón Riesco 813

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

- A cargo de José María Chico Ortiz 827

Jurisprudencia 869**I Sentencias Comentadas**

1. *La elevación de la cuantía de los alimentos provisionales*, por José Bonet Correa 869
2. *Cláusula de actualización de la renta de un local de negocio según las variaciones del salario mínimo*, por José Bonet Correa 875

- II Sentencias** 883

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1958

IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXXI
FASCICOLO IV

OCTUBRE-DICIEMBRE
MCMLXXVIII



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones
sostenidas por los autores de los originales publicados**



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

El estatuto jurídico del alojamiento familiar en el Derecho español^(*)

GABRIEL GARCIA CANTERO

SUMARIO: 1. Presupuestos.—2. La vivienda familiar en régimen de propiedad. a) La propiedad ordinaria; b) La comunidad romana o por cuotas; c) La propiedad de casas por pisos o propiedad horizontal; d) Protección especial de las necesidades familiares del propietario que ha arrendado su vivienda.—3. La vivienda familiar bajo la figura de un “ius in re aliena”. a) Usufructo de finca urbana destinada a vivienda; b) El derecho de habitación como forma jurídica de alojamiento familiar.—4. La vivienda familiar en régimen de arrendamiento. a) Concepto y caracteres del arrendamiento de vivienda; b) Régimen del subarriendo de viviendas; c) El régimen de la cesión “inter vivos” del contrato de inquilinato como una protección a los miembros de la familia del inquilino; d) El acceso del inquilino a la propiedad de la vivienda; e) Derecho de los familiares a suceder en el contrato de arrendamiento a la muerte del inquilino.—5. Otras formas atípicas del alojamiento familiar.—6. Vicisitudes jurídicas del alojamiento familiar.—7. Especialidades del alojamiento familiar en las Compilaciones Forales.—8. A modo de conclusiones.

1. *Presupuestos.*

En el estadio actual de nuestra civilización, el derecho a la vivienda puede considerarse como uno de los derechos fundamentales del hombre y, por extensión, de la familia por él formada. Para el cumplimiento de los fines individuales y familiares de la

(*) *Rapport* nacional español presentado por su autor en el X Congreso Internacional de Derecho Comparado (Budapest, 23-28 de agosto de 1978), Sección II, A, 1.

El *Rapporteur général* fue el profesor Alfred Rieg, de la Universidad de Strasbourg, y se presentaron ponencias de los siguientes países: Argentina, Bélgica, Bulgaria, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Italia, Japón, Méjico, Holanda, República Federal de Alemania, Rumanía, Checoslovaquia, Venezuela y Yugoslavia.

persona humana, ésta debe disponer, por algún título jurídico, del necesario espacio en la superficie terrestre, en las debidas condiciones de habitualidad, al que denominamos vivienda.

Tal derecho aparece reconocido tanto en la vigente Constitución española como en la que actualmente está en estudio en el momento de redactarse este *rapport*.

En efecto, la Declaración XII.2 del Fuero del Trabajo, proclama la tarea estatal de «multiplicar y hacer asequibles a todos los españoles las formas de propiedad ligadas vitalmente a la persona humana», mencionando, en primer término, «el hogar familiar». Idea que se repite en similares términos en el artículo 31 del Fuero de los Españoles: «El Estado facilitará a todos los españoles el acceso a las formas de propiedad más íntimamente ligadas a la persona humana», aludiendo también, en primer lugar, al alojamiento familiar.

. En el artículo 40 del Proyecto Constitucional, pendiente de discusión en las Cortes, se dice que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones para hacer efectivo este derecho y regularán la utilización del suelo de acuerdo con el interés general». En relación con la familia, se dice en el artículo 34.1 del propio Proyecto que «los poderes públicos aseguran la protección económica y social de la familia, en particular por medio de prestaciones sociales, de disposiciones fiscales y de cualquier otra medida adecuada».

Si descendemos al plano de la legislación ordinaria, nos encontramos en el Código civil, con una serie de preceptos que presuponen el derecho de la persona y de la familia a una vivienda.

El artículo 40, contempla el domicilio de las personas naturales como el lugar del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones civiles y se le define como «el lugar de su residencia habitual». Este domicilio se llama voluntario (por depender de la libre determinación de la persona), pero la doctrina subraya la necesidad de que exista una sede jurídica de la persona, pues de otra suerte, la vida jurídica sería extraordinariamente difícil. Si bien el domicilio de la persona no implica necesariamente que tal lugar constituya su vivienda, sin embargo, en la práctica, suelen coincidir ambos conceptos.

El artículo 56 señala que «los cónyuges están obligados a vivir juntos» de donde se deduce la necesidad de que exista un hogar familiar, lo que asimismo expresa la filosofía popular con el proverbio «el casado casa quiere». Obsérvese que aquí el precepto sí que postula la existencia de un lugar apto para el alojamiento del marido y de la mujer.

Como uno de los efectos personales de la patria potestad, se establece en el artículo 155-1.^º el deber del padre o de la madre de tener en su compañía a los hijos menores de edad no emancipados, de donde se deduce la necesidad de un hogar o domicilio fa-

miliar en que tal deber pueda ser cumplido. Precisamente la reforma llevada a cabo por la Ley de 2 de mayo de 1975 en el Código civil, ha afectado a la forma de designar el domicilio familiar. Según el nuevo artículo 58: «Los cónyuges fijarán de común acuerdo el lugar de su residencia. En su defecto, si hubiere hijos comunes, prevalecerá la decisión de quien ejerza la patria protestad, sin perjuicio de que, a instancia del otro cónyuge, pueda el Juez determinar lo procedente en interés de la familia. En los demás casos, resolverán los Tribunales». Sistema algo complejo que ha suscitado no pocas críticas doctrinales.

En ese domicilio familiar conviven habitualmente los padres y los hijos y en él tienen su domicilio legal la mujer casada y los hijos menores (art. 64, pár. 1.^º y 2.^º, Ley Enjuiciamiento civil); sin perjuicio de que tanto aquélla como éstos pudieran tener un domicilio separado.

En nuestro Ordenamiento Jurídico no existe propiamente un estatuto de la vivienda familiar. A continuación se examinarán las más importantes reglas jurídicas aplicables a la vivienda familiar en sus diversas modalidades y vicisitudes, con atención especial al derecho común contenido en el Código civil y en las leyes de aplicación general en toda España, sin perjuicio de hacer una alusión al Derecho Foral propio de determinadas regiones españolas.

En razón de su titularidad, la vivienda familiar puede disfrutarse en régimen de propiedad o de un *iura in re aliena* y también por título arrendatario; con carácter más bien excepcional puede formar parte de una pensión alimenticia o disfrutarse como legado. Cabe examinar, asimismo, las vicisitudes de la vivienda familiar en las situaciones anormales del matrimonio (separación y nulidad) y a la muerte del cabeza de familia.

2. *La vivienda familiar en régimen de propiedad.*

Pueden considerarse tres situaciones:

- a) La propiedad ordinaria.
- b) La comunidad de bienes.
- c) La propiedad horizontal.

En los últimos cuarenta años, de las tres situaciones indicadas, ha sido la tercera la que ha alcanzado mayor desarrollo a través de una doble vía; de una parte, los propietarios de viviendas de renta antigua, al estar bloqueadas las rentas, han optado por vender los pisos a los inquilinos originándose así el régimen de la propiedad horizontal de otra, el desarrollo urbano de las ciudades con ocasión de la puesta en aplicación de los diversos Planes de Desarrollo, se ha efectuado por la iniciativa privada de los promotores de viviendas y de las sociedades de construcción a través del sistema de venta por pisos que da nacimiento a una propiedad horizontal.

a) La propiedad ordinaria.

Ninguna especialidad existe cuando el propietario de una vivienda unifamiliar la ocupa con su familia; se limita a ejercer el derecho de goce que le reconoce el artículo 348 C. c. Algo similar puede decirse cuando el propietario de una casa de varias plantas ocupa una de ellas con los miembros de su familia; se trataría de un supuesto de goce directo parcial de la cosa propia. No es frecuente en España, a diferencia de otros países, la existencia de viviendas unifamiliares en las ciudades, pero tal régimen de propiedad ordinaria se va extendiendo para la «segunda vivienda familiar» (chalet en el campo o en la playa).

Si el propietario de una vivienda no la ocupa sino que la tiene cedida en arrendamiento, el interés familiar ostenta una especial protección de la Ley especial de Arrendamientos Urbanos que más adelante estudiaré.

b) La comunidad romana o por cuotas.

Una casa de varias plantas puede pertenecer a varios en comunidad. Si se da una coincidencia entre la cuota de cada uno y sus necesidades familiares, podrían convenir los comuneros, mediante la mayoría cualificada que describe el artículo 398, pár. 2.^º (de personas y de participación en la cosa común), la atribución de una vivienda a cada comunero. Cabe también que, no siendo suficiente para las necesidades familiares de todos ellos, se adjudiquen las viviendas a alguno o algunos de los comuneros en régimen de arrendamiento. No parece, sin embargo, que esta forma de utilización de una vivienda familiar sea frecuente como régimen permanente debido a la amenaza de la *actio communi dividundo* que puede ser ejercitada por cualquier comunero disconforme con la forma de gestión de la comunidad. Como situación provisional o transitoria, puede producirse a la muerte del propietario único de la casa al que suceden varios herederos, que desean continuar por algún tiempo la comunidad hereditaria, y se ponen de acuerdo sobre el disfrute de aquélla.

c) La propiedad de casas por pisos o propiedad horizontal.

Puede afirmarse sin exageración, que una de las formas jurídicas de vivienda familiar que mayor desarrollo ha adquirido en España en los últimos años, ha sido la llamada propiedad por pisos o por apartamentos (propiedad horizontal), y ello tanto en el plano del desarrollo legislativo como en el de la realidad económico-social. Se prueba la primera de tales afirmaciones con las sucesivas reformas legislativas que han intervenido, ya que el primitivo artículo 396 C. c. (que contenía un tímido y embrionario régimen de carácter supletorio), fue sustituido por un nuevo precepto, más extenso, según la Ley de 26 octubre 1939, el cual ha dado paso a la vigente Ley de 21 de julio 1960. En la Exposición de motivos de esta última, se hace una acertada descripción del proble-

ma de la vivienda en general y las soluciones que el legislador aporta con la nueva Ley (1).

El régimen de la propiedad horizontal se rige actualmente por el artículo 396 C. c. y los preceptos de la Ley de 21 de julio 1960 predominando las normas de carácter imperativo. La doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre la naturaleza jurídica de esta institución. El artículo 3.^º de la Ley la describe como compuesta de dos elementos: a) el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con sus anejos y b) la copropiedad con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes; de ambos elementos, el primero es el fundamental, y el segundo, el accesorio, regido por los prin-

(1) De la extensa Exposición de Motivos de la Ley de 1960, pueden citarse algunos párrafos como más característicos:

«Hay un hecho social básico que en los tiempos modernos ha influido sobremanera en la ordenación de la propiedad urbana. Se manifiesta a través de un factor constante, cual es la insuprimible necesidad de las edificaciones, tanto para la vida de la persona y de la familia como para el desarrollo de fundamentales actividades constituidas para el comercio, la industria y, en general, el ejercicio de las profesiones. Junto a ese factor, que es constante en el sentido de ser connatural a todo sistema de vida y de convivencia dentro de una elemental civilización, se ofrece hoy, provocado por muy diversas determinaciones, otro factor que se exterioriza en términos muy acusados y es el representado por las dificultades que entraña la adquisición, la disponibilidad y el disfrute de los locales habitables. La acción del Estado ha considerado y atendido a esta situación real en tres esferas, aunque diversas, muy directamente relacionadas: en la esfera de la construcción, impulsándola en virtud de medidas indirectas e incluso, en ocasiones, afrontando de modo directo la empresa; en la esfera del arrendamiento, a través de una legislación frecuentemente renovada que restringe el poder autónomo de la voluntad con el fin de asegurar una permanencia en el disfrute de las viviendas y los locales de negocio en condiciones económicas sometidas a un sistema de intervención y revisión y, en la esfera de la propiedad, a virtud, principalmente, de la llamada propiedad horizontal, que proyecta esta titularidad sobre determinados espacios de la edificación. La esencial razón de ser del régimen de la propiedad horizontal descansa en la finalidad de lograr el acceso a la propiedad urbana mediante una inversión de capital que, al poder quedar circunscrita al espacio y elementos indispensables para atender a las propias necesidades, es menos cuantiosa y, por lo mismo, más asequible a todos y la única posible para grandes sectores de personas. Siendo ello así, el régimen de la propiedad horizontal, no sólo precisa ser reconocido, sino que, además, requiere que se le aliente y encauce, dotándole de una ordenación completa y eficaz. Y, más aún, si se observa que, por otra parte, mientras las disposiciones legislativas vigentes en materia de arrendamientos urbanos no pasan de ser remedios ocasionales que resuelven el conflicto de intereses de un modo imperfecto, puesto que, el fortalecimiento de la institución arrendaticia se consigue imponiendo a la propiedad una carga que difícilmente puede sobrellevar; en cambio, conjugando las medidas dirigidas al incremento de la construcción con un bien organizado régimen de la propiedad horizontal, se afronta el problema de la vivienda y los conexos a él en un plano más adecuado, que permite soluciones estables; y ello a la larga, redundará en ventaja del propio régimen arrendatario, que podrá, sin la presión de unas exigencias acuciantes, liberalizarse y cumplir normalmente su función económico-social.»

cipios de inseparabilidad e indivisibilidad, ya que el artículo 396, pár. 2º C. c. dice que «las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable»; sobre la parte privativa, el propietario puede realizar libremente actos de disposición (artículo 3º, pár. final de la Ley) suprimiéndose expresamente los derechos de tanteo y retracto que podían ejercitarse según la Ley de 1939 en caso de enajenación (art. 396, pár. 3º C. c.). Para el régimen interno de la propiedad horizontal, la nueva ley ha dado especial relevancia a los Estatutos, así como a los acuerdos de la Junta de Propietarios, que debe constituirse necesariamente cuando excede de cuatro el número de estos últimos.

Resulta de lo dicho que un piso en régimen de propiedad horizontal puede estar dedicado a alojamiento familiar, siendo de aplicación general la norma contenida en el artículo 7º, pár. 3º de la Ley: «Al propietario y al ocupante del piso, les está prohibido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres». Se trata de unos límites generales que afectan tanto a los propietarios que ocupan los pisos, como a los arrendatarios de los mismos y aun a los meros ocupantes, a través de los cuales se tutela el destino de vivienda familiar; aunque los conceptos de inmoralidad, peligrosidad, incomodidad e insalubridad son difíciles de precisar y, en último término, son de apreciación judicial, parece claro que el legislador ha puesto en manos de los propietarios de la finca, a través de los Estatutos, los instrumentos legales adecuados para que en todo caso se respete el destino de vivienda familiar de la misma; cabría invocar esta norma, por ejemplo, si alguno de los pisos se dedica a local comercial o industrial o si alguno de los propietarios ejerce una profesión en la misma cuyos clientes resultan demasiado molestos a los demás, o si se dedicase a la prostitución. La sanción de estas conductas viene fijada por el artículo 19 de la Ley: apercibimiento para que dejen de realizarse y si éste es desatendido, cabe la posibilidad de obtener judicialmente la privación del uso del piso por período que no exceda de dos años si se trata del propietario, y, el lanzamiento o resolución judicial del contrato si se trata de actividades realizadas por un arrendatario.

d) Protección especial de las necesidades familiares de un propietario a través de la negativa de la prórroga en el arrendamiento.

Ya he indicado antes que la Ley otorga una especial protección a las necesidades familiares de vivienda cuando el propietario ha cedido en arrendamiento algún piso de su propiedad. Más adelante se verá cómo la legislación especial de arrendamientos urbanos otorga al arrendatario con carácter imperativo el derecho a la prórroga forzosa de su contrato al llegar el vencimiento del plazo de duración pactado. Pero puede darse un conflicto entre las nece-

sidades familiares del propietario y las del arrendatario de la vivienda; tal conflicto se resuelve en favor del primero por el artículo 62-1.^º de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 según el cual: «no tendrá derecho el inquilino o arrendatario a la prórroga legal... 1.^º cuando el arrendador necesite para sí la vivienda... o para que la ocupen sus ascendientes o descendientes legítimos o naturales».

El derecho a denegar la prórroga forzosa es objeto de una minuciosa y formalista reglamentación en los artículos 63 a 69 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuya exposición detallada no interesa aquí. Destacaré únicamente que la «necesidad» del arrendador debe ser probada y que la ley presume tal necesidad, aparte de otros supuestos, en los dos casos siguientes: cuando residiendo en la misma población en que radique la finca, por aumento de sus necesidades familiares, resultare insuficiente la vivienda que ocupe y en el caso de que contraiga matrimonio y deba residir en la localidad en que está situada la finca.

La causa invocada debe basarse en hechos posteriores a la celebración del contrato; por ello, la Ley se refiere al «aumento» de necesidades familiares del arrendador (por ej. el nacimiento de un nuevo hijo) o la circunstancia de contraer matrimonio (lo mismo si se casa por vez primera que si es un viudo que reitera nupcias); la misma circunstancia debe darse cuando la necesidad concurre en un ascendiente o descendiente legítimo o natural. Sobre estas causas de excepción a la prórroga han recaído numerosas sentencias, especialmente de la denominada «pequeña jurisprudencia» formada por las resoluciones de los Tribunales inferiores.

3. *Lc. vivienda familiar bajo la figura de un «ius in re aliena».*

Se trata de situaciones muy poco frecuentes y que, prácticamente, se reducen a los derechos de usufructo y de habitación.

a) Usufructo de finca urbana destinada a vivienda.

Este régimen permite la ocupación de una vivienda con carácter vitalicio, generalmente gratuito en la práctica, con amplias facultades de disposición, teniendo a su cargo las reparaciones ordinarias, y con obligación de abonar el interés de las reparaciones extraordinarias llevadas a cabo por el nudo propietario.

No se constituyen, prácticamente, derechos de usufructo por actos *inter vivos*, aunque bajo ciertos aspectos pudiera ser este régimen más favorable al propietario que el arrendamiento de la legislación especial (libertad absoluta para fijar el precio e inexistencia de subrogación *mortis causa*). De aquí que sólo nazcan estos derechos de usufructo por título sucesorio; en particular, en pago de la legítima del cónyuge viudo; en este último caso, las relaciones con los nudo propietarios se singularizan por la circunstancia del parentesco que media con el usufructuario.

En la extensa regulación legal del usufructo (arts. 467 a 522), en principio de carácter dispositivo (véase el art. 470), apenas si se contempla la hipótesis de que tal derecho recaiga sobre una finca urbana destinada a vivienda. Con todo pueden examinarse algunos preceptos que ofrecen interés.

Art. 479: «El usufructuario tendrá el derecho de disfrutar... de las servidumbres que tenga a su favor (la cosa usufructuada) y, en general, de todos los beneficios inherentes a la misma».

El disfrute de las servidumbres tiene especial aplicación al usufructo de finca urbana en régimen de propiedad ordinaria y el de los «beneficios» (término que debe entenderse en sentido amplio), al caso de la propiedad horizontal (elementos comunes) y al de la comunidad romana.

En el artículo 495 se contiene una norma especial que contempla el supuesto aquí estudiado, pues, dispone que «si el usufructuario no haya prestado fianza, reclamare, bajo caución juratoria, la entrega de los muebles necesarios para uso y que se le asigne habitación para él y su familia en una casa comprendida en el usufructo, podrá el Juez acceder a esta petición, consultadas las circunstancias del caso». Se trata de una especial protección de las necesidades de vivienda familiar del usufructuario, cuyo interés se autoriza al Juez a anteponer al del nudo propietario en la presentación de fianza. Debe observarse, sin embargo, que el cónyuge viudo está exceptuado de prestar esta garantía, salvo en el caso de volver a casarse (art. 492 in fine).

Art. 509: «El usufructuario de una finca hipotecada no estará obligado a pagar las deudas para cuya seguridad se estableció la hipoteca. Si la finca se embargare o vendiere judicialmente para el pago de la deuda, el propietario responderá al usufructuario de lo que pierda por este motivo». Esta norma podrá tener una aplicación relativamente frecuente; en efecto, muchos pisos se compran con precio aplazado garantizado con hipoteca sobre el mismo inmueble, y si falleciere el propietario antes de que se abonen los últimos plazos y se constituyere un usufructo en favor del viudo, se produciría una disociación entre las cargas, que recaen sobre los nudo propietarios (abono de los plazos pendientes, reparaciones extraordinarias, ciertos impuestos), y el disfrute, que favorece, de por vida, al cónyuge viudo; la tentación será grande, para aquéllos, de no pagar los sucesivos plazos, y el usufructuario se verá obligado a abonarlos si no quiere verse despojado de la vivienda.

En la sección dedicada a la extinción del usufructo, se contienen unas normas que interesan a nuestro caso, no siempre de fácil interpretación y justificación.

Art. 517: «Si el usufructo estuviera constituido sobre una finca de la que forma parte un edificio y éste llegare a perecer, de cualquier modo que sea, el usufructuario tendrá derecho a disfrutar del suelo y de los materiales. Lo mismo sucederá cuando el usufructo estuviera constituido solamente sobre un edificio y éste pe-

reciere. Pero en tal caso, si el propietario quisiere construir otro edificio, tendrá derecho a ocupar el suelo y a servirse de los materiales, quedando obligado a pagar al usufructuario, mientras dure el usufructo, los intereses de las sumas correspondientes al valor del suelo y de los materiales».

Se trata de dos supuestos diversos: finca de la que forma parte un edificio, y edificio como objeto exclusivo del usufructo. Pero no aparece clara la razón por la cual el nudo propietario tiene, en el segundo, la facultad de reconstrucción del edificio que ha perdido; quizá se debe a que, en el primer caso, el edificio es un elemento más del conjunto patrimonial usufructuado, mientras que adquiere relevancia capital, en el segundo.

Más complejo todavía y menos explicable, es el caso del seguro del edificio usufructuado:

Art. 518: «Si el usufructuario concurriere con el propietario al seguro de un predio dado en usufructo, continuará aquél, en caso de siniestro, en el goce del nuevo edificio si se construyere o percibiera los intereses del precio del seguro si la reedificación no conviniera al propietario. Si el propietario se hubiera negado a contribuir al seguro del predio, constituyéndolo por sí solo el usufructuario, adquirirá éste el derecho de recibir por entero, en caso de siniestro, el precio del seguro, pero con obligación de invertirlo en la edificación de la finca. Si el usufructuario se hubiere negado a contribuir al seguro, constituyéndolo por sí solo el propietario, percibirá éste, íntegro, el precio del seguro en caso de siniestro, salvo siempre el derecho concedido al usufructuario en el artículo anterior».

Nuestra doctrina hace objeto de numerosas críticas a este precepto en cuyo examen no podemos entrar aquí por su carácter muy especializado.

Art. 519: «Si la cosa usufructuada fuere expropiada por causa de utilidad pública, el propietario estará obligado, o bien a subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones, o bien a abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que debe durar el usufructo. Si el propietario optare por lo último, deberá afianzar el pago de los réditos».

Como indicación general cabe decir que ninguno de los artículos 517, 518 y 519, ofrece una solución cómoda para el supuesto, que es normal en la práctica, de usufructo de la vivienda por el cónyuge viudo, persona que no dispondrá de muchos recursos y que carecerá de estímulos para tomar iniciativas económicas que exijan fuertes desembolsos.

La sanción que se contiene en el artículo 520 sí puede, en cambio, estimular al usufructuario para cuidar de la vivienda adecuadamente, pues «si el abuso infriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa», con lo cual aquél pierde su goce directo aunque reciba a cambio el producto líquido de la misma.

b) El derecho de habitación como forma jurídica de alojamiento familiar.

Nuestro Código civil regula el derecho de habitación como un derecho real de goce diferenciado del derecho de usufructo; es de carácter vitalicio como este último, si bien no se puede arrendar ni traspasar por ninguna clase de título (art. 525 C. c.), ni ser objeto de un derecho de hipoteca inmobiliaria (art. 108-3.^º Ley Hipotecaria). Consiste en la «facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia» (artículo 524, pár. 2.^º C. c.); son fuentes legales de este derecho: 1.^º, el título constitutivo; 2.^º, los artículos 523 y 529 C. c., y 3.^º, las normas legales sobre usufructo en lo que no se opongan a las normas en materia de habitación.

Por razón de su contenido y caracteres podemos decir que, en teoría, es el cauce normativo más apropiado a las necesidades de alojamiento familiar, pese a lo cual se hace muy escaso uso de él en la práctica.

La definición legal de habitación sugiere algunas puntuaciones:

— El concepto de «necesidad» es relativo, dependiendo no sólo del tamaño de la familia, sino de las circunstancias concurrentes (por ej. habitacionista que ejerce una profesión liberal y necesita un despacho de estudio, biblioteca, etc.); dependerá del tamaño de las habitaciones el que puedan dormir dos niños pequeños en el mismo cuarto y lo propio se diga del sexo de los hijos; el número necesario de cuartos de baño, dependerá asimismo del tamaño de la familia, etc.

— No puede mantenerse un concepto estricto y rígido de «familia», limitada, por ej., exclusivamente a padres e hijos; ni tan solo a los hijos legítimos; puede comprender los ascendientes e incluso, colaterales si antes de constituirse el derecho, convivían con el habitacionista; no podrá excluirse a los miembros del servicio doméstico.

— A diferencia de lo que ocurre con el derecho de uso, el Código no contempla la posibilidad de «aumento» de las necesidades familiares, pero cabe extender, por analogía, la norma del pár. 1.^º del artículo 524 de suerte que el habitacionista podrá solicitar una nueva pieza por el nacimiento de otro hijo.

Es característica esencial del derecho de habitación en el Código civil, el goce directo y personal de la vivienda sin que pueda ésta arrendarse o cederse en todo o en parte.

Aunque nada dice el Código, cabe entender que el derecho de habitación puede ser gratuito u oneroso; en el último caso, el precio podrá abonarse de una sola vez o en forma periódica: cabe, incluso, la fijación de una cláusula de estabilización. Nada se opone a que las partes pacten alguna preferencia adquisitiva en favor del habitacionista, ya sea en forma de opción, tanteo o retracto.

Se extingue la habitación por las mismas causas que el usufructo y, además, por el abuso grave (art. 529 C. c.).

4. La vivienda familiar en régimen de arrendamiento.

Ha sido la forma normal y habitual de proveer a las necesidades de alojamiento familiar, si bien últimamente su puesto está siendo disputado por la propiedad horizontal. El Código civil contiene unas normas sobre el arrendamiento de cosas en general y sobre el arrendamiento de predios urbanos, en particular (artículos 1.542 ss. y 1.580 a 1.582), que pronto se vio que eran insuficientes para las nuevas necesidades socio-económicas, por lo que hubieron de dictarse disposiciones especiales, que, a partir del decreto de 29 diciembre 1931 y a través de las Leyes de Arrendamientos Urbanos de 1946 y 1956, y de numerosas normas complementarias y reformas parciales, llegan hasta la vigente L. A. U. cuyo texto articulado se aprobó por Decreto de 24 diciembre 1964.

Esta legislación especial de arrendamientos urbanos se caracteriza por su finalidad social al tratar de resolver o mitigar el problema de la crisis de la vivienda mediante el derecho a la prórroga forzosa y el bloqueo de rentas; trata también de facilitar el acceso del inquilino a la propiedad de la vivienda que ocupa mediante la concesión de los derechos de tanteo y de retracto en los casos de enajenación de la finca durante la vigencia del contrato de arrendamiento.

La protección al inquilino ha ido debilitándose en las últimas reformas legislativas de modo que sólo es absolutamente irrenunciable, en el contrato de arrendamiento de vivienda, el derecho a la prórroga forzosa; así ocurre que, en los llamados arrendamientos «suntuarios» (a partir de cierta renta según una escala de acuerdo con la población de las ciudades), cabe pactar la renuncia a los demás derechos que la ley otorga a los inquilinos. De esta suerte, en la casi totalidad de arrendamientos de viviendas de nueva construcción, la renta inicial (que fijan libremente las partes), supera el tope legal y determina la calificación de contrato suntuario lo que permite añadir una cláusula de estabilización de la renta (por ejemplo, según el índice del costo de la vida).

Hay además una copiosa legislación administrativa de promoción de la construcción de viviendas con terminología diversa (viviendas protegidas, viviendas para la clase media, viviendas sociales), en cuya exposición no puedo entrar por desbordar los límites razonable de este *rapport*. En las viviendas construidas con arreglo a esta legislación, la renta no puede exceder de los límites legales al arrendarse la primera vez y en los contratos sucesivos.

a) Concepto y caracteres del arrendamiento de vivienda.

La L. A. U. de 1964 contempla dos tipos de arrendamiento urbano, el de vivienda (también llamado contrato de *inquilinato*, y de aquí deriva el nombre de *inquilino* como también se denomina al arrendatario) y el de local de negocio.

El artículo 1.º.1 de la L. A. U., define el *inquilinato* como el arren-

damiento de edificaciones habitables cuyo destino primordial sea la vivienda.

No puedo exponer aquí toda la problemática acerca de la distinción entre fincas rústicas y fincas urbanas que resulta fundamental para aplicar la L. A. U. o la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 (L. A. R.) y su Reglamento de 1959 (R. A. R.). Baste indicar que la calificación de finca rural o urbana, es el resultado de combinar diversos criterios: el de la situación (son urbanas las fincas situadas dentro del casco de las poblaciones), el del destino (servir de alojamiento o para ejercitarse actividad de comercio, industria o enseñanza con finalidad lucrativa) y el de la accesibilidad (son rústicas, los edificios destinados a viviendas que constituyen un anexo de una explotación agraria; son urbanas, las fincas rústicas destinadas a jardín o huerto y que constituyen un accesorio de una vivienda).

Así pues, siendo urbana la finca y su destino el de servir de alojamiento, el contrato de arrendamiento estará incluido en el artículo 1.º,1 de la vigente L. A. U. de 1964 y quedará sometido a su regulación especial. Pero si se trata de una vivienda accesoria de una explotación agraria, por razón del principio *accesorium sequitur principale*, el contrato quedará sujeto a las normas de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 y de su Reglamento de 1959, artículo 2.º-1.º.

Debe advertirse que la familia no es parte contratante en el contrato de inquilinato, pero, como pone de relieve la doctrina, el destino de alojamiento familiar está implícito en la noción misma de vivienda; así Castán Tobeñas dice que «vivienda es lugar o local destinado a servir de habitación o morada de una persona o de una familia donde desarrollan la intimidad de su existencia, constituyendo el hogar o sede de su vida doméstica». Debe añadirse, además que el interés familiar está, como ya indiqué, expresamente contemplado en numerosos preceptos de la L. A. U.; sirvan de ejemplo las normas relativas al subarriendo y cesión de viviendas, al arrendamiento de viviendas arrendadas y, sobre todo, al acceso a la propiedad de la vivienda y a la subrogación *mortis causa* en el contrato, a la muerte del inquilino.

b) Régimen del subarriendo de viviendas.

El artículo 1.550 del C. c. establece un régimen bastante liberal en materia de subarriendo de cosas, permitiéndolo siempre que no se prohíba expresamente en el contrato. Dado que la legislación especial protegió de forma notable al inquilino, no se podía conservar el mismo régimen del subarriendo, pues podría dar lugar a abusos a costa del arrendador. Así se explican los severos requisitos formales con que el subarriendo es regulado en los artículos 10 y ss. de L. A. U. Pero al mismo tiempo y para evitar o paliar de alguna manera la crisis de la vivienda, se autoriza excepcionalmente una forma de subarriendo parcial, o convivencia, en el artículo 18.

No se autoriza el subarriendo de viviendas, por regla general, con base exclusivamente en el silencio del contrato sobre este punto; tampoco se admite la libre fijación de la renta del subarriendo. Según el artículo 10 de L. A. U., el subarriendo de vivienda exige la autorización expresa y escrita del arrendador y la entrega al subarrendatario del mobiliario adecuado y suficiente para casa habitación; puede ser total o parcial; en ambos casos hay limitación de la renta (en el subarriendo total, ésta no puede exceder del doble de la renta del arrendamiento). La Ley trata de evitar que el subarriendo de viviendas, se convierta en una industria y pone también limitaciones al número de subarriendos que pueden hacerse (art. 17).

Con carácter transitorio (véase disposición adicional 5.^a de L. A. U.), se autoriza una forma de subarriendo parcial sin reunir los rigurosos requisitos ya examinados. Según el artículo 18.1, «podrá el inquilino subarrendar parcialmente la vivienda sin necesidad de consentimiento del arrendador ni de prestación de mobiliario, siempre que no exceda de dos el número de subarrendatarios que con el cónyuge y los hijos sometidos a su potestad, vayan a ocupar la vivienda, que no se altere el destino de ésta y que, en el término de treinta días naturales siguientes a la fecha de celebración del respectivo contrato de subarriendo, lo notifique el inquilino de modo fehaciente al arrendador, con la expresión del nombre del subarrendatario». Esta forma de subarriendo privilegiado, supone una especie de convivencia de varias familias dentro de la misma vivienda, hasta un máximo de tres (la del inquilino y la de los dos subarrendatarios que se permiten como máximo). Son graves los problemas originados por la vida en común de tres familias diferentes y el propio legislador ha previsto que «por razones de higiene o moralidad, podrán las autoridades administrativas limitar, en cada caso, el número de personas extrañas al inquilino que, al amparo de este artículo, ocupen la vivienda» (art. 18.3).

c) El régimen de la cesión *inter vivos* del contrato de inquilinato, como una protección a los miembros de la familia del inquilino.

Como norma general quedan prohibidos, el contrato de cesión de viviendas a título oneroso y el celebrado a título gratuito sin el consentimiento expreso del arrendador (art. 23 L. A. U.). Además, la percepción de primas o de cualquier cantidad por la cesión de la vivienda, puede constituir un delito (Ley 27 abril 1946 y artículo 540 del Código penal).

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 24.1 «el inquilino que hubiere celebrado el contrato de arrendamiento, podrá subrogar en los derechos y obligaciones propios del mismo, a su cónyuge así como a sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos o naturales e hijos adoptivos menores de dieciocho años al tiempo de la adopción que con él convivan habitualmente en la vivienda».

·arrendada con dos años de antelación o de cinco años cuando de hermanos se trate. La convivencia por estos plazos no se exigirá cuando se trate del cónyuge».

Lo que la L. A. U. denomina «subrogación» es propiamente una cesión de contrato, que puede ser onerosa o gratuita (si bien la primera puede chocar con los preceptos penales ya citados). Sólo puede ser hecha por quien ostenta la cualidad de contratante en el arrendamiento (así no podrá efectuarla un subrogado por actos *inter vivos* o *mortis causa*). En cambio, la cualidad de beneficiario de la subrogación está contemplada por el legislador con gran amplitud, abarcando no sólo a los miembros de la familia estricta o nuclear (padres e hijos), sino a los de la familia extensa (ascendientes y hermanos), y tanto la legítima como la natural (la Ley parece referirse de modo literal sólo a los hermanos naturales, pero no hay razones para excluir a los hijos y padres naturales; en cambio, no parece que pueda incluirse a la concubina).

d) El acceso del inquilino a la propiedad de la vivienda.

La finalidad social de la legislación especial de arrendamientos urbanos, se ha plasmado, aparte de otros aspectos, en los derechos de adquisición preferente que se otorgan al inquilino en caso de enajenación de la vivienda o adjudicación por consecuencia de la división de cosa común. En la práctica se ha hecho uso frecuente de tales derechos cuando se enajenaban viviendas de renta antigua, mientras que, en las de reciente construcción, dada la elevada cuantía de su renta, resultaba su ejercicio, desde el punto de vista económico, de escaso interés para el inquilino, aparte de su carácter renunciable.

La normativa legal se contiene en los artículos 47 a 55 de la Ley especial, y en la Ley de 24 abril 1958, desarrollada por Decreto 22 junio 1958, disposiciones cuya vigencia se ha prorrogado por la disposición final segunda de aquélla.

El carácter legal de estos derechos los dota de eficacia *erga omnes*, lo que supone un extraordinario reforzamiento de la posición jurídica del arrendatario, dando lugar a que algunos autores se planteen el problema del cambio de naturaleza jurídica del derecho que pertenece a este último, aproximándolo al derecho del enfeiteuta.

Desde un punto de vista económico, la existencia de estos derechos de tanteo, retracto y opción, supone una reducción considerable del valor en venta de la propiedad de la vivienda.

e) Derecho de los familiares a suceder en el contrato de arrendamiento a la muerte del inquilino.

A la muerte del inquilino de la vivienda, la L. A. U. otorga especiales derechos de sucesión *mortis causa* a sus familiares, al margen de las normas generales de sucesión hereditaria.

Dispone el artículo 58.1 que «al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento, su cónyuge, descendientes, con

preferencia los hijos varones menores de edad, las hijas solteras y los mayores impedidos físicamente, hijos adoptivos que hubieren sido adoptados antes de cumplir los dieciocho años, ascendientes y hermanos, con preferencia las hermanas solteras, tanto en el parentesco legítimo como en el natural, que con aquél hubiesen convivido habitualmente en la vivienda, con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento, podrán subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento. No será necesaria la convivencia de los que estuviesen sometidos a la patria potestad del fallecido, y respecto al cónyuge, bastará la mera convivencia, sin exigencia en el plazo de antelación».

Se trata de un beneficio legal para los miembros de la familia del inquilino, tanto de la familia nuclear como de la familia extensa y lo mismo respecto de la legítima como de la natural (parece, sin embargo, que se excluye también a la concubina). Tal subrogación puede hacerse una segunda vez, pero entonces con carácter más restringido (sólo beneficia al cónyuge y a los descendientes legítimos, naturales o adoptivos).

Habiendo varias personas con derecho a subrogación, la ley da preferencia a lo que éstas decidan por acuerdo y, a falta de éste, «se observará el orden de prelación establecido en el número anterior, con preferencia dentro de cada grupo, de la proximidad de grado, de la legitimidad y, en su caso, del doble vínculo de la consanguinidad, resolviéndose los casos de igualdad a favor del que tuviere mayor número de cargas familiares, con prioridad, del sexo femenino. Los padres septuagenarios, serán preferidos a los descendientes». La subrogación deberá notificarse fehacientemente al arrendador dentro de los noventa días siguientes a la fecha del fallecimiento del inquilino.

5. Otras formas atípicas de alojamiento familiar.

Las necesidades familiares de vivienda pueden asimismo ser satisfechas a través de una pensión de alimentos o de un legado destinado a cubrir aquéllas.

La deuda legal de alimentos tiene su fundamento en la relación de parentesco y en la situación de necesidad del alimentista. Las necesidades de alojamiento están expresamente contempladas en la definición del artículo 142 C. c.: «Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, *habitación*, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia.» Ahora bien, la deuda alimenticia tiene carácter personal de suerte que, entre las personas con derecho a reclamarla, nunca se menciona como tal al grupo familiar (véanse los cuatro primeros números del artículo 143, así como los dos párrafos finales de este artículo). La cuantía de los alimentos será proporcional «a las necesidades de quien los recibe» (art. 146) y se reducirá o aumentará «según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista» (art. 147), cesando por «muerte del alimentista» y cuando éste

«pueda ejercer un oficio, profesión o industria o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia» (art. 152, números 1º y 3º). Por último, el crédito alimenticio es personalísimo no pudiendo transmitirse a un tercero (art. 151, párrafo 1º). Por consiguiente, si la deuda alimenticia se calcula según las necesidades individuales del alimentista, aunque comprenda el alojamiento y aunque el obligado cumpla aquélla «manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos» (art. 149), en principio no podrá comprender las necesidades *familiares* del alimentista. Ahora bien, si éste está casado y ha formado una familia, lo normal será que su situación de necesidad sea también la de toda su familia; generalmente habrá miembros de ésta que ostenten también en su propio nombre un crédito alimenticio contra la misma persona (por ejemplo, si el hijo casado reclama alimentos a su padre, los nietos también podrán pedírselos a su abuelo paterno; puede darse, sin embargo, el caso de concurrencia de obligados (que resuelve el art. 145, párrafo 1º), así como personas que no podrán reclamarlos (por ejemplo, el cónyuge del hijo no tiene derecho de alimentos frente a sus suegros, aunque sí frente a sus padres). La situación que contemplamos está necesitada de soluciones pactadas (entre las diversas familias obligadas a prestar alimentos) y, en último término, el párrafo 2º del propio artículo 145, ofrece soluciones provisionales que pueden servir de pauta para la solución definitiva concordada (prestación de alimentos a cargo de una persona con derecho a reclamarlos de los demás obligados).

En ocasiones, la Ley otorga alimentos legales a ciertas personas a título sucesorio; así en favor de los hijos ilegítimos que no tengan la cualidad de naturales mientras sean menores de edad o dure la situación de incapacidad, con un régimen especial (art. 845). Pero el testador, en uso de su libertad testamentaria, puede disponer libremente un legado de alimentos en beneficio de cualquier persona, ya sea a título personal, ya sea (desbordando el estrecho marco de los alimentos legales) en beneficio de todos los miembros de una familia; en este último caso, lo más aconsejable para resolver el problema de alojamiento de la misma, será constituir, por vía de legado, un derecho de habitación.

6. Vicisitudes jurídicas del alojamiento familiar.

El régimen jurídico del alojamiento familiar, cualquiera que sea su modalidad, puede verse afectado por las situaciones anormales del matrimonio.

Mientras se tramita el proceso de separación o de nulidad matrimonial, corresponde al Juez «determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común teniendo en cuenta, ante todo, el interés familiar más urgentemente necesitado de

protección» (art. 68, 2.º). Se trata de una medida provisional derivada de la separación de los cónyuges, debiendo valorar el Juez, con gran delicadeza, las circunstancias concurrentes (cónyuge a cuyo cuidado quedan los hijos, edad de éstos, edad y estado de salud de los cónyuges, medios con que cuentan para procurarse otra vivienda, etc.).

Una vez dictada sentencia firme de separación de personas, la fijación definitiva del alojamiento familiar, dependerá de la puesta en marcha del régimen de separación de bienes, pudiendo solicitarse, tanto por el cónyuge inocente como por el tutor de los hijos y por el Ministerio Fiscal, «cuantas medidas cautelares sean necesarias para que pueda cumplirse lo establecido en el artículo 1.435», que hace referencia a las obligaciones de los cónyuges en orden al levantamiento de las cargas de la familia. Entre tales medidas cautelares cabe que el Juez señale la obligación del marido de seguir abonando la renta de la vivienda que, en adelante, sólo ocupará su mujer con los hijos del matrimonio; o bien la constitución de un derecho de habitación en favor de los mismos que grave bienes propios del marido.

El supuesto de muerte del cabeza de familia tiene, por otro lado, una expresa y específica regulación en la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuyo detalle se ha expuesto anteriormente.

Si el alojamiento familiar se realizaba bajo otra fórmula jurídica, hay que consultar la normativa correspondiente. Si ésta consiste en cualquier forma de propiedad hay que suponer que, a través de las disposiciones sucesorias, se habrá ocupado el propietario de disponer lo conveniente para que las necesidades de los miembros de su familia no queden desatendidas. En su defecto, habrá que acudir a las normas legales de sucesión *mortis causa*. Si se trata de un derecho de usufructo o de habitación, ambos se extinguén, en principio, con la muerte del titular del *ius in re aliena*, pero cabría constituirlos en provecho de varias personas vivas, en cuyo caso no se extingue hasta la muerte de la última que sobreviviere (arts. 521 y 529).

7. *Especialidades del alojamiento familiar en las Compilaciones Forales.*

Se denomina Derecho foral al Derecho civil especial de algunas regiones y territorios españoles, que lo conservan por razones históricas, como expresamente reconoce el artículo 13.2 del Código civil. En la actualidad, el Derecho foral está recogido en diversas Compilaciones promulgadas entre 1959 y 1973. Sus normas afectan fundamentalmente a la familia y a las sucesiones, sin que falten, especialmente en la Compilación de Navarra de 1973, normas relativas a los derechos reales y a las obligaciones y contratos.

En principio, son de aplicación general a todo el territorio español las normas relativas al régimen de la propiedad de casas por

pisos, y a los arrendamientos especiales rústicos y urbanos. Pero hay algunas especialidades forales que tienen relación con el alojamiento familiar.

Los artículos 47 y ss. de la Compilación de Derecho civil de Galicia de 2 diciembre 1963, regulan la institución denominada «compañía familiar gallega», que es una forma de sociedad civil con finalidad de explotación de fincas rústicas entre parientes, la cual conlleva el derecho de vivir en la misma vivienda. Se define en los siguientes términos: «La compañía familiar gallega, se constituye entre labradores ligados con vínculos de parentesco, para vivir juntos y explotar en común tierras o lugar acasulado pertenecientes a todos o a algunos de los reunidos». Suele utilizarse esta figura jurídica para que el padre continúe con sus hijos casados la explotación de las fincas que les pertenecen; dice así: el artículo 48 de la Compilación citada: «Cuando un labrador "case para casa" a un pariente, se entenderá, salvo pacto en contrario, constituida la Compañía agraria para la percepción en común de los frutos, el *sostenimiento de la casa y cargas familiares* y la distribución de los frutos a la fecha y cesación de la vida en común». Despréndese de lo expuesto, que lo primordial en esta institución es la explotación en común de las fincas, siendo accesorio el hecho de vivir en la misma vivienda.

En las Islas Baleares, hay dos especialidades en materia de derecho de habitación. En Mallorca, la variedad consuetudinaria denominada «estatge», confiere el derecho personalísimo e intransmisible de habitar gratuitamente en la casa, ocupando privativamente las habitaciones necesarias y compartiendo el uso de las dependencias comunes con los poseedores legítimos del inmueble, sin concurrir a los gastos, cargas y tributos que le afecten; en lo demás, se aplica el Código civil (art. 54 de la Compilación de Baleares de 19 abril 1961). En las Islas de Ibiza y Formentera, la Compilación ofrece una interpretación del contenido de la habitación: «El derecho de habitación conferido por cualquier título, se entenderá, salvo estipulación en contrario, referido a habitación independiente que cierre con llave y comprenderá el disfrute del porche, cocina y horno y, en lo referente a las necesidades del habitacionista, del pozo o cisterna de la casa» (art. 85 de la Compilación).

En la Compilación Navarra, las especialidades del derecho de habitación, son las siguientes: Se presume gratuita y vitalicia y que otorga a su titular la facultad de ocupar la vivienda total y exclusivamente para sí y para los que con él convivan y de arrendar la vivienda total o parcialmente (en el Código civil, como indiqué, es un derecho no susceptible de cesión).

En términos generales, cabe señalar que en los derechos forales existe una última conexión entre la familia y la casa, lo que repercute en instituciones de derecho de familia (capítulos matrimoniales) y de sucesiones (heredamientos, troncalidad, etc.), en cuyo régimen detallado no es posible entrar en esta exposición.

Baste indicar que, por ej., la Compilación navarra dedica la Ley 48 a definir la casa, la cual «sin constituir persona jurídica, tiene su propio nombre y es sujeto de derechos y obligaciones respecto a las relaciones de vecindad, prestaciones de servicios, aprovechamientos comunales, identificación y deslindes de fincas y otras relaciones establecidas por la costumbre y usos locales». Y en prueba del concepto amplio de familia que se contempla en la Compilación de Aragón de 8 abril 1967, puede mencionarse el artículo 10.2 de la misma, a cuyo tenor «fallecido un cónyuge bínubio, el sobreviviente podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquél y encargarse de su crianza y educación. Sólo por motivos de moralidad, mal trato e incumplimiento de dicha función, podrán ser separados de él». Como se deduce de la norma indicada, en este caso se trata de un viudo con hijos menores, que contrae nuevo matrimonio y fallece; el nuevo cónyuge, al quedar viudo, no es titular de la patria potestad sobre tales menores (no son hijos suyos), no obstante lo cual, se le autoriza a seguir ejerciendo sobre ellos la autoridad familiar, lo cual evita la constitución de la tutela.

8. *A modo de conclusiones.*

La crisis de la vivienda es un fenómeno que ha alcanzado a España del mismo modo que a otros países, sobre todo a partir de 1960 con motivo del crecimiento extraordinario de los núcleos urbanos por causa de los sucesivos Planes de Desarrollo.

En el presente *rapport* se han tenido principalmente en cuenta los aspectos de Derecho civil, partiendo de que el derecho a la vivienda es uno de los derechos fundamentales del hombre y, por extensión, de la familia por él constituida.

Se han examinado los diversos cauces jurídicos a través de los cuales puede actuar el derecho a la vivienda, llegándose a la conclusión de que son dos los utilizados de modo principal, la propiedad de casas por pisos o propiedad horizontal y el contrato de arrendamiento o inquilinato.

El legislador español se ha preocupado de perfeccionar el régimen de la propiedad horizontal, habiendo promulgado la Ley de 1960 que ha venido a sustituir a la de 1939. La abundante jurisprudencia recaída en la materia, muestra que los litigios son numerosos entre los distintos propietarios de pisos. Los abundantes estudios doctrinales sobre la ley hacen ver, por otro lado, que si sus líneas generales son acertadas, todavía es susceptible de notables perfeccionamientos.

No tan favorable es el juicio que merecen las sucesivas leyes especiales de arrendamientos urbanos, promulgadas en 1947, 1956 y 1964. Es previsible la promulgación de una nueva Ley en fecha próxima. Con todo hay que reconocer que el derecho a la prórroga

forzosa del contrato de inquilinato se ha revelado un medio eficaz de protección a la familia, siendo de alabar asimismo, el sentido social que reflejan las normas sobre acceso del inquilino a la propiedad de la vivienda que ocupa. Aunque por razones económicas ya no sea posible mantener en el futuro el bloqueo de las rentas, parece, sin embargo, que tanto la prórroga forzosa como los derechos de acceso a la propiedad, deben ser conservados en una futura reforma de la legislación arrendaticia.

Quizá sea necesario reforzar la presencia de la familia en la contratación de la vivienda, de suerte que los intereses de aquélla sean debidamente protegidos en las diversas vicisitudes que pueden ocurrir durante la vida del contrato.

Por último, dada la dispersión de las normas relativas al *estatuto jurídico del alojamiento familiar, y su falta de unidad interna*, acaso fuera conveniente ir pensando en su unificación, colocándolas dentro del llamado «régimen matrimonial primario».

El contrato de nombramiento de heredero en Aragón

ANGEL CRISTOBAL MONTES

Profesor Extraordinario de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. *Nombramiento de heredero. Generalidades.*—2. *Cláusulas más frecuentes en el nombramiento de heredero.*—3. *Efectos del nombramiento de heredero.* A) *Nombramiento de heredero «post mortem».* B) *Nombramiento de heredero de presente.*—4. *Doble heredamiento.*—5. *Consorcio universal o juntar dos casas.*—6. *Sucesión futura de los contrayentes.*—7. *Carácter de las donaciones «mortis causa».*

1. *Nombramiento de heredero. Generalidades.*

Aunque el artículo 100 de la Compilación, que reproduce a la letra el contenido del artículo 58 del Anteproyecto redactado por la Comisión de juristas aragoneses, se refiere a los pactos sucesorios en general, es obvio que, sin perjuicio de que posteriormente nos ocupemos en concreto de los convenios sucesoriales más importantes, la consideración genérica de la sucesión contractual aragonesa sólo puede hacerse centrándonos en la modalidad más corriente o usual de contrato sucesorio en Aragón.

Se trata del contrato de institución que tradicionalmente se conoce en la región con el nombre de «nombramiento de heredero» y que así se ha recogido en el artículo 102 de la Compilación, ya que el término «heredamiento», aunque en su día lo incluyese el artículo 60 del Apéndice, no es propio de Aragón sino de Cataluña. Por más que no sea esencial, lo normal es que el nombramiento o institución de heredero se pacte por razón de matrimonio en las capitulaciones matrimoniales de los que lo contraen.

Elementos personales de este contrato son el instituyente o disponente (heredante) y el instituido o heredero (heredado), siendo su situación jurídica diferente según que la institución de heredero sea *post mortem* o revista la forma «de presente».

En efecto, el contrato de institución de heredero puede celebrarse para que produzca sus efectos a la muerte de los instituyentes o para que opere su eficacia transmisiva en vida de los

mismos. La primera modalidad es la más practicada en el partido-judicial de Jaca (1), rara en los de Huesca y Barbastro y excepcional en Benabarre y Boltaña, en los que predomina, casi con exclusividad en los dos últimos, la institución de presente (2).

La distinción reviste el mayor interés, como fácilmente se comprende, desde el punto de vista de los efectos, ya que en la institución *post mortem* el heredero tan sólo asegura la persistencia de esta cualidad, en cuanto adquirida contractualmente, pero no la titularidad de los bienes que sigue correspondiendo al instituyente, a quien compete, asimismo, su disponibilidad, aunque sea frecuente pactar la exclusión de esta facultad; mientras que en la institución de presente, el instituido, además de la cualidad de heredero contractual, adquiere derecho actual sobre los bienes, perdiendo el instituyente la facultad de disponer de los mismos, si bien es normal se reserve el señorío mayor, usufructo y administración de los bienes de la casa.

Lo normal es que el contrato sucesorio de nombramiento de heredero no esté sometido a condición alguna, aunque no sea raro subordinar la institución al hecho de la sobrevivencia del heredero o de sus descendientes. El único evento condicional que merece destacar como incluido en algún caso consiste en la cláusula de que el heredero perderá los derechos adquiridos si contrae nuevo matrimonio (o si se casa por primera vez, caso de pacto sucesorio no capitular) sin el consentimiento de los instituyentes o sobreviviente de los mismos, lo que supone, como indica Sapena, una verdadera condición resolutoria, ya que queda sin valor el heredamiento y torna a los padres, en su caso, la nuda propiedad transmitida.

2. Cláusulas más frecuentes en el nombramiento de heredero.

Bajo muy variada nominación (condiciones, estipulaciones, reservas, pactos, normas, etc.) es muy frecuente que en los contratos de institución de heredero se inserte una variada gama de cláusulas que especifican las características del nombramiento realizado, así como las facultades y deberes tanto del heredante como del heredado y la posterior suerte de la herencia, siempre bajo la preeminencia de la defensa y conservación de la casa, interés superior éste que en todo momento permanece latente, prestando sentido y justificación a las particulares cláusulas que se insertan en el

(1) BATALLA, *Disponibilidad de los bienes en Aragón cuando existen reservas a favor de los instituyentes o usufructos de viudedad*, en *Anuario de Derecho aragonés*, 1944, p. 352.

(2) SAPENA, *El pacto sucesorio en el Alto Aragón*, en *Revista de Derecho privado*, 1954, p. 739. A diferencia de lo que ocurre en Cataluña, en donde el tipo más general y común es el heredamiento *post mortem*, mientras que el de presente sólo se da en las comarcas del norte de la región, consistiendo en una donación universal de los bienes presentes y futuros que lleva inserta el llamamiento de heredero.

contrato, porque, como ha escrito Lacruz, aunque los bienes pertenecen a los individuos y éstos pactan y testan en propio nombre, la casa constituye un término de referencia, un ente social al que se sirve y perpetúa a través de la vinculación sucesiva de los bienes, en personas físicas (3).

Prescindiendo ahora de la reserva del señorío mayor, usufructo y administración a favor del disponente, merecen destacarse en este apartado como más frecuentes las convenciones siguientes:

a) Es prácticamente constante que se incluya el pacto por el que el heredero, con su cónyuge y descendencia, se compromete a vivir en compañía de los instituyentes («a una sola mesa y hogar», «formando una sola familia», «a una misma mesa, hogar y gasto», etc.), bajo su dirección y prestándose todos ayuda y respeto mutuos.

b) También se inserta con alguna frecuencia la cláusula por la que los heredantes se reservan cada uno determinada cantidad de dinero, al objeto de poder beneficiar mediante testamento a los demás hijos, cantidad que corresponderá al heredero si no hay disposición, o bien aquella por cuyo través «se reservan los instituyentes, para los dos y el supérstite» la posibilidad de disponer libremente de una o varias fincas determinadas, pero sólo por acto *inter vivos* y a título oneroso.

Respecto a este último pacto de reserva cabe que la facultad de disponer la conserven los instituyentes para ejercitárla libremente cuando deseen, o bien que sólo sea ejercitable cuando, por el abandono del heredero, aquéllos se encontrasen en la necesidad de proceder a la enajenación de las fincas, circunstancias estas, las del abandono y la necesidad, cuya constatación se suele dejar a criterio de la Junta de Parientes o, como ocurre en Ribagorza, de una Comisión integrada por las primeras autoridades del municipio y parroquia: alcalde, juez de paz y párroco.

c) Aunque, en principio, tanto el disponente como el beneficiario pueden disponer de los derechos patrimoniales que en virtud de la institución conserven o adquieran, habida cuenta de la naturaleza y finalidad de la sucesión paccionada, resulta normal que los intervinientes en la misma convengan que «para enajenar o gravar bienes objeto de esta institución se requerirá el consentimiento conjunto del heredero y de los instituyentes o su sobreviviente mientras vivan» (4) ya que, tal como apunta Sapena,

(3) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1971, p. 745. En este mismo sentido se orienta el Derecho catalán, disponiendo el artículo 71 de la Compilación que «los heredamientos a favor de los contrayentes se entenderán otorgados bajo el pacto de unidad económica familiar, por virtud del cual, salvo estipulación en contrario, el heredante, el heredero y sus respectivas esposas e hijos comunes contraen la obligación de aunar sus esfuerzos bajo la dirección y libre administración del primero, y de aportar al acervo común todos sus ingresos y las rentas de sus bienes, para mejor atender a las necesidades de la casa y a los particulares de sus miembros».

(4) Los textos entrecomillados que se insertan están extraídos de escrituras notariales relativos al tema en estudio.

La libre y unilateral disposición atentaría a la finalidad del instituto, contrariando su naturaleza al ingerirse personas extrañas ostentando derechos determinados sobre los bienes de familia, y mermaría el contenido de la institución para después de los días de los padres al disminuir éstos con sus actos su contenido objetivo (5).

d) Era usual, asimismo, que la institución contractual de heredero incluyese la estipulación de que el heredero se comprometiera a mantener y dotar a los demás hijos.

Como se ve la obligación de heredero es doble, por un lado queda sujeto a mantener a sus hermanos (alimentos, vestidos, habitación e instrucción elemental, salvo que otra cosa se hubiese convenido), mientras permanezcan solteros, no tengan un medio seguro de subsistencia y siempre que sigan en la casa y para ella laboren, circunstancias que solían materializarse en las escrituras de institución de heredero o, en su caso, de capitulaciones matrimoniales en fórmulas como la siguiente: «El heredero queda obligado a mantener, sanos y enfermos, con todo lo necesario para la vida conforme al rango de la casa, a sus hermanos..., mientras en ella permanezcan solteros y en su pro trabajen conforme a sus condiciones de edad, sexo y salud». Hoy día no hace falta semejante previsión contractual, pues el artículo 109 de la Compilación ha transformado en obligación legal lo que antes sólo era obligación convencional, confiriendo a los hermanos solteros del heredero único derecho a recibir asistencia (término equivalente y con idéntico contenido al consuetudinario mantener), siempre que permanezcan en la casa trabajando, en tanto pudieren, a beneficio de ella.

Por el otro, el heredero viene obligado a dotar a sus hermanos, esto es, a entregarles determinados bienes en pago de sus legítimas, bienes que, de ordinario, consisten en módicas sumas de dinero (y las ropas de matrimonio, tratándose de mujer), aunque también cabe que el instituyente haya previsto la entrega de alguna finca.

Si bien lo normal en tiempos pretéritos fue que la entrega de la dote tuviese lugar cuando el hermano contrae matrimonio, en la actualidad lo corriente es que la realización de dicho pago por parte del heredero se haga depender tanto del matrimonio como de la voluntad del beneficiario, cuando, llegado a cierta edad y permaneciendo soltero, quiera abandonar la casa, previa renuncia de sus derechos legitimarios, situación esta última que suele reflejarse en las escrituras en fórmulas como la que se transcribe: «entre-gándoles en pago de sus derechos legitimarios la cantidad de... pesetas a cada uno, el día en que respectivamente se casaren o aquel en que habiendo cumplido... años, quisieran marchar de la casa, renunciando a sus derechos a la misma».

Por más que en algunos aislados casos el propio disponente señalaba el monto exacto de la dote, o bien remitía su fijación, dentro de un máximo y un mínimo, a terceras personas o al juego

(5) SAPENA, *El pacto sucesorio...*, loc. cit., p. 744.

de determinados acontecimientos, lo usual en las comarcas aragonesas que practican el nombramiento contractual de heredero ha sido hacer depender la cuantía de la dote del «haber y poder de la casa», fórmula flexible que permite tomar en consideración factores tan varios como la consistencia patrimonial de la propia casa y la de aquella en la que, por casamiento, va a ingresar el dotado, entrega y dedicación de éste al terruño, dotes recibidas por los otros hermanos, monto de la fortuna personal del beneficiario(en algunos casos se pacta que de la dote se descontará el patrimonio que ostente el dotado) ,el que no sea inferior, por razones de prestigio, a la que otras familias de la zona de similar categoría entregan a sus hijos, etc. Semejante costumbre solía reflejarse notarialmente en textos como éste: «Y a entregarles en pago de sus derechos legitimarios... una dote, según el haber y poder de la casa, que, en caso de desavenencia, será fijada por los instituyentes, su sobreviviente, o, en defecto de ambos, por el Consejo de Parientes».

También en este punto, hoy ya no depende del pacto la obligación de dotar a sus hermanos a cargo del heredero, sino que viene impuesta directamente por la ley al disponer el artículo 109 de la Compilación que «los hermanos solteros del heredero único... tendrán derecho a ser dotados al haber y poder de la casa», y que «no habiendo acuerdo sobre fijación de dote, ésta será determinada por la Junta de Parientes».

La norma tiene carácter imperativo, por lo que no admite pacto en contrario. El hermano del heredero siempre tendrá derecho a una dote consona con la condición económica de la casa; ahora bien, como cualquier otro derecho patrimonial, éste es renunciable y la renuncia puede tener lugar por la vía indirecta de conformarse con la suma o con los bienes que en concepto de dote haya contemplado el instituyente en el contrato sucesorio, lo que supone la eficacia jurídica de cualesquiera pactos estimativos de dote aunque no guarden relación con las posibilidades reales de la casa.

e) Aun cuando la institución de heredero es irrevocable en cuanto fruto del acuerdo de voluntades, no es anómalo que en los contratos sucesorios se prevea la posibilidad de revocación del nombramiento, remitiendo, por lo general, a alguna de las causas de indignidad del heredero y a las de ingratitud del donatario contempladas en el Código civil, o bien al hecho de que el heredero abandone a los instituyentes durante cierto tiempo, circunstancia que deberá acreditarse cumplidamente a criterio de la Junta de Parientes o del Consejo de autoridades previsto al efecto: «Esta institución será revocable..., cuando el heredero o quien represente sus derechos abandonare a los instituyentes por término de... meses, probado que fuera tal hecho por acta de notoriedad, información judicial o por el dicho ante Notario de los señores cura párroco, alcalde y juez de paz, juntos o en su mayoría, revirtiendo los bienes a los instituyentes o al sobreviviente de ellos que ejercitare la revocación».

f) El nombramiento de heredero aunque favorece a uno de los hijos tiene siempre presente el objetivo supremo que le caracteriza de ser institución, como se lee en la Exposición de Motivos de la Compilación, «concebida en beneficio de la ordenación y mantenimiento de la casa». Porque no es que se nombre un heredero único para que se beneficie de la casa, sino que se nombra un solo heredero por ser la forma más idónea para provecho y medro de la casa: no la casa al servicio del heredero, sino el heredero al servicio de la casa.

Por eso no debe extrañar que en el contrato de institución se incluyan pactos orientados a evitar que los bienes salgan de la familia cuando el heredero fallezca sin hijos, así como a facultar a los instituyentes para designar como heredero a uno de los nietos en el caso de que el instituido falleciese sin haber dispuesto *mortis causa*, e, incluso, en algún supuesto aislado, a imponer al heredero que no tenga descendencia la obligación de nombrar sucesor único a la persona que eligiere entre un determinado número de parientes.

En tal sentido, es corriente convenir que muerto el heredero antes que los instituyentes sin haber dejado sucesión, podrán éstos o el que sobreviva nombrar heredero a quien le plazca entre los restantes hijos o nietos; o bien que, si dejó descendencia y no dispuso, podrán los instituyentes hacer el nombramiento en unión de la viuda mientras conserve tal estado, y, de lo contrario, por sí solos, en favor de uno de sus nietos; o bien que, si la institución de heredero fue de presente, los bienes revertirán al instituyente con idéntica facultad de designar nuevo sucesor universal; o bien, en fin, señalando en forma directa el llamado en segundo lugar.

Prevista la reversión, si el heredero muere sin dejar descendientes que se hallen en edad de testar, en cuanto no pudo disponer *mortis causa* tiene lugar en el fondo un auténtico fideicomiso de residuo de la clase *eo quod supererit* sometido a la condición *sine liberis decceserit*, siempre que la reversión se haya establecido a favor de persona diferente de la que provienen los bienes, cual puede ser el padre o madre forastero.

3. Efectos del nombramiento de heredero.

Se ha dicho con anterioridad que el contrato de institución puede contemplar el nombramiento del heredero «para después de los días de los heredantes» o *post mortem*, o bien revestir la forma «de presente», modalidades que en la Compilación catalana han tenido reflejo legal al distinguir la misma entre el heredamiento simple o de herencia (arts. 75 y ss.) y los heredamientos cumulativos y mixtos (arts. 80 y ss.). En Aragón, la norma no las formula específicamente, pero no plantea problema alguno su admisión al amparo de la costumbre y de la amplia y general permisión que respecto al contenido de los pactos sucesorios prescribe el artículo 100 de la Compilación.

Aunque, desde luego, la distinción reviste gran interés desde el ángulo de los derechos a adquirir por el designado heredero y su consiguiente disponibilidad, lo cierto es que en este punto, como en tantos otros del Derecho aragonés no reducibles al frío juego de las reglas jurídicas, ni los instituyentes ni el heredero, señala Sapena, gozan de la normal facultad de disposición derivada de su respectivo derecho, ya sea de dominio, nuda propiedad o usufructo, porque así resulta del pacto general, que antes se exponía, que exige el consentimiento de todos ellos para verificar actos dispositivos, pacto que no es más que un reflejo de las normas consuetudinarias reguladoras del heredamiento (6). Y es que hay una especial vivencia popular, que no es posible encuadrarla en los esquemas lineales y fijos de las titularidades reales, sobre la particular simbiosis patrimonial a que da lugar el nombramiento de heredero, pues, en adelante, todos los involucrados en el mismo van a participar en el ejercicio de los derechos en una medida que nunca será la exacta correspondencia de la que por estricta y legal titularidad jurídica les incumbiría.

Trátase, como dice Solano, de un dominio mediatizado, ya que todos se dan perfecta cuenta de que desde el momento en que otorgan el nombramiento de heredero han mediatizado su omnipotencia en su casa y bienes, sin por esto dejar de ser los primeros, los principales, los jefes (7).

A) Nombramiento de heredero *post mortem*.

En lo que respecta a los efectos de la institución de heredero para después de los días del instituyente hay que distinguir, como es natural, según se contemple la figura antes o después de abrirse la sucesión del disponente.

Antes de la apertura de la sucesión, el instituido adquiere, sin duda, la condición de heredero contractual irrevocable, en situación similar, *servata distantia*, a la figura del *rex designatus* del Derecho franco de los siglos XI y XII o a la del Obispo coadjutor con derecho de sucesión en Derecho canónico (8). Es un heredero electo y, como tal, tiene la seguridad de que producido el óbito de los instituyentes pasarán a corresponderle los bienes que integren la herencia de los mismos.

Por ser su institución contractual no cabe la revocación, salvo que así se hubiese pactado y tan sólo por las causas específicamente contempladas. Tal circunstancia supone que el instituyente no puede en adelante designar nuevo heredero ni por testamento ni por contrato o, lo que es lo mismo, que queda despojado de la facultad de disponer *mortis causa* de sus bienes, con excepción de

(6) *Ibid.*, p. 751.

(7) SOLANO NAVARRO, *Mi contribución respecto a la sucesión contractual en el Alto Aragón*, en *Anuario de Derecho aragonés*, 1944, p. 343.

(8) PALÁ MEDIANO, *Los señores mayores en la familia altoaragonesa*, en *Segunda semana de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1943, pp. 155-157.

aquellos que hubiesen sido objeto de una reserva de disposición a su favor.

Contrariamente, como el heredante, al haberse hecho el nombramiento para después de sus días, conserva la propiedad de los bienes (en general, la titularidad de los derechos que integran su patrimonio), nada obsta a que pueda disponer de los mismos por actos *inter vivos*, en cuanto que la vinculación que ha asumido sólo le compele a respetar el título de heredero conferido, pero no a asegurar (cosa que, por lo demás, tampoco sería posible) un determinado contenido económico del acervo hereditario.

Ahora bien, siendo esto cierto en el plano de los principios no lo es menos que en la realidad de las cosas las facultades dispositivas del instituyente resultan sensiblemente recortadas al solerse pactar, tal como en su momento se expuso, que la enajenación y gravamen de los bienes de la casa requerirán el consentimiento del heredero nombrado, pacto tan frecuente que «puede decirse constituye una cláusula de estilo en todas las escrituras de institución» (9), aparte de que, como es exigible también desde un punto de vista general, el heredante siempre deberá ejercitar su *ius disponendi* en forma normal, ordenada y honesta, máxime hoy en que la nueva redacción del artículo 7.^º del Código civil reclama el ejercicio de los derechos conforme a la buena fe y proscribe el abuso y actuación antisocial de los mismos.

Estas consideraciones han llevado a la doctrina a sostener que el instituyente, salvo pacto expreso en contrario, no está facultado para disponer de sus bienes a título gratuito a no ser que se trate de regalos módicos, donaciones remuneratorias consonas y las que tengan por objeto fines piadosos o de sufragios. Y en relación a los actos a título oneroso, tanto los autores como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (10) están de acuerdo en que, aunque no exista pacto que limite la facultad de disposición del heredante, puede el instituido impugnar sus enajenaciones cuando en las mismas haya incurrido en simulación o fraude, por más que tal impugnación, según criterio que viene desde el Derecho intermedio y ha sido aceptado por el Código alemán y la jurisprudencia francesa, haya de esperar para intentarse la apertura de la sucesión del instituyente (11), extremo este último que ha sido modificado en el Derecho catalán vigente.

Sobre las líneas expuestas, que en Aragón han de inducirse del contexto en que se ubica y desenvuelve la institución en estudio, la Compilación catalana ha precisado con toda nitidez los poderes de disposición del instituyente al establecer en su artículo 75: «El heredamiento simple confiere únicamente la cualidad de heredero contractual, que será inalienable e inembargable. El heredante

(9) GARCÍA-ARANGO, *Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho del Alto Aragón*, en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 1967, p. 1326.

(10) Sentencias de 18 de junio de 1918, 4 de febrero de 1927, etc.

(11) ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, II, Barcelona, 1948, p. 367.

conservará hasta su muerte la propiedad de sus bienes, pero no podrá disponer de ellos a título lucrativo, sino para hacer regalos módicos y liberalidades de uso o para legar lo que en el heredamiento se hubiese reservado para testar, aparte de la facultad de dotar y acomodar a los hijos y de disponer a favor de éstos en los términos previstos en el artículo 77. Los actos de disposición a título oneroso que de sus bienes realice el heredante serán anulables cuando se otorguen en fraude del heredamiento, salvo que el adquirente sea ajeno al fraude. Esta acción y la de simulación, en su caso, sólo podrá ejercitárla el heredero o el que lo sea de éste aun en vida del heredante».

La condición de heredero contractual no puede ser objeto de disposición ni negociación alguna, en cuanto supone una posición jurídica estrictamente personal, y no tanto, como sostiene Roca Sastre (12), porque ello constituiría un contrato sobre la herencia futura de tercero.

Tras la apertura de la sucesión, el instituido se convierte en un heredero efectivo y actual. «Ha variado el procedimiento por el que ha sido nombrado heredero —nos dice en tal sentido Roca Sastre—, pero, una vez fallecido el causante, se trata de un heredero normal como cualquier otro. No hay diferencia en cuanto a la *successio* o *subrogatio* del heredero en la misma posición jurídica del causante, pero en lugar de un testamento, con su juego de delación y aceptación, media un contrato con su juego de vinculación simultánea y anterior» (13).

En consecuencia, adquiere la herencia sin necesidad de que en forma expresa o tácita manifieste su aceptación, aunque no quepa hablar, según lo hace Roca Sastre, de que a la muerte del instituyente el instituido deviene heredero *ipso iure*, por la especial connotación germánica que en materia de adquisición hereditaria tiene tal operativo, extraño a los Derechos hispánicos, sino que la explicación es más sencilla: No es precisa la aceptación actual porque el heredado ya aceptó la herencia en el momento de la perfección del contrato sucesorio (14), por más que la materialización efectiva de esa adquisición haya de esperar el deceso del instituyente.

¿Cabrá la repudiación de la herencia? En íntima y obligada correspondencia con lo que se acaba de decir respecto a la aceptación, parece debe contestarse que no es posible repudiar la herencia porque la misma ya fue aceptada por vía contractual y la renuncia implicaría la admisión de que cabe el apartamiento unilateral de los vínculos contraídos mediante contrato (art. 1.256 C. c.); y, de nuevo, aquí se observa la procedencia de no hablar de que la adquisición hereditaria tiene lugar de manera automática o *ministerio legis*, pues bajo tal catalogación y según la construcción jurí-

(12) *Ibid.*, p. 368.

(13) *Ibid.*, p. 369.

(14) Con fórmula que suele ser: «El heredero acepta agradecido la anterior institución...»

dica del mecanismo que la figura entraña, debería aceptarse la repudiación de la herencia.

Es lo que hace la doctrina francesa, para la cual es admisible que el instituido heredero pueda repudiar la herencia en razón de que al momento de celebrar el pacto sucesorio no aceptó la herencia, sino el título de heredero y su llamamiento como tal a la sucesión del instituyente. Construcción a todas luces insuficiente y artificiosa, ya que el contrato sucesorio tiene como objeto la herencia del causante, la cual se acepta precisamente en el instante de su conclusión, sin que obste a ello el que la adquisición de los concretos derechos integrantes del caudal relicto se demore «para después de los días del instituyente»; aparte de que que no se acierta a ver cómo sería posible justificar la pérdida de la condición de heredero adquirida voluntariamente mediante el contrato sucesorio sin destruir la sustancia contractual de éste, y de que no tiene sentido la distinción entre heredero y herencia en cuanto se trata de conceptos complementarios, ya que se es heredero mediante la adquisición de la herencia y se adquiere la herencia por ser heredero.

Con mejor criterio, los Códigos civiles alemán y suizo no admiten la repudiación de la herencia por el heredero contractual, y esta es la solución que, creemos, se impone en el Derecho foral aragonés (como en los demás ordenamientos forales) (15) si se quiere conservar la naturaleza y efectos propios de los pactos sucesorios, a los que las partes acuden, precisamente, buscando la vinculación que produce su entraña convencional, y los objetivos últimos que justifican y explican la existencia misma de la sucesión *mortis causa* paccionada.

En cuanto a la responsabilidad del heredero por las deudas del causante y en razón de que dada su condición de sucesor universal deberá asumir el pago de las mismas *ultra vires hereditatis*, parece natural plantear si el instituido mediante contrato podrá acogerse al beneficio de inventario. Los autores siempre han estado de acuerdo en que debe reconocerse tal posibilidad, pues el instituido, si bien cuando contrató aceptó el título de heredero, lo hizo, naturalmente, con desconocimiento de cuál sería en su día el contenido de la herencia, y como de ello sólo puede adquirir conocimiento al morir el disponente, es lógico que entonces pueda optar o no por el beneficio de inventario (16). Esto es lo que ha resuelto la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña al disponer en su artículo 72 que «fallecido el heredante, el contrayente a cuyo favor se haya otorgado el heredamiento..., podrá hacer uso del beneficio de inventario en el tiempo y forma previstos en esta Compilación, contándose aquél desde la muerte del heredante».

En el Derecho aragonés la cuestión ni siquiera se plantea, pues

(15) La Compilación catalana así lo establece expresamente en su artículo 72.

(16) ROCA SASTRE, *Estudios...*, II, *op. cit.*, p. 370.

sabido es que en él rige el principio de beneficio legal de inventario, en cuya virtud el heredero responde de las deudas de la herencia exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto aunque no se haga inventario (art. 138,1), y como el heredero contractualmente instituido es un auténtico heredero, se le aplica a él también la limitación general de responsabilidad hereditaria, sin necesidad de que tenga que manifestar que se acoge al beneficio de inventario.

B) Nombramiento de heredero de presente.

También aquí y en relación a los efectos que produce este tipo de institución contractual deben distinguirse los momentos de antes y después de la apertura de la sucesión del heredante, advirtiendo, como es obvio, que los efectos personales derivados de este tipo de nombramiento son similares a los que ya se expusieron a propósito de la institución de heredero *post mortem*, por lo que, dándolos por sabidos, no serán objeto de repetición, salvo que presenten alguna peculiaridad.

Con anterioridad a la apertura de la sucesión del instituyente, el instituido de presente adquiere no sólo la condición de heredero contractual, sino, además, el dominio sobre los bienes del dispone te, dominio que, aunque puede ser pleno, lo usual es que se restrinja al nudo, porque aquél suele reservarse el señorío, usufructo y administración de los mismos, cuando no la facultad de disponer de bienes raíces concretos por acto *inter vivos* y a título oneroso, como en su lugar se señaló.

La institución de heredero de presente, que es la más extendida en los partidos judiciales de Huesca, Barbastro, Benabarre, Boltaña y Sariñena (17), suele realizarse a través de una fórmula notarial redactada en estos o parecidos términos: «A cuyo fin éstos (los padres) le instituyen y nombran heredero universal de todos sus bienes presentes y futuros, con transmisión actual de los bienes presentes...», fórmula que recuerda de inmediato la de las donaciones universales, sobre todo cuando, cosa que también se da con relativa frecuencia, se especifica en la misma que al instituido heredero se «le donan de presente todos los bienes, presentes y futuros».

La explicación de esta peculiaridad descansa en que, por influencia catalana, el nombramiento hereditario de presente se justificó en Aragón a través del recurso de la donación universal, dada la prevención que los juristas aragoneses, formados en el Derecho romano, tenían contra la sucesión contractual. Como la donación universal no atribuía al donatario la cualidad de heredero, se tuvo que aceptar que cuando se hubiese otorgado en capitulaciones matrimoniales implicaba también la institución hereditaria del favorecido, en razón de que como se lee en la sentencia de 31 de

(17) BATALLA, *Disponibilidad de los bienes...*, loc. cit., pp. 354-355.

julio de 1637 del Senado de Cataluña *donatarius autem universales haeres in effectu est*, pues se halla *in loco haeredis*.

Semejante origen de la institución hereditaria de presente explica el dicho, corriente en la región altoaragonesa, de que «testamentos muchos, donaciones una», y explica también que en el parágrafo primero del artículo 101 de la Compilación se haya dispuesto que «la donación universal de bienes, habidos y por haber, equivale a institución contractual de heredero, salvo pacto en contrario», presunción que si, por un lado, resuelve el importante problema teórico-práctico de atribuir la condición de heredero a quien estrictamente sólo sería un donatario, permite, por el otro, según ha advertido sagazmente el profesor Lacruz, reprimir el genuino querer del heredante, ya que la donación de todos los bienes es sin duda menos congruente con la verdadera voluntad de los disponentes, al atribuir facultades excesivas al favorecido (18).

La transmisión de presente de los bienes supone, en cuanto forma parte del contenido del dominio sobre los mismos, la pérdida para el instituyente del *ius disponendi*, pero ahora no sólo *mortis causa*, como se vio sucede en la institución *post mortem*, sino también *inter vivos* y tanto a título oneroso como a título lucrativo. La facultad dispositiva, en cuanto nuevo titular del dominio, corresponde en esta modalidad sucesoria al heredero, pero de la misma forma que en la otra se pacta corrientemente que el instituyente precisará del consentimiento del heredero para poder enajenar y gravar los bienes comprendidos en la institución, en ésta se pacta también con la misma frecuencia que el instituido precisará de similar aprobación del heredante para realizar los aludidos negocios de disposición.

Igual que en el nombramiento de heredero para después de los días se advertía hallarnos ante un dominio mediatizado (ya que no dividido o compartido), aquí nos encontramos ante la misma situación, aunque resulte invertido el juego de los factores personales involucrados, en cuanto el objetivo supremo de mantenimiento del patrimonio en el seno de la familia continúa siendo el mismo y la supremacía y defensa de la casa, «entidad supraindividual con fines propios que tiene que actuar con el juego de titularidades individuales» (según puede leerse en la resolución de 12 de diciembre de 1949), permanecen constantes e intangibles.

Producida la apertura de la sucesión del disponente, también aquí el favorecido deviene heredero efectivo y normal, desapareciendo las peculiaridades que hasta entonces pudieran distinguir su situación jurídica de la que es propia de quienes asumieron la condición hereditaria a través de las otras vías legalmente admitidas.

Si a la muerte del instituyente le sobrevive su cónyuge, gozará éste del usufructo de viudedad sobre los bienes que en su día fueron transmitidos al instituido heredero de presente (salvo

(18) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, I, op. cit., p. 744.

que otra cosa se hubiera pactado o dispuesto de mancomún por ambos cónyuges); ahora bien, aunque según el ordinal segundo del artículo 108 de la Ley Hipotecaria el usufructo vidual es susceptible de hipoteca, como dicho derecho es inalienable (art. 83 de la Compilación), resultaría que, salvo por la vía de la ejecución hipotecaria complementada con la enajenación, al adjudicatario del usufructo, de la nuda propiedad del bien de que se tratase, no sería posible proceder a la disposición del dominio pleno de los bienes afectados por esta situación. Contra esta conclusión particularmente lesiva e injusta para el heredero, ya que, muerto el instituyente, vería recortadas en la realidad de las cosas las facultades dispositivas que en vida de éste ostentaba (resultado, a todas luces, inconsecuente y paradójico), se opusieron siempre la doctrina y la práctica aragonesas, admitiéndose la enajenación y el gravamen del dominio pleno de los bienes sujetos al usufructo vidual siempre que concurriesen a su otorgamiento el usufructuario y el nudo propietario. Esta razonable solución ha acabado por imponerse a nivel legal al establecer el artículo 83,2 de la Compilación de Aragón que «haya o no descendencia, puede enajenarse la plena propiedad de bienes determinados, concurriendo el viudo usufructuario con el nudo propietario, pero salvo pacto en contrario quedarán subrogados el precio o la cosa en lugar de lo enajenado».

Mayor interés, si cabe, presenta el problema relativo al momento en que el heredero resultará propietario de los bienes que el instituyente adquiera con posterioridad al otorgamiento del contrato sucesorio. ¿Deberá o no aquél esperar para semejante adquisición a que tenga lugar el fallecimiento del heredante?

Influida por el prejuicio de ver en la institución de presente una donación universal de bienes presentes y futuros que lleva implícita un llamamiento de heredero, la doctrina tradicional dominante ha sostenido y sostiene que la fuerza de la donación universal sólo alcanza de momento a los bienes presentes, quedando en suspenso respecto de los bienes que posteriormente pueda adquirir el padre y careciendo de virtualidad transmisiva en relación a los mismos hasta que éste fallezca, pues, en otro caso, aduce Roca Sastre, la donación universal produciría el extraño juego de actuación inmediata (bienes presentes) y de actuación intermitente (bienes futuros). Para este notable jurista, es preferible seguir dicho criterio, ya que se adapta mejor a la construcción científica del heredamiento, salva el problema de la autoincapacitación del padre que la tesis contraria supone y elimina los inconvenientes que ésta generaría respeto del destino de los productos líquidos del usufructo reservado y muchos otros problemas de índole civil, registral y fiscal (19). Bajo su influjo, semejante tesis ha merecido el refrendo legal de la Compilación catalana al disponer su artículo 80, en relación al heredamiento cumulativo o complejo (impropio, lo denomina Roca Sastre), que los bienes «que en lo sucesivo obtenga el here-

(19) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, III, Barcelona, 1954, p. 127.

dante los adquirirá, al fallecer éste, el heredero, en el modo establecido para el heredamiento simple».

Contra semejante postura cabe aducir, de inicio, que en la actualidad ya no es posible identificar la institución hereditaria de presente con la donación universal de bienes habidos y por haber, y menos en Aragón donde el convenio sucesorio puede adoptar la estructura de cualquier contrato de finalidad transmisiva o presentarse como contrato *sui generis*, con lo que el apoyo fundamental de la tesis se desmorona, máxime si se tiene en cuenta que en el Derecho aragonés vigente el enfoque del nombramiento paccionado de heredero se ha invertido, porque ya no es que habiendo institución contractual de heredero se reputé la misma donación universal, sino que dada ésta ha de considerarse como institución hereditaria pactada (art. 101,1).

Pero es que, además, si por imperativo del principio *standum est chartae* hay que estar a la voluntad de los otorgantes expresa en pactos o disposiciones (art. 3.º), resulta que el problema en buena medida se diluye pues la pauta aplicable al momento en que el heredero adquiere el dominio pleno (o nudo, si hubo reserva de usufructo a favor del instituyente) de los bienes que sucesivamente vaya obteniendo el padre nos vendrá dada de manera clara y tajante por la cláusula que respecto al nombramiento se haya estampado en la institución. Así, transcribiendo de nuevo las fórmulas más usuales, cuando se haya dicho «con transmisión actual de los bienes presentes», deberá el heredero esperar la muerte del disponente respecto a los futuros, mas cuando se haya convenido que «le donan de presente todos los bienes, presentes y futuros», habrá que aceptar la adquisición de los mismos por el favorecido a medida que los vaya obteniendo el instituyente.

La solución todavía será más clara si previendo el problema y apuntando a su radical erradicación los otorgantes, como indica García-Arango, incluyen pactos tan definitivos como los siguientes: «respecto de los bienes futuros, el instituido sólo los adquirirá al fallecimiento del instituyente, y en el estado en que entonces se hallen», o «respecto de los bienes futuros, el instituido los adquirirá en nuda propiedad a medida que el instituyente los vaya logrando» (20).

Pensamos, pues, que, salvo pacto en contrario, el heredero resulta propietario de los bienes futuros a medida que los vaya obteniendo heredante, ya que, como escribe Sapena, «en la institución de presente, además de los efectos generales de todo heredamiento, se transmite *in actu* la nuda propiedad de todos los bienes, y además el pacto es de actuación intermitente, pues los instituyentes tienen la idea, por la costumbre imbuida, de que desde el momento en que hacen herederos todo lo que en lo sucesivo adquieran será de la casa y no privativo de ellos, es decir, queda sujeto a la ley de la familia, a las capitulaciones, y por ello, al heredamiento

(20) GARCÍA-ARANGO, *Notas sobre la sucesión contractual...*, loc. cit., p. 1337.

contenido en las mismas, que delimitará los derechos de cada uno..., pues con arreglo a la costumbre, norma interpretativa e integradora de lo pactado, la solución adecuada es la primera (adquisición intermitente): los contrayentes la conocían y tácitamente la adoptaron» (21). Solución correcta de acuerdo al Derecho consuetudinario aragonés, máxime hoy cuando el artículo 99,2 de la Compilación establece que la costumbre determinará el alcance de los pactos sucesorios.

4. *Doble heredamiento.*

Aunque lo normal en Aragón es el nombramiento de heredero único, en algunas raras ocasiones ocurre que ya por la riqueza de la casa o ya por haber contribuido a su formación o engrandecimiento dos grupos familiares tiene lugar la designación de dos herederos para la misma casa, en razón de que la unidad de ésta permanece incólume.

En el primer supuesto, se nombran herederos a dos hijos de los instituyentes, sometiendo su designación al régimen general del heredamiento, pero con la peculiaridad de que las típicas obligaciones del mismo se imponen en forma conjunta y solidaria a ambos herederos. En el segundo, el nombramiento hereditario tiene lugar a favor de un hijo de cada uno de los dos matrimonios que conviven en la casa, con reserva de señorío mayor por parte de los padres de ambos conjuntamente, aunque bajo la dirección del que ostenta la jefatura de la casa. Este doble heredamiento, en las raras ocasiones en que se pacta, comenta Sapena, es motivado por agradecimiento a la familia que como acogidos o sin relación jurídica determinada ha trabajado para la casa, haciéndola prosperar en gran medida y aumentando su patrimonio; reviste, además, la peculiaridad de que de la misma forma que se da trato de igualdad a los herederos, se obra con sus hermanos: todos tendrán derecho a una dote, similar en principio, y aquéllos la obligación de abonarla conjunta y solidariamente (22).

5. *Consorcio universal o juntar dos casas.*

Tiene lugar esta modalidad cuando ambos contrayentes han sido designados herederos de sus respectivas casas, produciéndose la fusión de las mismas y la formación de una sola familia que deberá vivir en la mejor casa o en la que se eligiere, aunque sea corriente estipular que los heredantes continuarán viviendo en sus respectivas casas y los herederos en cualquiera de ellas o en la que se indique, si bien siempre con el deber de atender y asistir a todos los instituyentes.

La reserva de señorío mayor, usufructo y administración de los

(21) SAPENA, *El pacto sucesorio...*, loc. cit., pp. 739-740.

(22) *Ibid.*, p. 756.

respectivos patrimonios se establece a favor de los padres de cada una de las familias unidas, pero en alguna oportunidad se constituye en forma conjunta sobre la totalidad de los bienes resultante de la fusión patrimonial. Para disponer de cualquier bien sitio lo normal es que se requiera el consentimiento de la totalidad de heredantes y heredados, aunque cabe pactar que bastará con el de instituyentes y heredero de la casa a que pertenezca la finca en cuestión. Ambos herederos quedan obligados de manera conjunta y solidaria a brindar asistencia y proporcionar dote a todos los hermanos de uno y otro. En fin, según escribe Sapena, antes que la reversión a cada casa, el interés de unirlas definitivamente formando otra superior a cada una de las que le dan vida, compele a pactar agermanamiento, así como la condición de heredero en cada contrayente conduce a concederse con carácter recíproco la facultad de casar en casa y la de vender bienes del difunto (23).

6. Sucesión futura de los contrayentes.

Con el fin de prevenir el mantenimiento de la unidad de la casa y evitar el abintestato, especialmente temido en Aragón, es normal que en las capitulaciones matrimoniales se pacte que uno de los hijos del matrimonio a celebrar será el heredero universal, procediéndose, en su día, a la elección mediante acuerdo de los padres, por voluntad del sobreviviente, a través de la fiducia que al efecto se le confiere, y asistido o no de parientes, o bien, faltando tal designación, por éstos solos.

La fórmula usual de este pacto orientado a ordenar la sucesión futura de los contrayentes a favor de los hijos nacederos suele redactarse en estos o parecidos términos: «Será en su día heredero universal de los contrayentes un hijo o hija del matrimonio para el cual se otorgan estos capítulos, el único que exista o aquel que fuera designado de común acuerdo por ambos cónyuges, por el sobreviviente o, en su defecto, por dos parientes varones mayores de edad, uno de cada capitulante, los más próximos en sangre, dirimiendo la discordia, si entre ellos la hubiere, el cura párroco encargado que por tiempo y en aquel entonces fuere de este pueblo».

Las diferencias de esta modalidad de sucesión paccionada con el nombramiento de heredero antes estudiada son manifiestas, pues mientras en éste el instituido contrata con sus padres y es designado nominalmente, en aquélla ni siquiera existe en el momento de su otorgamiento y sólo se conocerá a la muerte de los instituyentes (por reunir las condiciones de sexo, primogenitura, etcétera, que se hayan establecido) o cuando tenga lugar su designación en la forma prevista en la escritura de capitulaciones matrimoniales.

«A consecuencia de ello —resalta Roca Sastre—, los hijos nace-

(23) *Ibid.*, pp. 756-757.

deros no adquieren, por de pronto, en virtud del heredamiento, derecho o titularidad alguna inmediata, ni respecto a la condición de heredero, ni relativa a los bienes. Por esto se afirma aquí que la premoriencia a los padres, del hijo a quien correspondería ser heredero, hace ineficaz el heredamiento; pero en rigor no es así, porque mientras los padres viven sólo existen unas normas de futura sucesión, pero que no implican concreción alguna de heredero, puesto que únicamente será tal quien viva al morir los padres y reúna las circunstancias preestablecidas» (24).

En el Derecho catalán vigente y en relación a los heredamientos a favor de los hijos de los contrayentes se distingue entre los heredamientos puros y los heredamientos preventivos y prelativos. En los heredamientos puros quedará instituido heredero el hijo que al fallecer el heredante viva y que éste haya designado en heredamiento o testamento revocable complementario, o el que, caso de no haber tal designación, elija el cónyuge sobreviviente o dos padres; en el heredamiento preventivo el heredante instituye heredero entre sus hijos nacidos o nacederos para el caso de fallecer sin sucesor universal, contractual o testamentario, mientras que en el heredamiento prelativo tan sólo tiene lugar el surgimiento de una limitación a la facultad de designar heredero que los contrayentes se imponen a favor de ciertos hijos, pero sin atribuirles derecho sucesorio directo (arts. 88, 89 y 91 de la Compilación civil de Cataluña). Aunque no absolutamente desconocidas, no son practicadas en Aragón estas modalidades de sucesión paccionada.

Lo ordinario es que se pacte que el futuro heredero será un hijo nacido del matrimonio en vista al cual se otorgan las capitulaciones que norman la sucesión futura de los contrayentes, pero en algún supuesto excepcional se prevé que pueda resultar heredero un hijo del posterior enlace de los otorgantes de los capítulos, si no los hubiera del primer matrimonio o porque el bínubo o la Junta de Parientes no consideren idóneos a ninguno de ellos, de acuerdo a circunstancias y pautas que, dada la trascendencia de la materia, son objeto de minuciosa plasmación.

Cuando, como es frecuente, la elección del heredero se deje a ambos cónyuges «de común acuerdo», caso de no producirse este acuerdo, piensa Sapena, con evidente buen sentido, que semejante pacto no obligará jurídicamente y, en consecuencia, que cada padre designará por separado su sucesor (25).

7. Carácter de las donaciones «mortis causa».

Ya hemos comentado cómo el legislador, con buen criterio y recogiendo el substrato histórico que está en la base y origen de la sucesión contractual, ha establecido la presunción *iuris tantum*

(24) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, III, *op. cit.*, p. 129.

(25) SAPENA, *El pacto sucesorio...*, *loc. cit.*, p. 766, y *Heredamientos forzados*, en *Anuario de Derecho aragonés*, VI, pp. 281-286.

de que la donación universal de bienes habidos y por haber constituye institución contractual de heredero (art. 101,1). Nada más vamos a añadir ahora.

Tan sólo queremos resaltar aquí que, según la segunda parte del mismo artículo, la donación *mortis causa* de bienes singulares tendrá el carácter de pacto sucesorio, expresión que resulta insólita, innecesaria y repetitiva al haberse previsto en el artículo 100 de la Compilación que «los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones *mortis causa*».

En el Anteproyecto de Compilación redactado por la Comisión de jurisconsultos aragoneses se decía en este punto que «la donación *mortis causa* de bienes singulares se presume irrevocable» (art. 59). Como la expresión se presume no tenía mayor sentido ni justificación en este lugar, en el Anteproyecto de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación (julio de 1965) se disponía que «la donación *mortis causa* de bienes singulares se considera irrevocable» (art. 108,2). Y, finalmente, en el Anteproyecto presentado al Pleno por la aludida Sección (mayo de 1966), la redacción se cambia de nuevo estableciéndose que «la donación *mortis causa* de bienes singulares tendrá el carácter de pacto sucesorio», conservándose la fórmula en el Proyecto de Compilación introducido en las Cortes por el Gobierno y en el texto legal aprobado por éstas y actualmente en vigor.

Obsérvese que el cambio de redacción, persiguiendo el mismo objetivo de establecer el carácter irrevocable de las donaciones *mortis causa* de bienes singulares, a través, ahora, de la remisión a su naturaleza contractual y, por ende, de la improcedencia del *ius poenitendi*, no subsana el defecto básico de los textos originarios, consistente en su incoherencia y falta de armonía con la primera parte del artículo que proporciona la pauta y sentido global del precepto.

En efecto, si de acuerdo al artículo 100 de la Compilación, los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones a título universal o singular, y el parágrafo primero del artículo 101 señala que la donación universal de bienes equivale a la institución contractual de heredero, el parágrafo segundo, para ser cónsono y adecuado, debería haberse limitado a decir que la donación *mortis causa* de bienes singulares será equivalente a la ordenación contractual de legado.

Notas sobre la actividad agraria típica

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

Profesor Adjunto de Derecho Civil

SUMARIO: 1. Introducción.—2. El problema de la agricultura sin tierra: A) La concepción tradicional y sus matices; B) La concepción moderna y su crítica; C) Una solución ecléctica.—3. Los datos normativos.—4. Las actividades de producción. A) La actividad agrícola; B) La actividad ganadera; C) La actividad forestal; D) La actividad mixta.—5. Las actividades conexas: A) Generalidades; B) Su agrariedad; C) La actividad de transformación; D) La actividad de comercialización; E) El problema de la actividad auxiliar.—6. La atipicidad y la hipótesis de la agricultura no empresarial.

REVISTAS CITADAS EN FORMA ABREVIADA

ADC = *Anuario de Derecho Civil*.

Giur. Agr. It. = *Giurisprudenza Agraria Italiana*.

RDA = *Rivista di Diritto Agrario*.

RDC = *Rivista di Diritto Civile*.

RDP = *Revista de Derecho Privado*.

RDR = *Revue de Droit Rural*.

RCDI = *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

REAS = *Revista de Estudios Agro-Sociales*.

REVL = *Revista de Estudios de la Vida Local*.

RGLJ = *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.

Riv. Pol. Agr. = *Rivista di Politica Agraria*.

RTDC = *Revue Trimestrelle de Droit Civil*.

RTDPC = *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.

1. INTRODUCCION

Es sabido que la doctrina del Derecho agrario, «en crisis desde su gestación» (1), ha vivido atormentada por la necesidad de de-

(1) Como lo ha expresado, recientemente, DE LOS MOZOS, *El Derecho agrario, estado actual de la cuestión*, en ADC, 1976, p. 833, sintetizando

marcar los deslindes, de contornos de suyo imprecisos, que acotan el ámbito normativo de su reflexión (2). En esta misma línea, tal doctrina ha entrado en la actualidad en una nueva fase crítica que ha venido a sustituir la vieja polémica acerca de la autonomía o especialidad (3), pues, no deja de ser significativo el hecho de que, casi al mismo tiempo en que se ha publicado un primer balance histórico sobre esta cuestión (4), haya surgido la necesidad teórica de definir nuevamente la agricultura y de delimitar la extensión jurídica de lo agrario, o, lo que es igual, de determinar de forma apriorística el fundamento de la agrariedad (5). Punto éste que, para evitar que nos lleve a escolásticas disquisiciones nominalistas, ha de ser reconducido, a nuestro juicio, al concepto y contenido que la actividad agraria típica presenta en el Derecho positivo.

Dos observaciones metodológicas son precisas, sin embargo, antes de entrar de lleno en nuestro tema. De una parte, el giro que hemos propuesto a la cuestión se justifica, a nuestro modo de ver, por la utilidad que el método inductivo o por institutos promete llegar a alcanzar en la construcción del sistema científico del Derecho agrario (6). Y, de otra, que, radicando la cuestión fundamen-

sus observaciones anteriores recogidas en *Estudios de Derecho Agrario*, Madrid, 1972, especialmente pp. 23 y ss.

(2) La doctrina francesa, con el escepticismo que le es característico, atribuye este "particularismo" a la novedad del Derecho agrario, no obstante que, en el Derecho francés, por lo menos, esta misma doctrina suele remontar los orígenes de su disciplina al proyectado *Code rural* de 1791; así, SAVATIER, *Du particularism du droit agraire et de la nécessité de son enseignement*, en *Dalloz Chron.*, 1954, pp. 1 y ss.; MEGRET, *Droit Agraire*, París, 1973, pp. 5 y ss. y 27 y ss.; últimamente, OURLIAC, *Preface*, en *Jurisclasseur-Droit Rural*, I, sin fecha ni paginación, y CHESNÉ, *L'orientation actuelle du droit rural*, en *RDR* 30 (1974), pp. 95 y siguientes.

(3) Para esto, en nuestra literatura más reciente, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho Agrario*, 1.^a ed., Madrid, 1965, pp. 219 y ss. y *La especialización del Derecho agrario*, ahora en *Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria*, Madrid, 1975, pp. 186 y ss.; LUNA SERRANO, *La formación dogmática del concepto de Derecho agrario*, en *RDA*, 1972, pp. 497 y ss.; DE LOS MOZOS, *El Derecho agrario*, cit., pp. 831 y ss.

(4) Nos referimos al importante trabajo de IRITI, *Le due scuole di diritto agrario*, en *Introduzione allo studio del diritto privato*, 2.^a ed., Torino, 1974, pp. 221 y ss., y en *RDA*, 1975, pp. 5 y ss., trabajo de cuya trascendencia hemos dado cuenta oportunamente en *ADC*, 1975, pp. 489 y ss., siendo precedido solamente por el interesante estudio de GIORGANINI, *Il diritto agrario tra il passato e l'avvenire*, en *RDA*, 1964, pp. 21 y ss. y, en general, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, en *RTDPC*, 1961, pp. 391 y ss.

(5) Así, la ponencia notable presentada por CARROZZA, *La noción de lo agrario ('Agrarietà'). Fundamento y extensión*, a las *Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario*, celebradas en Salamanca-Valladolid, 1972, trabajo publicado en el volumen correspondiente a las mismas, Valladolid, 1976, pp. 305 y ss. y, con retoques leves, en *Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*, I, Milano, 1975, pp. 60 y ss., cuyos textos utilizamos indistintamente.

(6) Método que ha propuesto, precisamente, el propio CARROZZA, ya en *Gli istituti di diritto agrario*, I, Milano, 1962, p. V y VII y en *L'indi-*

tal en el papel prescindible o imprescindible que corresponde al suelo, al fundo o a la finca rústica en la delimitación de lo agrario, sigue siendo la tierra —la reforma de su distribución inicua, el desarrollo de estructuras racionales de utilización de la misma, la conservación y mejora de los recursos naturales que en ella se encuentran, etc.— el elemento nuclear en torno al cual tal sistema se debe construir (7).

2. EL PROBLEMA DE LA AGRICULTURA SIN TIERRA

Es un dato cierto que la actividad agraria, durante los dos siglos últimos, se ha industrializado notablemente, así como que, desde el punto de vista de nuestra política económica, ella tenderá, probablemente, a industrializarse cada vez más (8). Ante este proceso de aplicación creciente de técnicas industriales a la agricultura racionalizada, un sector tradicional de la doctrina afirma que, superada la agricultura de subsistencia y la agricultura artesanal, el ejercicio de la actividad agraria dará lugar, efectivamente, a una empresa en sentido técnico (9), hipótesis en la que ella se regirá,

viduazione del diritto agrario per mezzo dei suoi istituti, en *RDC*, 1975, pp. 107 y ss.; que él mismo ha aplicado magistralmente en *I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari*, I, Milano, 1965 y que ha sido acogido favorablemente por nuestra doctrina según pone de relieve, por ejemplo, LUNA SERRANO, *Las mejoras fundiarias rústicas (Lección preliminar para un estudio sistemático)*, en *Temis*, 1965, pp. 65 y ss. y BALLARÍN MARCIAL, *Derecho Agrario*, 2.^a ed. revisada con la colaboración de VATTIER FUENZALIDA, de muy próxima publicación.

(7) Como ha sido tradicional, por lo demás, en nuestra doctrina; así, SÁNCHEZ ROMÁN, *Curso de Derecho Agrario*, Madrid, 1933-34, inédito (extractos publicados en el diario *Luz*, 10-IV-1934 y ss., según refiere LUNA SERRANO, *La formación*, cit., p. 503, nota 18); DE LOS MOZOS, *Estudios*, cit., pp. 36 y ss.; BALLARÍN MARCIAL, *Introducción*, en *Estudios*, cit., p. 11, nota 2. Lo que parece admitir, por otra parte, el mismo CARRROZZA, *Problemi*, cit., p. 184-85, como consecuencia del llamado *fatto politico*. Como en el texto, ALVARENGA, *La materia jurídica agraria*, en *RDA*, 1976, pp. 41 y ss., recientemente.

(8) *Vid.*, en este sentido, los arts. 13 a 20, Decreto 1.541/1972, de 15 de junio, aprobatorio del III Plan de Desarrollo Económico y Social, que, mientras no se sustituya por otro, debemos entender como orientador de tal política.

(9) Así, entre otros, nuestros mercantilistas URIA, *Derecho Mercantil*, 9.^a ed., Madrid, 1974, pp. 7-8 y 30-32, y BROSETA PONT, *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid, 1965, pp. 179 y ss., 227, 249, nota 103 y 258 y ss., aunque este autor ha matizado más tarde su opinión de *lege ferenda*, según se pone de relieve en *Introducción al Derecho mercantil*, en *ADC*, 1971, pp. 998 y ss., especialmente p. 1000, y en *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1974, p. 92. Esta tesis, que tiene un origen remoto en el pensamiento de MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, 1935, pp. 49 y ss., según advierte CASANOVA, *Prospettive ideali dell'diritto dell'economia nel pensiero di Lorenzo Mossa*, ahora en *Opusculi di vario diritto*, I, Milano, 1968, pp. 423 y ss., recibe su formulación más coherente por FERRI, *L'im-*

en gran parte, por el Derecho mercantil (10). Tal homologación se hace tanto más patente, en el marco actual de la economía capitalista, cuanto mayores sean las dimensiones y más alta la rentabilidad de las explotaciones agrícolas, en las que no es difícil verificar ya una aplicación cada día más directa de los resultados útiles de la investigación científica y una desutilización paralela de la mano de obra no cualificada (11), de la misma manera que es posible constatar una desvalorización progresiva de la cuota del valor que corresponde al capital tierra en la estructura interna de la empresa agraria moderna (12). Desvalorización que no se presenta solamente en el plano económico sino que se extiende, además, al tecnológico ya que, hoy en día, la agricultura experimental o artificial, como se la ha llamado genéricamente, está en condiciones técnicas de prescindir de la tierra para obtener productos agrícolas, masivamente, en cultivos hidropónicos y heliopónicos (13), al par que la ganadería estabulada ha logrado, también, romper con la dependencia del animal respecto al suelo (14).

Pero esta posibilidad de prescindir de la tierra no es una cuestión puramente técnica sino que plantea, en el terreno de la dogmática, el problema de determinar de nuevo el concepto de agricultura o, en rigor, el contenido de la actividad que en nuestro Derecho hemos de tener como agraria típica (15). Problema fren-

presa agraria è impresa in senso technico?, en *Atti III congresso nazionale di diritto agrario*, Milano, 1954, pp. 394 y ss. y, últimamente, en *Manuale di diritto commerciale*, 3.^a ed., Milano, 1972, p. 53, la que, pese a la reacción negativa que motivó tan pronto como fue emitida, según se infiere de los debates recogidos en los *Atti ult. cit.*, pp. 399 y ss., incide en la opinión de BROSETA PONT, *La Empresa*, cit., p. 279, nota 128, y en la de LUNA SERRANO, *Para una construcción de los conceptos básicos del Derecho agrario. (Empresa, empresario, hacienda y explotación)*, en *La Problemática Laboral de la Agricultura*, Madrid, 1974, pp. 47 y ss.

(10) Así parece entender en nuestra doctrina agrarista LUNA SERRANO, *La formación*, cit., pp. 518-19 y *Para una construcción*, cit., páginas 55-56, entre otros lugares.

(11) Para éstas y otras observaciones de hecho de carácter general, RONGA, *L'impresa agraria*, en LONGO, *Manuali di casistica giuridica. Diritto agrario*, II, Torino, 1974, pp. 919 y ss., especialmente p. 922.

(12) Vid. MALÉZIEUX y RANDIER, *Traité de Droit Rural*, I, París, 1972, pp. 1 y ss. y, de forma más explícita, MALEZIEUX, *Droit Rural*, París, 1973, pp. 23-24; también SAVATIER, *Baux Ruraux*, París, 1973, pp. 53 y siguientes.

(13) Esta nomenclatura utiliza CARROZZA, *La noción*, cit., pp. 323-24; para una buena síntesis de esta tecnología, vid. MAGNO, *Interpretazione evolutiva dell'art. 2.135 Cod. civ. (Una verifica della giurisprudenza della Corte de Cassazione)*, en *RDA*, 1972, pp. 207 y ss.

(14) Así, por todos, ROMAGNOLI, *L'avicoltura come attività 'essenzialmente agricola'*, en *Scritti Giuffrè*, III, Milano, 1967, pp. 765 y ss.; para otras referencias, MAGNO, *op. cit.*, pp. 210, nota 12. Una discusión interesante del punto en BIONE, *Allevamento del bestiame, fondo, impresa agricola*, en *RDC*, 1968, pp. 548 y ss. y, en nuestra doctrina, REIMUNDO YANES, *La finca como objeto del arrendamiento*, en *RDA*, 1975, pp. 973 y siguientes.

(15) Por razones sistemáticas excluimos de estas notas el problema

te al cual se han definido hasta ahora dos posiciones: una tradicional, aunque apoyada por la doctrina reciente, que exige siempre la presencia de la tierra, y otra más moderna, que no acaba de cuajar en la doctrina y que estima ser posible prescindir de ella.

A) La concepción tradicional y sus matices.

No parece necesario insistir en que la agricultura ha sido concebida tradicionalmente, en efecto, como una actividad económica que tiene por objeto el suelo susceptible de cultivo agropecuario, actividad agraria que implica la realización de operaciones productivas en una finca rústica en el sentido de que es el *fundus instrutus*, la base física de la explotación agrícola, el elemento que la distingue de las demás clases de actividad económica (16).

de la especialidad de la empresa agraria en el *genus* empresa. Para el estado actual de la cuestión, *vid.* GIUFFRIDA, *Imprenditore agricolo*, en *Encyclopedie del Diritto*, XX, Milano, 1970, pp. 549 y ss. y LUNA SERRÁNO, *op. ult. cit.*, pp. 49 y ss.

(16) Así, incluso el art. 2.135, *Codice civile italiano* de 1942. En este sentido se inclina la mayor parte de la doctrina. En Italia, por ejemplo BOLLA, *Sull'impresa agraria nel codice civile*, en *RDA*, 1943, pp. 133 y ss.; VALERI, *Impresa, azienda, fondo nel nuovo diritto agrario italiano*, en *RDA*, 1943, pp. 135 y ss.; BASSANELLI, *Dell'impresa agraria*, en SCIALOJIA y BRANCA, *Commentario del codice civile*, Roma-Bologna, 1942, pp. 410 y siguientes, y *Corso di diritto agrario*, Milano, 1946, pp. 24 y ss.; LONGO, *La figura giuridica dell'imprenditore agricolo*, Milano, 1954; ROMAGNOLI-CARRARA, *Impresa agraria*, en *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, Torino, 1962, pp. 359 y ss.; IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965; GIUFFRIDA, *op. cit.*, pp. 551 y ss. y allí otras referencias. Para la doctrina francesa, igualmente, SAINT ALARY, *Essai sur la notion juridique de l'entreprise*, en *RTDC*, 1950, pp. 129 y ss.; DE JUGLART, *Les aspects juridiques de l'entreprise en droit français*, en *RDA*, 1956, pp. 149 y ss.; VOIRIN, *Données fondamentales du droit agraire*, en *Contributi per lo studio del diritto agrario comparato*, Milano, 1963, pp. 66 y ss.; últimamente MEGRET, *La nature de l'activité agricole*, en *Droit des Affaires*, VIII-2, París, 1968, núms. 60.0 y ss. En el Derecho alemán, KROESCHELL, *Azienda ed impresa quali istituti del diritto agrario tedesco*, trad. it., en *RDA*, 1966, pp. 376 y ss.; PIKALO, *Exploitation agricole et entreprise agricole: caractéristiques théoriques*, en *Droit des affaires*, VIII-1, París, 1968, núms. 61.0 y siguientes. Para algunas indicaciones en el Derecho comparado, BAUR, *Commenti metodologici per la formazione di un futuro diritto agrario europeo*, en *RDA*, 1964, pp. 393 y ss.; ROMAGNOLI, *L'exploitation agricole*, en *RDA*, 1966, pp. 545 y ss. VENTURA, *Per un diritto agricolo europeo*, en *RDA*, 1968, pp. 19 y ss. Entre nosotros, para la doctrina mercantilista, URÍA, *op. cit.*, p. 8, por todos; para la doctrina agrarista, DE CASTRO, *Notas para el estudio del Derecho agrario en España*, en *Atti primo convegno internazionale di diritto agrario*, I, Milano, 1954, pp. 73 y ss.; JORDANO BAREA, *Derecho civil y Derecho agrario*, en *RDP*, 1964, pp. 723 y ss., especialmente p. 728, nota 47; LUNA SERRÁNO, *op. cit.*, páginas 59-60, dubitativamente, p. 85; SANZ JARQUE, *Derecho Agrario*, Madrid, 1975, pp. 101 y ss.; BALLARÍN MARCIAL, *Derecho agrario y Derecho mercantil*, ahora en *Estudios*, cit., pp. 160 y ss. y *Derecho Agrario*, 1.^a ed., cit., p. 243 y ss.; DE LOS MOZOS, *Estudios*, cit., pp. 41 y ss., *El De-*

Sin embargo, esta concepción debe ser matizada adecuadamente a la luz de las aportaciones de la doctrina más reciente, para advertir el grado de elasticidad que implica. Se ha demostrado, en primer lugar, que no es la tierra, propiamente, el objeto del cultivo agrícola, sino las plantas (17); en segundo lugar, que lo verdaderamente productivo no es ella, sino las sustancias químicas en las que éstas entierran sus raíces, elementos químicos que dan a este recurso una aptitud germinativa potencial tal que, pese a su diferente grado de feracidad, contiene siempre energía genética (18); en tercer lugar, que el fundo o la finca rústica no es sino la base territorial de la explotación agrícola, verdadera unidad productiva en la agricultura, tal como lo es el local de negocio para la empresa mercantil, base que es solamente el soporte físico sobre el que la explotación se apoya (19) y, finalmente, que la tierra cultivable es un recurso escaso y distribuido deficientemente por lo que la reforma de su estructura y la conservación de los recursos que contiene, ha de seguir siendo uno de los objetivos principales del Derecho agrario moderno (20). Y todo ello, aparte de que la actividad agraria en sentido técnico requiere, como tendremos ocasión de insistir más adelante, una conexión física con el ambiente atmosférico natural que solamente el proceso productivo realizado sobre la tierra implica.

B) *La concepción moderna y su crítica.*

Una concepción que admite, por el contrario, la hipótesis de la prescindibilidad de la tierra tiene que llegar a un concepto de agricultura radicalmente distinto. En los términos claros del profesor Carrozza, «considerada en su íntima esencia —desde un punto de vista metajurídico, pero también metaeconómico y metasociológico y ontológicamente hablando— la actividad productiva agrícola consiste en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales y que se desenvuelve económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinables al consumo directo bien tales cuales o bien una o múltiples transformaciones» (21). Definición que puede ser perfeccionada con las obser-

recho agrario, cit., p. 830 y *En torno al régimen jurídico de la explotación agrícola*, en *RDP*, 1974, pp. 873 y ss.

(17) Así, MASSART, *Contributo alla definizione del concetto giuridico di 'agricoltura'*, en *RDA*, 1974, pp. 312 y ss.

(18) En tal sentido, CASANOVA, *Impresa e azienda*, Torino, 1974, páginas 104-05, nota 3, con referencias.

(19) Inicialmente, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho agrario*, cit., p. 178; últimamente, REIMUNDO YANES, *loc. cit.*, con bibliografía abundante.

(20) El *proprium* de la materia, según DE LOS MOZOS, *El Derecho agrario*, cit., p. 830.

(21) Literalmente, CARROZZA, *La noción*, cit., p. 321 y en *Problema*,

vaciones que, desde una perspectiva crítica, ha formulado Alvarenga recientemente, según las cuales el «ciclo biológico» debe ser entendido como una forma elíptica para aludir de manera sintética al conjunto de procesos biológicos a través de los cuales las plantas y los animales desarrollan su ciclo vital y las expresiones «fuerzas» y «recursos» deben ser tenidas como sinónimas, englobándose la primera en la última (22).

Frente a esta concepción, que ha sido intuida por la doctrina agrarista iberoamericana (23), cabe observar, en primer lugar, que es de naturaleza confesadamente extrajurídica (24), de lo que se infiere que, a pesar del rigor agronómico que pueda tener, bien puede no estar recogida en los textos positivos y ser irrelevante o de poca utilidad para el Derecho, pues, como han observado Nicolò y Vitucci, el concepto jurídico de agrariedad es eficaz únicamente, «si de la presencia de lo agrario deriva un conjunto de efectos coherentes, comprobables a la luz del Derecho positivo, como por ejemplo la aplicabilidad de las normas sobre crédito agrario y la posibilidad de intervenir con los instrumentos comunitarios del sector agrícola» (25). Lo que, en segundo lugar, no se ha estimado adecuado por De los Mozos a los datos normativos que, en el Derecho español en concreto, definen lo agrario (26). En tercer lugar, advierte este mismo autor que, dada la extensión que la agrariedad tiene en nuestro ordenamiento, según veremos seguidamente, tal concepción deja fuera del sistema del Derecho agrario el amplio sector normativo que regula los procesos de transformación y de comercialización de los productos agrarios (27), cada día más importantes de cara al desarrollo de la agricultura (28). En cuarto lugar, tal criterio tipificador del sistema del Derecho agrario es, asimismo, incompleto al no alcanzar a com-

cit., p. 74, simplificadamente, con referencias a la doctrina italiana anterior. *Vid.*, además, SALARIS, *Política agraria comunitaria e 'rilettura dell'art. 2.135 cod. civ.*, en *RDA*, 1976, pp. 73 y ss.

(22) Así, ALVARENGA, *op. cit.*, p. 98, no obstante estar en contra de esta concepción.

(23) *Vid.* referencias en nuestra recensión al volumen *Jornadas*, cit., en *ADC*, 1976, p. 819 y también *A propósito de las primeras jornadas italo-españolas de Derecho agrario*, en *RDA*, 1976, pp. 729 y ss.

(24) Así, IRTI, *Le due scuole*, cit., en *RDA*, 1975, p. 54, nota 185.

(25) En tal sentido, NICOLÒ y VITUCCI, *Sistemática y didáctica del Derecho agrario*, en *Jornadas*, cit., p. 408.

(26) *Vid.* DE LOS MOZOS, *op. ult. cit.*, p. 833.

(27) Así, el propio DE LOS MOZOS, *loc. ult. cit.*; MASRÉVERY, *Derecho Agrario y Justicia Agraria*, Roma, FAO, 1974, p. 8, acierta en este mismo sentido, cuando, al resumir cerca de una veintena de definiciones de Derecho agrario, afirma que su sistema comprende «el parámetro que se extiende desde el régimen de la propiedad de la tierra hasta la comercialización de los productos».

(28) En la medida en que su adscripción a este sistema repercuta económicamente en favor del sector agrícola, en el cuadro actual de la economía capitalista, modificando los términos de intercambio entre éste y los demás sectores de la producción, por la inserción de factores distintos de la racionalidad automática del mercado.

prender uno de los sectores más propios del mismo, a saber, como hemos dicho: el Derecho fundiario, la reforma de las estructuras, la ordenación del territorio, la protección de los recursos naturales (29). Y ello, con el grave riesgo ideológico, de signo conformista, de tender a desviar del centro de tal sistema la cuestión tradicional y a la vez moderna de la reforma agraria (30).

C) Una solución ecléctica.

Con todo, a pesar de estas deficiencias, creemos, sin embargo, que es ajustada a nuestra realidad normativa, como veremos, una solución ecléctica, la que ha predominado, por lo demás, en la doctrina francesa (31) y en la opinión de algunos especialistas de la FAO (32), y según la cual se entiende que, mediante los actos de la producción agraria, se trata de explotar el suelo «al que se pide producir los vegetales (y animales) destinados al desarrollo, a través del juego de las leyes biológicas que el explotante se esfuerza por favorecer, en vista de sacar una ganancia de valor económico y de mercado del producto» (33) y, asimismo, que la actividad económica agrícola se dirige a «extraer una productividad fundada en la *utilización económica de la vida vegetal y animal, a partir del suelo*» (34).

Esta solución ecléctica trata, por consiguiente, de hacer com-

(29) Aparte de otras materias tan importantes como la disciplina de los contratos agrarios, la asociación y la cooperación agrícolas, el Derecho sucesorio agrario, entre otras que menciona DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, para nuestro Derecho.

(30) Análogamente, VECCHIO, *Imprese agricole, tecniche interpretative e sviluppo dell'agricoltura*, en BARCELLONA, *L'uso alternativo del diritto*, II, Roma-Bari, 1974, pp. 159 y ss., bien que en otro contexto.

(31) *Vid.* SAINT ALARY, *op. cit.*, p. 132; COTTON, *Législation Agricole*, París, 1972, p. 8; CHESNÉ, *op. cit.*, p. 104. También, en el Derecho alemán, se inclina en un sentido similar, PIKALO, *La place du droit rural dans l'ensemble du droit*, en *Droit des Affaires*, *cit.*, núms. 01.1 y ss. No disímil es la conclusión a la que llega el propio CARROZZA, *Problemi*, *cit.*, pp. 184-5, según anticipamos, al escribir que “el nombre de ‘agrario’ sería de reservar ahora a una parte solamente del Derecho llamado territorial, la parte dirigida a disciplinar las formas, los límites y las condiciones del disfrute agrícola y forestal del territorio mismo”, si no interpretamos mal el sentido de estas palabras. Por lo demás, nuestro autor ha dado un viraje reciente a favor de esta posición en su trabajo *Risorse notendi e diritto agrario*, en *RDA*, 1977, pp. 659 y ss., siguiendo la línea ecléctica insinuada por CIGARINI, *Agrarietà e territorio*, en *ibidem*, pp. 688 y ss. y por PARLAGRECO, *Notazioni su ‘agrarietà’ e agricultura territoriale*, en *Giu. Agr.*, *cit.* 1975, pp. 199 y ss.

(32) Principalmente, MASRÉVERY, *op. cit.*, pp. 30-32, y ALVARENGA, *op. cit.*, pp. 61 y ss., especialmente, 64-65 y 97 y ss., siguiendo en parte a BALLARÍN MARCIAL, *Derecho Agrario*, 1.^a ed. *cit.*, pp. 280, 281 y 285.

(33) Así, literalmente, MEGRET, *op. ult. cit.*, núm. 60.111. En igual sentido, ALVARENGA, *op. cit.*, p. 100, afirma que lo agrario “sigue residiendo en la relación con el terreno agrícola y el empleo de la energía productiva de la tierra”.

(34) Literalmente, SAVATIER, *Baux Ruraux*, *cit.*, p. 12, subrayado en el texto original.

patibles, el criterio fundiario tradicional y el criterio biológico moderno para definir, si no la agricultura, el concepto más realista y con mayores consecuencias jurídicas de la actividad económica agraria (35). De acuerdo con esta solución, por tanto, serán actividades de naturaleza jurídica agraria aquellos comportamientos económicos, realizados sobre la base física de una finca rústica, que consistan en un conjunto complejo de operaciones dirigidas a desenvolver los procesos biológicos vegetales y animales y, una vez obtenido el resultado, a su transformación y a su comercialización, en los términos que veremos en su momento (36). Comportamientos económicos éstos que tienen, en efecto, un contenido específico y determinado en nuestro Derecho positivo, con entera independencia del grado de industrialización que presente la tecnología utilizada en su realización (37).

3. LOS DATOS NORMATIVOS.

Sabemos que no existe en nuestro Derecho, sin embargo, una norma expresa que defina de forma explícita y positiva la extensión de la actividad agraria típica, como la hay, por ejemplo, en el artículo 2.135 del Código civil italiano vigente (38); pero ello no quiere decir que un concepto de la misma no exista. Por el contrario, de los datos normativos fragmentarios que estudiaremos resulta que «el ámbito de la materia agraria —como ha escrito Bassanelli con validez de carácter general—, o sea, los límites dentro de los cuales la naturaleza agrícola de la actividad económica es relevante para el ordenamiento jurídico es fijado de un modo concreto por el Derecho positivo» (39).

Esta inorganicidad formal hace más palpable todavía en nues-

(35) Así, ya BALLARÍN MARCIAL, *Derecho agrario*, cit., p. 179, pese a que la elasticidad de los términos los hace ver, en ocasiones, como sinónimos; así, ALVARENGA, *op. cit.*, p. 55.

(36) En sentido similar, LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 113, 164, entre otras.

(37) Pese a lo difundido de la concepción contraria, la industrialización técnica no conlleva la mercantilización jurídica, incluso en los Derechos que, como el italiano, han realizado la unidad del Derecho privado en torno a un concepto unitario de empresa; así, la mercantilística italiana reciente, reaccionando contra el prejuicio divulgado por FERRI según señalamos en la nota 9 *supra*, MINERVINI, *L'imprenditore, fattispecie e statuti*, Napoli, 1966, p. 70; GALGANO, *L'imprenditore*, 2.^a ed., Bologna, 1974, pp. 46 y 54; CAVAZZUTI, *Capitale monopolistico, impresa e istituzioni*, Bologna, 1974, p. 42, coincidiendo con la doctrina agrarista italiana, como pone de relieve CARROZZA, *Problemi*, cit., pp. 7-8 y 81-82; e INZITTARI, *Riflessioni in tema di affitto di fondo rustico e schema locativo*, en *RDA*, 1976, pp. 3 y ss., especialmente p. 31.

(38) Cfr. su texto: «Es empresario agrícola quien ejercita una actividad dirigida al cultivo del fundo, a la silvicultura, a la cría del ganado y actividades conexas.—Se reputan conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agrícolas, cuando entran en el ejercicio normal de la agricultura».

(39) Literalmente, BASSANELLI, *Corso*, cit., p. 24.

tro Derecho, lo que se ha observado que ocurre en el sistema del país vecino, el hecho de que no haya en realidad un concepto legal unitario de agricultura, sino que se comprendan en ella los tres subsectores de la economía agraria que revisten una tipicidad social más definida (40), los que son la actividad agrícola, la actividad ganadera y la actividad forestal (41). De estos mismos datos normativos se infiere, por otra parte, que en nuestro Derecho la actividad agraria típica comprende las tres fases habituales del ciclo-productivo de la agricultura, esto es, las de producción, de transformación y de comercialización de los productos agropecuarios obtenidos (42). Y todo ello en conexión con la configuración positiva del concepto de empresa agraria, concepto del que, por razones de orden sistemático, como hemos ya indicado, debemos prescindir aquí por completo (43).

A) El primer dato significativo, aunque de un valor muy relativo, es, en efecto, el contenido en la más antigua referencia de nuestro Derecho a la empresa agraria (44), el artículo 1.3 del Decreto de 16 de febrero de 1932 y en virtud del cual se impusieron ciertas limitaciones a las personas jurídicas extranjeras para adquirir bienes rústicos en territorio español, las que requerían una autorización administrativa previa al efecto; autorización que procedía, únicamente, en el caso de que «los bienes de que se trate de adquirir sean necesarios para la implantación o modificación de un establecimiento o explotación o negocio agrícola, industrial, comercial o minero». No tiene otro valor este precepto, para nuestro objeto, que el de señalar el carácter de actividad económica que en nuestro ordenamiento la actividad agraria presenta,

(40) Así, el propio BASSANELLI, *Dell'impresa*, cit., pp. 406 y ss.

(41) *Vid.*, en tal sentido, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho Agrario*, 1.^a ed. cit., p. 279 y ss.; AMAT ESCANDELL, *La noción jurídica de empresa agraria*, en *REAS*, 57 (1966), pp. 55 y ss.; LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 111 y siguientes, en nuestra doctrina, coincidentes.

(42) Así, DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 833. SOLDEVILLA, *El Asociacionismo Agrario*, Valladolid, 1976, p. 63, adopta un esquema similar para la tipología de las cooperativas agrarias en base a la normativa de la antigua Ley de 2 de enero de 1942 y su reglamento fijado por Decreto de 17 de agosto de 1971.

(43) Para esto, *vid.* DE CASTRO, *op. y loc. cit.*; DE ZULUETA, *La empresa agraria en el Derecho español*, en *Atti primo convegno*, cit., II, pp. 211 y ss.; AMAT ESCANDELL, *op. cit.*, pp. 62 y ss. y 96 y ss.; BALLARÍN MARCIAL, *Formación, concepto y fines de un Derecho agrario de la empresa en España*, ahora en *Estudios*, cit., pp. 94 y ss. y *Derecho Agrario*, 1.^a ed., cit., pp. 243 y ss.; LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 53 y ss. y 63 y ss.; SANZ JARQUE, *op. cit.*, pp. 353 y ss.; otras referencias en VATTIER FUENZALIDA, *Concepto y Tipos de Empresa Agraria en el Derecho Español*, León, 1978, pp. 67 y ss.

(44) Así, igualmente, LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 61. Hay que advertir que en el Derecho común aluden a ella de forma imprecisa los artículos 1.056,2, C. c. y 8,3,2, L. H., entre otros. Según AMAT ESCANDELL, *op. cit.*, pp. 96-7, late, también, en el art. 175,3, C. Com. la idea de la empresa agraria entendida como actividad al señalar que las compañías de crédito pueden tener por objeto empresas de canales, montes, roturaciones y riegos.

carácter económico idéntico al que tienen las demás actividades industriales, comerciales o mineras.

B) Un segundo paso, es el avanzado por la importante legislación especial de arrendamientos rústicos de 1935, que, con sus reformas sucesivas, constituye todavía la nervatura del vigente Decreto de 29 de abril de 1959, que fija el Reglamento de aplicación correspondiente. Con arreglo a su artículo 2, «se considerarán rústicas... las fincas cuyo disfrute o aprovechamiento se ceda para una explotación agrícola, pecuaria o forestal», rusticidad subjetiva de la finca que se fija por su destino al servicio del ejercicio de cualquiera de estas tres clases de actividad agraria típica (45), y tipicidad que, como habíamos anticipado, el texto refiere a las tres subespecies tradicionales de la producción agraria, como son la actividad agrícola, la pecuaria y la forestal (46). Con base en esta norma, se ha podido definir a la empresa agraria acertadamente como «una conjunción de tierra, capital y trabajo de todas clases en unidad de responsabilidad económica ordenada a la obtención lucrativa de productos del campo, agrícolas, ganaderos o forestales» (47).

Este mismo precepto, en su versión reglamentaria, agrega que «se entenderá que las explotaciones son pecuarias o agrícolas, si ambas concurren, según que el aprovechamiento a que predominantemente se dedica la finca sea de una u otra clase; si ninguno de los aprovechamientos fuera preponderante —añade el texto—, la explotación tendrá, a los efectos legales, el carácter de agrícola». Esta norma es importante por dos motivos, pues, de una parte, contempla la posibilidad de lo que la doctrina llama actividades agrarias mixtas y, de otra, porque establece el criterio de la prevalencia para la calificación jurídica de los supuestos en los que las actividades agrarias típicas se presentan combinadas, combinación en la que, con arreglo al mismo, prima el carácter de la actividad más importante, en sentido económico, de las que se realizan en la finca y en la que, si no hay prevalencia alguna, el texto presume que predomina el carácter agrícola sobre los demás, incluida la actividad forestal, bien que no se mencione expresamente en este inciso (48).

C) Nuevos elementos agrega la disciplina mercantil en la determinación de la tipicidad en examen. De una parte, el artículo 326.2 del Código de comercio excluye de la mercantilidad a «toda la economía agraria» comprendiendo, además del cultivo agrícola

(45) Así, REIMUNDO YANES, *op. cit.*, pp. 975, nota 5 y 1009-10.

(46) Adviértase que el texto, proveniente del art. 2, Ley de 1935, se anticipa en una década al art. 2.135, *Codice civil*, que transcribimos en la nota 38 *supra*.

(47) Así, literalmente, MARTÍN SÁNCHEZ-JULIÁ, *La empresa agraria. Su caracterización económica, social y jurídica*, en *La Empresa*, Madrid, 1962, p. 196, según refiere AMAT ESCANDELL, *op. cit.*, p. 65, nota 25.

(48) Propone esta misma interpretación LUNA SERRANO, *op. cit.*, página 114.

y de la ganadería, a la horticultura, la floricultura y la actividad forestal, pues la autoridad de Garrigues ha escrito con razón «que el agricultor que habitualmente vende sus cosechas con propósito de lucro no puede llegar a adquirir nunca la calidad de comerciante», aunque revenda el ganado y realice la venta de productos elaborados, siempre que «sea una consecuencia de una empresa de transformación y venta de productos» (49), criterio que ha influido decisivamente en la jurisprudencia (50). De otra parte, el artículo 124 del mismo Código excluye de la mercantilidad, asimismo, a las sociedades cooperativas cuyo objeto social sea el ejercicio de actividades agrarias típicas (51).

D) Lo mismo se puede apreciar en la normativa fiscal, que, en el artículo 34 del Decreto de 23 de julio de 1966, que fija el texto refundido de la contribución territorial rústica, alude a la extensión de la actividad agraria típica a tales efectos, al declarar que «se considerará como una sola explotación el conjunto de cabezas de ganado o cualquiera extensión de terreno aunque esté compuesto por varias parcelas, linden o no entre sí, siempre que uno y otras constituyan una unidad orgánica que, en forma técnicamente autónoma, tenga por objeto la producción ganadera, agrícola o forestal, cuyos riesgos se asuman por la persona o entidad que las realiza». Texto éste que es lo suficientemente expresivo como para eximirnos de todo comentario.

E) Y similar es, también, la claridad con que es definida la tipicidad de la agricultura en el Derecho laboral, pues, según prescribe el artículo 4 del Decreto de 23 de julio de 1971, que fija el texto refundido del régimen especial de la seguridad social agraria, se presume que son «labores agrarias» las «agrícolas, forestales o pecuarias» que se desarrollen «dentro del territorio nacional».

F) Una mayor sensibilidad para diferenciar las diversas fases internas del ciclo productivo agrario se halla, en cambio, en las normas dirigidas a reprimir la competencia desleal, ya que conforme con el artículo 4.4 de la Ley de 20 de julio de 1963, que regula la materia, tales normas no se aplican «a los acuerdos y prácticas de los empresarios agrícolas, de asociaciones de éstos o de Federaciones de estas asociaciones, en la medida en que, sin llevar aneja la obligación de aplicar un precio determinado, se refieran a la producción o a la venta de productos agrícolas o ganaderos, o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, de manipulación o de transformación de productos agro-

(49) *Vid. GARRIGUES, Curso de Derecho Mercantil*, 7.^a ed. revisada por BERCOVITZ, Madrid, 1976, pp. 298-99. También, RUBIO, *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona, 1970, pp. 549-550; categóricamente, BROSETA PONT, *La Empresa*, cit., p. 260 y ss.

(50) Así, la reciente S. de 14-V-1971. Para esto, el trabajo documentado de VICENT CHULIÁ, *Delimitación del concepto de compraventa mercantil*, en *RCDI*, 1974, p. 75 y ss., por todos.

(51) Igualmente, LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 55.

pecuarios». La importancia de este precepto radica, a nuestro modo de ver, en que contiene una referencia expresa a las actividades conexas a la producción de tales productos, al señalar como fases posteriores a la misma las correspondientes a las operaciones técnicas de enajenación, manipulación, almacenaje y transformación, con entera independencia del carácter de la conexión que debe existir entre éstas y aquélla.

G) Y una referencia genérica, esta vez con la designación precisa de «actividades conexas», encontramos en la disposición final 5.^a de la Ley general de cooperativas de 19 de diciembre de 1974, pero sin que este precepto determine el contenido ni el criterio de conexión de las mismas (52).

H) La normativa especial de reforma y desarrollo agrario, en fin, si bien parece presuponer el contenido típico de la actividad agraria de producción (53), es bastante más explícita por lo que a las actividades conexas se refiere. Así, el artículo 6 de la Ley de reforma y desarrollo agrario fijada por el Decreto 118/1973, de 12 de enero, atribuye al LRYDA, para el cumplimiento de sus fines, la facultad de «conceder auxilios técnicos y económicos adecuados para la capitalización de las empresas (y) para las instalaciones de industrialización y comercialización de productos agrarios», lo que nos da una idea clara del énfasis que la Administración quiere poner en la promoción de estas actividades (54). Y las normas administrativas que tienen por objeto regular el mercado agrícola parecen desdoblar estas mismas actividades conexas en las operaciones de tipificación, normalización, almacenamiento, conservación, industrialización y comercialización de los productos agropecuarios (55), cadena de operaciones que, por ejemplo, la disciplina de las asociaciones de productores agrarios reduce a las de tipificación, transformación y comercialización (56).

Así, pues, la tipicidad de lo agrario presenta en nuestro Derecho positivo dos perfiles, uno estructural y otro funcional. Con arreglo al primero, la actividad agraria comprende, según dijimos, la actividad agrícola, la ganadera, la forestal y la mixta, mientras que, de acuerdo con el segundo, se extiende a las fases de producción, de transformación y de comercialización. En suma, la actividad agraria

(52) Para esto, nos permitimos remitir a nuestro estudio *Causa y tipo en las cooperativas agrarias*, en *RDP*, 1978, pp. 989 y ss. y allí bibliografía.

(53) Cfr. art. 2.1, LRYDA proveniente del art. 1, Ley de fincas y comarcas mejorables de 21 de julio de 1971.

(54) Proviene este precepto del art. 2.1, Ley 35/1971, de 21 de julio, por la que se creó el LRYDA. Desarrollan este punto los arts. 280 y ss. LRYDA.

(55) Cfr. art. 2.I.d y e, Ley 26/1968, que instituye el FORPPA y el art. 4.2.b y c, Decreto-Ley 17/1971, que, al reestructurar el Ministerio de Agricultura, las atribuye al SENPA.

(56) Cfr. arts. 1 y 2.1, Ley 29/1971, sobre las mismas.

ria típica en nuestro Derecho consiste, como ha escrito Luna Serrano, «en el aprovechamiento económico de los bienes agrarios» (57).

Bien es verdad que los datos normativos descritos, sin embargo, son de una generalidad excesiva y no nos proporcionan antecedente alguno que nos permita inferir el concepto legal acerca del contenido típico de cada una de estas actividades y operaciones, ni precisar el carácter de la relación de conexión que ha de existir entre unas y otras, así como, tampoco, el nexo que ellas han de tener con la finca rústica en la que la actividad agraria se desarrolle. Esta materia queda entregada, por tanto, a la construcción dogmática libre de la doctrina científica y jurisprudencial, de forma similar a lo que ocurre con frecuencia en el Derecho comparado (58), doctrina a la que corresponde, así, la tarea delicada de delinear la noción compleja de agrariedad, a través de la determinación de su contenido económico y social.

4. LAS ACTIVIDADES DE PRODUCCIÓN

Con arreglo a lo expuesto, hay cuatro clases de actividad agraria de producción, las que son las de naturaleza agrícola, ganadera, forestal o mixta, actividades que la doctrina acostumbra a llamar esenciales, primarias o cualificadoras de la empresa agraria en el género común de la empresa (59).

A) *La actividad agrícola.*

En estricto sentido técnico, entonces, la actividad agrícola es aquella mediante la cual se lleva a cabo el proceso de producción vegetal, o cultivo de las plantas, en el sentido literal de la palabra. Entiende la doctrina más reciente que el cultivo agrícola es «el conjunto único e inescindible del ciclo de trabajos desarrollado por el agricultor para obtener productos inmediatos y directos de la tierra» (60) y que, en su esencia, se trata del «disfrute por obra

(57) Literalmente, LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 111. En sentido similar, ALVARENGA, *op. cit.*, p. 99, con validez de carácter general.

(58) Para su estado actual, *vid.* KROESCHELL, *Was ist Agrarrecht?*, en *Recht der Landwirtschaft*, 1965, pp. 277 y ss.; PIKALO, *L'exploitation agricole*, *loc. cit.*; SAINT ALARY, *op. cit.*, pp. 131 y ss.; MEGRET, *La nature de l'activité agricole*, *loc. cit.*; CHESNÉ, *op. y loc. cits.*; GIUFFRIDA, *op. cit.*, pp. 551 y ss.; RONGA, *op. cit.*, pp. 949 y ss. y allí referencias; ROMAGNOLI, *Dell'impresa agricola*, en *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, a cargo de NICOLÒ y STELLA RICHTER, Milano, 1973; CARROZZA y ROMAGNOLI, *L'orientamento attuale del diritto agrario*, en *RDA*, 1974, pp. 741 y ss.; CARROZZA, *Problemi*, *cit.*, pp. 70 y ss. En nuestra doctrina sobre el punto, AMAT ESCANDELL, *op. cit.*, pp. 65 y ss.; LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 111 y ss.

(59) Así, por todos, GIUFFRIDA, *op. cit.*, p. 551; en nuestra doctrina, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho Agrario*, 1.^a ed., *cit.*, pp. 279 y ss. y LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 112-13.

(60) Literalmente, el propio GIUFFRIDA, *op. y loc. ult. cit.* También, BASSANELLI, *Dell'impresa*, *cit.*, p. 410.

del hombre de la energía genética» de la misma (61), disfrute que se realiza a través del juego de las leyes biológicas teniendo como base o soporte físico el suelo (62). «Esa tierra —ha precisado, en efecto, Ballarín Marcial en nuestra doctrina— es aquella que se destina a la producción de un beneficio mediante la transformación de sus sustancias químicas en organismos vivos de plantas o animales, controlados por el hombre agricultor en su génesis y crecimiento» (63).

Este cultivo de productos vegetales ha sido, como se sabe, la actividad más característica de lo agrario, hasta el extremo de que hoy en día los agraristas italianos modernos llegan a identificarlo con el concepto mismo de agricultura y extienden con acierto el cultivo a la ganadería, la que no sería sino una subespecie del mismo dirigida a la obtención de productos animales (64). De esta manera, pues, la actividad agrícola y la actividad ganadera han de ser consideradas estructuralmente idénticas, diferenciándose solamente por la naturaleza vegetal o animal, respectivamente, del *produit naturel*, como decía hace más de veinte años Saint Alary, resultante de cada una de ellas (65).

Cualquiera que sea la modalidad tecnológica empleada en el cultivo del fundo destinado al ejercicio de la actividad agrícola y la clase de los productos vegetales obtenidos, siempre serán éstos de naturaleza jurídica agraria, sin que quepan distinciones (66), sea que tales productos se usen posteriormente en la alimentación humana o animal, sea que se destinen a otros procesos de consumo intermedio de tipo industrial o medicinal (67). Hay acuerdo en la doctrina en entender, sin embargo, que no toda industria primaria realizada en el fundo, a cuyo género pertenece la actividad agrícola por utilizar recursos naturales directamente o sin fases previas de transformación, es de carácter agrario, pues no se comprende en ella a la actividad minera ni a cualquier otra actividad económica extractiva, ya de superficie, ya de profundidad (68). Y ello, bien porque en tales actividades extractivas no hay propiamente una actividad de transformación, cultivo o pro-

(61) *Vid.* GALGANO, *op. cit.*, p. 53; en contra, CARROZZA, *Problemi*, *cit.*, p. 80.

(62) Así, MEGRET, *Le droit agraire français. Vue synthétique*, en *Droit des Affaires*, II, 1968, núm. 60.111.

(63) *Vid.* BALLARÍN MARCIAL, *Derecho agrario*, *cit.*, p. 179; coincide, LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 113.

(64) *Vid.* CARROZZA, *La noción*, *cit.*, p. 312 y, con mayores desarrollos, *Problemi*, pp. 31 y ss., 51 y ss. y 74 y ss., especialmente, p. 80. Una buena síntesis del argumento, en MAGNO, *op. cit.*, pp. 210-13.

(65) Así, literalmente, SAINT ALARY, *op. cit.*, p. 132.

(66) En tal sentido, LONGO, *Profili di diritto agrario*, Torino, 1952, pp. 183 y ss.; CARRARA, *I contratti agrari*, 3.^a ed., Torino, 1954, pp. 458 y ss., sin considerar la hipótesis de la agricultura sin tierra.

(67) Igualmente, MEGRET, *La nature de l'activité agricole*, *loc. cit.*

(68) Cfr. art. 2.3.b, RAR de 1959.

ducción (69); bien porque existe un simple disfrute pasivo de tales recursos territoriales (70); bien porque no se da en ellas la concurrencia de un ciclo biológico (71); bien porque no configuran una «especulación biológica», como ha afirmado Megret recientemente (72). No obstante, se ha entendido que el uso de las aguas minerales y la utilización de las mismas como fuente de energía hidroeléctrica serían actividades agrícolas (73), opinión aislada que no podemos acoger por cualquiera de las razones expuestas (74).

La naturaleza de la plantas o del producto vegetal obtenido, según dijimos, no parece incidir en la calificación jurídica de la actividad económica realizada, ya que la doctrina ha terminado por uniformarse entendiendo que son agrícolas, en sentido estricto, la horticultura, la fruticultura y la floricultura (75), así como el cultivo del tabaco (76), de hongos (77), de champiñones en especial (78) y de algas (79) y, también, el cultivo de plantas llevado a cabo en viveros (80). Se ha discutido, en cambio, la naturaleza de la jardinería, pero ello es debido, más que a dudas acerca de su agrariedad, a causa de que, estadísticamente hablando, es poco frecuente que tal actividad agrícola dé lugar al ejercicio de una empresa agraria en sentido técnico (81). Los criterios formulados por la doctrina resuelven, a nuestro juicio, el problema, debiéndose distinguir varias hipótesis, a saber: a) la jardinería ejercida con «una simple finalidad recreativa o de ornato» no es una actividad económica verdadera ni, *a fortiori*, agraria (82); b) desarrollada con profesionalidad, en cambio, en fundo propio o ajeno, genera una empresa agraria (83); c) realizada por empresario especializado-

(69) Así, DE SEMO, *Corso di diritto agrario*, Firenze, 1937, p. 23; GALGANO, *op. cit.*, pp. 44 y ss.; LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 112-13.

(70) En tal sentido, GIUFFRIDA, *op. cit.*, p. 551.

(71) Conforme con la tesis de la agrariedad biológica.

(72) Literalmente, MEGRET, *op. y loc. ult. cit.*

(73) Así, SAINT ALARY, *op. cit.*, pp. 136-7, nota 5.

(74) En este mismo sentido, ALVARENGA, *op. cit.*, p. 92, recientemente.

(75) Así, ARCANGELI, *Agricoltura e materia di commercio*, en RDA, 1931, pp. 403 y s., inicialmente y GIUFFRIDA, *op. cit.*, pp. 551 y LUNA SERRANO, *loc. ult. cit.*, últimamente.

(76) Para esto, RONGA, *op. cit.*, p. 958.

(77) *Vid.* referencias en RONGA, *op. cit.*, p. 958-9.

(78) Y, además, las llamadas pépinières, según MEGRET, *loc. cit.*, con base en el art. 861, *Code rural*.

(79) Así, MAGNO, *op. y loc. cits.*; CARROZZA, *Problemi*, p. 86, nota 48.

(80) Lo admitía, así, ya ARCANGELI, *op. y loc. cits.*; recientemente ROMAGNOLI, *Dell'impresa*, *cit.*, pp. 367 y ss. En nuestra doctrina, igualmente, BALLARÍN MARCIAL *Derecho Agrario*, *cit.*, p. 278, siempre que tales viveros no sean de almacenaje o conservación solamente. Sin embargo, CARROZZA, *Problemi*, *cit.*, pp. 86-7, habla de recuperar esta actividad para la materia agraria.

(81) *Vid.* en nuestra doctrina, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho agrario*, *cit.*, p. 180-1 y *Derecho Agrario*, *cit.*, p. 282.

(82) Así, LUNA SERRANO, *loc. cit.*

(83) En tal sentido, CICU y BASANELLI, *Corso di diritto agrario*, Milano, 1943, pp. 35 y ss., si bien BASSANELLI, *Dell'impresa*, *cit.*, p. 412,

en ella, constituye una actividad de servicios de tipo mercantil (84). En consecuencia, aún cuando el carácter empresarial de la jardinería sea en determinados supuestos difuso, nada impide su calificación de actividad agraria por cuanto consiste, sin duda alguna, en la manipulación de procesos biológicos sobre la base de las sustancias nutritivas radicadas en la tierra, distinguiéble cuantitativamente tan solo de la floricultura (85).

Una distinción similar hay que hacer, a nuestro juicio, para calificar la naturaleza jurídica de la actividad mejoraticia (86); esto es, hay que distinguir el problema de su empresariedad y el del carácter agrario o no que, en nuestro Derecho, le corresponde, entendiéndose por tal actividad aquella dirigida a la introducción de mejoras en el proceso de cultivo (87), de mejoras fundiarias (88) y de mejoras agrarias o agrícolas, integrales o no, en sentido técnico (89).

En relación con el primer problema, debemos advertir que no da lugar a una empresa la actividad mejoraticia que realiza el titular de una explotación agrícola para constituirla y organizarla, pues no existe todavía la empresa agraria propiamente tal (90); tampoco, cuando es hecha por terceras personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, extrañas al cultivo (91) o ligadas a él tan sólo con fines demostrativos (92). Por el contrario, tiene un carácter empresarial perfecto en la hipótesis de que sea realizada por el empresario como labor de preparación y de sistematización inherente a la organización y funcionamiento de la explotación entiende que, aunque es una actividad de cultivo, no genera una empresa. Como en el texto, GIUFFRIDA, *loc. cit.*, siguiendo a LONGO, *op. ult. cit.*, pp. 187 y ss.

(84) Así, GIUFFRIDA, *loc. cit.*, explícitamente.

(85) En tal sentido, MAROI, *Lezioni di diritto agrario*, Roma, 1958, p. 92.

(86) Para su configuración dogmática, CARROZZA, *I miglioramenti*, *cit., passim*, trabajo en el que el autor recoge estudios anteriores sobre el mismo tema; LUNA SERRANO, *Las mejoras fundiarias rústicas*, *loc. cit.* y, para otras referencias, nos permitimos remitir a nuestra tesis doctoral, *Las mejoras en el Arrendamiento Rústico. Estudio de Derecho comparado*, Salamanca, 1978.

(87) Aparte de las referencias señaladas en la nota anterior, son de interés las observaciones que respecto a éstas hacen SAINT ALARY, *op. cit.*, pp. 137-8 y BALLARÍN MARCIAL, *Derecho Agrario*, *cit.*, p. 287.

(88) Para éstas, DE LOS MOZOS, *Presupuestos para una reforma de los arrendamientos rústicos en el Derecho español*, en *RDA*, 1975, pp. 453 y ss., especialmente pp. 489-91, últimamente.

(89) Para esta clase de mejoras, *vid.* CARROZZA, *Linee di una teoria dei miglioramenti 'agrari'*, en *Atti prima assamblea di diritto agrario*, II, Milano, 1962, pp. 115 y ss.; LUNA SERRANO, *op. ult. cit.*, pp. 80-82 y VATIER FUENZALIDA, *La financiación de las mejoras integrales*, en *RGLJ*, 1978, pp. 509 y ss.

(90) En tal sentido, GALGANO, *op. cit.*, p. 60, por todos.

(91) Coincidem sobre el punto, GALGANO, *loc. cit.* y GIUFFRIDA, *loc. cit.*

(92) Como en el supuesto de las Empresas Nacionales de Transformación Agraria, previstas en el art. 160 LRYDA. Para esto, BALLARÍN MARCIAL, *La empresa pública agraria*, ahora en *Estudios*, *cit.*, pp. 349 y siguientes.

agrícola ya formada y constituida previamente por él (94), sea que la realice individualmente, sea que lo haga a través de entidades colectivas formadas por agricultores y cualesquiera que sea la estructura de su organización (95). No nos parece válido, por consiguiente, el argumento según el cual, si tal empresa colectiva tiene personalidad jurídica, la actividad mejoraticia que ella realice, por ser imputable a un sujeto distinto de los empresarios que la forman, perdería su carácter agrario y se convertiría en mercantil (96). Antes bien, si esta empresa agraria colectiva no es mercantil por su «forma» (97), su objeto social será siempre una actividad agraria típica y esto con tanta mayor razón cuanto que el autor que así argumenta admite, con la doctrina mayoritaria, que tal quiebra en la calificación jurídica no se presenta en el supuesto del empresario agrícola individual (98).

Y con respecto al segundo problema, nos limitamos a consignar aquí que nuestra doctrina (99), los criterios de nuestra jurisprudencia laboral (100) y los datos normativos más recientes (101) están completamente de acuerdo en considerar que la naturaleza jurídica de la actividad mejoraticia es agraria, lo que, a nuestro juicio, no parece admitir duda alguna (102), toda vez que, realizada

(94) Así, BASSANELLI, *Dell'impresa*, cit., pp. 413-14; MAROI, *op. cit.*, p. 58; GIUFFRIDA, *loc. cit.*

(95) Así, ya ARCANGELI, *Istituzioni di diritto agrario*, Roma, 1936, p. 22, nota 11, para el supuesto de los consorcios. Un ejemplo similar, en nuestro Derecho, es el de los arrendamientos forzados colectivos previstos en el art. 158.1, primero, LRYDA, para el que puede verse nuestro estudio *La elasticidad del derecho de propiedad en los planes de mejora realizados mediante arrendamiento forzoso en el Derecho agrario español*, en *RCDI*, 1976, pp. 83 y ss.

(96) Lo recoge todavía GIUFFRIDA, *op. cit.*, p. 552, nota 8; argumento que generaliza BASSANELLI, *Corso*, cit., pp. 48-50.

(97) Argumento *ex art. 1.670, C. c., a sensu contrario*.

(98) Así, el propio GIUFFRIDA, *op. cit.*, pp. 551-2, nota últ. cit.

(99) *Vid.* en tal sentido BALLARÍN MARCIAL, *Derecho agrario*, cit., p. 181 y *Derecho agrario*, cit., p. 287, y LUNA SERRANO, *Las mejoras*, *loc. ult. cit.*, y *Para una construcción*, cit., p. 118, por todos.

(100) Por ejemplo, las SS. (Sala VI) de 25-IV-1969; 9-III y 4-VI-1970, entre otras.

(101) Como la disciplina de las fincas y de las comarcas mejorables que, introducida por la Ley 27/1971, de 21 de julio, recogen hoy los artículos 140 y ss. y 256 y ss., LRYDA. Ultimamente, también, el Decreto 2.565/1975, de 16 de octubre, sobre ayudas para la mejora integral de las explotaciones agrarias y de los sistemas de producción, desarrollada por la Orden (Agricultura) de 30 de marzo de 1976, confirma el carácter agrario de la actividad mejoraticia en el Derecho positivo español.

(102) Así, ALVARENGA, *op. cit.*, p. 67, recientemente. Aunque esta actividad agraria puede no ser empresarial, como dijimos, no parece acertada la tesis elaborada por la doctrina italiana en el sentido de que se trate de una actividad agraria por conexión atípica, como entienden MILANI, *Attività ausiliaria all'agricoltura: in particolare la bonifica del privato e quella del consorzio*, en *RDA*, 1967, pp. 565 y ss.; SCALINI, *L'impresa agraria e contratti agrari*, Torino, 1968, p. 638; RONGA, *op. cit.*, pp. 968-9, con otras referencias; GIUFFRIDA, *op. cit.*, pp. 553-54, entre otros, sino, como ha puesto de relieve otro sector de la doctrina, que es

en la finca rústica, en el *fundus instructus* o en la explotación agrícola propiamente tal, está ligada por su causa estructural y funcionalmente con el ejercicio de otras actividades agrarias típicas (103).

Pero esta incongruencia entre la extensión de la actividad agraria típica y la tipicidad, más restringida que aquélla, que corresponde en nuestro Derecho a la empresa agraria, tiene dos consecuencias dogmáticas de importancia que conviene destacar. De una parte, esto demuestra la insuficiencia del criterio biologista para definir con carácter exclusivo lo agrario por cuanto caben actividades agrarias típicas que, siendo tales, no «manejan la vida» (104) directamente, por lo menos y, de otra, esto mismo viene a servir como punto de partida para formular la hipótesis de la agricultura no empresarial en nuestro Derecho, según lo señalaremos brevemente más adelante, hipótesis de la que se infiere que el Derecho agrario no es el Derecho de la empresa agraria únicamente, sino que su sistema es más amplio que la pura disciplina de la de ésta (105).

Finalmente, debemos plantearnos en relación con el cultivo agrícola, en particular, el problema de si puede ser calificado de agrario, en los supuestos en los que la tecnología en él empleada prescinda de la tierra. Sabemos ya que la tecnología moderna ha desarrollado, en efecto, lo que hemos llamado agricultura artificial, que, utilizando o no la mediación de la tierra, manipula las sustancias nutritivas y regula la temperatura, la humedad o la luz con el propósito de acelerar o de aumentar el grado de control sobre el ritmo de producción y de reproducción de los seres vegetales, lo que le permite prescindir de la finca en el ejercicio de la actividad económica dirigida a la obtención de tales productos y suprimir, significativamente, los riesgos ambientales que la agricultura tradicional todavía implica (106). Y ello, principalmente, mediante la sustitución de los cultivos fundiarios por otros expe-

una actividad económica esencialmente agrícola; así, GALGANO, *op. cit.*, p. 60, por todos.

(103) Por una parte, no caben en nuestro Derecho las actividades conexas atípicas, como veremos *infra* y, por otra, es esta relación causal con la productividad lo que tipifica a las mejoras en el género de los agregados o añadidos de cosas, según ha demostrado CARROZZA, *Addizioni costituenti miglioria e addizioni improduttive nell'azienda agraria*, en *RDA*, 1959, pp. 429 y ss. e *I miglioramenti*, *cit.*, pp. 167 y ss., especialmente pp. 321-22.

(104) Literalmente, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho agrario*, *cit.*, p. 179. Igualmente, MEGRET, *op. últ. cit.*, núm. 60.111 habla de "dejar actuar las leyes biológicas".

(105) Para esto, por ahora, CARROZZA, *Teoria generale del diritto agrario*, en *RDC*, 1973, pp. 238 y ss., y *Problemi*, *cit.*, pp. 1 y ss. y, especialmente, pp. 42 y ss.

(106) Para esto, por ahora, CARROZZA, *Teoria generale del diritto cit.*, pp. 305 y ss. y *Problemi*, *cit.*, pp. 60 y ss.; CASANOVA, *Impresa e azienda*, *cit.*, pp. 104-05, nota 3; GALGANO, *op. cit.*, pp. 54-55; ALVARENGA, *op. cit.*, pp. 76 y ss.

rimientos de tipo hidropónico y heliopónico, como hemos indicado precedentemente (107).

De acuerdo con la tesis sustentada por Carrozza la respuesta ha de ser afirmativa con apoyo tanto en el concepto de ciclo biológico que define, a su juicio, el fundamento y extensión de lo agrario (108), como en el hecho cierto de que la técnica utilizada en las labores agrícolas es jurídicamente irrelevante, como lo hemos mostrado antes (109).

En favor de esta tesis se argumenta, además, que, por ser esta nueva tecnología de fecha reciente, no ha podido ser acogida todavía en los textos normativos, por lo que su omisión en los mismos no significa, necesariamente, que nuestro ordenamiento la excluya del concepto jurídico de agricultura (110). En segundo lugar, se arguye que esta agricultura artificial no elimina totalmente los riesgos ambientales de la producción agrícola, sino que se limita a reducirlos y a sustituirlos por otros de naturaleza microbiológica que hacen igualmente inciertos los resultados de la producción (111). Por último, se esgrime una razón sistemática según la cual no sería lógico que productos idénticos tuvieran una naturaleza jurídica distinta por la tecnología diversa empleada en su obtención, motivo por el que los resultados de la agricultura artificial han de ser considerados de carácter agrario, tal como los de la agricultura tradicional (112). Pueden ser considerados a favor de esta tesis, en fin, el hecho de que la doctrina mercantilista italiana esté dividida frente a este punto (113) y el de que haya tenido en nuestra doctrina una recepción favorable, bien que todavía poco definida e indecisa (114).

Pero ninguno de estos argumentos parecen ser del peso suficiente como para desvirtuar las razones que abonan la opinión contraria, que es por la que nos inclinamos (115). En efecto, es innecesario casi recordar la cantidad abundante de preceptos po-

(107) Desarrollados a partir de la segunda guerra mundial, están todavía en una fase experimental, como reconoce expresamente MAGNO, *op. cit.*, p. 208, nota 4. Adviértase que la técnica de los plásticos a la que alude ÁLVARENGA, *op. cit.*, pp. 80 y ss., puede no prescindir de la tierra necesariamente.

(108) Así, CARROZZA, *La noción*, *cit.*, pp. 312 y ss.

(109) El propio CARROZZA, *Problemi*, *cit.*, pp. 82-4, explícitamente.

(110) Así, CASANOVA, *op. cit.*, p. 105, nota 3. Aunque este argumento es formulado por GALGANO, *op. cit.*, pp. 54-55, este autor lo considera irrelevante por cuanto hay que entender, a su juicio, que las referencias legales al fondo lo son en el sentido amplio de "naturaleza". Así opinaba también SAINT ALARY, *op. cit.*, p. 130.

(111) Coincidén, MAGNO, *loc. cit.* y CASANOVA, *loc. cit.*, en tal sentido.

(112) *Vid.*, nuevamente, las referencias de la nota anterior.

(113) Así, a favor, CASANOVA, *loc. cit.*; en contra, GALGANO, *loc. cit.*

(114) *Vid.* LUNA SERRANO, *op. ult. cit.*, pp. 59, 85 y 112 y REIMUNDO YANES, *op. cit.*, pp. 996-97, quienes tienden a coincidir pero apoyados más en la observación empírica que en la argumentación jurídica.

(115) En lo que nos place secundar el criterio de nuestro maestro, el profesor DE LOS MOZOS, *El Derecho agrario*, *cit.*, p. 833.

sitivos que en nuestro Derecho exigen una finca rústica como base de la explotación agrícola (116), sin que quepa prescindir de ella aun cuando sea un mero soporte o «sostén» de la misma (117), o de las plantas (118), o un simple receptáculo de las sustancias químicas que éstas emplean en su génesis, desarrollo y reproducción (119). En segundo lugar, si bien el grado de racionalidad tecnológica utilizado en el proceso productivo es indiferente para la calificación jurídica del mismo, según hemos dicho, opinión que en nuestra doctrina no es compartida, por lo demás, con unanimidad (120), no lo es, a nuestro modo de ver, hasta el extremo de desvirtuar la *ratio legis* de privilegio que está en la base de la disciplina especial de la actividad agrícola por contraposición con las actividades industriales y mercantiles, según pone de relieve el distinto régimen de responsabilidad al que una y otras se encuentran sometidas (121). En tercer lugar, si lo que justifica este trato de favor es el llamado doble riesgo agrícola (122), disminuido el riesgo ambiental, no parece lógico extenderlo a la agricultura artificial (123). En cuarto lugar, el argumento sistemático indicado, no parece convincente porque no es más que un argumento mercereológico, irrelevante en el plano de dogmático y en el de la realidad económico-social, en la que la agricultura artificial ha de ser calificada, ciertamente, como una actividad industrial (124). En quinto lugar, el argumento de texto que hemos señalado no es efectivo en nuestro Derecho, por lo menos, por cuanto existen en él dos hipótesis en las que nuestro ordenamiento entiende que hay actividad agraria y en las que se prescinde, al mismo tiempo, de la finca rústica; una es la hipótesis de la ganadería independiente que contempla la normativa fiscal (125) y otra, la de los accidentes de

(116) Para esto, por todos, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho agrario*, cit., pp. 263 y ss. y 279 y ss.

(117) Así, el propio REIMUNDO, YANES, *op. cit.*, pp. 991, 996 y 997 y siguientes, especialmente p. 1002, con bibliografía bien seleccionada.

(118) *Vid.* MASSART, *op. cit.*, pp. 328, 331, 334 y 335, etc.

(119) Análogamente, GALGANO, *op. cit.*, pp. 54-55; ALVARENGA, *op. cit.*, p. 98.

(120) En contra, como lo hemos señalado, *supra*, se manifiesta LUNA SERRANO.

(121) Argumento defendido, principalmente, por GALGANO, *loc. cit.* Se sabe, en efecto, que el ejercicio de la empresa agraria está sujeto al régimen normal de responsabilidad civil, en tanto que las empresas que desarrollan una actividad industrial o comercial se hallan sometidas al régimen del concurso, suspensión de pagos y quiebra. Reflejan también un trato de favor a la actividad agraria el hecho de que los empresarios agrícolas no estén sujetos en nuestro Derecho a un régimen de registro ni a la obligación de llevar contabilidad, como los empresarios mercantiles, salvo a efectos fiscales.

(122) Así CHESNÉ, *op. cit.*, p. 104, últimamente, aludiendo, además, a la doble rigidez, técnica y económica, que afecta a la actividad agrícola.

(123) En este sentido, el mismo GALGANO, *loc. cit.*

(124) Igualmente, ALVERENGA, *op. cit.*, pp. 99-100, para esto último. En nuestra doctrina, BALLARÍN MARCIAL, *ops. y locs. cits.* nota 99 *supra*.

(125) Cfr. 15, Decreto 2.330/1966, 23 julio, que hemos referido an-

trabajo *in itinere* (126). Pero ninguna de ellas tiene la generalidad suficiente como para indicar un cambio en el principio general que exige la presencia del fundo, sino que, por el contrario, son de naturaleza claramente excepcional. En sexto lugar, por último, tampoco parece convincente, por los peligros que ello encierra, la propuesta formulada por Alvarenga, recientemente, en orden a considerar el cultivo agrícola artificial como una actividad agraria por analogía, por cuanto ésta podría extenderse indefinidamente (127). Y todo esto, sin perjuicio de las argumentaciones que hemos presentado antes, con carácter general. Por tanto, la actividad agrícola sin tierra ha de calificarse, en el estado de desarrollo normativo actual de nuestro Derecho, como una actividad no agraria (128).

B) *La actividad ganadera.*

No obstante lo anterior, acierta la tesis del criterio biologista cuando pone de relieve que la cría del ganado es, en última instancia, la misma actividad que la agrícola por cuanto, como lo hemos anticipado, consiste igualmente en el cultivo de seres animales (129). Esta subespecie de actividad agraria presenta, sin embargo, una conexión más elástica con el fundo, como lo revela, según sabemos, alguno de los datos normativos escasos con que contamos, debido quizá al peso de la tradición de la transhumancia (130).

tes: "1. El ejercicio de la actividad ganadera independiente será gravado, igualmente, en la cuota fija de esta Contribución (territorial rústica). 2. A efectos de la misma se estimará actividad ganadera independiente al conjunto de cabezas de ganado que se encuentre comprendido en alguno de los casos siguientes: a) que paste o se alimente fundamentalmente en tierras que no sea explotadas agrícola o forestalmente por el dueño del ganado; b) el estabulado fuera de las fincas rústicas; c) el transhumante o trasterminante; y d) aquel que se alimente fundamentalmente con piensos no producidos en la finca en que se críe".

(126) Cfr. arts. 42,2, Reglamento General de Seguridad Social de 23 de febrero de 1967 y 31,4, Decreto 23 de julio de 1971, que fija el texto refundido del Régimen Especial de la Seguridad Social Agraria. Para esto, ALONSO OLEA, *Principios cardinales de la Seguridad Social Agraria*, en *Problemática Laboral de la Agricultura*, cit., p. 267 y ss., últimamente.

(127) Así, ALVARENGA, *op. cit.*, p. 101; sin embargo, el mismo autor es consciente de los peligros que ello implica, como lo revela su pregunta por el punto de ruptura entre las actividades agrarias e industriales, en pp. 99-100.

(128) El obstáculo a la mercantilidad que podría significar el artículo 326,2, C. com. que hemos estudiado *supra*, según sugiere REIMUNDO YANES, *op. cit.*, pp. 991, texto y nota 77, 996-97 y 1001, texto y nota 109, no parece decisivo por cuanto se limita a la ganadería independiente únicamente, precepto al que hay que dar una interpretación evolutiva en los términos del nuevo artículo 3,1, C. c.

(129) Así, CARROZZA, *Problemi*, cit., p. 74 y MAGNO, *op. cit.*, p. 210, por todos, con el antecedente de SAINT ALARY, *op. cit.*, p. 134.

(130) En sentido similar, LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 85.

Es sabido que la dogmática tradicional suele exigir que el ganado, cualquiera que sea la especie de que se trate, debe ser alimentado, por lo menos, con productos del suelo, sea que haya nacido en la finca o que se haya introducido más tarde en ella, perdiendo la naturaleza de actividad agraria la crianza que se realiza, predominantemente, con elementos nutritivos adquiridos fuera de la explotación agrícola (131). Es por ello que, al delimitar un concepto-técnico-jurídico de ganadería, la tendencia que prevalece en la doctrina es la de concebirla ligada, de una parte, con el cultivo fundiario y, de otra, con una finca rústica (132).

Sin embargo, en relación con el primer aspecto, es preciso advertir que la doctrina parte de un concepto puramente vulgar de ganadería con arreglo al cual se entiende por cría de ganado, efecto, «no lo cría de cualquier especie animal, sino solamente de aquellos de carne, de matadero, de trabajo, de leche, de lana, transhumante o fijo, que constituyan un modo normal de disfrute del suelo» (133). Es decir, de una actividad económica que tiene por objeto la producción de especies equinas, bovinas, caprinas y ovinas (134). Lo que se ajusta poco al carácter disyuntivo con el que la presentan los datos normativos con respecto a la agrícola, ya que, con base en ellos (135), se ha entendido con toda razón que se trata de una subespecie independiente dentro del género de la actividad agraria, subespecie que no requiere tener conexión alguna con el cultivo agrícola de la finca (136).

Con relación al segundo aspecto, sin embargo, la cuestión es más delicada por cuanto el concepto amplio de ganadería desarrollado por la doctrina más reciente acierta en lo que a la extensión de los animales susceptibles de cría se refiere, pero es más discutible en cuanto a que comprende dentro de la misma a la ganadería que prescinde de la tierra. Efectivamente, según Romagnoli, la ganadería moderna es la actividad por medio de la cual el animal apenas nacido es cuidado y alimentado hasta su edad útil por el ganadero, incluso cuando éste hubiere adquirido la especie a un tercero, o sea, aunque haya tenido lugar el nacimiento fuera de la explotación.

(131) En tal sentido, MEGRET, *loc. ult. cit.*, últimamente.

(132) Así, en el Derecho francés, SAINT ALARY, *loc. cit.*; MEGRET, *loc. cit.* En el Derecho italiano, ha prevalecido esta concepción estrecha desde ARCANGELI, *Agricoltura*, *loc. cit.*; para otras referencias, RONGA, *op. cit.*, pp. 950-1 y 960 y ss. En nuestro Derecho, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho Agrario*, *cit.*, pp. 280-1, por todos.

(133) Literalmente, GIUFFRIDA, *op. cit.*, p. 552, siguiendo a BASSANELLI, *Dell'impresa*, *cit.*, p. 415. En nuestra doctrina, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho agrario*, *cit.*, p. 180, igualmente.

(134) Así, ORLANDO CASCIO, *CORSO DI DIRITTO AGRARIO*, Palermo, 1952, p. 32, por ejemplo.

(135) Cfr. las referencias a nuestro Derecho positivo y el texto del artículo 2.135, *Codice civile*, *supra*.

(136) En tal sentido, BASSANELLI, *op. ult. cit.*, p. 417; MAROI, *op. cit.*, p. 91; PROVINCIALI, *Natura giuridica dell'attività di allevamento del bestiame*, en *Scritti Giuffrè*, III, *cit.*, pp. 704 y ss.; RONGA, *op. cit.*, p. 967, resumiendo más de una veintena de opiniones coincidentes.

agrícola y cualesquiera que sean los medios técnicos que en ello se empleen (137). Con arreglo a esta concepción caben dentro del concepto de ganadería especies animales que, por regla general, no han estado ligadas al cultivo fundiario, tales como, por ejemplo, la avicultura (138), la cría de conejos (139), la de abejas (140), la de peces (141), etc. (142). Y ello es válido porque hay que identificar el concepto de ganado con el de animales, en general, sin distinción alguna en el género (143), con arreglo a una línea teórica que, no sin opiniones en contra (144), entiende que la ganadería comprende a todas las especies animales (145), sean utilizables o no en la alimentación del hombre (146), llegando a abarcar, con razón, a toda la gama de la zootecnia (147). Con todo, con excepción de la tesis biologista que disiente (148), la generalidad de la doctrina entiende que la caza y la pesca están excluidas de la ganadería (149), así

(137) Vid. el importante trabajo de ROMAGNOLI, *L'avicoltura*, cit., pp. 770 y ss. Aunque contradicho por GIANNATTASIO, *Natura agraria o industriale dell'avicoltura?*, en RDA, 1972, pp. 373 y ss., es seguido por MAGNO, op. cit., pp. 210 y ss., recientemente.

(138) Así, el propio ROMAGNOLI, op. ult. cit., p. 872. En nuestra doctrina, LUNA SERRANO, op. cit., p. 113, nota 168, lo admite, si bien BALLARÍN MARCIAL, *Derecho Agrario*, cit., p. 180-1, se manifiesta en contra.

(139) Vid. JANELLI, *Impresa e contratti agrari*, en *Commentario del codice civile*, UTET, V. Torino, 1961, p. 301, por ejemplo.

(140) Vid., especialmente, FAENZA, *Nota metodologica sulla classificazione delle attività agricole*, en *Riv. Pol. Agr.*, 1969, cit. por CARROZZA, op. ult. cit., p. 77, nota 32.

(141) Cfr. art. 861, *Code rural*, que incluye a la piscicultura dentro de la ruralidad del fermage, Como en el texto, CARROZZA, *L'itticoltura come attività intrinsecamente agricola*, en RDA, 1976, pp. 48 y ss. y *Per la definizione legislativa del concetto d'allevamento del pesce*, en RDA, 1976, pp. 178-9, a propósito de un proyecto de ley reciente en tal sentido. En nuestra doctrina, lo admite BALLARÍN MARCIAL, *Derecho Agrario*, cit., p. 286, siempre que el cultivo de los peces se haga bajo control humano.

(142) Para otros supuestos, vid. RONGA, op. cit., pp. 962-4.

(143) Así, JANELLI, loc. cit. y MAGNO loc. cit., últimamente.

(144) Así, por ejemplo, GIUFFRIDA, op. cit., p. 553.

(145) Insinuada esta tesis por MAROI, op. cit., p. 59, ha prevalecido en la doctrina francesa; así, MALEZIEUX y RANDIER, op. cit., p. 13.

(146) Como ha prevalecido en nuestra doctrina; así, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho Agrario*, cit., pp. 283-4. *En contra*, RAGUSA MAGGIORE, *L'allevamento del bestiame nel rapporto terreno-esercizio dell'impresa*, en *Riv. Dir. Fall.*, 1965, pp. 456 y ss. y CIGARINI, *Contenuto e oggetto dell'attività di allevamento del bestiame e sua natura di impresa agricola*, en RDA, 1967, pp. 540 y ss.

(147) Así, el propio ROMAGNOLI, loc. ult. cit. y GIUNTA, *Il concetto giuridico di impresa agricola*, en *Giur. Agr. It.* 1970, pp. 33 y ss., citado por RONGA, op. cit., p. 963, autor aquél que extiende en exceso el concepto hasta comprender en él la ganadería deportiva. *En contra*, GIUFFRIDA, op. cit., pp. 552-3, recientemente.

(148) Así, CARROZZA, *Problemi*, cit., p. 85.

(149) Así, en nuestra doctrina, BALLARÍN MARCIAL, op. ult. cit., páginas 285-7 y LUNA SERRANO, loc. ult. cit., apoyándose en el art. 2.3.b, RAR, 1959. Ya opinaba como en el texto, ARCANGELI, *Istituzioni*, cit., p. 5; últimamente, ALVARENGA, op. cit., pp. 90-2.

como la utilización de animales salvajes (150) y la cría de caballos de carrera, de perros o de otros animales de pieles finas (151).

Queda en pie el problema de definir la naturaleza jurídica de la ganadería sin tierra (152). A favor de su carácter agrario, aparte de la tesis biologista de Carrozza (153), hallamos en nuestro Derecho un argumento de texto en la normativa fiscal que, como lo hemos ya visto, autoriza a pensar que la ganadería independiente puede prescindir de la finca rústica (154). Sin embargo, este es un dato aislado en nuestro ordenamiento y, además, de tipo excepcional, que, antes bien muestra que el principio general es el contrario, el de exigir la existencia de una finca rústica para que en nuestro Derecho se configure la agrariedad (155).

C) La actividad forestal.

Hoy en día está claro que la silvicultura no es sino una modalidad particular del cultivo agrícola, como ha puesto de relieve la tesis biologista con toda razón (156). Se trata, en efecto, de una actividad de cultivo cuyo objeto es el bosque y dirigida a obtener productos vegetales de tipo maderero, con arreglo a una periodicidad cíclica más o menos regular (157). En tanto que modalidad del cultivo, implica un conjunto de operaciones que tienen por finalidad la conservación y la reproducción de la aptitud productiva

(150) Igualmente, SAINT ALARY, *op. cit.*, p. 135, y MEGRET, *loc. cit.*

(151) Con base en la legislación fiscal, en nuestra doctrina, SANZ JARQUE, *op. cit.*, pp. 368-9. Para otras referencias, RONGA, *op. cit.*, pp. 969-70.

(152) En nuestra doctrina, en general, *vid.* DE MARINO, *Arrendamiento de criaderos de animales*, en *RDA*, 1975, pp. 782 y ss., si bien no resuelve el problema.

(153) Así, concretamente, MAGNO, *op. cit.*, pp. 210-13.

(154) Cfr. arts. 15 y 34, Decreto 2.330/1966, que fija el texto refundido de la contribución territorial rústica, *supra*. *Vid.* las observaciones de gran interés de REIMUNDO YANES, *op. cit.*, pp. 1007-08, sobre este punto.

(155) Así, en nuestra doctrina, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho agrario*, *op. cit.*, p. 180 y *Derecho Agrario*, *cit.*, p. 280; igualmente, REIMUNDO YANES, *op. cit.*, pp. 993 y ss. En general, GALGANO, *op. cit.*, pp. 55-6 y ALVARENGA, *op. cit.*, pp. 82-3, coincidentes. También, BJONE, *op. cit.*, pp. 548 y ss.

(156) Escribe CARROZZA, *Problemi*, *cit.*, p. 81, textualmente, que la silvicultura "no es otra cosa que una especie del cultivo del suelo, o sea, de la cría de vegetales y, por tanto, su relevancia autónoma parece estar fuera de toda medida". De la palabra subrayada por nosotros se infiere que, en este caso, el autor presupone que la actividad forestal no puede prescindir, por ahora, de la tierra, lo que parece indicar que, para este supuesto, admite el ilustre maestro de Pisa la compatibilidad esencial que existe entre el criterio biológico de la agrariedad y el criterio fundiario tradicional que venimos defendiendo.

(157) Así, GIUFFRIDA, *op. cit.*, p. 552, coincidiendo con la manualística anterior según revela DE SIMONE, *Lineamenti di diritto agrario*, Napoli, ed. 1952, p. 57 y ROSSI, *Istituzioni di diritto agrario*, Bologna, 1954, pp. 65 y ss. Recientemente, ALVARENGA, *op. cit.*, pp. 83 y ss., en el mismo sentido.

del bosque realizada mediante talas y replantaciones (158), operaciones éstas que son esenciales para calificar de agrario el cultivo forestal, pues, en caso de faltar, su naturaleza jurídica es la de una actividad extractiva industrial (159). Aunque regida por una legislación especial de predominante *ius cogens* (160), parece lógica la propuesta formulada por Carrozza en orden a eliminar la dualidad de disciplinas e integrar la regulación de la actividad forestal en el sistema único del Derecho agrario (161).

D) La actividad mixta.

Bien advierte Luna Serrano que las tres especies de actividad agraria de producción que, en sus líneas generales, hemos estudiado hasta ahora no se excluyen recíprocamente sino que, antes bien, es frecuente que en la realidad se presenten combinadas en unidades de producción de giro múltiple (162), lo que ha dado lugar al fenómeno llamado simbiosis agropecuaria (163). Esta hipótesis viene prevista, como sabemos, en nuestro Derecho positivo y resuelta, a efectos arrendatarios, con arreglo al criterio de la prevalencia (164). Y no hay lugar a confundir esta actividad agraria mixta, por consiguiente, con las actividades conexas típicas que veremos en seguida, como parece ser que se ha entendido (165), pues se trata de actividades agrarias de naturaleza jurídica radicalmente distintas (166).

(158) En tal sentido, BASSANELLI, *Dell'impresa*, cit., p. 414; CASANOVA, *Impresa ed attività agricole nel sistema del diritto vigente*, en *RDA*, 1951, pp. 150 y ss. y, en general, *Impresu e azienda*, cit., pp. 103 y ss., también, ORLANDO CASCIO, *Corso*, cit., p. 32.

(159) Así, BASSANELLI, *Corso*, cit., p. 27; GIUFFRIDA, *op. cit.*, p. 552; GALGANO, *op. cit.*, p. 54.

(160) Cfr. Ley de Montes de 8 de junio de 1957 y su reglamento aprobado por Decreto de 22 de febrero de 1962; Ley sobre Patrimonio Forestal del Estado de 10 de marzo de 1941; últimamente, Ley sobre Espacios Naturales Protegidos de 2 de mayo de 1975. Para ésta, *vid.* VATTIER FUENZALIDA, *Los 'espacios naturales protegidos' en el sistema del Derecho agrario español*, en *REVL*, 1977, pp. 25 y ss.

(161) Así, CARROZZA, *Problemi*, cit., pp. 83-4. Una anticipación de este criterio podemos encontrarla en la omisión de la actividad forestal, que, como se sabe, hace el art. 1.2, RAR, 1959, y que reitera el art. 2.3.b del mismo texto legal.

(162) *Vid.* LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 113.

(163) Para esto, SANZ JARQUE, *op. cit.*, p. 555.

(164) Cfr. art. 2.1, 2^a parte, KAR, 1959, *supra*.

(165) Así, por ejemplo, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho Agrario*, cit., p. 297.

(166) Igualmente, LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 114, nota 171, acertadamente.

5. LAS ACTIVIDADES CONEXAS.

A) Generalidades.

Suele la doctrina, en efecto, siguiendo en esto la sistemática del Código civil italiano, comprender bajo esta denominación genérica las fases del ciclo productivo posteriores a la obtención del producto agrario, las que, típicamente, consisten en su transformación y en su comercialización (167); actividades que, concebidas como accesorias (168), han recibido en nuestro Derecho positivo su consagración legislativa en las normas relativas a la cooperación agraria (169). Esta única referencia normativa, es la que nos permite la construcción dogmática de las mismas, bien que sin la riqueza de matices y perfección técnica que en otros ordenamientos presentan.

Se trata, en general, de actividades indirectas, extrínsecas, colaterales o *per relationem*, que, según las describe Luna Serrano en nuestra doctrina, «excediendo de las actividades u operaciones directa o esencialmente agrarias encaminadas a la producción de los frutos del campo o del ganado, están relacionadas con el normal desenvolvimiento de la explotación (actividad) agrícola, forestal o pecuaria» (170). Su función técnica no es la de cualificar la tipicidad de la actividad agraria, como lo es la de éstas (171), sino que, antes al contrario, son cualificadas como agrarias únicamente por su relación instrumental con ellas (172). Concebidas acaso con mayor flexibilidad o elasticidad que las actividades agrarias de producción, estas actividades conexas o de complemento «no tienen ciertamente una naturaleza jurídica agraria, sino industrial (si se resuelven en la transformación de los productos) o comercial (si consisten en su enajenación)», respectivamente, según sintetiza con toda razón Carrozza (173).

Discute la doctrina italiana el problema de si hay una o dos clases de actividades conexas al interpretar el precepto del artículo 2.135,2, *Codice civile*, en contraste con la parte final de la norma

(167) Para esto, en nuestra doctrina, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho agrario*, cit., pp. 182 y ss. y *Derecho Agrario*, cit., pp. 288 y ss.; AMAT ESCANELL, *op. cit.*, p. 66; LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 114 y ss.

(168) Concepción que prevalece en el Derecho francés; así, SAINT ALARY, *op. cit.*, p. 138; MEGRET, *loc. cit.* Pero también en la doctrina italiana, GIUFFRIDA, *op. cit.*, p. 553, siguiendo en esto el criterio de la accesoriedad trazado por MAROI, *op. cit.*, pp. 96 y ss.

(169) Cfr. la disp. final 5, Ley general de cooperativas de 1974, *supra*.

(170) Literalmente, LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 114.

(171) Así, también, GIUFFRIDA, *op. cit.*, p. 553.

(172) En tal sentido, CARROZZA, *Problemi*, cit., p. 51.

(173) Igualmente, CARROZZA, *op. ult. cit.*, p. 33, en lo que coincide con la generalidad de la doctrina; así, CASANOVA, *ops. y locs. ult. cit.*; GALLAGNO, *op. cit.*, p. 57-8; específicamente, FERRANTE, *Le attività di trasformazione e di alienazione dei prodotti agricoli come attività connesse e come oggetto di imprese commerciale*, en RDA, 1962, pp. 280 y ss.

del párrafo primero del mismo (174). Una línea teórica, que parte de Bassanelli, se inclina por la afirmativa y distingue una actividad conexa genérica, de contenido elástico e indefinido, contemplada en dicho párrafo primero y otra específica y de carácter presuntivo, cuyo contenido se resuelve en la transformación y en la enajenación de los productos si, de acuerdo con la presunción del párrafo segundo, tales actividades caben dentro del marco de la normalidad que fija la tipicidad social de las mismas en la práctica social (175). Y otra, encabezada por Pavone la Rosa, se inclina por la negativa y considera que la enumeración bimembre del precepto es taxativa (176). Tesis ésta que, si bien no ha sido acogida por las opiniones más recientes (177), nos parece ser la más acertada por cuanto por la vía de la actividad conexa genérica podría entrar en el tipo de lo agrario un número indefinido de casos y desbordar la *ratio legis* de privilegio que inspira su disciplina especial. Por esto mismo, el principio que regula esta conexión ha de interpretarse restrictivamente (178), incluso en nuestro Derecho, en el que su estado actual de desarrollo normativo no permite plantear siquiera este problema entre nosotros, principio que ha de servir, entonces, de criterio interpretativo para calificar la naturaleza jurídica que corresponde a la tipicidad compleja que estas actividades conexas, en evolución permanente, pueden llegar a presentar en la realidad social.

Efectivamente, es frecuente que el productor agrario no se limite a la obtención simple del producto, siendo tradicional que transforme la uva en vino, la leche en mantequilla, o en queso, la oliva en aceite, el trigo en harina, etc., y que ponga en circulación estos productos elaborados mediante una actividad de enajenación en serie, pudiendo emplear en ambas operaciones las más complicadas técnicas de transformación y de comercialización. Operaciones que no solamente son realizadas *de facto* por los agricultores en cantidades significativas, sino que, como sabemos, están reguladas y promocionadas, incluso, por la Administración, como un medio de estímulo para el desarrollo agrario (179). De aquí que entendamos que en nuestro Derecho son actividades conexas típicas únicamen-

(174) Cfr. su texto *supra*.

(175) Así, BASSANELI, *Dell'impresa*, cit., p. 418 y Corso, cit., p. 29; RABAGLIETTI, *La produzione agricola come concetto limite tra l'impresa agricola e l'impresa commerciale*, en *RDA*, 1950, pp. 52 y ss.; LONGO, *Profilo*, cit., pp. 191 y ss. y *La figura*, cit., pp. 87 y ss.; también, ALVARENGA, *op. cit.*, p. 85, nota 59, análogamente.

(176) Así, PAVONE LA ROSA, *Le attività connesse all'agricoltura e il criterio della normalità*, en *Analì Catania* 1949, pp. 342 y ss. y FRASSOLDATI, *L'art. 2.135 C. c. ed il criterio della normalità*, en *Atti III congresso*, cit., pp. 446 y ss.

(177) Así, GIUNTA, *op. cit.*, pp. 331 y ss., y GIUFFRIDA, *op. cit.*, 551 y 552-3.

(178) Así, GALGANO, *op. cit.*, pp. 54-5 y 56-7, implícitamente.

(179) Entre la normativa a que hemos venido aludiendo destaca, en tal sentido, la Ley 29/1972, sobre las asociaciones de productores agrarios.

te las de transformación y de comercialización, sin que pueda hablarse de conexión atípica ni de conexión por naturaleza para comprender supuestos distintos de éstos (180).

B) Su agrariedad.

Ahora bien, de forma implícita, la primera, y de forma explícita, la segunda, ambas actividades conexas típicas están excluidas de la mercantilidad por el precepto del artículo 326.2 del Código de comercio, como lo hemos señalado antes, lo que no les impide estar sometidas a la disciplina represiva de la competencia desleal (181). Ello no obstante, afirma Garrigues con razón, que la «empresa agraria se transforma en una empresa manufacturera cuando deja de tener el simple fin de facilitar la venta de los frutos o de los animales producto de la finca, sino que constituye una especulación distinta con un fin económico propio (autonomía) y con elementos diversos de los productos de la tierra» (182), precisamente, porque en tal hipótesis falta la conexión que ha de existir entre las actividades conexas y las actividades agrarias de producción, conexión en la que ha de concurrir un elemento subjetivo y otro objetivo.

Advirtamos que la conexión subjetiva existe cuando es el mismo titular quien realiza, de forma individual o asociado con otros, las operaciones de transformación y de comercialización, pues no tiene naturaleza jurídica agraria, por ejemplo, la transformación y venta de vino hecho con uva adquirida a terceros; conexión subjetiva que por sí misma no es suficiente para extender la agrariedad a la actividad conexa de que se trate. Por el contrario, «el concepto de actividad conexa a la agricultura requiere, además, una conexión objetiva, esto es, una ligamen económico entre una y otra actividad por efecto del cual la actividad no agraria intrínsecamente se presenta como accesoria respecto a la actividad agraria» (183). Y esta relación de accesión, entiende la doctrina francesa con acierto, ha de ser directa, simple y conforme con los usos de la agricultura (184). Lo que excluiría de su ámbito, por ejemplo, al contrato de *leasing* de maquinaria agrícola; mas devendría agrario tan pronto como se generalizase su uso en la práctica social agraria.

Y esto nos pone en el centro del problema de definir el criterio

(180) Así, ALVARENGA, *op. cit.* pp. 85-6, últimamente. Parece opinar como en el texto, LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 114-15, implícitamente.

(181) Cfr. la normativa de 1963 que, sobre la materia, hemos referido *supra*.

(182) Literalmente, GARRIGUES, *op. cit.*, p. 298. Para la exclusión de la mercantilidad de la comercialización, expresamente, LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 114.

(183) Literalmente, GALGANO, *op. cit.*, p. 57. Análogamente, GIUFFRIDA, *op. cit.*, p. 553, explica la conexión como un efecto derivado de la accesoriedad.

(184) Así, MEGRET, *loc. cit.* En nuestra doctrina, igualmente, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho agrario*, *cit.*, p. 182.

adecuado de conexión. Sabido es que la doctrina italiana debatió ampliamente la cuestión en el período de preparación del *Código* vigente, formulándose distintas alternativas entre las que, aparte de existir un campo común bastante amplio con diferencias de matices solamente, cabe recordar la tesis de la autonomía (185) la de la prevalencia, la de la accesoriiedad, la de la ruralidad, y la de la normalidad (186). Solamente esta última, propuesta por Arcangeli, alcanzó consagración legislativa (187), a pesar de lo cual no son pacíficas las opiniones a su respecto. En primer lugar, ha prevalecido la opinión, como advierte Ronga, según la cual la normalidad no se refiere a un tipo abstracto de actividad agraria, sino que ha de ser aplicada caso por caso, teniendo en cuenta los elementos económicos y técnicos empleados en la actividad agraria de producción y en la conexa (188), conexión que desaparece, escribe Megret, si la actividad conexa es más importante y habitual que la actividad agraria de producción (189). En segundo lugar, puede criticarse al criterio de la normalidad la equivocidad de su concepto, pues, por ejemplo, para Janelli, constituye una síntesis del criterio de la autonomía y el de la accesoriiedad (190) y para Trabucchi, se termina por identificar con la *mos regionis* (191). En tercer lugar, presenta un grado de mutabilidad tal que, a nuestro modo de ver, lo hace poco útil para determinar el carácter de la conexión que trata de definir. Ya Arcangeli apuntó la idea de que la normalidad era un concepto históricamente variable hasta el punto de que toda nueva actividad debía ser considerada, en principio, mercantil, mientras no deviniera normal en la práctica agraria (192), lo mismo que advierte Bassanelli al señalar que toda actividad agraria está sometida a la tensión de convertir su naturaleza jurídica en industrial o comercial (193). Y una cuarta crítica formulada contra el criterio de la normalidad es la planteada por Carrozza y según la cual se trata de un concepto tautológico, pues, tautológico es, en efecto, afirmar que es agrario lo que hacen los

(185) Propuesto por VIVANTE y recogido, como vimos, por GARRIGUES, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

(186) Para una buena síntesis, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho Agrario*, *cit.*, pp. 288 y ss.; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 116; ALVARENGA, *op. cit.*, pp. 87 y ss.

(187) Para una discusión del punto, *vid.* ARCANGELI, *Agricoltura*, *loc. cit.*; CICU-BASSANELLI, *op. cit.*, pp. 35 y ss.; MAROI, *Le attività collegate della produzione agraria e il criterio della accesorieta*, en *Scritti Arcangeli*, II, Padova, 1939, pp. 697 y ss.; ORLANDO CASCIO, *op. cit.*, pp. 16 y siguientes.

(188) Así, RONGA, *op. cit.*, p. 974, recogiendo más de una decena de opiniones coincidentes.

(189) *Vid.* MEGRET, *loc. cit.*

(190) Así, JANELLI, *op. cit.*, p. 302.

(191) Así, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1968, páginas 330-31.

(192) Así, ARCANGELI, *Istituzioni*, *cit.*, p. 58 y, en el mismo sentido, LONGO, *Profili*, *cit.*, p. 191.

(193) *Vid.* BASSANELLI *Corso*, *cit.*, p. 36.

agricultores, careciendo de todo valor explicativo y definidor de la tipicidad agraria (194). Todo lo cual nos inclina por preferir un criterio de conexión más seguro que éste, eludiendo el sincrétismo propugnado por Palermo (195).

Sabido es que, por otra parte, no existe en nuestro Derecho positivo un criterio genérico para determinar la extensión de las actividades conexas típicas, estableciéndose para ciertos supuestos bien el de la prevalencia (196), bien el de la situación (197), bien el que Luna Serrano ha llamado de complementariedad normal (198). Este último autor, siguiendo en este punto la línea iniciada en nuestra doctrina por Ballarín Marcial (199), parece adherirse a una posición sincrética, si bien «en última instancia, el intérprete tendrá en cuenta la realidad ambiental en la que la actividad se desenvuelve técnica, económica y sociológicamente» (200), con lo que su criterio puede ser reconducido al de la normalidad. Pese a ello, nos parece más seguro el criterio de la doble conexión, subjetiva y objetiva, que hemos apuntado antes, pues, analizando con arreglo a él caso por caso el carácter agrario que una operación determinada pueda revestir o no, serán evitables los inconvenientes, insuficiencias e incertezas derivadas del criterio que hemos criticado (201).

C) La actividad de transformación.

De una tipicidad social muy amplia y variada, la actividad de transformación comprende, según la doctrina, supuestos tales como los de la elaboración de mermeladas, la destilación de licores y la transformación de leña en carbón (202), pero no, por ejemplo, la refinación del azúcar (203), tipicidad social que, ciertamente, tenderá a incrementarse con la intensificación del proceso de trasvase de la tecnología industrial al sector agrario. Pero, si bien esto es

(194) Así, CARROZZA, *Problemi*, cit., p. 33.

(195) Se inclinan a favor de esta posición sincrética PALERMO, *Diritto agrario*, Roma, 1961, pp. 61 y ss. y, últimamente, GIUFFRIDA, op. cit., p. 555.

(196) Así, por ejemplo, el art. 6.2.d, Ley de Reforma Tributaria de 1964.

(197) El que se aplica en nuestro Derecho común en múltiples supuestos, así como en la legislación especial de arrendamientos rústicos. Para el punto, REIMUNDO YANES, op. cit., pp. 1009-10, texto y notas.

(198) Cfr. art. 2.a, 2.^a, Texto refundido de la Seguridad Social Agraria que hemos referido supra. Vid. LUNA SERRANO, op. cit., pp. 117-18.

(199) Así, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho Agrario*, cit., pp. 296-7.

(200) Literalmente, LUNA SERRANO, op. cit., p. 118.

(201) Como parece prevalecer en la doctrina mercantilista italiana, hasta el extremo de que GALGANO, op. cit., p. 57 da el punto por pacífico en la misma.

(202) Así, ARCANGELI, *Agricoltura*, loc. cit.; ORLANDO CASCIO, *Corso*, cit., pp. 38 y ss. y ROSSI, op. cit., pp. 48 y ss., respectivamente.

(203) En tal sentido, el mismo ARCANGELI, loc. cit., seguido por ORLANDO CASCIO, loc. cit.

deseable desde el punto de vista del desarrollo agrario y siempre que la cuota de valor agregada por cada una de estas fases de transformación quede en el mismo, no es posible extender, por las razones que hemos indicado, la naturaleza jurídica agraria a todas ellas, sino solamente a las que presenten la doble conexión, subjetiva y objetiva, con las actividades agrarias de producción.

La tipicidad legal de las actividades de transformación exige, según las prácticas del mercado, ser un complemento económico de la producción y en forma tal que el producto elaborado provenga del original a través de un proceso productivo único, como si se tratase de dos fases o momentos ligados por una unidad funcional, a lo que no se opone, como ha escrito Giuffrida acertadamente, el hecho de que se emplee en la actividad conexa un instrumental técnico diverso del utilizado en la fase de producción ni de que el valor añadido por aquélla sea superior al del producto agropecuario original (204).

Y una última observación a este respecto, nos permitirá precisar algo más el concepto de actividades de transformación. Se trata de calificar la naturaleza jurídica que corresponde a las operaciones de manipulación, normalización y tipificación de los productos agrarios, ligadas íntimamente, sin duda, con la actividad conexa de comercialización. Sin embargo, creemos que tales operaciones han de ser calificadas y comprendidas dentro de la serie de actividades de transformación por cuanto convierten el producto natural, susceptible de valor de uso solamente, en un objeto apto para ser introducido en el flujo de la circulación, un bien, una mercancía susceptible de valor de cambio en el mercado, objeto que en la nomenclatura de nuestro Código civil puede ser tipificado, no ya como un fruto natural, sino como un fruto industrial (205); operaciones, pues, que se sitúan antes de la enajenación del mismo.

D) La actividad de comercialización.

Se resuelve ésta, técnicamente, en la enajenación, o, según la terminología mercantilista, en la venta de los productos agrarios (206). El vínculo de conexión con la actividad agraria de producción ha de ser, en este caso, idéntico que en el supuesto anterior, cualquiera que sea el grado de complejidad que la actividad de comercialización presente (207) y siempre que se realice, individual o colectivamente, por el o los empresarios agrícolas con productos propios (208), ya que la enajenación en serie de productos agrarios ajenos cae fuera del campo de la agrariedad debiendo-

(204) *Vid. GIUFFRIDA, op. cit., p. 554.*

(205) *Cfr. art. 355,2, C. c.*

(206) Para un amplio estudio monográfico, vid. VICENT CHULIÁ, *loc. cit.*, con bibliografía especializada abundante.

(207) *En contra, ORLANDO CASCIO, op. cit., pp. 38-9.*

(208) *Cfr. la regulación de las asociaciones de productores agrarios fijada por la Ley 29/1972, que hemos referido supra.*

considerarse, en consecuencia, mercantil (209). Pues, como ha escrito Giuffrida acertando nuevamente, «que la enajenación de productos de la tierra o del ganado entre en el ámbito de la agricultura no puede ser puesto en duda porque ella constituye uno de los momentos terminales del ciclo productivo; en todos los tiempos los productos que no son conservados en la *azienda* son destinados a la enajenación como un desemboque natural y necesario» (210). Y, por ello, la forma de presentación del producto, el empleo de denominaciones típicas, la utilización de medios de comunicación de masas para difundir y propagar las mismas, el recurso a todos los canales de distribución, etc., no alteran la calificación agraria de esta actividad conexa de comercialización (211). Sin embargo, no podemos compartir el criterio de este autor cuando afirma, siguiendo las enseñanzas de Ciccù y Bassanelli, que esta actividad no es una operación de intermediación en la circulación de los bienes (212), puesto que, de una parte, parece desconocer que, en términos económicos, el autoconsumo, incluso, ocurre *en el mercado* y, por otra parte, olvida la economicidad inherente, como lo hemos señalado al principio, a toda actividad agraria típica. Esta actividad de comercialización, en suma, es estructural y funcionalmente idéntica a la comercialización en serie de cualquier otro producto no agrario, sólo que, por la doble conexión con la que ha de encontrarse frente a las actividades agrarias de producción, «de viene» de naturaleza jurídica agraria igualmente (213).

Cabe advertir, finalmente, que ante la falta en nuestro Derecho de una norma expresa que establezca una presunción de la agrariedad de estas dos especies de actividades conexas típicas, ellas han de entenderse como no agrarias mientras no se pruebe lo contrario; es decir, mientras no se demuestre la doble conexión que las unen a otras actividades agrarias de producción. Sin embargo, el ejercicio de actividades agrarias juntamente con actividades mercantiles no convierte, según nuestra mejor doctrina, a las primeras en las últimas, sino que se da aquí un supuesto de concurrencia de disciplinas paralelas (214).

E) *El problema de la actividad auxiliar.*

Una referencia somera a la actividad auxiliar de la agricultura nos permitirá agotar la materia que la doctrina comprende en la

(209) Así, GARRIGUES, *op. y loc. cit.*, por todos.

(210) Literalmente, GIUFFRIDA, *op. cit.*, p. 556, uno de los autores que más ha profundizado en el punto últimamente.

(211) Análogamente, el propio GIUFFRIDA, *op. y loc. cit.*

(212) *Vid.* CICCÙ-BASSANELLI, *Corso*, *cit.*, p. 70 y GIUFFRIDA, *loc. cit.* en el mismo sentido.

(213) Así, literalmente, CARROZZA, *Problemi*, *cit.*, p. 51.

(214) Así, LONGO, *Profili*, *cit.*, pp. 104 y ss.; BALLARÍN MARCIAL, *De-recho Agrario*, *cit.*, p. 297; LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 118-19, coincidentes.

extensión de la actividad agraria típica (215). Se trata, como se sabe, de una actividad de mediación, similar a la de los empresarios que gestionan las ferias y los mercados agrícolas y pecuarios; de las actividades de comercialización por cuenta ajena, tales como las de *marketing* o las de publicidad; de las de suministro de abonos, de semillas o de maquinarias agrícolas, en uso o en propiedad; de las actividades de crédito o de financiación de las múltiples operaciones realizadas, bien en el ejercicio normal de la agricultura, bien en su expansión, desarrollo, reforma o transformación; etc. Las define Galgano, genéricamente, como «todas aquellas actividades que se caracterizan por el hecho de ser ejecutadas por un empresario en provecho de otro empresario» (216). Mas, ¿*quid iuris* cuando el empresario servido realiza una o varias actividades agrarias típicas?

En nuestra doctrina, Ballarín Marcial parece inclinarse por el carácter no agrario de tales actividades de auxilio, relegándolas a una condición meramente civil (217), si bien Luna Serrano ha mantenido, recientemente, la tesis de que esta actividad auxiliar es de naturaleza mercantil (218), con lo que viene a coincidir con la opinión que prevalece en la mercantilística italiana (219). En cambio, Bione ha sostenido que, en el sistema del país vecino, tales actividades pueden ser consideradas como actividades conexas, concebidas éstas en sentido amplio (220). Y aunque estas tres soluciones parecen discutibles a Carrozza, quien deja el problema abierto (221), entendemos que el criterio biologista de la agrariedad no puede llegar a afectar la naturaleza jurídica de la actividad de auxilio a la agricultura pues el contenido mercantil de ésta, no está ni puede estar en relación alguna con el «disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales» que lo tipifica (222).

A nuestro juicio, en consecuencia, y teniendo en cuenta, además, la tipicidad rígida que las actividades conexas en nuestro Derecho presentan, no hay razón alguna para dudar acerca del carácter mercantil que las actividades auxiliares de la agricultura tienen (223).

(215) *Vid.*, en nuestra doctrina, BALLARÍN MARCIAL, *Derecho Agrario*, cit., pp. 297-8.

(216) Literalmente, GALGANO, *op. cit.*, p. 53.

(217) *Vid.* BALLARÍN MARCIAL, *op. últ. cit.*, loc. cit.

(218) Así, LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 60.

(219) Por todos, el propio GALGANO, *op. cit.*, p. 54.

(220) Así, BIONE, *L'impresa aussiliaria*, Padova, 1971, pp. 205 y ss., principalmente.

(221) *Vid.* CARROZZA, *Problemi*, cit., p. 34, texto y nota 48.

(222) Literalmente, el mismo CARROZZA, *op. cit.*, p. 74.

(223) Análogamente, ALVARENGA, *op. cit.*, p. 75.

6. LA ATIPICIDAD Y LA HIPOTESIS DE LA AGRICULTURA NO EMPRESARIAL.

A modo de conclusión, podemos inferir de lo expuesto que estamos en presencia de un sistema de *numerus clausus* de actividades agrarias, sistema que no deja lugar a la existencia en nuestro Derecho de actividades agrarias atípicas. De esto se sigue que los supuestos que no encajen en los conceptos que la actividad agraria típica implica, no presentan esta naturaleza jurídica y caen fuera del sistema del Derecho agrario, lo que habrá de resolverse caso por caso, con arreglo a los criterios que hemos analizado precedentemente.

Problema totalmente distinto es, sin embargo, el de la identificación de la actividad agraria típica con la empresa agraria, identidad que es presupuesta de forma axiomática por la doctrina, tan divulgada como inexacta, que establece una congruencia radical entre el sistema del Derecho agrario y la disciplina de ésta (224), pues el sistema de *numerus clausus* aludido no obsta a que hayan actividades agrarias típicas de naturaleza no empresarial. Hemos visto antes, en efecto, el caso sintomático de la jardinería y de la actividad de mejorar, que, siendo actividades agrarias típicas como son, pueden no dar lugar en su ejercicio a una empresa agraria en sentido técnico (225). Por lo que cabe formular en nuestro Derecho, por consiguiente, la hipótesis de actividades agrarias típicas que no sean constitutivas de una empresa (226).

Esta requiere, como es sabido, determinadas condiciones de existencia, las que exceden del objeto de nuestro estudio, tales como son las que hemos mencionado antes, la economicidad, la organizabilidad y la profesionalidad (227) y cuando éstas no concurren en un supuesto particular de actividad agraria típica, tal supuesto debe ser subsumido en la hipótesis en examen. Es el caso, por

(224) Así, en nuestra doctrina, es característica la postura de BALLARÍN MARCIAL, ya en su famoso trabajo *La formación, concepto y fines de un Derecho agrario de la empresa en España*, loc. cit., si bien, en una época más tardía, como observa DE LOS MOZOS, *El Derecho agrario*, cit., p. 831, nota 39, nuestro autor parece haber evolucionado hacia concepciones más amplias, como lo pone de relieve su *Especialización del Derecho agrario*, ahora en *Estudios*, cit., pp. 186 y ss. y la 2.^a ed. cit. de su manual *Derecho Agrario*, cit.

(225) Advírtase que, así como el grado de industrialización es indiferente para la calificación jurídica de la actividad económica, de la misma manera lo es para determinar la naturaleza jurídica de la empresa a que ésta dé lugar, supuesta la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos de la misma en la fase actual de desarrollo de nuestros datos normativos.

(226) Tal como la ha formulado CARROZZA, *Problemi*, cit., pp. 42 y ss., recientemente, en la dogmática italiana. Parece rechazarla ALVARENGA, *op. cit.*, p. 55, al identificar la actividad y la empresa agrarias, si bien, en p. 103, entiende que ésta es un instituto "complementario" de aquélla.

(227) Para esto, nos remitimos a las referencias señaladas en nuestro estudio *Concepto y tipos de Empresa Agraria*, loc. cit.

ejemplo, de la actividad agrícola de cultivo fundiario destinada al autoconsumo exclusivamente (228), o de la actividad agraria realizada por «productores» agrarios no empresarios (229), asimilables a los trabajadores agrícolas por cuenta propia (230), o, por último, de la actividad agraria realizada por arrendatarios rústicos excluidos de la legislación especial (231), sujetos todos éstos, que, sin poder ser reconducidos a la figura típica del empresario agrícola (232), son, en muchos casos, los verdaderos destinatarios de las normas de nuestro Derecho agrario (233), cuyo sistema científico no puede ser construido, en consecuencia, sino en torno a la noción elástica de la actividad agraria típica, que, en sus rasgos generales, hemos intentado describir precedentemente (234).

(228) Según puso de relieve BARBERO, *Fondo e azienda nell'impresa agricola*, en *Atti Primo Convegno*, II, cit., pp. 111 y ss., especialmente pp. 130-1, como recuerda el mismo CARROZZA, *op. cit.*, pp. 42-3, oportunamente.

(229) Categoría intermedia entre el empresario independiente y el trabajador dependiente, como destaca RIVA SANSEVERINO, *Dell'impresa*, en SCIALOJIA y BRANCA, *Commentario*, cit., 4.^a ed., 1969, p. 149, según pone de relieve el propio CARROZZA, *op. cit.*, pp. 44-5.

(230) Cfr. art. 2.1, Decreto de 23 de julio de 1971, que fija el texto refundido de la Seguridad Social Agraria, como hemos indicado *supra*.

(231) Para esto, vid. LLAMAS VALBUENA, *Arrendamientos rústicos excluidos de la legislación especial por razón de las personas*, en *RDA*, 1975, pp. 934 y ss.; HERRERO GARCÍA, *Aprovechamientos excluidos de la legislación especial de arrendamientos rústicos*, *ibidem*, pp. 909 y ss. y TORRES GARCÍA, *Arrendamientos rústicos sobre cosas que no son fincas ni fincas rústicas*, *ibidem*, pp. 1078 y ss.

(232) En sentido idéntico, CARROZZA, *op. cit.*, pp. 46-8, explícitamente, a quien hemos seguido en este punto.

(233) Un ejemplo emblemático de esta orientación lo hallamos en las normas relativas a las agrupaciones cerealistas regidas por las Ordenes de 25 de julio de 1963, de 12 de junio de 1970 y de 23 de febrero de 1971, entre otras, aparte de las asociaciones de *productores* agrarios, previstas en la Ley 29/1972, que hemos referido repetidamente *supra*.

(234) En sentido similar parece inclinarse CAPIZZANO, *L'attività agricole per proprietà e contratto*, en *RDA*, 1976, pp. 560 ss. pese a que en el Derecho italiano la identificación entre actividad jurídica y empresa parece acogida por el propio art. 2.135, *Codice Civile*.

VIDA JURIDICA

NOTICIAS

«IN MEMORIAM». Don Alfonso de Cossío y Corral

El mes de noviembre de 1978 se ha llevado a don Alfonso de Cossío. Su muerte repentina ha conmovido a todos aquellos, muchos, que le conocíamos y queríamos desde hacía tiempo —yo, concretamente, desde 1950—, y ha causado una gran pérdida para el mundo del Derecho. Ha desaparecido, en suma, una gran personalidad científica y humana.

Era Cossío hombre de cerebro privilegiado, capaz de una hondura en el análisis de cualquier cuestión que asombraba; de prontas y eficaces réplicas en el juego dialéctico de los pleitos, que no quedaban nunca en fuegos de artificio; de una increíble capacidad de captación inmediata del problema central de todo asunto. Todas estas cualidades, aptas incluso aisladamente para formar un monumental pedestal de soberbia, confluyan en una persona en la que destacaba poderosamente la modestia y sencillez, la ausencia de toda acritud, su enorme bondad y generosidad que, como suele ocurrir, ni fue siempre percibida ni, por supuesto, recompensada, como en algunos momentos recientes de nuestra historia ha sucedido. Tampoco lo pretendió él.

Cossío era también un personaje que no había posibilidad de catalogar y etiquetar, “virtud” de siempre y más de ahora en nuestra Patria, paraíso de inquisidores de la derecha y de la izquierda, según la ley del péndulo. Y era imposible porque su talante y pensamiento fueron radicalmente liberales. Ya se sabe que esta actitud vital e intelectual molesta a los que su mediocridad o bajos apetitos les lleva a la aceptación de consignas, directrices y líneas de actuación marcadas por otros, pues ser auténticamente liberal ha sido siempre, es y será muy difícil. Requiere una capacidad de análisis y de reflexión considerable, un estar a gusto con la propia soledad, un decidido propósito de no caminar con el rebaño porque así se haya ordenado o sugerido y, en fin, unas dotes humanas, como las que Cossío poseía, nada comunes.

Este perfil de su personalidad era el que a corto plazo desconcertaba a algunos, cuando creían que estaba dentro de sus banderas. No se daban cuenta que el pensar libremente lleva a estar de acuerdo no con todo, sino con algunas particularidades de ese “todo” y con otras no. En otras palabras, juzgaban a través de su sectarismo y dogmatismo a quien por definición ni era sectario ni dogmático.

Todo ello no quiere decir que Cossío careciese de una tabla de valores firme y segura en la que amarrar su vida. Se engañaría quien dedujese por su humor e ironía en las conversaciones que estaba alejado de todo. Ciento que su gran inteligencia era proclive al sano escepticismo, como es lógico y natural, pero muchos podemos dar testimonio de lo sensible que era al quebrantamiento de los valores en los que creía: la

rectitud, el obrar de acuerdo con la verdad, la justicia. Lo que ocurría es que creía sin estridencias, sin efectismos, como cosa natural.

Cossío se había formado en su época de opositor a cátedras de Derecho civil en la Alemania de los años treinta. La sólida preparación que entonces adquirió es perceptible en toda su obra. Pienso, sin embargo, que su inteligencia hizo que no fuese toda su vida académica y científica un mero discurrir por los cauces marcados en su estancia alemana, sino que fue creando otros, para mí más fecundos y más vivos. No fue nunca esclavo de una concepción jurídica conceptualista, sino buscador continuo e infatigable de fórmulas e interpretaciones jurídicas que más se adecuasen a la justicia a secas, sin esos calificativos tan en boga hoy que no sirven más que para degradarla y envilecerla. Pero lo más importante es que todo ello no le servía exclusivamente para escribir estudios jurídicos, sino que entraban como componentes de la estructura básica de su vida. Por servir a causas que estimó justas sacrificó legítimas conquistas y aspiraciones profesionales, sin esperar nunca nada a cambio. Siempre brotaba aquel manantial de generosidad.

Obtuvo la cátedra de Derecho civil por oposición en febrero de 1936, pasando a desempeñar la de la Universidad de Sevilla al trasladarse desde la de La Laguna. Cossío llegó a Sevilla al comenzar la década de los cuarenta, integrándose en un claustro de maestros eminentes como García Oviedo, Carande, Pelsmaeker, Candil y Giménez Fernández. En Sevilla transcurrió su vida hasta su traslado a la Universidad Central (hoy Complutense), muy pocos años antes de su muerte. En Sevilla trabajó en su cátedra y en el ejercicio de la abogacía, llegando a ser Decano del Ilustre Colegio de Abogados por medio de la elección exquisita y cuidadosa que aquel Colegio, como todos, practicaba de quien había de ser su máximo representante entre los abogados de más prestigio.

Como maestro universitario, Cossío poseía una característica muy singular: despertaba en el alumno su curiosidad por los temas, a menudo áridos y monótonos, del Derecho civil mediante un juego dialéctico de preguntas y respuestas. No era un profesor rutinario ni sistemático, pero dejaba sembrada una semilla que en la vida del aprendiz de jurista que le escuchaba podía fructificar: la convicción de que el Derecho civil prácticamente hay que estar construyéndolo siempre, que no hay dogmas en él, que la norma no abarca la regulación de todos los problemas que se presentan y que desbordan en muchas ocasiones su supuesto de hecho. Con frecuencia hablaba de temas sobre los que él estaba interesado o trabajaba en ese momento, preguntaba nuestra opinión sobre ellos porque —según decía— algunas veces las respuestas de los alumnos le alumbraban inconscientemente caminos nuevos o le apartaban de algunos por los que discurría.

El nombre de Cossío estoy seguro que estará asociado siempre a uno de los momentos de mayor esplendor de la Universidad de Sevilla antes del advenimiento de la nueva vida universitaria en la que estamos inmersos. Su tardía llegada a Madrid y su repentina muerte han impedido que otra Universidad se beneficiara de sus conocimientos y experiencias, aun-

que con ello ganamos los que en Sevilla estudiamos y fuimos después colaboradores directos suyos.

Su aportación al Derecho civil es conocida por los juristas de esta rama del Derecho. Creo que sobra en esta breve nota la enumeración de sus trabajos y libros, por lo extensa que resultaría y porque es de dominio común al estar citados repetidamente por todos los autores. Si afirmo que son estudios de los que no se puede prescindir en el conocimiento de un tema trabajado por Cossío. Es impensable que quien aborde, por ejemplo, la problemática del riesgo en la compraventa no tenga en cuenta sus teorías en esta materia, expuestas en dos clásicos estudios y para mí las más justas hasta el momento, o que quien se interese por la conducta contraria a la buena fe omita la lectura y análisis de su libro sobre el dolo en el Derecho civil. Y así con todos los que ha publicado, en los que se ve la huella de su formación romanista alemana. Estoy seguro de que la valoración favorable que los contemporáneos hacemos de ellos no diferirá en mucho de la que inexorablemente el tiempo, juez supremo e inapelable, hará. Igualmente estoy convencido de que siempre podrán ayudar a encontrar solución para un problema jurídico, porque son "reales" en el sentido de que han nacido de una preocupación vivida sobre un determinado tema.

Con ser muy destacada y conocida su aportación al Derecho civil, hay, sin embargo, un aspecto que me interesa resaltar desde un punto de vista jurídico más general y amplio: su preocupación por la crisis de la ley, tema del discurso de apertura de curso en la Universidad de Sevilla en 1954, y cuya publicación no tuvo —la Universidad nuestra es así— una masiva difusión. Cossío se mostraba preocupado por lo que veía venir y hoy estamos viviendo, que es la desvalorización de la conciencia jurídica. El hombre de hoy —decía— ha perdido la fe en la ley, no como norma positiva, sino como instrumento de conciliación de intereses y de resolución de controversias. Notaba cómo esta crisis no se parece a las que la Humanidad ha sufrido en otras épocas de la Historia, y apuntaba que no se comenzaría a superar hasta que se volviese a instaurar el respeto a la ley. Era radical enemigo del inmovilismo jurídico, pero no menos lo era de prescindir de la ley vigente en lugar de luchar con los medios que el ordenamiento jurídico concediese para su corrección o sustitución por otra.

Queda por tratar otra faceta de la actividad de Cossío en la que igualmente alcanzó singular relieve: el ejercicio de la abogacía. Creo que en él se inició no como consecuencia de una decisión tomada al respecto, sino por ser una de las innumerables víctimas del trato que el Estado ha dispensado al profesorado universitario en el aspecto económico, amén de otros. Este camino de llegada a la abogacía es posible que fuese el determinante de su manera de actuar como abogado. El caso lo estudiaba como si tuviese que escribir un estudio para una revista jurídica especializada. He tenido la fortuna de leer demandas y recursos de casación salidos de su pluma y de asistir a informes en las Audiencias, y puedo dar fe de la altura científica que en ellos alcanzaba. Es una verdadera lástima que todo esto, junto con sus dictámenes y laudos arbitrales, se-

pierda debido a su radical humildad, que no daba importancia a nada de cuanto hacía. Hay ahí un gran caudal de conocimientos y experiencias, muchas horas de estudio y de preocupación que merecerían sobrevivir.

La práctica del Derecho por él fue beneficiosa también para sus discípulos. No era Cossío el abogado que una vez terminado el caso dejaba de interesarse por él, por los problemas jurídicos que había visto necesitados de nuevos planteamientos o dignos de estudiarse. Los anotaba y los comentaba, escribía sobre ellos —¡cuántas páginas quedarán inéditas por ser bocetos o esquemas de lo que quería hacer cuando tuviese tiempo!—, o los daba como temas de tesis o tesinas o de otros trabajos. Soñía también volver sobre el caso, muchas veces ya después de fallado, en las clases de la Universidad, sobre todo para que nos interesasen lecciones que el alumno encuentra áridas.

Descanse en paz el hombre bueno que fue don Alfonso de Cossío, con la seguridad de que es verdad que los muertos viven en los amigos y discípulos que sobreviven.

ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS
Catedrático de Derecho civil

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ANALES DE LA DIRECCION GENERAL DE LO CONTENCIOSO DEL ESTADO, 1976

De principio conviene hacer una pequeña precisión a efectos de no llevarse a error por el título de la obra que comentamos, puesto que en un sentido estricto, no se trata de unos anales, ni son sólo de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. No son anales, ya que, recogiendo su sentido del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en su edición de 1970, no se trata de una relación de sucesos, sino que recogen parte de la actividad desarrollada por el Centro Directivo y entrando en la segunda negación, de algunas Abogacías del Estado.

La publicación de los Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado se llevó a efecto en el trienio 1961 a 1963. Interrumpiéndose aquí, y reapareciendo en 1975, comprendiendo los Anales correspondientes a los años 1966 a 1973, y estructurándose en cuatro tomos. Nuevamente y luego apareció el tomo correspondiente a los años 1974 y 1975. Y últimamente el que ahora nos toca comentar. Estando, a lo que parece, en mente de la Dirección General de lo Contencioso la continuación de esta preciosa labor para años sucesivos.

No se recoge aquí, como ya decíamos, todo el trabajo desarrollado por la Dirección General de lo Contencioso y las Abogacías del Estado, sino que se limita a recoger, como dice en la introducción al primer tomo de los Anales 1966-1973, el Director General de lo Contencioso, José Luis Gómez-Degano: «El conjunto de informes incluidos no responde a una idea inspirada en la selección de lo mejor o de lo más brillante. Acaso tampoco se hayan escogido los asuntos por razón de su trascendencia. Abrazar estos criterios hubiera sido revestir de una subjetividad inevitable a una labor que se adorna con la seriedad, el empeño y la responsabilidad de quienes la desarrollan. Se trata, pues, de reflejar el tono auténticamente representativo de un estilo casi secular en el servicio profesional prestado, en la actuación tipo de esa colectividad que ejerce la función de departamento jurídico o abogacía del Estado». Los Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado 1976, son independientes de los anteriores, si bien su estructura se atiene, revelando sin embargo una continuidad, que hace que los Anales, en su conjunto, pasen a ser aisladamente un conjunto de informes y escritos jurídicos, a constituir en su conjunto progresivamente agrandado, un pequeño o gran Digesto—lo que dirá el tiempo—de nuestro Derecho.

Podemos así y con toda justicia, y para hacer honor a ésta, colocar a los Anales de la Dirección General de lo Contencioso «al lado», pero no «además» de los repertorios de Jurisprudencia, recopilación de doctrina legal del Consejo de Estado y revistas especializadas.

De la Jurisprudencia recopilada y ordenada se distingue, aparte de en lo civil, en que ésta constituye doctrina concretizadora de los principios generales del Derecho y motivo de casación, por tanto su infracción—al que hay que añadir el recurso de revisión en lo Contencioso-Administrativo—, se distingue, decíamos, en que aquí se nos ofrece la solución al caso-concreto de una manera práctica y sencilla, ofreciéndose siempre el respeto que se guarda al factor discrecional en la actividad administrativa, que orienta el dictamen de la asesoría jurídica, sin preocupación de hacer doctrina, sino incorporando la existente.

De la doctrina recopilada del Consejo de Estado, además de tratar de iguales temas de los que aquélla se ocupa, se incorporan con un sentido de agilidad y efectividad, además de tratar temas que difícilmente podrían llegar a ser dictaminados por el alto Órgano consultivo, cual es la actividad de la Administración desconcentrada del Estado. Del trabajo doctrinal tiene la característica de la busca de la doctrina a aplicar, sin tratar de exponerla. Y en fin, con la riqueza y facilidad de búsqueda, dada del gran número de casos que recogen, la sencillez expositiva, y todo ello sin mengua de la alta calidad jurídica y responsabilidad en el tratamiento de los temas.

Complemento indispensable en la labor práctica del Derecho han de resultar los Anales, que dotan de un tratamiento tan claro, conciso, práctico y jurídico a todas las materias tratadas en ellos.

Dificultad enorme requiere, sin embargo, la elaboración de los Anales, dada la imposibilidad muchas veces de incorporar los elementos de hecho-tenidos en cuenta para la elaboración del trabajo. La estructura de los Anales si bien se mantiene, se reduce, ya que la parte fundamental se refiere a informes y dictámenes; dándose un tratamiento menor a la actividad contenciosa, por la dificultad antes apuntada, además de no poder ser incorporados los escritos de la parte contraria.

Aparte de lo anteriormente mencionado, es indudable que los Anales sirven además de reflejo representativo de la actividad del Cuerpo de Abogados del Estado, en su diario servicio a favor de la Administración. Y en palabras del Director General de los Contenciosos, en su presentación de esta nueva edición de los Anales: «La labor emprendida respondía y responde al propósito de dar a conocer el resultado de una tarea permanente y cotidiana al servicio de la Administración Pública desempeñada por el Cuerpo de Abogados del Estado».

Desempeñan así los Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado una múltiple función: reflejo de un trabajo; instrumento de trabajo para todo profesional y estudiante del Derecho, funcionarios públicos y Autoridades; y labor jurídica al servicio del Derecho.

Los Anales de 1976 tratan los más variados temas recogidos en su Índice, que no podemos por menos de calificar de «sensacional», por cuanto ofrece:

una guía del contenido del trabajo recogido, altamente orientadora en cuanto a su contenido.

Se ocupa así de los siguientes Temas:

Administración Local: recogiéndose informes relativos a la tramitación y competencias en orden a la creación de una fundación pública municipal; problemática de la sustitución por un concejal de un depositario de fondos, el cese de éste y la suspensión del acuerdo adoptado por la Corporación Local; suspensión de acuerdo de Corporación Local informado negativamente por no infringir manifiestamente el Ordenamiento Jurídico la suspensión de licencias urbanísticas en parte del término municipal; suspensión de acuerdo por infracción manifiesta de la Ley, ante irregularidades contractuales en una adjudicación directa.

Administración Institucional y Corporativa: se aborda el importante tema de la colegación de los funcionarios públicos que prestan al Estado servicios profesionales, que en el ámbito de su ejercicio libre requieren la incorporación al correspondiente Colegio Profesional, resolviéndose en el sentido de su innecesidad; Distinción entre organismo y órgano, estando atribuida la personalidad jurídica a aquél y no a éste, que no es sino una parte del otro.

Responsabilidad extracontractual de la Administración: aborda el primer dictamen la interesante cuestión de la distinción de responsabilidad del Estado como consecuencia de la actividad jurisdiccional de los órganos de la Justicia, encajándose en la primera de ellas la prisión por error material consistente en la confusión en la persona; distinción entre caso fortuito y fuerza mayor e inaplicabilidad de la garantía indemnizatoria a favor de entes administrativos; aplicabilidad a las comunidades de regantes del régimen de responsabilidad de la Ley de Expropiación Forzosa y examen de sus requisitos.

Contratos Administrativos: Revisión de oficio del acto de inclusión de la cláusula de revisión de precios con posterioridad al anuncio de la licitación; Requisitos del expediente de rectificación de errores materiales, sin que sea de aplicación a las irregularidades en el procedimiento que se advierten, proponiéndose su convalidación; se plantea y resuelve acertadamente la distinción entre modificación de contrato de obras y obras complementarias y accesorias, con las importantes consecuencias jurídicas de tal distinción; Delegación de pago con carácter no novatorio de una deuda contraída por el Estado frente a un tercero, habiéndose comprometido un Ayuntamiento frente al Estado a sufragar parte del pago a éste, pudiéndose además emplear por el Estado y frente a la Corporación Local el procedimiento de apremio; procedimiento de adquisición de un inmueble y calificación del contrato e informe sobre las condiciones y obligaciones de las partes.

Funcionarios Públicos: Separado un funcionario del servicio por responsabilidades políticas y anulada la sanción, su situación pasa a ser de suspensión, pudiendo pedir el reingreso en el servicio activo; calificación jurídica de los servicios prestados sin consideración a su nomenclatura, sino a su realidad para determinar los requisitos para acceder a cierto

puesto; competencia, procedimiento y virtualidad de expediente de imposición de sanciones administrativas.

Derecho de Cosas. Dominio Público: irrecuperabilidad de oficio de bienes patrimoniales después del año siguiente a la usurpación, analizando estos conceptos; improcedencia de inscripción en el Registro de la Propiedad de edificio donde se aloja cierto Gobierno Civil, dado su carácter demanial; aplicabilidad al Monopolio de petróleos de la ley de Patrimonio del Estado; bienes afectos al pago del Impuesto sobre las Sucesiones en un fideicomiso de residuo y abintestato a favor del Estado; acomodación del Registro de la Propiedad a la realidad jurídica extraregistral e incorporación de la realidad física a través de un deslinde administrativo, derecho de preferente adquisición del titular de una concesión minera en la venta por el Estado del terreno en que aquélla se asienta; Supuesto de divisibilidad de concesiones administrativas en la ZMT y legalización de situaciones de hecho; Posibilidad de establecimiento de una vía pecuaria sobre un cauce público, procedimiento y competencia para autorizar vertidos a dicho cauce.

Expropiación Forzosa: imposibilidad legal de llevar a efecto la mutación artificial del cauce de un río, mutación y encauzamiento de río, procedimiento expropiatorio de bienes eclesiásticos; necesidad de declaración de utilidad pública o interés social como causa legítimamente de la expropiación; prescrita la infracción urbanística de edificación sin licencia, la indemnización expropiatoria ha de extenderse al valor del suelo y de la construcción; significación jurídica en el procedimiento expropiatorio del silencio del expropiado o la Administración en la formulación y aceptación o rechazo de las hojas de aprecio; ejercicio del derecho de reversión y licitud de su renuncia antes de su posibilidad de ejercicio; requisitos del ejercicio del derecho de reversión y ejercitabilidad a pesar de estar trabajado; procedencia de declaración de lesividad de acuerdo de Jurado de Expropiación por falta de motivación adecuada y suficiente y lesión en el precio; competencia para la tramitación de expedientes expropiatorios en beneficio de empresas de «interés preferente».

Revisión de actos administrativos: aplicabilidad del procedimiento de elaboración de las Ordenanzas de Comunidades de Regantes, para su revisión de oficio; el plazo para la interposición del recurso de reposición previo al Contencioso ha de contarse desde el siguiente a la notificación y de acuerdo con el artículo 5 del Código Civil; requisitos del recurso de reposición y legitimación y postulación cuando recurre un Colegio Profesional; libre revisión de oficio de acto no declarativo de derechos; el informe de la Asesoría Jurídica ha de ser posterior a la propuesta de resolución; inexistencia de vicios de procedimiento y suspensión del encaminado a la anulación del acto en tanto se resuelve cuestión prejudicial penal.

Orden Público y Beneficencia: necesidad de tipificación de la infracción para su sanción administrativa, sin perjuicio de su posible tipificación penal; compatibilidad entre el fin público fundacional y la reserva de servidumbre personal sobre el patrimonio fundacional; competencia para el reconocimiento y clasificación de fundaciones mixtas.

Actividades Molestas: Recalificación de industria que funcionaba con licencia antes del Reglamento de 30 de noviembre de 1961; los emplazamien-

tos de industrias han de someterse a la normativa urbanística; consecuencias de la falta de licencia municipal.

Trabajo y Seguridad Social: carácter gestor de las Mutuas Patronales respecto de los bienes que recaudan y disfrutan, cuya titularidad corresponde a la SS; Jurisdicción de Trabajo en materia de SS; El Abogado del Estado no es representante extrajudicial de la Administración.

Industria: utilización por una empresa española del escudo oficial de un país extranjero; requisitos de expropiaciones en materia eléctrica y posible requisa entretanto del Derecho; competencias en el proyecto y obras de ejecución de instalaciones eléctricas de los ministerios de Industria y Ejército; alcance de la protección para las inversiones en el extranjero por industrias de «interés preferente»; procedimiento anulatorio en el Registro de la Propiedad Industrial; denegación de inscripción en el Registro Industrial de actividad de entidad, cuyos estatutos otorgan dividendos preferentes al capital extranjero.

Obras Públicas: La tasa por pretación del servicio de aguas no puede aumentarse a los usuarios cuando el aumento se deriva del desarrollo de la actividad administrativa a causas imputables privativamente y no generales; aplicación de los beneficios de los artículos 12 y 13 de la Ley 8-72, de 10 de mayo.

Agricultura: problemática de instalación de cementerio en la zona regable de un río; Accesoriedad de los intereses respecto del débito principal.

Urbanismo: adaptación de los Planes a la nueva Ley del Suelo; disposición transitoria 1.^a de la LS; ejecución de Sentencia declarando la procedencia de licencia de obras; infracción urbanística manifiesta, efectos de la publicación de los Planes; suspensión de licencias; excepciones a la exigencia de Plan Parcial para la aprobación de proyectos de urbanización bajo la Ley de 12 de mayo de 1956.

Aguas: Extensión del dominio para el alumbramiento de aguas, competencias; es acto de disposición el cambio de objeto en un aprovechamiento de aguas; competencias de la Administración en orden a los aprovechamientos de aguas por Comunidades de Regantes; policía en aguas privadas; policía de limpieza de cauces; concesión de aguas para abastecimiento de poblaciones; vicio de forma y anulabilidad, concesión de aguas para central nuclear.

Minas: incidencia de la nueva Ley de Minas sobre situaciones anteriores y la consideración de los derechos adquiridos; régimen de explotación de aguas minero-medicinales; continuidad con la nueva Ley de Minas del requisito del estampillado de acciones de sociedades mineras, expresando la limitación de su transferibilidad a extranjeros.

Montes: ejercicio de acción judicial ante la inmatriculación a favor de un particular de parcela de monte público deslindado; naturaleza de las riberas de los ríos deslindados por ICONA, de acuerdo con la Ley de 18 de octubre de 1941.

Economía: relaciones entre el Monopolio de Petróleos y su Compañía Arrendataria; «status» de concesionarios de estaciones de servicios, e improcedencia de la modificación de su reglamento de 5 de marzo de 1970; compensación de cambios derivada de la devaluación del dólar en deter-

minadas operaciones de exportación; aspectos jurídicos del sistema de adquisición de objetos por el procedimiento de progresiones sin término final.

Pasan los Anales a continuación a ocuparse de temas de Derecho Constitucional cual es la posibilidad de contrafuerzo de los Decretos-Leyes en materia tributaria.

Y tratan más tarde de los más variados aspectos de los Derechos Civil y Mercantil, analizados desde el punto de vista del informe. Para concluir con actuaciones llevadas a cabo por las Abogacías del Estado ante las jurisdicciones Civil y Contencioso-Administrativa.

FERNANDO F. DE TROCÓNIZ MARCOS,
Abogado del Estado

CARRANZA, Jorge A.: "Las fundaciones en el Derecho privado". Prólogo del profesor Luis Moisset de Espanés. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977. 83 págs.

Este libro, dentro de su severa concisión, ofrece abundante interés para los juristas españoles. La situación de la regulación de las fundaciones aquí no puede ser más desafortunada. Aunque el Código civil reconoce la condición de la fundación como persona jurídica, su normativa en concreto se deja a disposiciones reglamentarias de la Administración, anticuadas y poco claras. Para mayor confusión, el Fuero Nuevo de Navarra contiene una regulación con criterio muy distinto, que no parece haya de influenciar a la doctrina del Derecho común. Es evidente la urgencia de una ley sobre fundaciones, la que reclaman las mismas fundaciones, para conocer con exactitud sus derechos y el modo de ejercitarlos y, sobre todo, la misma Administración, para poder defender debidamente el interés común.

El Código civil argentino, mucho antes que el español, reconoció el significado de la fundación como persona jurídica (1). Ahora también la legislación argentina se adelanta a la labor legislativa española, y así puede servirnos su estudio de orientación y guía.

La obra del profesor Carranza está dividida en cuatro capítulos: Introducción; Las fundaciones en el Código civil argentino; Evaluación posterior al Código civil; Las fundaciones en el Decreto-ley 19, 836/72.

El libro está dedicado a la memoria del profesor doctor Pedro León. Del mismo fallecido profesor y precediendo a la Introducción, se recogen algunos interesantes pensamientos sobre la fundación. De ellos uno me parece tan especialmente acertado y expresivo, que no resisto a reproducirlo. Dice así: "La persona jurídica obra a la manera del ventrilocuo, cuyos movimientos son los de su dueño, cuya voz es la de su dueño y cuya voluntad, en definitiva, no es sino la de quienes lo manejan". Visión

(1) No se utiliza el término fundación, sino el de establecimientos de utilidad pública, religiosos, piadosos, científicos o literarios (art. 33, 5º). Lo que se aclara en la nota de Vélez Sársfield con referencias al Derecho romano.

realista, especialmente verdadera, respecto a los patronos de una fundación. La clave de la regulación de las fundaciones estará en la determinación del poder de los patronos y en la delimitación de los fines permitidos para las fundaciones. La fundación supone la vinculación de una masa de bienes sin limitación de tiempo; ella puede ser para el bien público, pero también en beneficio de un grupo familiar o al servicio de intereses económicos o ideológicos (2). La práctica de algunos países, especialmente en Estados Unidos, ha puesto de relieve su peligrosidad: las fundaciones, como nos dice el autor, llegan allí a ser "gigantescas empresas extranacionales".

Se plantean, así, estas cuestiones: ¿Cómo conjugar los intereses de los fundadores con la defensa del bien común?; ¿qué poderes puede ejercer el poder público para vigilar la actuación de los patronos?

El Decreto-ley argentino de 15 septiembre 1972 (D-L 19.836/72) ha tratado de responder dichas preguntas atendiendo a la realidad actual. El profesor Carranza estudia con espíritu crítico el Decreto-ley, destacando sus ventajas y defectos y proponiendo modificaciones legislativas.

Las fundaciones son definidas por el Decreto-ley como "personas jurídicas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o varias personas, destinado a hacer posible sus fines. Para actuar como tales deben requerir la autorización prevista en el artículo 45 del citado Código" (3). Han de destacarse también, por su especial interés, las disposiciones sobre gobierno y administración de los bienes de la fundación, con particular atención a la contabilidad y documentación y a los poderes de la Administración sobre información y control sobre la vida de la fundación.

Como conclusión, podemos recoger las acertadas palabras con las que cierra su Prólogo el profesor Moisset de Espanés: "La obra conserva en todo momento una armonía interna y un equilibrio que hacen que su lectura no sólo sea útil sino también placentera, y sus méritos dan valiosa dimensión al homenaje que con ella se quiere rendir a la memoria del jurista a quien ha sido dedicada".

R. E. D.

(2) Pueden compararse, desde encontrados puntos de vista: LÓPEZ JACOISTE, *La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones*, R. D. P., 49, 1965, págs. 567 y sig.; CASTRO Y BRAVO, *Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares*, en el ANUARIO, VI-3 (1953), páginas 623 y sig.

(3) Los establecimientos comienzan a existir como personas jurídicas "desde el día en que fuesen autorizados por la Ley o por el Gabinete, con aprobación de sus estatutos...".

CLAVERIA GOSALBEZ, Luis Humberto: "La confirmación del contrato anulable". Prólogo de J. B. JORDANO BAREA. *Studia Albornotiana*, dirigidos por Evelio Verdera Tuells. XXXIII. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia 1977 (315 págs.).

Nuestra más reciente doctrina civilística viene prestando atención preferente al tema de la confirmación del contrato anulable. Fue, en primer lugar, Gullón quien le dedicó un estudio monográfico en este ANUARIO, 1960, págs. 1195 y ss.). Hoy, y casi simultáneamente a la aparición, también en el ANUARIO (1976, págs. 1021 y ss.) de un nuevo estudio dedicado a la anulabilidad y, en relación con ella, a la confirmación, esta vez de Delgado Echeverría, ven luz pública dos libros sobre la misma materia: uno de Serrano Alonso (*La confirmación de los negocios jurídicos*. Madrid, 1976) y el de Luis Humberto Clavería Gosálbez, cuya ficha antecede y al que se dedica esta nota bibliográfica.

La obra, concebida desde "un acertado y fecundo método realista, instrumentalmente conceptual, al servicio de la justicia de los casos de la vida real", como en su prólogo indica el profesor Jordano, se divide en dos partes fundamentales, distribuida cada una de ellas, a su vez, en cuatro capítulos. La primera, bajo el título "El cometido de la confirmación", tras una introducción al tema y delimitación del mismo (Ideas generales, págs. 19-21), aborda, como presupuesto necesario, la distinción entre las diversas formas de ineficacia del negocio jurídico (La ineficacia del negocio jurídico: consideración especial de la nulidad y de la anulabilidad, págs. 23-43), para pasar a distinguir la confirmación del contrato anulable frente a figuras afines a la misma (Figuras afines a la confirmación, págs. 45-56) y terminar con un largo capítulo dedicado al cometido de la confirmación, en el que se estudian las concepciones doctrinales sobre la misma, el tratamiento de la figura en la jurisprudencia española, y donde, finalmente, expone el autor su concepción sobre la confirmación en el Derecho español (págs. 57-103).

También la segunda parte se abre con unas "Ideas generales" introductorias: nos adentramos en el régimen positivo del acto de confirmación (págs. 107-108). Y en primer lugar habrán de examinarse sus requisitos: no otro es el objeto del segundo capítulo de esta segunda parte (págs. 109-184), fundamentalmente: legitimación para confirmar, condiciones subjetivas generales (capacidad y ausencia de vicios de la voluntad) para ello, conocimiento de la causa de anulabilidad y del alcance y efectos del acto confirmatorio, el problema del tiempo apto para confirmar, y —finalmente— la carga de la prueba de estos requisitos.

Sigue otro amplio capítulo (págs. 185-270) —el tercero— dedicado a las distintas clases de confirmación: expresa y tácita, total y parcial y, por fin, confirmación derecho potestativo y confirmación deber jurídico.

Se cierra la segunda parte con un cuarto capítulo, éste sensiblemente más breve (págs. 271-288), titulado "Calificaciones de la confirmación". Se aborda en él el carácter negocial del acto de confirmación y el específico régimen de su ineficacia.

Como epílogo, unas conclusiones generales y otras de *lege ferenda*, cerrándose la obra con una rica relación bibliográfica y cuatro índices: analítico, de autores, de normas y de jurisprudencia.

Así descrito el esquema general de la obra, pasamos a exponer resumidamente el pensamiento de su autor en algunos de sus puntos más importantes.

Tras la afirmación fundamental de que la anulabilidad, entre las formas de ineffectuación del contrato, es una peculiar categoría con sustantividad propia (pág. 21) y de que sólo son confirmables los contratos anulables, pasará, aun cuando "de modo somero e instrumental", a hacer una necesaria referencia a la cuestión de la ineffectuación del negocio jurídico. Sobre la base de los artículos 1.261, 1.300 y 1.310 del Código civil propugna Clavería —frente a la tan extendida tripartición: inexistencia, nulidad y anulabilidad— la distinción de una doble forma de ineffectuación: nulidad y anulabilidad (págs. 26-30). "Es claro que de los contratos que no existen nada hay que decir jurídicamente hablando" (pág. 30).

Pero, ¿cuándo puede empezar a hablarse de existencia del contrato? Una vez surgida su apariencia: "surgida la apariencia, el Derecho debe considerarla, ya sea para ampararla si esa apariencia corresponde a una voluntad real y digna de protección, ya sea para destruirla expresamente en caso contrario" (pág. 31), apariencia que no se producirá en los negocios en formación, incompletos, en fase de tratos... o, incluso, en los *inter vivos* sometidos a forma solemne, cuando ésta no se ha cumplimentado (pág. 32). Supuesto ya la existencia, son casos de nulidad: a) el de los negocios sin consentimiento, objeto o causa, debiendo comprenderse entre ellos el negocio simulado, el celebrado por el *falsus procurator*, así como los negocios *inter vivos* y *mortis causa* en los que no se haya cumplido la forma exigida *ad substantiam*; b) Los negocios imperfectos, entendiendo por tales los negocios con objeto o causa ilícita, los prohibidos por la ley y los *mortis causa* celebrados con voluntad viciada. Común características de orden negativo: estos negocios no son confirmables (páginas 33-37).

La confirmación debe limitarse a los contratos anulables, entrando en dicha categoría de ineffectuación los celebrados por incapaces de obrar, los afectados por vicio de la voluntad (en los negocios *inter vivos*) y los celebrados por un cónyuge sin el consentimiento del otro cuando éste es necesario. El contrato anulable, a diferencia del nulo, es provisionalmente válido y eficaz hasta que adquiera firmeza la sentencia —constitutiva— en la que se establezca su anulación (págs. 37-43).

Hecha la anterior delimitación del ámbito de operatividad de la confirmación, pasa el autor (cap. III de la primera parte) a distinguirla respecto a categorías afines: la confirmación, que no consiste en un acto de convalidación propiamente hablando (pág. 45), no debe confundirse ni con la sanatoria excepcional de disposiciones testamentarias nulas ni con la convalidación del matrimonio nulo por defecto de edad, sanado por concepción de la mujer o por cohabitación de los cónyuges, ni con la forma de sanación proveniente del hecho de que devenga titular de la cosa quien no lo era cuando dispuso de ella. Como debe, igualmente, di-

ferenciarse frente a la ratificación del negocio celebrado por el *falsus procurator* y frente a la caducidad de la acción de impugnación, así como respecto a la autorización judicial o del consejo de familia tras la celebración del acto que la requería (*homologación*, en la doctrina extranjera) y respecto a la renuncia a la acción de anulación (págs. 45-56).

Se cierra la Primera Parte con un largo capítulo dedicado al contenido de la confirmación y a la fijación de su concepto desde una perspectiva funcional. Comienza para ello el autor examinando las concepciones doctrinales sobre la confirmación. Los autores han tratado de explicarla por vías distintas: desde la concepción de la integración y de la sanatoria, pasando por la de la convalidación y la de la renuncia a la acción de impugnación, hasta la teoría de la figura jurídica compleja. En función de tales explicaciones la confirmación debería entenderse como acto que sana o integra un negocio irregular; como acto convalidante de un negocio con eficacia hasta entonces sólo precaria; como simple renuncia al derecho potestativo a ejercitarse la acción de invalidación, o, finalmente, como elemento que, unido al negocio anulable, integra un nuevo supuesto legal de hecho (págs. 57-74). Nuestra jurisprudencia, aun cuando clara y constante en la delimitación del campo de actuación de la confirmación (contratos anulables, no los que son nulos), se refiere a su ser y efectos con terminología sumamente variable: "acto de integración", "convalidación", "subsanación", "purificación"... (págs. 74-77).

¿Cuál es la tesis personal del autor en esta materia? Sobre la base del artículo 1.310 del C. c. mantiene Clavería que la confirmación se hace depender en nuestro ordenamiento de "elementos estructurales" (página 78). El artículo 1.310 es el texto legal que nos indica cuál es el ámbito de la confirmación. No lo constituyen los contratos —nulos generalmente— que no reúnen los requisitos a que se refiere el artículo 1.261; lo integran, por el contrario, los contratos anulables. El tenor literal, con todo, del artículo 1.310 no excluye de la confirmabilidad a los contratos celebrados en contra de una prohibición legal ni a los contratos con causa u objeto ilícitos, pero tampoco estos contratos deben considerarse confirmables (pág. 79). El artículo 1.310, en consecuencia, necesita ser restrictivamente interpretado: no todos los contratos que reúnan los requisitos del 1.261 son confirmables; no lo son, en efecto, los que, aun reuniendo tales requisitos, deban ser reputados nulos de pleno derecho. Sólo los contratos anulables son confirmables (pág. 80).

Así, determinado su ámbito, se hace necesario fijar los efectos de la figura en estudio. Y para ello forzoso es referirse a la situación sobre la que tal figura opera. El contrato anulable es, en opinión de Clavería, "válido y eficaz", aun cuando con una validez y eficacia provisionales y claudicantes. La sentencia anulatoria es, por tanto, constitutiva, transformando *ex tunc* la situación anterior (pág. 80). ¿Cómo incide sobre esta situación el acto de confirmación? En primer lugar —art. 1.309— opera la extinción de la acción de anulación; efecto extintivo éste al que —artículo 1.313— se añade otro resultado "positivo" que nuestro Código civil describe como de purificación del contrato en cuanto a los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración.

Más difícil será determinar el significado técnico preciso del término "purificación" empleado por la Ley en esta materia. Entiende Clavería que no puede interpretarse el efecto positivo de la confirmación desde la teoría de la "convalidación". La confirmación, ni sana el contrato defectuoso, ni integra el negocio incompleto; más que en la estructura del negocio opera en la esfera de su efectividad jurídica. Tampoco debe entenderse la confirmación como acto por el que se suprime el motivo de ineficacia del contrato; sería esta una solución ficticia que, como tal, deberá dejar lugar a cualquier otro posible medio explicativo más realista y racional. Ni debe confundirse a la confirmación con la simple renuncia a la acción de impugnación: lo impide, en opinión del autor, el artículo 1.310 del Código civil que hace depender la confirmabilidad de datos estructurales relativos al contrato confirmado, así como el aspecto positivo del efecto de la confirmación —art. 1.313—, aspecto que mal podría casarse con la simple renuncia a la impugnación del contrato (páginas 83-95).

La confirmación, entonces, será en nuestro Derecho "el acto jurídico en virtud del cual la persona legitimada para solicitar del poder judicial la anulación de un contrato, suprime, en favor de la otra parte, la incertidumbre acerca de la permanencia de los efectos de ese contrato, fijando definitivamente el valor vinculante de sus cláusulas y destruyendo así la anulabilidad" (pág. 95). Aparece de este modo el efecto positivo del acto de confirmación, cifrado en el *quid novi* que éste añade al contrato: la certeza de su eficacia definitiva. Como precisiones más importantes de tal eficacia señala Clavería las que siguen: la confirmación tiene valor más que relativo, "no es un acto que afecte sólo a su autor, sino que afecta también a partes y a terceros"; no puede afirmarse con rigor que sea retroactiva, pues el contrato ya era eficaz antes de ella (tendrá, pues, a lo más, una retroactividad técnica, no dogmática); "lo que sí es indiscutible es que la confirmación es oponible a todos, incluidos terceros de buena fe" (pág. 98).

Comienza la Segunda Parte del interesante trabajo que reseñamos con unas "Ideas generales" (Cap. primero) en las que el autor nos expone su propósito: visto el cometido de la confirmación, nos corresponde ahora estudiar —dice— qué requisitos exige la ley española al acto confirmatorio para que produzca en el contrato anulable los efectos indicados. Los artículos 1.311, 1.312 y 1.314 serán la base positiva de tal estudio.

El capítulo segundo se dedica especialmente a los indicados requisitos. En cuanto a la legitimación, se comienza con unas reflexiones sobre la legitimación indirecta para confirmar: cabe la confirmación por representante, tanto legal como voluntario. El representante legal necesitará autorización del Consejo de familia, o judicial, cuando el acto a confirmar así lo exija; la confirmación por representante voluntario no presenta, en opinión del autor, peculiaridades dignas de mención; sólo la indicación de que el encargo de confirmar, más que a actuación como representante, da ocasión a declaración a través de nuncio, portavoz o mensajero (págs. 116-117).

El artículo 1.311 del Código civil indica quién es el directamente legitimado para confirmar: el que tuviese derecho a invocar la nulidad; esto es, quien padeció el vicio determinante de la anulabilidad. Hay casos, con todo, en que el legitimado para confirmar no es quien, padeciendo el indicado vicio, celebró el contrato confirmable: es el caso del cónyuge sin cuyo consentimiento hubiere actuado el otro cuando tal consentimiento es necesario, o el de los herederos forzosos del próódigo. Es que la anulabilidad no sólo es expediente para salvaguardar la libertad del consentimiento de la persona que lo prestó, sino también remedio para amparar en determinadas circunstancias a personas distintas (pág. 119).

Rechazada la admisibilidad en nuestro Ordenamiento de la "anulabilidad absoluta" (págs. 120-123), se plantea el autor los problemas que produce la existencia de varios legitimados para impugnar; sería el supuesto, e.c., de impugnación por los herederos de quien fue parte en la celebración del contrato, o cuando en la misma celebración del contrato intervino "parte subjetivamente compleja". Clavería acepta en este punto la opinión de Iudica: cada legitimado puede impugnar su "cuota" sin que ello afecte a sus compañeros y siempre que, sin ella, el contrato no deje de tener interés para quien fue contraparte en su celebración. La existencia de "parte subjetivamente compleja" no restringe la legitimación para impugnar, sino el alcance de la anulación misma. Conclusión: si es posible la anulabilidad parcial del contrato, también lo será la confirmación parcial del mismo, o, para ser más exacto —dice el autor— la confirmación total de la cuota o porción correspondiente; cuando, por el contrario, la anulabilidad parcial no sea posible, la confirmación del contrato exigirá la declaración de voluntad confirmatoria de todos los legitimados para la confirmación (págs. 123-128).

Otras matizaciones necesita la regla de que el legitimado para confirmar es el mismo legitimado para impugnar: Entiende Clavería que la acción de impugnación es cedible, por lo que, una vez cedida, el legitimado para confirmar será el cesionario y no ya el cedente (págs. 134-138). ¿Y el acreedor del contratante que padeció el efecto del vicio determinante de la anulabilidad, podrá impugnar y confirmar en ejercicio de la acción subrogatoria? Aquí la solución realista del problema rompe, en opinión de Clavería, el paralelismo y la simetría lógica: el indicado acreedor podrá impugnar por vía subrogatoria el contrato celebrado por su deudor, pero no podrá confirmarlo (págs. 138-141). ¿Y el fiador? El fiador no podrá excepcionar por causas de anulabilidad constitutivas de excepción puramente personal del deudor, pero sí por excepción inherente a la deuda. Cuando está así legitimado para impugnar, lo estará también para confirmar; ahora bien, obligado principal y fiador han de confirmar conjuntamente; la confirmación de un solo de ellos —dice Clavería— es subjetivamente parcial y por ello, inoponible al otro (páginas 141-145). Finalmente, en el supuesto de obligación solidaria el obligado requerido puede oponer la anulabilidad de que él no es víctima por la parte correspondiente al deudor que la padeció; puede, igualmente, confirmar con efectos frente al acreedor pero sin que tal confirmación afecte al contratante víctima del vicio (págs. 145-148).

En relación con las condiciones subjetivas generales de capacidad y ausencia de vicios de la voluntad, dos han sido las tesis mantenidas sobre la necesaria capacidad de quien confirma: la de Alarcão, para quien, por ser la confirmación un negocio accesorio y complementario, su autor ha de tener la capacidad requerida para el acto confirmado, y la de Couturier, que, propugnando una construcción autónoma del acto de confirmación, y por suponer siempre éste una renuncia a la acción de impugnación, mantiene la necesidad de capacidad dispositiva en todo supuesto de confirmación. Clavería opta en esta materia en favor de la tesis de Alarcão. En cuanto a los vicios, el artículo 1.311 del Código civil es claro en exigir que el influjo del determinante de la anulabilidad haya cesado al producirse el acto de confirmación. *Pari ratione* hay que concluir la ineficacia del acto de confirmación realizado bajo el influjo de vicio sobrevenido diferente. El dolo presentará en esta materia la peculiaridad de que, al ser la confirmación un negocio unilateral, no se limitará su efecto viciante al supuesto de que provenga de la otra parte; sea quien fuere su autor, producirá igualmente la ineficacia de la confirmación.

Requisito igualmente de la eficaz confirmación del contrato es el conocimiento de la causa de anulabilidad del mismo. Así lo establece el artículo 1.311, refiriéndose a la confirmación tácita. En la confirmación expresa dicho conocimiento, más que requisito *stricto sensu* del acto de confirmación, será presupuesto fáctico del mismo (pág. 157). El problema de mayor interés que se presenta en este aspecto es el siguiente: ¿Basta el conocimiento del motivo de anulabilidad, o se requiere, además, conocimiento del carácter confirmatorio del acto que permite apreciar la voluntad tácita de confirmar? Contra la tesis mantenida entre nosotros por Gullón, para quien tanto la dificultad de un análisis psicológico ulterior, como la doctrina de los actos propios llevarían a considerar bastante el conocimiento del vicio determinante, se decide Clavería por la opinión mantenida en la doctrina europea más reciente, consagrada, incluso, en el Código civil portugués, según la cual no basta el conocimiento del vicio, sino que se requiere, además, el del derecho de anulación (pág. 161). Esta solución es perfectamente posible en nuestro ordenamiento, donde el artículo 1.311 Código civil exige, con el conocimiento de la causa de anulabilidad, la voluntad de renunciar a invocarla. En síntesis, quien confirma debe saber no sólo que existe un motivo de anulabilidad, sino también la existencia de ésta, el derecho a invocarla, y el sentido del acto de confirmación (pág. 168).

Sobre el tiempo idóneo para confirmar, estima Clavería que no basta afirmar que éste comienza desde que cesa el motivo de anulabilidad. Hacer esto sería tanto como subsumir este requisito en las condiciones subjetivas para confirmar. Se trata aquí, en cambio, de un requisito distinto, a añadir a los anteriores. La primera cuestión que al respecto se plantea es la siguiente: ¿cabe la confirmación tras el transcurso de los cuatro años a que se refiere el artículo 1.301? Generalmente se responde en sentido negativo, y la respuesta es acertada con tal de que se distinga que, según la regla de aplicación en esta materia, *quae temporalia sunt*

ad agendum perpetua sunt ad excipendum, cabrá la alegación de la anulabilidad del contrato por vía de excepción incluso tras el transcurso del plazo de los cuatro años y hasta la total consumación del contrato; anulabilidad ésta, aún posible, que prolonga durante el tiempo de su vigencia la posibilidad paralela de confirmación (pág. 170).

Clavería se muestra partidario de la opinión de Barassi, según la cual no debe reconocerse al no legitimado para impugnar la posibilidad de acortar el plazo legal de cuatro años mediante el ejercicio de una *actio interrogatoria* encaminada a exigir del legitimado para impugnar o confirmar que se pronuncie sobre su opinión al respecto, poniendo fin de este modo a la situación de incertidumbre (pág. 172). Como tampoco debe admitirse la confirmación realizada en el mismo momento de celebración del contrato anulable, ni la eficacia del compromiso de no confirmar (páginas 174-176).

Finalmente, en cuanto a la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos necesarios para el eficaz acto de confirmación, entiende el autor que la prueba de la inexistencia de dichos requisitos corresponde a quien alega la ineficacia de la confirmación, por lo que si no se prueba la presencia de los requisitos estudiados, se entiende que concurren, beneficiándose de ello el que alega la confirmación (pág. 181).

Sigue otro amplio capítulo (Cap. III) dedicado a las clases de confirmación: expresa o tácita, total o parcial y confirmación derecho potestativo o confirmación deber jurídico.

Los artículos 1.311 y 65 del Código civil dan base legal expresa a la distinción entre confirmación expresa y tácita. En cuanto al contenido de la primera el autor distingue entre los sistemas de contenido necesario rígido o fijo (Francia, Italia, Argentina), en los que la confirmación ha de hacer referencia necesariamente a la sustancia del acto confirmado, al vicio de que adolecía y a la intención de sanarlo, y los sistemas de contenido necesario abierto o flexible (Alemania, Portugal, España). Aun cuando nuestro artículo 1.311 no fija un contenido mínimo al acto de confirmación, deben recogerse en él los mismos elementos a que se refieren los sistemas de contenido rígido, si bien, pudiendo deducirse tal contenido mediante interpretación llevada a cabo con medios ajenos a la declaración confirmatoria (pág. 200). En el contenido potestativo de la confirmación expresa piensa Clavería que deben excluirse el modo (figura característica de los negocios a título gratuito) así como, en principio, el término y la condición, por la transitoriedad e inestabilidad que, en contra de la razón y finalidad de la confirmación, introducirían en la situación. Sería admisible, con todo, el término inicial, pudiéndose impugnar antes de su llegada (pág. 205) y la condición suspensiva, siempre que sus efectos nosean retroactivos, ya que, en caso contrario, la confirmación *sub conditione* produciría mayor confusión que aquélla que el acto confirmatorio trata de eliminar (pág. 206).

Nada dispone nuestro Código civil sobre la forma del acto de confirmación, con lo que sería de aplicación en esta materia el principio espiritualista informador de nuestro ordenamiento, con la matización, no obstante, de que, al ser la confirmación un "negocio de segundo grado" de-

berá éste considerarse sometido al mismo requisito formal al que, por hipótesis, esté sujeto el contrato confirmado (págs. 210-211). Tampoco hay disposición expresa en nuestro ordenamiento sobre la posibilidad de inscripción registral de la confirmación. Clavería sigue en este punto la opinión de los profesores Lacruz y Sancho en el sentido de que la confirmación, como cualquier otra circunstancia que pueda dar lugar a un cambio real, es susceptible del correspondiente reflejo registral, añadiendo que tal constancia registral hace presumir el conocimiento de la confirmación por parte de su destinatario, produciéndose de este modo su plena eficacia, pudiendo así establecerse "una cierta vinculación entre la inscripción y el carácter receptivo del acto confirmatorio" (página 215), y es que, contra la opinión común, opina Clavería que la confirmación constituye una declaración de voluntad receptiva, pues su finalidad no se cumple si no llega a conocimiento de la otra parte (página 219).

La confirmación tácita se entiende producida en nuestro ordenamiento cuando se la puede inferir de actos o conductas que, con arreglo a un criterio práctico, empírico, impliquen o indiquen con claridad la intención de confirmar (págs. 226-227). Se hace necesario en esta materia —piensa Clavería— indagar la voluntad subjetiva sin que quepa entender producida la confirmación de modo objetivo; se trata de una manifestación tácita de voluntad en cuya interpretación no es de aplicación la doctrina de los actos propios (pág. 228). El autor hace, ejemplificativamente, la siguiente enumeración de supuestos constitutivos de manifestaciones de voluntad tácita de confirmar: el cumplimiento de la obligación contraída en el contrato anulable (págs. 233-234); el recibir la prestación de la otra parte, o el exigirla judicial o extrajudicialmente (pág. 234); el consolidar la situación derivada del contrato, realizando comportamientos sólo compatibles con la eficacia definitiva de éste o que dificulten la vuelta a la situación previa a la celebración del mismo (págs. 235-236); la realización de algunos de los modos de extinción de las obligaciones, diferentes al pago (págs. 238-241); el hecho de renunciar a la restitución del bien que la otra parte le ofrece (pág. 240); los actos que constituyen reproducción del negocio anulable, entendiendo por tales los de simple formalización del negocio anteriormente celebrado (págs. 240-241); la solicitud de concesión de un plazo para el pago o el mero hecho de la constitución de un gravamen a favor del acreedor (págs. 241-242).

¿Cabe interpretar como intención de confirmar el dejar transcurrir el plazo de la acción de impugnación? Doctrina y Jurisprudencia son dudosas en este punto. Entiende Clavería que cuando ya se ha efectuado la prestación debida a causa del contrato, el dejar transcurrir el plazo de impugnabilidad o el confirmar tácitamente producen iguales efectos, sin que ello permita confundir ambas figuras, cuyos respectivos tratamientos son nítidamente diferentes; cuando, por el contrario, la prestación no se haya cumplido todavía, el transcurso del plazo no producirá los mismos efectos de la confirmación, pues siempre podrá ser alegada la impugnabilidad por vía de excepción, sin que lo anterior excluya la

posibilidad de que, en determinadas hipótesis, el silencio pueda constituir confirmación tácita (págs. 242-246).

En relación con la confirmación total y parcial, distingue el autor entre confirmación objetivamente parcial y subjetivamente parcial. Admitir la primera supone la previa admisión de la "anulabilidad parcial". El principio de conservación y el respeto a la autonomía privada inclinan a la doctrina extranjera en favor de tal posibilidad. En el mismo sentido se pronuncia Clavería: si el motivo de anulabilidad afecta sólo a parte del contrato, y siempre que el no legitimado para impugnar no pruebe que no habría contratado sin tal parte, será posible la confirmación objetivamente parcial (págs. 247-256). La confirmación subjetivamente parcial se presentaría en dos supuestos distintos: cuando la confirmación es llevada a cabo por alguno de los facultados para impugnar ("confirmación total de cuota"), lo cual podrá realizarse válidamente siempre que no resulte que la contraparte no habría contratado, de saber que sólo tendrían eficacia las porciones no impugnadas (págs. 257-258), o en el supuesto de la confirmación *in favorem*, esto es, en favor de alguna de las personas, pero no de todas, integrante de la parte no legitimada para impugnar. Tal modalidad de confirmación subjetivamente parcial no sería posible en opinión de Clavería, ya que la confirmación está llamada a producir un efecto objetivo sobre el contrato, y es lógico que éste sea oponible e invocable por todos (pág. 258).

Finalmente, y como última clasificación de la confirmación, se examina la confirmación derecho potestativo y la confirmación deber jurídico. En principio la confirmación constituye un derecho potestativo; no hay obligación de confirmar, pero tal obligación pudiera provenir en supuestos especiales de causas distintas. Se plantea así el problema de la promesa unilateral de confirmar, simple reflejo en esta sede de la debatida cuestión sobre la idoneidad de la voluntad unilateral para la creación de obligaciones. La opinión de Clavería no difiere en este punto de la tesis más común: a nada se obliga quien unilateralmente se obliga a confirmar, sin perjuicio de que una declaración en tal sentido pueda ser interpretada como confirmación sometida a término inicial (pág. 260).

Atención especial merece en este sentido el contrato de confirmar. Sería éste el acuerdo por el cual el legitimado para impugnar se obliga a confirmar, con contraprestación o sin ella; contrato atípico e innominado, en el que ni tienen que ser parte quienes lo fueron en el contrato impugnable, ni puede confundirse con la pretendida confirmación bilateral. El contrato de confirmar estará animado por su causa propia, distinta a la causa (ni onerosa, ni gratuita, sino neutra) del acto de confirmación. Pero, ¿cuáles serían los efectos del contrato de confirmar? Se refleja ahora en este punto la problemática propia de la figura del precontrato. Clavería, contra la opinión de Diez Picazo, se pronuncia en la línea más clásica: el ingrediente de voluntad personal que debería animar al acto confirmatorio no puede ser suplido jurisdiccionalmente: la voluntad de quien se obliga a confirmar —dice— tiene contenido distinto. En otro caso, el contrato de confirmación produciría los efectos propios de la confirmación misma.

Sigue ya un nuevo capítulo (IV y último): calificaciones de la confirmación. Se considera a ésta como negocio jurídico, en concreto, negocio "con eficacia final", animado por una causa propia. Pero negocio con peculiaridades por su carácter de acto accesorio, de contenido simple y de naturaleza estrictamente técnico-jurídica. Por ello, se dirá que la confirmación, siendo negocio jurídico, lo es "menos" que el contrato y que el testamento. Casi más que negocio sería declaración negocial que afecta a negocio ya existente; negocio, en definitiva, de segundo grado que, más que crear una relación jurídica nueva, incide en relación ya existente, modificándola o consolidándola.

Pero el negocio de confirmación presenta sus peculiaridades en materia de ineficacia: los que en general son motivos de anulabilidad producen la total ineficacia del acto de confirmación. No cabe, pues, la confirmación anulable ni, en consecuencia, la confirmación de la confirmación. Una tal figura vendría a producir el contradictorio efecto de conceder "precariamente" carácter "definitivo" a la eficacia de un contrato anulable (pág. 277).

La obra se cierra con el resumen, en seis conclusiones, de su total contenido y con unas, muy técnicas y cuidadas, consideraciones *de lege ferenda*, formuladas en cinco apartados que podrían —dice su autor— sustituir a los actuales artículos 1.309-1.313 en una eventual reforma del Código civil.

Labor fundamental del estudioso del Derecho es la tarea de interpretación y de explicación del dictado legal. Suscribimos plenamente la afirmación de Jordano, prologuista —repetimos— de la obra que reseñamos, cuando indica que en ella "el Dr. Clavería ha intentado —y a nuestro juicio conseguido plenamente— exponer de un modo ordenado y claro el régimen jurídico total de la confirmación del contrato anulable en el Derecho español". En Derecho, con todo, pocos son los dogmas y, desde luego, la elaboración operada por Clavería queda fuera del terreno de lo dogmático. Sería, no obstante, aventurado entrar sin un más sossegado discurso en el análisis y crítica del conjunto y sustancia de su pensamiento. Un punto hay, de todos modos, en el que sí quisiéramos hacer una observación a la tesis mantenida por Clavería. Se trata de materia que hemos estudiado y desarrollado con despacio y en la que, por tanto, no será necesario entrar en una detallada fundamentación de cuanto digamos. Nos remitimos a nuestra obra sobre *La representación aparente: una aplicación del principio general de protección de la apariencia*, en la que cada una de las afirmaciones que, en lo sustancial, a continuación hagamos encuentra debido respaldo. Por otra parte, la crítica que en este punto, como secundario y accidental en la obra de Clavería hagamos a la monografía que reseñamos, en nada empaña el brillo de la misma. Nos referimos al problema de la proyección frente a terceros, tanto de la anulabilidad, como de la confirmación.

¿Es oponible a terceros la anulabilidad? Clavería opina que sí. "En Derecho privado español, en principio, el contrato nulo y el anulado son plenamente ineficaces, siendo esta ineficacia oponible a todos, partes y

terceros. Sólo por causa de fenómenos jurídicos externos al contrato —fe pública registral, protección a la buena fe y a la apariencia, etc.— puede esta ineficacia verse recortada respecto de algunos terceros” (pág. 81). La afirmación, válida en lo fundamental según pensamos, es matizable en su acentuación, y ello por dos motivos.

En primer lugar, porque aun cuando consideradas en sí tanto la nulidad como la anulabilidad pudieran llegar a tener trascendencia real, oponible, por tanto *erga omnes*, no puede olvidarse que dicha oponibilidad potencial y *ratione sui* se encuentra interferida en nuestro ordenamiento por el principio general, de orientación opuesta, de la protección del tercero de buena fe, y ello hasta el punto de que a la hora de formular la regla de más amplio alcance, los términos del enunciado deben invertirse: la anulabilidad, como la nulidad, es en principio inoponible al tercero (de buena fe), pudiendo, con todo, ser opuesta al tercero de mala fe.

En segundo lugar: Opina Clavería que la indicada oponibilidad, así como sus eventuales limitaciones y recortes, procedería del ser mismo de la figura respecto a la cual se predica. Comparando nuestra anulabilidad con la que consagra el *Codice Civile*, dice: “En Derecho privado italiano, por el contrario, si la anulación no se debe a incapacidad legal, no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por tercero de buena fe (art. 1.445 del *Codice*). Obsérvese que se trata de una limitación de la operatividad de la anulación misma, limitación que forma parte del concepto de la *annullabilità* y que no concurre en el caso de la *nullità* o en el de la anulabilidad causada por incapacidad de obrar. En nuestro Ordenamiento, por el contrario, la inoponibilidad de la anulación —o de la declaración judicial de nulidad— al tercero protegido por el artículo 464 del Código civil o por el 34 de la Ley Hipotecaria, se debe a motivos ajenos al contrato inválido, requiriéndose la posesión o la inscripción con las condiciones prescritas por la ley” (Ib.).

En nuestra opinión, la relación entre protección de los terceros e instituto en que dicha protección se opera es distinta. La medida legal protectora de los terceros de buena fe —con alcance de principio general en nuestro ordenamiento— opera siempre con consistencia *a se* e independientemente de las peculiaridades del instituto en cuyo funcionamiento-interfiere. Basta que se produzca una apariencia creíble de buena fe, para que el tercero que en ella confía sea protegido: el fundamento de la medida radica en la buena fe del tercero, no en las propiedades específicas de la figura que externamente aparece como real, cuando sólo es aparente. Aplicado a nuestro caso: la inoponibilidad de la anulabilidad (lo mismo ocurriría con la nulidad) no se debe al ser propio de ésta, sino, independientemente de él, a la buena fe del tercero, apoyada en la situación de apariencia (apariencia de validez, tras la realidad de la ineficacia). El más claro argumento en este sentido, por continuar cénidos a la materia en examen, nos lo ofrecen los artículos 34 y 37 de la Ley Hipotecaria: la anulación, rescisión o revocación, independientemente de su distinta naturaleza, son igualmente inoponibles al tercero, al no constar a éste registralmente su causa desencadenante. Fundamento:

común a esta medida?: siempre la buena fe del tercero; nunca el ser propio, o la naturaleza de la peculiar forma de ineficacia en que la misma medida interfiere. ¿Cómo explicar, entonces, la norma del artículo 1.445 del *Codice*, citada por Clavería? Aunque la explicación de dicha norma excede nuestra competencia, apuntamos que bien podría tratarse del simple reflejo legal del criterio —sin acogida en nuestro ordenamiento— que estima preferente la protección del incapaz a la protección del tercero de buena fe.

El segundo aspecto que en esta materia se ofrece es el de la oponibilidad a terceros, no ya de la anulabilidad, sino del acto de confirmación y, naturalmente, de sus efectos. A primera vista podría parecer que el hecho de la confirmación no habría de producir problemas de protección de terceros. Nos explicamos: cuando se habla de tercero protegible se piensa en el tercero que, habiendo tomado por realidad lo que sólo era apariencia, se vería frustrado en su confianza al hacerse valer frente a él la realidad contraria a tal apariencia. Pues bien, viiniendo la confirmación a poner en armonía con la realidad lo que hasta entonces era simple apariencia, no queda lugar ya a la posible decepción del tercero. Sin embargo, y tomado de la doctrina francesa, propone Clavería un supuesto, aun cuando rebuscado, posible, en el que la producción de la confirmación puede desencadenar un problema de protección de tercero o terceros; se trataría de tercero anterior al acto de confirmación. El caso sería el siguiente (pág. 99): A celebra con B un contrato anulable; posteriormente y en un nuevo contrato con C dispone, otra vez, de la cosa objeto del primitivo contrato anulable; por último A confirma el contrato inicial. En tal caso, indica Clavería, el tercero —C— sólo puede exigir de A indemnización por el incumplimiento; jamás podrá pedir la entrega de la cosa en cuestión alegando que a él no le es oponible la confirmación. Y es que la confirmación, en nuestro ordenamiento, “es oponible a todos, incluidos los terceros de buena fe” (págs. 50, texto y nota 42 y 98-99).

El supuesto, y la solución que al mismo se propone, nos suscitan alguna reserva. En primer lugar, y siguiendo la exposición de Clavería, sobre todo en lo referente a la interpretación del valor confirmatorio de los actos concluyentes del legitimado para impugnar (págs. esp. 232 y ss.), creemos que la doctrina de los actos propios tendría algo que decir en contra de la confirmación imaginada en el anterior supuesto. ¿Y los artículos 1.311 y 1.314, nada iluminan el caso, interpretados a contrario sensu?

Pero, pasando por encima de la anterior dificultad, ¿cómo hacer recaer sobre un tercero los efectos de un contrato en cuya celebración no ha intervenido (*res inter alios acta...*, art. 1.257)? Sin embargo, en opinión de Clavería debe mantenerse la oponibilidad de la confirmación al tercero de buena fe: “Es lógico que así sea —dice— pues carecería de sentido proteger a un tercero que adquiriese derechos en virtud de un negocio incompatible con el negocio anulado que, mientras no es anulado, es válido y eficaz, aunque sea provisionalmente” (pág. 99). Es decir, que en el caso antes ejemplificado, carece de sentido proteger a C en la efi-

cacia de su contrato celebrado con A, ya que dicho contrato es incompatible con el anteriormente celebrado entre A y B, no obstante la irregularidad de este segundo contrato, irregularidad que no le priva de eficacia provisional y que finalmente es consolidada de modo definitivo mediante el posterior acto de confirmación.

Quizá sea la discutible atribución de eficacia real (como contrapuesta a aparente) al contrato anulable lo que lleva a Clavería a opinar en el anterior sentido. De todos modos creemos que la solución al supuesto analizado quedaría definitivamente iluminada en sentido distinto al propuesto con sólo proyectar sobre el mismo los principios rectores de —al menos— dos preceptos del Código civil de clara aplicabilidad analógica. Nos referimos en primer lugar al artículo 1.473. ¿Cómo se resuelve el conflicto entre distintos causahabientes que lo sean todos de un mismo titular y en virtud de actos sucesivos e incompatibles entre sí? En nuestra opinión el artículo 1.473 resuelve el supuesto en aplicación, no de la teoría del título y el modo —como frecuentemente se afirma—, sino estableciendo una norma de preferencia entre terceros de buena fe. El segundo adquirente, e.c., comprador de la cosa sucesivamente vendida, es reconocido dueño de la misma con preferencia al primero, siempre que éste último permitiera la existencia de una situación de apariencia (posesión de la cosa por el vendedor) contraria a su derecho. Y nótese que el contrato primero en el tiempo era un contrato estructuralmente válido; a pesar de ello se prefiere al segundo comprador que adquiere la posesión, de buena fe, de quien, por tenerla hasta entonces, podía ser tomado por propietario de la cosa. La aplicación del principio rector del artículo 1.473 ¿no impone analógicamente solución distinta a la propuesta por Clavería al caso en estudio? La posición del tercero, ajeno al contrato anulable y, por supuesto, a la posterior confirmación del mismo, es semejante a la del tercero protegido por el artículo 1.473 (siempre, claro está, que el enajenante se encuentre en posesión de la cosa de que dispuso en favor del mismo tercero). El criterio de preferencia en uno y otro caso no es —ápices de Derecho rigoroso, que diría García Goyena— el ser y características del acto de enajenación *ratione sui*, sino las condiciones de credibilidad de la apariencia determinante de toda medida de protección de los terceros de buena fe.

Y a igual solución habríamos de llegar desde el criterio inspirador del artículo 1.540, *in fine*, también del Código civil. El que pierda por evicción la cosa recibida en permuta podrá optar entre recuperar la que dio a cambio o reclamar la indemnización de daños y perjuicios; pero sólo podrá usar el derecho a recuperar la cosa que él entregó mientras ésta subsista en poder del otro permutante, *y sin perjuicio de los derechos adquiridos entretanto sobre ella de buena fe por un tercero*. El Código reconoce el derecho del permutante sobre la cosa entregada en permuta en contraprestación de cosa evicionada, pero tal derecho sólo podrá ejercitarse mientras no entre en colisión con el de un tercero adquirente de buena fe de esa misma cosa o de algún derecho sobre la misma. Si, como la anterior, esta situación se detiene ante el tercero de buena fe, ¿cómo no van a detenerse ante el mismo —*pari ratione*— la

confirmación y sus efectos? Aun cuando en nuestro ordenamiento no se formule expresamente una norma semejante a la del artículo 1.338 del *Code consagrando la inoponibilidad de la confirmación a terceros*, tal norma resulta a estas alturas innecesaria desde el reconocimiento del valor de principio general en nuestro sistema jurídico del criterio protector del tercero de buena fe. Y con ello baste sobre este punto.

Y aquí ponemos fin a la presente nota; nota sobre un libro llamado, por su enjundia y por la seriedad de su elaboración, a tener una resonancia de la que las páginas que aquí terminan quizá no sean sino uno de los primeros ecos.

Antonio GORDILLO CAÑAS
*Profesor encargado de Adjuntía
en la Universidad de Sevilla*

DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús: "Síntesis sobre nacionalidad y Registro civil". Academia Matritense del Notariado. Colección "Divulgación jurídica", tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Unidas. Madrid, 1978. 99 págs.

En la nota explicativa que abre este libro, se nos dice: "El origen de este trabajo se encuentra en un guión que preparé para un cursillo en la Escuela Diplomática en el mes de enero de 1978. He respetado, por razones prácticas, su carácter esquemático, casi a veces sincopado, propio de su finalidad didáctica, sin más que añadir, por notas a pie de página, algunas referencias aclaratorias que he juzgado imprescindibles". En ella todavía, el autor, con injustificada modestia, califica su obra de folleto, carente de toda pretensión científica.

Ante todo, es justo y debido negar tales afirmaciones. No son ciertas. Se trata de un trabajo con el contenido y la valía de un tratado sobre las causas jurídicas de acceso al Registro Civil. Obra de máximo interés para la exégesis de las disposiciones legales vigentes, y que será guía inmejorable para la práctica.

De otro lado, no se puede desconocer su alto valor didáctico. Me parece, en este sentido, ejemplar. No sólo es obra apropiada para el estudio de la materia de la que trata, sino en especial para el aprender a pensar jurídicamente.

El libro se desarrolla en diez temas. Su enumeración ofrecerá una visión de su amplio contenido: Tema 1, La nacionalidad como presupuesto para la inscripción en el Registro consular. Artículo 17 del Código civil. Prueba de la Nacionalidad. Presunciones. Tema 2: La opción ordinaria y su acceso al Registro. Problemas que suscita. Referencia a las adquisiciones por residencia y por carta de naturaleza. Idea de la doble nacionalidad. Tema 3: El matrimonio y la nacionalidad. La reforma del Código civil en 1975. Consecuencias prácticas: a) Reforma del artículo 19; b) Artículo 21, 2º; c) Opción especial por razón de matrimonio: sus problemas. Tema 4: Pérdida de la nacionalidad española: casos. Recuperación de la nacionalidad española. Reflejo en el Registro Civil de la

pérdida y recuperación. Referencia a la disposición transitoria de la Ley de Reforma de 1975. Referencia a la conservación de la nacionalidad española. Tema 5: La inscripción de nacimiento en el Registro Civil. Filiación legítima. Los artículos 110 y 111 del Código civil. Tema 6: Filiación natural, su concepto y reflejoen la inscripción de nacimiento. Requisitos de la inscripción en cada caso. Tema 7: Filiación ilegítima no natural. Régimen de apellidos de las distintas clases de hijos. El nombre del padre o madre a efectos identificadores. Tema 8: El nombre propio. Tema 9: La inscripción de matrimonio. Régimen matrimonial español. Inscripción de matrimonio canónico. Tema 10: Inscripción de matrimonio civil. Transcripción de matrimonio civil celebrado en el extranjero. Problemas de Derecho internacional privado.

En cada uno de los temas enumerados se estudia una amplia serie de cuestiones concretas, de importancia práctica, y se ofrece la oportuna orientación para resolverlas. Todavía, para mayor comodidad del estudioso, en siete apéndices, se recogen el R. D. de 1 diciembre de 1977, una instrucción, una circular y varias importantes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Me parece debido insistir sobre lo ya dicho. La obra reseñada excede con mucho su objeto inmediato, el de ayudar a los cónsules en su función de encargados del Registro Civil en el extranjero; pues se nos ofrece un estudio profundo de cuestiones fundamentales, que aunque tratadas desde el punto de vista del Registro Civil tocan instituciones como la nacionalidad, la filiación y el matrimonio. Se recoge y se examina la doctrina de la Dirección General de los Registros y se hacen comentarios y sugerencias originales, aclarando la problemática estudiada. En fin, como resumen, puede decirse que se trata de un libro de la mayor importancia para la doctrina y la práctica.

El libro reseñado se publica bajo el patrocinio de la "Fundación Matritense del Notariado"; inaugurando así una colección que se denomina "Divulgación jurídica". Se ha de agradecer por ello al Notariado el que continúe de este modo su obra de mecenazgo en favor de la investigación jurídica. Inaugura la serie con fortuna, ofreciéndonos una obra de la más alta calidad, que excede con mucho de lo que se entiende por divulgación.

B. C.

OGAYAR Y AYLLON, Tomás: "El contrato de compromiso y la institución arbitral". Editorial de Derecho Privado. Madrid, 1977. 257 páginas.

Poco después de haberle llegado el momento de su jubilación por causa de edad, siendo presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, don Tomás Ogayar ha publicado el libro que se reseña, en el que se recogen y completan sus anteriores estudios sobre el tema del arbitraje (1).

(1) *Originación contractual y testamentaria del arbitraje*. Disc. ingreso Ac. valenciana de J. y L., 1965; *El procedimiento arbitral*, Alican-

Esta obra se nos ofrece con las mismas características de las anteriores de su autor, con las del cuidado, de la prudencia y del buen conocimiento de la práctica jurisprudencial.

Consta el libro de cuatro partes. La primera, titulada "Generalidades", recoge la doctrina común sobre la contratación, en especial la de los contratos de eliminación de una incertidumbre jurídica. Bajo el epígrafe de "Régimen legal vigente", y para comodidad del lector, se recoge el texto de la Exposición de Motivos de la Ley y el de su parte dispositiva (págs. 41-57).

La parte segunda, bajo la rúbrica de "Disposiciones generales sobre arbitraje", comienza con unas consideraciones sobre el fundamento y naturaleza jurídica de la institución arbitral. Pasando después a la glosa de las disposiciones de la Ley sobre arbitraje en Derecho Privado", sobre la delimitación del arbitraje privado y sobre las clases de arbitraje. Puede destacarse la serena comparación de las ventajas que respectivamente ofrecen el arbitraje privado y la jurisdicción ordinaria (páginas 66-68). También es notable el examen hecho del llamado arbitraje testamentario. Aquí se nos permitirá expresar una duda; nos parece excesivo entender que dicho arbitraje sólo podrá establecerse en testamento abierto (pág. 110). Esta conclusión no parece concordar con lo establecido en el artículo 5.^º de la Ley; pues éste nos indica que puede establecerse por disposición testamentaria, sin excluir ninguna clase de ellas, con tal que sea válida y contenga los elementos necesarios para instituir el arbitraje (aplicación por analogía, en lo pertinente, del artículo 17 de la Ley).

En la tercera parte se trata de los "Contratos que fundamentan la institución arbitral; es decir, del contrato preliminar de arbitraje o cláusula compromisoria, del contrato de compromiso y del contrato de dación y recepción del arbitraje. El estudio de la cláusula compromisoria da lugar a unas disgresiones sobre la figura del pre-contrato. Al tratar de la capacidad para celebrar el contrato preliminar se indica que la ley, en su artículo 7.^º, se aparta no sólo de la doctrina jurisprudencial sino también de la lógica y de los principios generales del Derecho (páginas 125-126) (2). Se censura además "el extraño precepto del núm. 1.^º del artículo 5.^º y su visible antinomia con el artículo 10 de la Ley (páginas 149 y sig.). De otro lado no duda en señalar lo injustificado de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 noviembre 1960, que atribuye al Juez facultades para prorrogar el plazo del arbitraje (pág. 179).

La parte cuarta y última del libro, está consagrada al procedimiento arbitral. Nos parece de excepcional interés el capítulo final dedicado a los recursos contra el laudo arbitral. La crítica que se hace a la Ley es aquí acerada e irrefutable. Respecto al recurso de casación por infracción

te, 1959; *Recursos contra el laudo arbitral*, Rev. L. y J. CXI (febrero, 1963), pág. 154-182.

(2) En abono de este criterio habría podido citarse el agudo estudio de DÍEZ PICAZO, *El Pacto compromisorio y la nueva Ley de arbitraje*, en este ANUARIO, tomo VII, fascículo IV (octubre-diciembre, 1954), páginas 1162-1164.

dé ley, se destaca la dificultad para plantearlo, prácticamente insuperable. El recurso por quebrantamiento de forma tiene también un ámbito muy restringido pues para interponerlo habría que acreditar haberse pedido la subsanación de la falta acusada mediante la interposición de los recursos adecuados, lo que no es posible en el procedimiento arbitral. El autor piensa, además, que contra el laudo arbitral no debe darse recurso alguno, porque lo veda la voluntad de los compromitentes, proponiendo que en una futura reforma se suprima todo recurso contra el laudo.

R.

TREJOS, Gerardo: "El nuevo régimen legal de la adopción". Prólogo de José M.^a Castán Vázquez. Ediciones Juricentro, S. A., San José (Costa Rica), 1978, 186 págs.

Una triple consideración me sugiere la lectura de esta obra: 1.^{a)} Comprobar que, pese a sus intrínsecas dificultades, cabe hablar ya, en ciertas parcelas del Derecho de Familia, de un *Derecho común euro-americano*, como está sucediendo en materia de adopción; 2.^{a)} Constatar el fruto fecundo de tantos esfuerzos comparatistas realizados por instituciones como la Facultad de Estrasburgo o nuestro desaparecido Instituto de Cultura Hispánica; y 3.^{a)} Contemplar con gozo lo que puede denominarse "segunda recepción del Derecho español" en los países de nuestra estirpe (la primera ocurrió, como se sabe, en el siglo pasado, con suerte varia, y no siempre supimos seguirla acertadamente desde aquí).

El lector español agradece los datos relativos a la historia de la adopción en Costa Rica, que ha seguido un largo proceso evolutivo. Después de la Independencia, y hasta 1841, siguió rigiendo el derecho español. En el Código general de esa fecha se regula una forma de "adopción remuneratoria" inspirada en la primitiva redacción del *Code civil*, pero la institución desaparece en el Código civil de 1888. La adopción reaparece en una ley de 1934, en la que se presenta como institución en beneficio del adoptante más que del hijo adoptivo, con caracteres y finalidades muy borrosas. A partir de 1953 se producen varias modificaciones legislativas parciales relativas a la rebaja de la edad mínima para adoptar, supresión de la prohibición de descendientes, formalización notarial, intervención del Patronato Nacional de la Infancia, etc., hasta llegar al Proyecto de Código de Familia de 1970, que fue modificado por la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, en parte a instancia del autor de la presente monografía, con inspiración en la Ley española de 1970, dándose así origen a la regulación contenida en los artículos 100 a 120 del Código de Familia de 1973. No acaba aquí el proceso legislativo costarricense, sino que todavía hay que mencionar a las leyes de 23 de marzo de 1976 y 14 de marzo de 1977, que han reformado algunos extremos del Código de Familia en materia de adopción.

Certamente destaca el prologuista de la obra la modernidad de la concepción del autor en orden a las finalidades de esta institución, al decirnos que "no es una materia exclusivamente jurídica, sino una materia saturada de motivaciones sociales y éticas"; a su juicio, "la adopción, y particularmente la adopción plena, es una respuesta válida —quizá la única respuesta válida— al problema de la infancia huérfana y abandonada" (pág. 2). Cabe asimismo señalar en la legislación de este país que la adopción da origen a un "status familiae" —paso que no se atrevió a dar la ley española de 1970— ya que, de acuerdo con el artículo 124 del Código de Familia "los adoptados entrarán a formar parte de las familias consanguíneas, para todo efecto".

Una novedad del Código de Familia fue introducir la fase judicial en el procedimiento adopcional, a sugerencia del autor, y con inspiración en la vigente ley española. Se ha suprimido la fase notarial, si bien se conserva la inscripción en el Registro Civil. El profesor Trejos avanza su opinión personal de que la adopción se perfecciona con la aprobación o autorización judicial, aunque a la vista del artículo 108 del Código de Familia estima que el legislador ha hecho de la inscripción un requisito esencial.

José María Castán ha puesto a la obra un jugoso Prólogo, en el que resalta el interesante momento legislativo en que el Derecho de Familia se encuentra en todo le mundo, y, especialmente, en la América de habla española. También destaca la personalidad del autor, especialista en Derecho de Familia, como lo atestiguan sus *Anotaciones al Código de Familia* (en colaboración), y su *Introducción al Derecho de Familia Costarricense*, cuya 2.^a ed. ha visto la luz en 1977.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de
JOSE RAMON ANTON RIESGO

MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio: «Consideraciones sobre la sustitución fideicomisaria de acciones». *R. C. D. I.*, núm. 512, enero-febrero 1976, páginas 9 y ss.

El trabajo se ha escrito con motivo de la publicación de los Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Vicente y Gella.

En la introducción del trabajo, el autor, plantea la existencia de conflictos entre el Derecho Mercantil y la rama del Derecho Civil, conocida por Derecho de Sucesiones.

Frente al Derecho Mercantil de contenido activo y dinámico hay un Derecho Sucesorio más estático que únicamente se refiere a la transmisión de bienes abstractamente considerados.

Corresponde, pues, a la jurisprudencia y la doctrina la labor dirigida a armonizar los distintos sectores del ordenamiento aunando la diversidad de los principios mercantiles y sucesorios mediante una interpretación coherente con las necesidades actuales del tráfico y la realidad social.

La segunda parte del trabajo se dedica a examinar la posición jurídica del fiduciario, dentro de lo que podíamos llamar postura tradicional, y así se enumeran los derechos y obligaciones de este titular, las relaciones de la sustitución fideicomisaria con el derecho de suscripción preferente, y la titularidad de las acciones emitidas en las ampliaciones de capital.

Continúa con el gravamen de restitución y su incidencia sobre la posición del socio y la materia relativa a la enajenación de las acciones, cuestión con la que da por terminado el estudio.

GARCIA GARCIA, José Manuel: «Algunas consideraciones acerca de las inscripciones a favor de la mujer casada después de la reforma del Código Civil». *R. C. D. I.*, núm. 512, enero-febrero, 1976, págs. 31 y ss.

Con el preámbulo de la Ley de 2 de mayo de 1975 comienza este estudio, tremadamente práctico y sugestivo que aclara algunas cuestiones desde el punto de vista registral.

Con especial referencia al examen de los consentimientos, se distinguen una serie de supuestos entre los que tienen especial relieve los siguientes:

1. Adquisición por la mujer sin intervención del marido con declaración expresa de aquélla de ser ganancial la adquisición.

Dentro de este grupo se distinguen a su vez dos hipótesis fundamentales:

a) La mujer no tiene facultades de administración sobre los bienes gananciales, a pesar de lo cual interviene en la escritura declarando que el dinero invertido procede de la sociedad de gananciales.

b) Adquisición en iguales circunstancias, sin declarar nada sobre la procedencia del dinero, pero haciendo constar que compra para la sociedad conyugal.

2. Adquisición por la mujer sin intervención del marido no expresando el carácter del dinero invertido en la compra ni el carácter de la adquisición.

3. Adquisición por la mujer sin intervención del marido declarando aquella que el dinero invertido en la compra es parafernial, sin justificarlo de ningún modo o bien aportando una prueba insuficiente.

El trabajo es correcto e interesante, pero ha quedado en cierto modo desfasado desde el punto de vista práctico por la resolución de 8 de febrero de 1977, abriendo una vía en la práctica que marca un nuevo rumbo en la materia.

DIEZ PICAZO, Luis: «Autonomía privada y derechos reales». R. C. D. I., número 513, marzo-abril, 1976, págs. 273 y ss.

El estudio ha sido especialmente escrito para su publicación en el libro-homenaje a Roca Sastre.

A lo largo de ocho apartados, Díez Picazo, con esa difícil facilidad que le es tan característica, nos lleva casi sin darnos cuenta a aprender algo nuevo en materia que parece está todo dicho, y la verdad es que después de leer su trabajo se llega a esa conclusión.

Examina, en primer término, la cuestión en el ámbito del Derecho comparado, para pasar, en segundo lugar, al estudio de la materia en Derecho español, desde las opiniones de Castán, Roca, Albaladejo y los principales autores, así como la posición tradicional y a veces cambiante de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Seguidamente realiza la investigación de la materia a la luz del derecho positivo vigente, tanto en su aspecto legal como reglamentario, añadiendo en el apartado quinto el estudio de los normales campos de incidencia del problema de los derechos reales atípicos y de la creación de situaciones jurídicas con efectos o trascendencia real, afirmando que la principal fuente de controversias vienen a ser los pactos que modifican el contenido del dominio, la forma para la utilización de bienes ajenos y las formas especiales de ciertos derechos de adquisición.

Más adelante el estudio contiene el examen de las especialidades relativas a forma, voluntad, determinación, publicidad y causa, deteniéndose especialmente en la llamada causa «perpetua sirvitutis» y el examen detenido del numerus apertus y numerus clausus en relación con las diferentes categorías de derechos reales.

Al final sienta las conclusiones personales pertinentes entre las que tienen especial relieve, el que son categorías conflictivas los derechos de adquisición y las llamadas cargas reales.

PINOL AGUADE, José María: «Acotaciones a las Sociedades Anónimas Laborales». R. C. D. I., núm. 513, marzo-abril 1976, págs. 307 y ss.

El autor, a lo largo de once capítulos, con un estilo alegre, fresco y hasta un poco jocoso, nos lleva por el campo conflictivo del Derecho laboral y sus connotaciones o campos de confluencia con el Derecho mercantil.

En efecto, el viejo fenómeno del asociacionismo de los trabajadores para la producción, adoptando una de las instituciones esenciales del mundo capitalista, tal vez en su más típico y sofisticado esquema, no deja de causar sorpresa en estos tiempos.

Comienza su estudio después de una pequeña introducción a guisa de prólogo, con el examen de las cooperativas de producción, como entes más genuinos del asociacionismo laboral y sus efectos. En esta materia es digno de resaltar otro trabajo publicado en esta misma revista por Vicent Chuliá, donde se estudian ciertas zonas de influencia, unas veces y otras, de fricción entre las mutuas y las sociedades anónimas. Con el examen de las llamadas propiamente sociedades anónimas laborales (SAL), continúa este trabajo agradable y yo diría que esperanzador por la serie de caminos y aperturas que brinda al lector, no sin antes detenerse en algunos trabajos de referencia, como los de Brosetta, Girón, Fernández y el curioso estudio de la Saltuv, empresa o forma de asociación, que ha saltado más de una vez a las líneas de la prensa como entidad modelo de gestión y asociación de trabajadores, y que en cierto modo ha sido pionera y mimada por todos los órganos estatales. Tan es así que a su imagen y semejanza han nacido y brotado otra serie de entidades análogas en diversas regiones españolas.

Con el examen de las ventajas de estas figuras de asociación, el autor pasa a ocuparse de la legislación española en la materia, constituida por la Ley de Anónimas, el Fondo Nacional de Protección al Trabajo, el Reglamento de Cooperación de 1971, entre otras.

Una mirada al Derecho comparado es el capítulo siguiente del trabajo, el estudio de las características más típicas de estas figuras, las limitaciones dispositivas estatutarias son los apartados siguientes, en que el autor se detiene, antes de entrar en el examen de las fundaciones laborales, para pasar al último apartado del trabajo y proponer la revisión en esta materia del Reglamento del Registro Mercantil.

RIVAS TORRALBA, Rafael A.: «Notas sobre el usufructo con facultad de disponer». R. C. D. I., núm. 513, marzo-abril, 1976, págs. 339 y ss.

El trabajo es un estudio de esta figura, como dice su autor, sin más pretensión, que no es poca, de sus facultades en orden a la realización de los actos dispositivos, y a su inscripción en el Registro de la Propiedad.

No obstante, a pesar de esta predisposición, se detiene en primer término a delimitar la naturaleza de esta figura jurídica que tantas cuestiones en orden a la misma ha suscitado. Efectivamente, examina las posturas de Venezian, Roca Sastre y Beltrán de Heredia, así como la tesis sostenida por

la jurisprudencia, tanto registral como judicial, no sin olvidar su opinión personal, en la que se inclina por sostener que sigue siendo un «ius in re aliena», si bien no hemos comprendido la llamada que efectúa a la Ley de Patrimonio del Estado.

El apartado segundo se dedica al examen del ámbito de las facultades dispositivas del usufructuario, entre las que estudia: usufructo con facultad de disponer para conseguir un fin concreto, facultad de disponer en caso de necesidad y el examen de los actos dispositivos permitidos al usufructuario, entre los que señala especialmente venta, hipoteca, cesión en pago de deudas y permuta.

También es objeto de examen los derechos que corresponden y la posición jurídica que ocupa el nudo-propietario que, a juicio del autor, no es otra que la situación de un titular amenazado de resolución.

CASTAN VAZQUEZ, José María: «Algunas cuestiones actuales del Derecho de familia». R. C. D. I., núm. 514, mayo-junio, 1976, págs. 525 y ss.

Tres grandes apartados componen el total de este documentado trabajo. Uno, relativo a la evolución del Derecho de familia en los últimos años; otro, que contiene, por así decirlo, todo el grueso del mismo y la conclusión total a que llega el autor.

Por lo tocante al primero, se señalan los cambios importantes que en esta materia se producen, hasta afirmar que quizá sea una de las materias más cambiantes del derecho en estos momentos. En todo caso, parece afirmarse que la reforma del Derecho de familia está en marcha en todo el mundo, mostrándose los legisladores muy activos y las legislaciones muy fluidas, no sin razón se puede afirmar siguiendo a Savatier, el ímpetu renovador del Derecho de familia.

El apartado segundo del trabajo es donde se plantean las cuestiones más actuales y acaso las más polémicas desde el punto de vista doctrinal y legislativo.

Así es, tres son los temas básicos con que el autor se enfrenta: uno, ¿procede la promulgación del Código de familia? Otra, ¿procede la creación de Tribunales de familia? Una tercera, ¿cabe la categoría de los negocios jurídicos de familia?

A ello se dedica Castán con su habitual claridad y magisterio. Así, por lo que atañe al primer punto, se desmenuzan problemas, se estudian sistemas de Derecho positivo comparado y se examina la orientación actual contenida en la reforma del Derecho de familia con la Ley 14 de 1975.

La segunda cuestión se trata con igual profundidad, pero en ella, si cabe, se ahonda un poco más, examinando de un lado la doctrina extranjera, la posición de García Cantero en el Derecho español, favorable a su implantación, los ensayos realizados en algunos países y las orientaciones posibles y futuras en nuestro Derecho.

Finalmente, con relación a los negocios jurídicos de familia, se examinan su posibilidad y actualidad en los sistemas de Derecho comparado y su adaptación al Derecho español.

Sienta como conclusión el autor la que, a su juicio, es de junto y de visión global de la materia: la de la notable vitalidad del Derecho de familia en la hora presente.

El trabajo, como otros muchos, es también como homenaje al profesor Roca Sastre.

BERNAL-QUIROS CASCIARO, José Tomás: «Consideraciones sobre el nuevo-título preliminar». R. C. D. I., núm. 514, mayo-junio 1976, págs. 555 y ss.

Con el examen de los motivos de la reforma comienza el presente estudio, aludiendo a que tuvo una doble finalidad, de un lado, haber dado fin a la primera de las etapas previstas en el Congreso de Derecho Civil de Zaragoza; de otro, la necesidad de perfeccionar las normas del título preliminar, de manera que se acomodasen a las orientaciones de la doctrina y jurisprudencia más autorizada, así como a los criterios vigentes en materia de Derecho Internacional Privado. Después de esta previa introducción, se pasa al estudio del procedimiento seguido para dar paso a las auténticas consideraciones del autor sobre la materia.

Se examinan los aspectos formal y técnico de la cuestión, el contenido en primer términos de la materia concerniente a las fuentes del derecho, con especial detenimiento en los artículos primero y segundo y las concordancias y diferencias cuantitativas y cualitativas con el texto anterior, así como las modificaciones en relación con él mismo.

Dentro de este apartado se efectúa un detallado análisis de la costumbre y los principios generales del derecho, así como de la jurisprudencia.

Los artículos 3, 4 y 5 se estudian dentro del complejo denominado aplicación de las normas jurídicas, si bien su estudio no es tan amplio y ponderado como el de la materia anterior.

Seguidamente se da paso en la referencia a la eficacia general de las normas jurídicas, con mención y examen de los artículos 6 y 7 del nuevo título.

Por último, los artículos 13, 14, 15 y 16 son examinados dentro del contexto del ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, terminando todo el trabajo con el examen del Derecho de viudedad aragonés frente a los cambios de vecindad civil, sometiéndolo a la idea de permanencia con ciertos condicionamientos sucesorios y sobre todo con respecto a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

SAAVEDRA QUEIMADELOS, Sergio: «Inscripción de adquisiciones onerosas realizadas por los cónyuges bajo el régimen de gananciales tras la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975». R. C. D. I., núm. 514, mayo-junio, 1976, págs. 591 y ss.

El autor, a lo largo del estudio, desarrolla una teoría eminentemente práctica de suerte que creemos quedan agotadas todas las posibilidades de la vida misma en esta materia.

Es difícil hacer una sucinta relación de supuestos, como realiza el autor, debido a la variada gama de casos que en la práctica se pueden producir; pero a nuestro entender es demasiado pretender encuadrar la reforma de la ley en la serie de casos propuestos.

Distingue un total de nueve casos que resumimos seguidamente, todos los cuales sirven evidentemente para una visión práctica de la cuestión, a saber:

1. Comparecencia de marido y mujer en la escritura sin manifestar nada sobre el carácter de la adquisición ni sobre la procedencia del precio.
2. Como antes, sólo que manifestando que el precio es ganancial.
3. Comparecencia de marido y mujer, manifestando uno de ellos que el precio es privativo del otro, se distingue según que esto se acredite o no.
4. Comparecencia sólo del marido y manifestación de que el precio es ganancial.
5. Comparecencia sólo del marido sin hacer manifestación alguna sobre el precio.
6. Comparecencia sólo del marido y manifestación de que el precio es privativo y que adquiere para él; hay que distinguir a su vez si hay prueba suficiente o no.
7. Comparecencia de la mujer con manifestación de que el precio es parafernal; hay que distinguir si se prueba o no.
8. Comparecencia sola de la mujer manifestando que el precio es ganancial.
9. Comparecencia de la mujer sola sin hacer manifestación alguna.

Buena visión práctica del problema, acaso un poco simplista, pero que ha quedado rebasado por la resolución de 8 de febrero de 1977, desvirtuando bastante la cuestión especialmente en los supuestos 8 y 9, que se ven del todo superados y rebasados no sólo después de la resolución, sino incluso antes de la publicación de la misma.

ALVAREZ BEJIGA, Manuel: «Inscripción en el Registro de la Propiedad de compraventas de inmuebles por mujer casada, sin intervención marital».

R. C. D. I., núm. 515, 1976, julio-agosto, págs. 757 y ss.

De nuevo sobre un tema de los más apasionados de los últimos tiempos; debido a esta motorización de la ley que continuamente nos invade, a este trabajo y esta materia se están dedicando en la actualidad más del 80 por 100 de los trabajos de la doctrina jurídica. Acaso sea éste uno de los más famosos y que ha marcado hito dentro de ella.

Con un preámbulo dedicado a razonar el título, a hacer un breve bosquejo histórico, y el propósito del tema se inicia el trabajo.

Continúa con un breve apartado, pero muy interesante, en el que se hacen unas cuantas disquisiciones, como la diferente consideración de las masas patrimoniales coexistentes en el régimen económico-matrimonial ganancial, la titularidad civil y registral de los bienes gananciales, la adquisición, administración y disposición de bienes gananciales, la desigual evaluación del consentimiento contractual para adquirir y enajenar, la eficacia jurídica

de la inversión, del dinero presuntivamente ganancial en la compraventa de un inmueble y la responsabilidad patrimonial de las adquisiciones hechas por la mujer casada con precio aplazado.

Sigue un capítulo III en el que se analizan los diversos criterios sustentados respecto de la inscripción, analizando desde la primitiva postura de Martínez Santonja hasta la de Gómez Valledor, en la que se detiene especialmente para afirmar a continuación en el capítulo IV, la opinión que debe prevalecer teniendo en cuenta la realidad social actual y la finalidad de la reforma contenida en la Ley de 2 de mayo de 1975.

El apartado V se dedica a hacer ligeras opiniones sobre la manera formal de hacer estas inscripciones antes de pasar en el VI a estudiar las cuestiones de Derecho transitorio, recogiendo la referencia de Rodríguez Ayuso y García García a la aplicación de la disposición transitoria número tres del Código Civil, proponiendo al final de su magnífico estudio una nueva redacción del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, en el que incluye una especie de cancelación automática a partir de que se haya efectuado la inscripción; lo cual evidentemente redundaría en una mayor uniformidad, que en parte se va logrando paulatinamente a partir de la resolución de 8 de febrero de 1977.

BERNAL-QUIROS CASCIARO, José Tomás: «El artículo 1.361 del Código Civil y la reforma de la Ley de 2 de mayo de 1975». R. C. D. I., núm. 515, 1976, julio-agosto, págs. 809 y ss.

Un trabajo con una nota especial: su claridad tremadamente puesta de rigor.

Comienza con una investigación de los antecedentes históricos donde pone especial acento en resaltar el carácter innovador que tuvo en 1889 el artículo 1.361 del Código Civil.

Para ello se retrotrae a los antecedentes romanos de la institución dotal, deteniéndose en la recepción de este Derecho en el cuerpo legal de Partidas, pasando por el proyecto de 8 de marzo de 1851 y la exposición de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861.

En el examen del Código Civil se hace una distinción hasta la reforma de la ley de 2 de mayo de 1975.

En la primera, con relación al Código civil, se hacen unos apartados donde se examinan el planteamiento del artículo 1.361, la doctrina civil del mismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, finalmente, la doctrina hipotecaria.

En esta parte se nota una mayor profundidad que en las anteriores, así se denotan especialmente las opiniones de los grandes hipotecaristas, como La Rica y Roca Sastre.

Más adelante expone la jurisprudencia de la Dirección General y sienta las conclusiones personales pertinentes. Posteriormente es cuestionada la reforma de 2 de mayo de 1975. Aquí se estudian especialmente algunas cuestiones, tales como la nueva redacción del 1.361, la supresión de la palabra licencia y la no mención o distinción entre mujer mayor y menor de edad,

las dos diferentes posturas sostenidas dentro del cuerpo de Registradores en orden a la interpretación del precepto, manteniéndose partidario de la postura de Alvarez Bejiga al exigir el consentimiento del marido y no inscribir al amparo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

Luego distingue entre los diversos casos de marido mayor o menor de edad, sosteniendo y recogiendo en su exposición las posturas de los autores modernos, como García Cantero, Díez-Picazo, Gullón, y la opinión disidente en esta materia de Lacruz Berdejo, inclinándose el autor incluso por la posibilidad de sustitución del consentimiento marital en esta materia por la autorización judicial subsidiaria en base a la analogía del artículo 4º del nuevo título preliminar del Código Civil.

VATTIER C. S.: «La elasticidad del Derecho de propiedad en los planes de mejora ejecutados mediante arrendamiento forzoso en el Derecho agrario español». R. C. D. I., núm. 515, 1976, julio-agosto, págs. 833 y ss.

Con una primera parte dedicada a estudiar la elasticidad del Derecho de propiedad bajo el punto de la figura jurídica de la accesión, da comienzo este trabajo sobre el tema enunciado. En esta primera parte se enumeran una serie de teorías que abarcan posiciones de autores, como Luna Serrano, Díez-Picazo, e incluso la de autores extrauniversitarios, como Sanz Fernández.

Más adelante se examina la problemática de la accesión, especialmente en torno al supuesto del artículo 353 del Código Civil, para lo cual se vuelve a desarrollar un exhaustivo estudio de los autores y la doctrina moderna.

Continúa el trabajo con el criterio de las llamadas mejoras a través del principio de la «plus utilitatis» dentro de los supuestos tradicionales de la «edificatio, plantatio y satio», no sólo a la luz del Derecho romano en la terminología, sino también del Derecho hispánico moderno.

Se enumera la cuestión relativa a la paralización de esta posibilidad expansiva merced al estricto principio de accesión, lo cual da una nueva perspectiva de la figura y posibilita un nuevo punto de vista de la materia.

Se hace más adelante especial mención de los llamados arrendamientos «ad meliorandum» y su incidencia sobre la materia que cambia en su regulación ante estas figuras que la vida jurídica tan rica en su problemática plantea.

Se pasa revista a continuación a la figura de los arrendamientos forzosos y su incidencia ante la cuestión básica del trabajo. Aquí el autor se detiene especialmente ante el texto del Derecho positivo, especialmente caracterizado por el texto del reglamento de arrendamientos rústicos y la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, como igualmente ante los preceptos 148 y 149 del mismo cuerpo legal.

Por último, el autor se pregunta si de acuerdo con la regulación positiva de esta figura y en especial la del arrendamiento forzoso «ad edificandum», se altera el funcionamiento de la accesión. El mismo opta por la negativa ante los tres argumentos básicos que emplea, manifestándose contrario a la misma.

CANO TELLO, Celestino A.: «Usucapión en favor de las personas jurídicas privadas y públicas». R. C. D. I., núm. 515, julio-agosto, 1976, págs. 859 y ss.

Los problemas de la usucapión en relación con las personas jurídicas derivan del artículo 1.931 del Código Civil, puesto que toda la regulación de la misma está pensada en consonancia con las personas físicas o individuales.

Únicamente con relación a la usucapión ordinaria el autor examina todos los problemas y cuestiones acerca de la misma, si bien después de señalar y enumerar los requisitos de las personas físicas estudia después la posibilidad de aplicar el cumplimiento de los mismos a las personas jurídicas.

En efecto, investiga sobre la capacidad de estas personas en relación con la institución, los problemas que plantea la representación y administración de todas estas personas jurídicas, especialmente por lo que afecta a las personas jurídicas civiles, sociedades colectivas, comanditarias, anónimas y sociedades de responsabilidad limitada.

Por lo que atañe a la administración y representación de las personas jurídicas públicas, examina la Administración del Estado, la Administración local, con especial mención de los Ayuntamientos y Diputaciones.

Más adelante el autor se para a examinar la cuestión relativa al concepto de dueño y de poseedor de buena fe, investigando con especial interés la cuestión relativa a la buena fe y el justo título en los acuerdos de las asambleas de las personas jurídicas, para pasar a continuación con el examen de estas dos materias en las sociedades civiles, colectivas, comanditarias y anónimas, así como en las de responsabilidad limitada.

Finaliza el estudio con el examen de estas dos mismas materias en las personas jurídicas públicas, no sin antes detenerse en la responsabilidad de las personas físicas que integran los órganos pluripersonales y sienta al final de su estudio las conclusiones personales pertinentes.

PESET ROIG, Mariano: «Acerca de la propiedad en el Code». R. C. D. I., número 515, julio-agosto, 1976, págs. 879 y ss.

El Código Civil francés logró pronto ser traducido, primero en Madrid en 1809 y más tarde en Valencia en un plazo de tres años.

Los españoles a través de estas traducciones conocieron sus singulares disposiciones, mientras se sentían anclados en las viejas leyes y códigos.

A juicio del autor, resultó verdaderamente sorprendente, que las viejas y antiguas leyes pervivan con la fuerza y aplicación con que se vieron casi siempre cumplidas.

A juicio del autor, la justificación de esta causa reside en que la legislación liberal fue derogando los viejos sistemas y los preceptos de las viejas leyes que resultaban incompatibles con la nueva época.

De otro lado, la doctrina supo encajar vieja materia en principios y moldes nuevos, supo adaptar las disposiciones de las partidas a un marco político y económico distinto.

Más adelante el autor va examinando institución por institución, de suerte

que en el examen adquieren importancia materias, como la propiedad, las personas y dentro de ese ámbito la familia, los señores, la igualdad, las diferencias existentes entre señores superiores y dependientes, las notas de exclusividad y el reconocimiento de la propiedad privada, admitiendo la misma en cuanto a las cosas y restringiendo su dominio al máximo.

Se delimita el dominio público con total y absoluta precisión.

Se estudian otra serie de temas que, como dice el autor al final de su trabajo, aparecen sobre todo a través de la lectura del libro de Arnaud, titulado «*Essai d'analyse structurale du Code civil français*. La règle du jeu dans la paix bourgeoise». Con ello se da cima al estudio en el que el propio autor manifiesta cuál ha sido su idea: una especie de esquema genérico y pergeñar las ideas para un significado de la propiedad a partir de la edad contemporánea.

GONZALEZ PEREZ, Jesús: «El recurso gubernativo contra la calificación del registrador de la propiedad». R. C. D. I., núm. 516, septiembre-octubre, 1976, págs. 1029 y ss.

La lectura del trabajo nos lleva sin querer a dar una opinión sobre él mismo, magnífico desde todos los puntos de vista, como trabajo, como estudio procesal, no en vano estamos en presencia del especialista en materias administrativas y sobre todo tremadamente claro para el estudioso del derecho, profesional u opositor.

Seis apartados estructuran la totalidad del tema, con un claridad y una brillantez pocas veces lograda en este tema, arduo y farragoso de por sí.

Una introducción, breve y explicativa, nos lleva a la pregunta, ¿hasta qué punto son aplicables a este proceso las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo?

El segundo apartado nos da el concepto del autor sobre la materia, seguida de la naturaleza jurídica, el fundamento y la regulación; el apartado III es dedicado a los requisitos del recurso son epígrafes del mismo: concepto, clases, tratamiento jurídico, órgano ante quien se interpone, requisitos subjetivos referentes a los interesados y actos recurribles y especialidades ante el caso de inscripción parcial.

El lugar, tiempo y la forma son examinados a continuación para adentrarnos en el apartado IV relativo propiamente al procedimiento en sí. Aquí se estudia el escrito de interposición del recurso, sus requisitos, la tramitación en sus diversas fases, admisión del recurso, notas marginales, informes y terminación del procedimiento ante el presidente de la Audiencia.

Los efectos del recurso son estudiados en el apartado V del trabajo, distribuyéndolos en efectos en el momento de interposición del recurso y efectos de la decisión del mismo; aquí se hace una especial dedicación a los efectos declarativos, los ejecutivos y los económicos antes de entrar en la investigación del apartado VI que se dedica al recurso de apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, dividido en requisitos, procedimiento y efectos, inclinando el autor por la posibilidad ulterior

del recurso contencioso-administrativo, como él mismo mencionó en otro trabajo. Hemos de advertir que el presente estudio va en los estudios de homenaje a don Federico de Castro.

FOSAR BENLLOCH, Enrique: «*El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. ¿El vínculo matrimonial es indisoluble o disoluble?*» R. C. D. I., núm. 516, septiembre-octubre, 1976, págs. 1087 y ss.

El autor, que se está consagrando como un auténtico especialista del tema, vuelve a insistir en la materia que él domina como pocos, y a lo largo de once apartados o capítulos nos lleva por una materia muy resbaladiza, pero que no cabe duda es un tema del momento, en el que estamos asistiendo al nacimiento de una nueva sociedad, no sabemos si mejor o peor, pero desde luego distinta.

Con la importancia del estudio científico de la realidad del matrimonio, da comienzo la iniciación de este trabajo, para pasar a continuación a examinar las cuestiones de metodología disciplinaria ante la realidad matrimonial.

Se detiene posteriormente en el examen del matrimonio como unión intersexual socialmente reconocida y analiza sobre qué cualidad tienen las normas que regulan el matrimonio: ¿son religiosas o son seculares?

Aboga a continuación por la necesidad del estudio del matrimonio religioso cristiano en España, al mismo tiempo que realiza un magnífico análisis del sistema matrimonial vigente y la crítica del mismo.

Realiza una investigación histórica acerca de la competencia de la Iglesia en materia matrimonial, a la vez que enumera el cambio social y la influencia que ha tenido en la materia el Concilio Vaticano II como factores de modificación del sistema matrimonial canónico.

Más adelante se aventura a dar un esquema de matrimonio con un proyecto de reforma del Derecho canónico matrimonial.

Finalmente, se detiene en el examen de la evolución del sistema matrimonial español y concluye este magnífico y documentado trabajo con unas observaciones críticas al sistema matrimonial, añadiendo por su cuenta una propuesta alternativa de reforma.

C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BCD = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

- BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
- BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).
- BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
- BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
- BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
- BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
- BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
- BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
- CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
- CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
- CLJ = The Cambridge Law Journal.
- CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).
- DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
- DM = Derecho (Medellín, Colombia).
- ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
- EF = Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
- F = El Foro (Méjico).
- EG = Foro Gallego (La Coruña).
- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Journal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Múnich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).

- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = Revista del Diritto Commerciales e del Diritto Generales Delle Obbligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
- RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
- RFDSP = Revista de Facultade de Direito da Universidade de São Paulo.
- RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
- RFL = Revista del Foro (Lima).
- RFP = Revista da Facultade de Direito do Paraná (Curitiba).
- RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
- RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
- RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
- RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comprado (Barcelona).
- RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).
- RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
- RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
- RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
- RJD = Revista Jurídica Dominicana.
- RJN = Revista Jurídica Nicaraguense.
- RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
- RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und Interzonale Rechtsprobleme (Berlín).

RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).

RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).

RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).

RS = Rivista delle Societá (Milán).

RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercia (París).

RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).

RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).

RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).

RUM = Revista de la Universidad de Madrid.

SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).

SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).

T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).

UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).

ZRV = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María,
Registrador de la Propiedad.

DERECHO HIPOTECARIO

No procede practicar cancelaciones ordenadas por mandamiento expedido en cumplimiento de auto de la audiencia en apelación de providencia del juzgado que tramita una quiebra, dictada en incidente de la misma relativo a nulidad de actos del quebrado conforme al artículo 878, 2.^º, del Código de Comercio; por no presentarse la sentencia firme que exige el artículo 82 de la Ley Hipotecaria; por no determinarse claramente los asientos a cancelar; por no existir ninguno relativo a acto dispositivo del quebrado y respecto a los que han intervenido sus supuestos cómplices, existen inscripciones posteriores a favor de terceros que no se justifica hayan sido parte ni citados en el procedimiento. (Resolución de 28 de febrero de 1977; «Boletín Oficial del Estado» de 26 de marzo.)

Hechos.—En los autos de juicio universal de quiebra de don Pascual Raga Bosque, promovido en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia, don Salvador Vila Delhom, en representación de la sindicatura de la quiebra, interpuso recurso de apelación, que fue resuelto por auto de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de 15 de mayo de 1975, en cuyo considerando segundo aparece que el citado comerciante fue declarado en quiebra fraudulenta por Sentencia de 6 de noviembre de 1973, señalándose como cómplices de la misma a don Rafael Andrés Hernando y a don Vicente Peris Martínez, habiéndose retrotraído los efectos de la quiebra al 12 de diciembre de 1969; que en el considerando tercero se declara que el nombrado quebrado era propietario de un piso y dos bajos sitos en el pueblo de Chirivella, así como de una finca rústica en el término de Aldaya, adquiridos en documentos privados suscritos como transmitentes por «Viviendas Valencia, S. A.», los primeros, y por sus cuñados los señores Lis y Simó, la última, propiedades de las que dispuso por escrituras públicas de 3 y 6 de marzo de 1970, pero haciendo figurar como vendedores a los titulares de la primera transmisión, y como comprador del piso y los bajos de Chirivella a uno de sus declarados judicialmente cómplices, don Vicente Peris Martínez, y como compradora de la finca rústica a la sociedad «Andrés y Plaza», representada por el otro cómplice, don Rafael Hernando, quien, en escritura de 16 de marzo de 1970, y en nombre de la mencionada Sociedad, hizo constar la declaración de obra nueva de unas edificaciones construidas (inscripción 4.^a), y con posterioridad, y en relación a esta última finca, se segregó, por escritura de 20 de noviembre de 1970,

una parte que se vendió a don Enrique Roca Ortega y don Germán Lleó Faura, quienes, en garantía de un préstamo, la hipotecaron a favor del Banco de Crédito Industrial, mientras que el resto de la finca matriz se vendía a doña Justa Manzano y otros, practicándose nuevas inscripciones con ocasión de una nueva venta posterior; que las fechas de otorgamiento de tales escrituras se encuentran incluidas en el período de retroacción de la quiebra, y aunque en ellas figuren como transmitentes otras personas, lo son por mandato del verdadero propietario, de forma que tales enajenaciones son nulas conforme a lo preceptuado por el artículo 878 del Código de Comercio, por lo que, accediendo a lo interesado por la sindicatura de la quiebra en recurso de apelación contra providencia anterior denegatoria del Juzgado de Instrucción que tramita la quiebra, se decrete mandamiento al Registrador de la Propiedad de Torrente, a fin de que sean canceladas las inscripciones de dominio causadas por las referidas escrituras; que, en cumplimiento de lo ordenado por la Audiencia, el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia dictó el mandamiento con fecha 11 de julio de 1975, por el que se solicita la cancelación de las fincas posteriores a la fecha de retroacción de la quiebra.

Presentado en el Registro de la Propiedad de Torrente el referido mandamiento judicial, acompañado de certificación del auto de la Sala Segunda de la Audiencia, fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente mandamiento por los siguientes defectos: 1.º No es suficiente un auto para cancelar inscripciones practicadas por escritura pública, sino que es necesario sentencia firme (artículo 82 de la Ley Hipotecaria). 2.º No determinarse qué inscripciones concretas deben cancelarse y si esta cancelación arrastra las de las posteriores, pues no es suficiente la reseña de las fechas de unas escrituras sin especificar a qué finca se refiere cada uno, lugar de otorgamiento, notario autorizante, otorgantes, contenido de la escritura, número de la inscripción o inscripciones que, de cada finca, deban cancelarse. 3.º No tratarse de actos dispositivos otorgados por el quebrado, sino por terceras personas, sin que el quebrado haya sido, en ningún momento, titular registral de las fincas a las que parece referirse el mandamiento. 4.º En cuanto a la finca 5.328, no aparece inscrita en ningún momento de su historial registral a nombre del quebrado ni de ninguno de los dos cómplices a que se refiere el auto. 5.º En cuanto a las fincas 3.401 y 3.601, si bien figuran inscritas a nombre de uno de los cómplices, no ha sido justificada en forma esa declaración de complicidad ni del transferente ni del adquirente, ni que fueran citados, oídos y debidamente condenados. Más aún, cuando existen ciertas anotaciones de embargo trabajado por quiebra fraudulenta del cómplice don Vicente Peris Martínez, sin que se diga en el mandamiento qué se debe hacer con ellas. Todos los defectos se consideran insubsanables menos el segundo, que sí es subsanable, no procediendo anotación preventiva de suspensión. Se extiende esta nota con la conformidad de los otros dos titulares del Registro.»

El procurador don Salvador Vila Delhom, en representación del Sindicato de la quiebra del comerciante don Pascual Raga Bosque, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la nota de calificación infringe el precepto contenido en el artículo 878 del Código de Co-

mercio y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, que determina la inhabilitación del quebrado y la nulidad de todos los actos de dominio y administración llevados a cabo por el mismo en la época afectada por la retroacción de la quiebra; que tales actos son nulos por sí mismos sin que tengan que ser declarados judicialmente, puesto que están afectados de nulidad radical que no puede ser subsanada por la inscripción, siendo inoperantes en este caso los efectos hipotecarios; que la publicidad del auto de declaración de la quiebra permite a los acreedores hipotecarios o terceros perjudicados mostrarse parte en el juicio universal (artículo 1.337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Sentencias de 17 de marzo de 1958, 31 de mayo de 1960 y otras); que el criterio del Registrador es erróneo al aplicar el primer párrafo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, olvidando el último del mismo precepto y el 79-3.^º; que si bien el primer párrafo del artículo 82 citado emplea la palabra «sentencia», el artículo 179 del Reglamento Hipotecario habla de «ejecutoria»; que al calificar como insuficiente el auto de la Audiencia para la cancelación de las inscripciones, el Registrador está violando el citado artículo 878 del Código de Comercio y el artículo 375 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que no hay duda que deben cancelarse todas las inscripciones hechas a partir de la fecha a la que se retrotraen los efectos de la quiebra; que la nota de calificación incurre en sus números 2, 3 y 4 en el error de desconocer que en el mandamiento del Juzgado se describen suficientemente las fincas que hay que cancelar, determinando el tomo, libro, folio y número de la inscripción.

El Registrador informó que en ningún momento ha negado o desconocido la aplicabilidad del artículo 878 del Código de Comercio, pero que dicho artículo establece un supuesto de nulidad derivado de la incapacidad del quebrado para prestar su consentimiento, siendo en este sentido un caso de aplicación del artículo 1.261 del Código Civil; que el Código Civil y el Código de Comercio regulan las consecuencias entre partes de esa nulidad, pero será la Ley Hipotecaria la encargada de determinar las consecuencias que esa nulidad ha de producir frente a terceros, regulando las preferencias en las colisiones de intereses; que no se está ante un supuesto de cancelación automática; que el artículo 173-2.^º del Reglamento Hipotecario establece que las cancelaciones que se hagan por consecuencia de declararse nulos los títulos inscritos sustirán sus efectos sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; que, en general, la doctrina hipotecaria considera que no está protegida por dicho artículo la adquisición efectuada por persona que adquiera del quebrado, pero sí la adquisición que otra persona efectúa por transferencia que le haga la persona que adquirió del quebrado, siempre que este subadquirente reúna las condiciones exigidas por el citado artículo 34; que las Sentencias de 13 de mayo de 1927, 31 de mayo de 1960, 17 de mayo de 1958 y otras reconocen el ámbito propio de aplicación de la Ley Hipotecaria en orden a la defensa del tercero adquirente; que en cuanto a la publicidad ante terceros de la existencia de la quiebra, en ningún momento ha tenido acceso al Registro resolución alguna dictada en el procedimiento; que el primer defecto de la nota, basado en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, no ha sido rebatido por el recurrente y que su referencia al último párrafo del artículo citado, al 79-3.^º de la

misma Ley y al 179 de su Reglamento, no es de tenerse en cuenta, ya que dichos preceptos no tienen aplicación en el supuesto que nos ocupa, ya que el último párrafo del artículo 82 deja a salvo normas especiales y no hay ninguna para este caso, el 79-3.^º no se refiere al modo de ordenarse la cancelación, y el 179 del Reglamento, al utilizar la palabra «ejecutoria», debe entenderse que exige que la sentencia sea firme, y esta sentencia exigible, en cuanto ordena una cancelación contra la voluntad del titular registral, supone que el mismo haya sido parte y vencido en el juicio a que dicha sentencia pone fin; que el mandamiento ordenando la cancelación de las inscripciones ha sido dictado en realidad en ejecución de la sentencia declaratoria de la quiebra, y al no acompañarse ésta al mandamiento, el Registrador no puede conocer si los cómplices han sido vencidos en juicio y si los titulares registrales han sido citados y parte en el mismo; que el segundo defecto señalado en la nota tampoco aparece rebatido por el recurrente, que al hablar de cancelación de fincas no tiene en cuenta que sólo se pueden cancelar asientos, pero precisándose para ello que se determine exactamente el asiento que debe cancelarse, sin que pueda el Registrador deducirla de un contexto, con los posibles errores que tal deducción pueda implicar, ni menos interpretar y salvar las contradicciones que en el caso que nos ocupa se den entre el mandamiento ordenado, la cancelación y el auto de la Sala Segunda de lo Civil de 15 de mayo de 1975, ya que el primero hace referencia a escrituras públicas de 3 y 16 de marzo de 1970 y a un documento privado de 3 del mismo mes y año, y el autor se refiere a las escrituras de 3, 6 y 16 de marzo de 1970, sin hacer referencia a ningún documento privado; que la Resolución de 3 de julio de 1926 establece que es deber de la autoridad judicial concretar los asientos que han de ser anulados, modificados y cancelados, y en igual sentido se pronuncia la Resolución de 21 de marzo de 1926; que tampoco han sido rebatidos los defectos números 3, 4 y 5 de la nota, con los que el Registrador no ha pretendido en ningún caso revisar la calificación de la quiebra ni la Sentencia firme sobre la misma; que el Registrador entiende que no es suficiente para la calificación registral el contenido del considerando tercero del auto de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia, que parece ser un resumen del pronunciamiento hecho en la sentencia de declaración de quiebra, sentencia que no se aportó y que debió ser aportada para que sobre ella pudiera basarse la nota calificadora.

El presidente de la Audiencia Territorial de Valencia confirmó la nota del Registrador declarando que, si bien ha de manifestarse, en contra de la tesis mantenida por este funcionario, que la nulidad que establece el artículo 878 del Código de Comercio es una nulidad absoluta e intrínseca que no necesita ser declarada judicialmente, y que tal es la doctrina que parece seguir el Tribunal Supremo (Sentencias de 19 de abril de 1919, 15 de noviembre de 1928 y 4 de octubre de 1962), no cabe duda que no se ha cumplido con el terminante precepto del artículo 82-1.^º de la Ley Hipotecaria, que exige, para la cancelación pretendida, sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, por lo que ha de aceptarse el criterio del funcionario calificador al apreciar en primer lugar la existencia de un defecto de naturaleza insubsanable y por otra parte proclamar la concu-

rrencia de los demás defectos de la nota, pero con el carácter de subsanables.

Interpuesta apelación contra el auto presidencial por el recurrente, la Dirección General acordó confirmar el mismo, salvo en lo establecido respecto de la naturaleza del primer defecto, que se ha de considerar subsanable en base a la siguiente doctrina:

Doctrina.—«Los inducibles efectos retroactivos que toda declaración de quiebra puede llevar consigo, con la consiguiente nulidad de los actos otorgados dentro de este período, no es la cuestión que procede examinar en este recurso, pues en ello se muestran de acuerdo recurrente y Registrador, sino que, por el contrario, la nota de calificación se refiere únicamente a aspectos más bien formales del mandamiento y a obstáculos que de los libros del Registro puedan derivarse, y que por cierto no aparecen combatidos por el recurrente en su escrito, que se limita a exponer los efectos que produce todo auto de declaración de quiebra en relación a los actos del quebrado».

«Si en un procedimiento judicial se produce como consecuencia necesaria la nulidad de algún acto de cancelación correspondiente, a fin de que se siga manteniendo el paralelismo existente con la realidad y se refleje en sus libros la nueva situación originada, lo que obliga a las autoridades judiciales —que durante el procedimiento han podido ponderar todos los elementos a través de los pedimentos y su discusión, excepciones alegadas y prueba— a concretar los asientos que han de ser alterados y cancelados, dado que el Registrador carece por sí de la facultad de decidir en una cuestión tan delicada y ajena a su función.»

«En las fincas a las que el mandamiento se refiere son numerosos los asientos que se han realizado con práctica de segregaciones, adquisiciones por terceros y constitución de gravámenes sobre las mismas, que igualmente existe una contradicción entre lo indicado en el mencionado mandamiento y el auto de la Sala Segunda de lo Civil en cuanto a los títulos a anularse, sin olvidar por último que las tres fincas nunca han estado inscritas a nombre del quebrado, por lo que, habida cuenta la falta de concreción de los asientos a cancelar, se plantean sin más, y dado los intereses en juego, graves y complejos problemas al Registrador, para cuya solución no es competente.»

«Por ello ha sido reiterada jurisprudencia de este Centro la de que se han de consignar con claridad en el mandamiento de los asientos que deben ser cancelados, citando expresamente a todos a los que ha de afectar y sin que sea suficiente una declaración de carácter general, afirmación que encuentra su fundamento en el reconocimiento de la exclusiva competencia que todo el Tribunal tiene para hacer ejecutar lo juzgado, y que en el caso discutido lo es a efectos de fijar los bienes o derechos que, enajenados por el declarado en quiebra, han de reintegrarse a su patrimonio o estimarse que nunca salieron de su poder, y entren, por tanto, a formar parte de la masa de la quiebra con las consecuencias a que ello puede dar lugar.»

«Como indica el informe de defensa de la nota, se debía haber aportado, como complementaria del mandamiento, la sentencia de declaración de quiebra, sin que sea suficiente la referencia que de la misma se hace, ya que ello permitiría conocer al Registrador una serie de circunstancias que no

resultan del propio mandamiento y que adquieren especial relieve para la calificación por la singularidad de este caso en relación con los libros registrales, al no haber sido el quebrado en ningún momento titular registral de las fincas y, en consecuencia, haber sido otorgados los actos dispositivos por terceras personas que se ignora si fueron citadas, oídas y condenadas en debida forma.»

«En relación a la finca número 5.328 —defecto 4.º de la nota—, aún se hace más patente lo anteriormente expuesto, pues, según se desprende de la certificación registral aportada al expediente, en ningún momento ha estado dicha finca inscrita no ya a nombre del quebrado, sino tampoco a la de ninguno de los dos cómplices a que se refiere el auto, y por el contrario, por la práctica de segregaciones de la finca matriz, lo ha estado a favor de una serie de personas totalmente ajenas al procedimiento, en la que, por cierto, alguna de las nuevas parcelas aparece gravada con hipoteca, y en cuanto a las dos fincas a las que se refiere el defecto 5.º, que figuran inscritas a nombre de uno de los cómplices, se ha de indicar lo señalado en el considerando anterior respecto a la aportación de la sentencia de quiebra.»

«Por último, para poder cancelar los asientos discutidos en el caso de que no haya prestado voluntariamente el consentimiento su titular registral o no haya podido hacerlo, es necesario que en el procedimiento adecuado se ordene la cancelación mediante sentencia contra la cual no se encuentre pendiente recurso de casación, tal como exige el artículo 82-1.º de la Ley Hipotecaria, o como con más acierto expresa el artículo 175 de su Reglamento, al indicar que la cancelación se ordene en virtud de resolución judicial que sea firme por no admitir recurso alguno o por haber sido desestimado o haber expirado el plazo legal para promoverlo, pues lo esencial que se deduce y presuponen ambos preceptos son la nota de firmeza, y que el titular registral haya sido parte y vencido en el juicio a la que la sentencia haya puesto fin.»

«En el presente recurso, en donde la cuestión relativa a la nulidad de los contratos celebrados se ha suscitado por medio de un incidente al que ha puesto fin el acto recogido en el mandamiento, y que al ser dictado en ejecución de la sentencia que declaró la quiebra y no haberse ésta acompañado al mandamiento, falta uno de los fundamentales elementos para poder calificar y conocer el Registrador si los titulares registrales habían sido citados y fueron parte en el procedimiento.»

Consideraciones críticas.—El Código de Comercio, en el artículo 878, 2.º, establece un principio difícil de conciliar con el de la seguridad del tráfico. «Todos sus actos —dispone el artículo— de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, serán nulos». De los primeros en darse cuenta de la trascendencia que esa disposición podía tener al ponerse en contacto con actos inscritos y protegidos por el principio de publicidad fue Roca Sastre, en una ya lejana conferencia que llevaba por título «Imperfecciones Hipotecarias» y que él salvaba con singular maestría, entendiendo que el artículo 378 del Código de Comercio se refería a relaciones entre partes y el 34 de la Ley Hipotecaria a relaciones con terceros.

Los mercantilistas no relacionaron estos preceptos, dejando como prin-

cipio fundamental el de que al establecerse esa nulidad por el artículo 878 del Código de Comercio, se trataba de una nulidad absoluta con efectos «*ipso iure*» y sin necesidad de resolución judicial. Pueden verse en ese sentido las direcciones marcadas—con ciertas variantes—por JOAQUÍN GARRIGUES («*Curso de Derecho Mercantil*», tomo II, Madrid, 1940), RODRIGO URÍA («*Derecho Mercantil*», 1958), JOSÉ SAURA JUAN («*Quiebras*», Madrid, 1952), J. A. RAMÍREZ («*La quiebra*», Barcelona, 1959), etc. Tiene que venir la monografía de OLIVENCIA RUIZ («*Publicidad Registral de Suspensiones y quiebras*», Madrid, 1963) para replantear el problema desde el campo mercantil, a pesar de coincidir en que la nulidad que se predica en el artículo 878 es de carácter absoluto, citando a este respecto los trabajos de JUSTE IRIBARREN («En torno a la retroacción de la quiebra», Rev. Der. Procesal, 1958), a JIMÉNEZ ESCARZA («La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de Comercio», en Rev. Der. Mercantil, 1958) y a JARDI («La nulidad de los actos y contratos del quebrado por retroacción de los efectos de la declaración de quiebra», Rev. Der. Pr., 1940).

En el campo procesal el problema también preocupa, aunque no se llega a dar la transcendencia que pueda contener sobre la base de la poca o escasa aplicación de las declaraciones de quiebra. Sirvan de ejemplo las tesis que se mantienen por MANUEL DE LA PLAZA («*Derecho Procesal Civil Español*», II, 2.º), GUASP («*Derecho Procesal Civil*», 1961) y TOMÁS OGAYAR («*Fijación de la fecha de retroacción de los efectos de la declaración de quiebra*», Rev. Der. Pr., 1958). Desde el campo hipotecario las soluciones dadas por ROCA SASTRE en el trabajo citado y las que aportaba SANZ («*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*», Madrid, 1945) con puntos de vista muy análogos, vienen complementadas últimamente por el meritorio punto de vista sostenido por BILBAO ARISTEGUI («*Actuación de los principios de legitimación y fe pública registral en relación con los actos de disposición otorgados por el futuro quebrado durante el período de retroacción de la quiebra*», en Rev. Cr. Dr. Inm., 1972), así como por un trabajo sobre «*Anotaciones de suspensión y quiebras*», publicado en el Boletín del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y mi pequeña aportación en «*Complementos al Derecho Hipotecario y su legislación*» y en el trabajo que como comunicación figuró en el último Congreso de Derecho Registral de Puerto Rico («*La publicidad registral en relación con el urbanismo y la prehorizontalidad*», 1977). A todo ello hay que añadir en la actualidad el acertado y documentado comentario que en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario hace de la Resolución que aquí traemos TIRSO CARRETERO GARCÍA (enero-febrero, 1978, número 524, página 80).

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como la doctrina emanada de la Dirección General, habría que hacer ciertas precisiones, pues en muchas de ellas se ve claramente la necesidad de una declaración de nulidad (S. 17 febrero 1909 y 14 diciembre 1960); en otras se aborda la problemática de la afección a los terceros (SS. 13 de mayo de 1927, 17 marzo 1958 y 31 de mayo de 1960), aunque de mayor importancia—según Tirso Carretero—es la de 9 junio 1932, en la que se precisa que cualquiera que sea el alcance que quiera dársele al artículo 878, 2.º, del C. de C., nunca puede afectar a personas distintas del quebrado ni tener consecuencias en

relación con actos y contratos en los que no intervino. Por lo que se refiere a la Dirección General pueden citarse las de 16 de marzo de 1916, 7 de junio de 1920 y 8 de mayo de 1943, exigiéndose en la primera una inevitable determinación de asientos a cancelar, y las otras dos que abordan la temática de un posible cierre del Registro como consecuencia de la declaración de quiebra.

Expuestos a grandes rasgos los aspectos doctrinal y jurisprudencial sobre la materia se hace ya preciso entrar a fondo en el contenido de esta Resolución que por la vía indirecta del juego de ciertos principios viene a dejar sin aplicación al caso contemplado en el artículo 878, 2.^o, del C. de Comercio. El tema que ha sido siempre polémico cobra en la actualidad una gran importancia, pues la situación económica al provocar la crisis que supone toda quiebra pondrá inevitablemente a prueba el principio de seguridad en el tráfico jurídico. En nuestro comentario vamos a distinguir estos puntos:

A) *Requisitos para que la nulidad produzca efecto.*—La idea matriz de que parte el artículo 878, 2.^o, del Código de Comercio, es que fijada la fecha a partir de la cual el Juez entiende que han de retrotraerse los efectos de la quiebra, los actos que haya realizado el quebrado desde la misma, serán nulos. «La quiebra—se dice—provoca la incapacidad de disponer y administrar del quebrado, y ésta incapacidad se retrotrae a la fecha a la que el juez ha retrotraído la quiebra, o sea, que al quebrado se le considera incapacitado para disponer desde dicha fecha, de suerte que todos los actos de disposición, gravamen y administración, otorgados por el quebrado son nulos, por vicio o defecto de capacidad por parte del quebrado disponente. Es decir, al retrotraer los efectos de la quiebra a una fecha determinada se hace «incapaz retroactivamente» a una persona que no lo era cuando realizó el acto dispositivo.

El resultado —sigue diciendo el autor al que seguimos— del artículo 878 de nuestro Código de Comercio es, que si una persona compra una finca a un comerciante o sociedad mercantil, por más que del Registro aparezca que es titular libre de toda carga, limitación y anotación de dicha finca el vendedor, y aunque el comprador ignore o desconozca que el vendedor se halla en período de desarreglo económico o de sobreseimiento de pagos, o sea en bancarrota no declarada aún, y que el Notario autorice la venta y el Registrador la inscriba, si después dicho vendedor es declarado en quiebra, y se retrotrae ésta a fecha anterior a la compra, el comprador perderá la finca comprada, pues la sindicatura de la quiebra desconocerá tal compra, como si la finca comprada no hubiera salido nunca del patrimonio del quebrado.

De esta exposición, magistralmente diseñada por Rosa Sastre, resulta que sólo parece ser necesario que el Juez competente señale la fecha a partir de la cual se entiende retrotraída la quiebra para que los actos realizados por el quebrado se consideren nulos y, por ello, esa nulidad pueda provocar la cancelación de los asientos registrales que han provocado. Así de sencillo. ¿Pero esto es así?

Parece que esto no es así, por lo menos a juicio del Registrador que ca-

lifica el acto judicial, y que ratifica tanto la Audiencia como la Dirección General de los Registros y Notariado. El recurrente precisamente se basa en las ideas apuntadas y el Registrador le opone un importante artículo de la Ley Hipotecaria, que no es el 34 de la misma, sino el 82, 1.^º, en cuya virtud para poder cancelar una inscripción practicada en virtud de un documento público se precisa el consentimiento de su titular o una sentencia firme en que así se exprese. Ello no viene a ser más que una consecuencia del principio de legitimación en cuya virtud, y por el juego del artículo 1 de la misma Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales. De ahí que sea un tanto desorientador el primer considerando de la Resolución, en el cual se dice que el problema de la nulidad de los actos otorgados dentro de período de retroacción de la quiebra «no es cuestión que proceda examinar dentro de este recurso, pues en ello se muestran de acuerdo recurrente y Registrador». Quizá lo que se ha querido decir es que una y otra parte están de acuerdo en que dichos actos son nulos, pero lo que sucede es que esa nulidad no puede provocar la cancelación consiguiente si no es bajo determinadas condiciones, aunque en el fondo viene a desvirtuarse la afirmación, ya que si son nulos y no producen efecto cancelatorio sin exigencias procesales es como si no lo fueran, puesto que no trascienden ni afectan a tercero.

Y es aquí donde la habilidad de la Resolución va a solucionar un problema que, como hemos visto, doctrinal y hasta jurisprudencialmente parecía ya decidido. No parece ser que se trata de una nulidad «ope legis» o «ipso iure» que surge en base de una decisión judicial que marca una fecha, sino que es preciso, como dice el «considerando» penúltimo de la Resolución que se ordene la cancelación mediante sentencia firme o contra la cual no se encuentre pendiente recurso de casación, conforme al artículo 82, 1.^º, de la L. H. y 175 de su Reglamento, que habla de «resolución judicial que sea firme, por no admitir recurso alguno o por haber sido desestimado o haber expirado el plazo legal para promoverlo».

De todo ello se deduce que para que sea aplicable el artículo 878, 2.^º, del Código de Comercio en su repercusión hipotecaria, es preciso: a) Que el quebrado haya realizado actos de disposición, gravamen y administración dentro del período comprendido entre la fecha a que se retrotrae la quiebra y el auto que la declara. b) Que se haya fijado por el Juez competente esa fecha. c) Que se presente la sentencia o declaración judicial firme en la que se ordene la cancelación de los asientos respectivos que se entienden nulos por virtud de la retroacción de la quiebra.

La Resolución en el considerando citado habla de «sentencia» o «resolución firme», lo cual parece indicar que se está refiriendo al supuesto en el que el quebrado se oponga al auto de declaración de quiebra (artículos 1.326 a 1.330 de la LEC) o a la pretensión de los Síndicos y el Fiscal (artículo 1.385 LEC), pues resulta aventurado decir que el juicio de ejecución universal de quiebra termine en sentencia como cualquier proceso. Claro que, mientras ésta no exista, será difícil lograr el efecto que se persigue.

B) *Requisitos para que la nulidad afecte a terceros.*—Realmente la problemática del artículo 878, 2.^º, del C. de Comercio se encierra en los actos

que el quebrado haya realizado hacia otras personas y no los que éstas a su vez hayan podido realizar dando entrada al juego protector del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Esta viene a ser la tesis mantenida por Bilbao Aristegui en el trabajo citado, aparte de opinar que en la primera transmisión también el adquirente del quebrado es tercero en cuanto a las relaciones existentes entre el presunto quebrado y sus acreedores, siendo por ello tercero de la relación jurídica «origen de la nulidad» y pudiendo invocar la protección del artículo 34.

Aun no admitiendo la tesis sugestiva de BILBAO ARISTEGUI y entendiendo que los adquirentes directos del quebrado no son terceros protegidos por el artículo 34; lo que sí está claro es que son precisos ciertos requisitos para que el artículo 878, 2.^º, del Código de Comercio entre en funciones: a) Como primera medida es la de que se concreten en el mandamiento que en ejecución de sentencia se dicte, se señalen o determinen los diferentes asientos que han de ser cancelados, sin que sea suficiente una expresión genérica que con su indeterminación provoque en el Registrador dudas y vacilaciones en orden a ello. Esta parece ser una de las primeras condiciones que señala la Dirección General en su considerando segundo, pues mal puede el Registrador decidir a este respecto cuando es «una cuestión tan delicada y ajena a su función». b) La segunda condición, a que se refiere el penúltimo párrafo, es que el titular registral cuya inscripción pretenda ser cancelada haya sido parte y vencido en el juicio a que la sentencia haya puesto fin. Esta condición o requisito se repite en otros considerandos, ya que se habla en ellos de la necesidad de citar a todos los que la retroacción ha de afectar, debiendo ser citadas, oídas y condenadas. c) La tercera condición es que los actos que pretendan anularse emanen del titular registral que deba considerarse como quebrado, pues en el supuesto de hecho queda base al recurso resulta que el quebrado no fue titular registral de las fincas en ningún momento y, sobre todo, respecto de una de las fincas ni lo estuvo a su nombre ni a favor de ninguno de sus cómplices, estándolo a nombre de personas totalmente ajenas al procedimiento. Creo que es importante en este punto destacar el acierto de TIRSO CARRETERO al traer a colación la Sentencia de 9 de junio de 1932 que no se cita en el recurso en la que se precisa que el alcance de la nulidad no puede afectar a personas distintas del quebrado, ni tener consecuencias en relación con actos y contratos en los que el quebrado no tuvo intervención alguna o si intervino como otorgante fue en representación ajena y no en nombre propio, porque sólo al quebrado puede estimársele en situación de quiebra.

A la vista de todo ello habría que hacer la crítica final de esta nueva perspectiva que ofrece el principio de tráfico jurídico, frente a esa pretendida nulidad absoluta o intrínseca que parece desprnderse del artículo 878, 2.^º, del Código de Comercio. Si el principio de legalidad exige el exacto cumplimiento de las leyes, han de ser consideradas tanto el Código de Comercio como la Ley Hipotecaria, y si lo que se pretendió establecer en el primero fue una excepción al artículo 34 de la Ley Hipotecaria (lo cual era difícilísimo), debe en la actualidad ser conciliado con una interpretación rigurosa, exigiendo que para que entre en juego se observen todos los requisitos y exigencias que la Ley Hipotecaria establece. Podría discutirse el que-

la aplicación afectase a los directos adquirentes del quebrado, cuando éste sea titular registral y no cuando éste actúe como mandatario o en un pretendido contrato simulado; pero siempre y cuando se especifique el asiento a cancelar y se presente la sentencia en que así se ordene por imperio del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Creo que la posible repercusión frente a sucesivas adquisiciones realizadas por titulares registrales que no tengan la condición de quebrados exceden con mucho no ya sólo a la posible intención del legislador, sino a la interpretación literal del artículo y sólo cuando lograse demostrarse en el procedimiento adecuado la falta de los requisitos de protección que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria establece podría admitirse esa prolongada anulación de actos y contratos. Si el interés de los acreedores en el procedimiento de quiebra es grande, no deja de serlo el de los adquirentes ajenos, por completo, al tema de la quiebra, y ahí es donde precisamente —como dice la Resolución— se obliga a las autoridades judiciales que durante el procedimiento han podido ponderar los elementos a través de los pedimentos y su discusión, excepciones alejadas y prueba.

Bienes inmuebles gananciales. Adquisición por mujer casada: son inscribibles en el Registro las compras hechas por mujer casada sin intervención de su marido cuando el precio se satisface al contado o se declara recibido y el dinero entregado por la mujer es presuntivamente ganancial, bien sean para su patrimonio privativo o bien para el ganancial, debiendo practicarse la inscripción conforme a la regla primera del artículo 95 del Reglamento Hipotecario. (Resoluciones de 8 de febrero, 11 de febrero y 26 de febrero de 1977; «Boletín Oficial del Estado» de 16 de febrero, 18 y 30 de marzo.)

Hechos.—1) Resolución de 8 de febrero: Mediante escritura de compraventa, autorizada en Madrid por el notario don Antonio Rodríguez Adrados, el 24 de julio de 1975, don Benjamín Sánchez García y doña Evangelina Sánchez García vendieron a doña Rosa Rodríguez Diéguez un piso vivienda; la compradora es mayor de edad, casada, y comparece en la escritura por su propio derecho y el precio de la compraventa es de 350.000 pesetas, que los vendedores confiesan haber recibido de la compradora antes del acto, por lo que le otorgan completa carta de pago.

Presentada en el Registro la primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los defectos subsanables siguientes: a) No justificarse la procedencia del dinero para considerar la adquisición como parafernial. b) No resultar del mismo ser la adquirente la administradora de la sociedad de gananciales, faltando el consentimiento del cónyuge que ostente tal carácter. Se ha cumplido lo dispuesto en el párrafo c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación. En su extenso, profundo y bien fundado escrito

de alegaciones recogió diversos argumentos importantes a favor de la validez e inscribibilidad de las compras hechas por mujer casada en esas condiciones. He aquí alguno de ellos: Que antes de la Ley de 2 de mayo de 1975, casi todos los actos jurídicos de la mujer casada necesitaban la licencia marital en virtud del artículo 61 y concordantes del Código Civil, aun cuando la falta de este requisito no impedía la inscripción de la compra efectuada sin intervención del marido, si bien haciendo constar en la inscripción la falta de licencia cuando fuere necesaria; suprimida la licencia marital por la nueva Ley, es indudable que las compras de la mujer son ahora totalmente válidas e inscribibles sin salvedad alguna, aunque no haya intervenido el marido, que es administrador de la sociedad conyugal. Que así lo imponen los diversos artículos del Código Civil no derogados por la reforma de 1975 (artículos 1.392, 1.401). Que el aspecto objetivo o de subrogación real, y no subjetivo de tener en cuenta en cada caso al cónyuge adquirente, que se sigue para la atribución a un bien así adquirido del carácter ganancial, es defendido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros e inspira igualmente los artículos 94 y 95 del Reglamento Hipotecario. Que la Ley de 2 de mayo de 1975 ha reforzado esa solución, al pretender una mayor independencia jurídica de la mujer casada y una menor desigualdad entre marido y mujer, por lo que los preceptos no alterados del Código Civil deben ser interpretados ahora conforme a esta nueva concepción, y en forma restrictiva si la contrariaran. Que han desaparecido en esta nueva Ley tanto la licencia marital (artículos 60 a 65) como las restricciones que tenía la mujer casada para prestar el consentimiento contractual (1.263, 3). Que el derogado artículo 61 entendía la licencia marital como una institución unitaria, sin que pudiera verse en ella otro aspecto de consentimiento del marido para las adquisiciones con precio ganancial. Que el artículo 94 del Reglamento Hipotecario sólo ponía como limitación a las compras por mujer casada la necesidad de la licencia marital, y no la de cualquier otro consentimiento que no aparece expresamente regulado. Que de no estimarse así se produciría el contrasentido de que antes de la Ley de 1975 las compras de la mujer fueran anulables e inscribibles con esa reserva y ahora resultaran nulas y no susceptibles de inscripción. Que tampoco es aceptable la tesis de la anulabilidad de tales compras. Que el marido es el administrador de la sociedad de gananciales, pero no único y exclusivo, sino que la mujer conserva algunas facultades administrativas: administra los frutos de los parafernales, que son gananciales, y los rendimientos profesionales de su trabajo, que también lo son. Que si se exige el consentimiento del marido para las compras de la mujer, se equipara los actos de adquisición a los de disposición, equiparación que no es aceptable. Que la dificultad de acreditar la procedencia privativa del precio impide prácticamente desvirtuar la presunción de ganancialidad del artículo 1.407, según la rígida interpretación jurisprudencial sobre este punto. Que aún aceptando que el consentimiento del marido fuera necesario, la inscribibilidad del acto otorgado sin su intervención sería evidente, porque ese consentimiento no podría afectar a la compra misma, sino solamente al pago del precio, lo que no sería obstáculo a su inscripción.

El Registrador, de conformidad con su cotitular, apoyó su calificación

negativa, entre otras, en las siguientes razones: Que la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975 no ha alterado el régimen de las comunidades conyugales, reconociendo expresamente la diferencia entre consentimiento y licencia. Que entre las novedades introducidas por la reforma no se ha modificado la atribución legal al marido de la administración de la sociedad conyugal ni de los bienes gananciales. Que el cónyuge no administrador, sea marido o mujer, tiene limitaciones para injerirse en funciones que no le son propias, y estas limitaciones nada tienen que ver con la capacidad de dicho cónyuge no administrador, sino que derivan del régimen matrimonial de bienes. Que no alterada la regulación de la sociedad de gananciales, su administración corresponde al marido, salvo pacto en contrario (artículo 1.412), y a pesar de la dificultad de precisar el concepto de acto de administración, puede deducirse del artículo 1.413 que los actos que no sean dispositivos se consideran de administración. Que el artículo 1.416, en relación el 1.362, sólo permite a la mujer obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido cuando se trate de gastos diarios usuales de la familia, pero no de la compra de un inmueble. Que mientras no ratiﬁque dicho acto, el marido, el funcionario calificador se ve obligado a suspender la inscripción. Que con independencia de la licencia marital, hoy suprimida, la exigencia del consentimiento del marido venía determinada por los artículos 59, 1.412 y 1.416, y no por el artículo 61. Que la subrogación real es una consecuencia de la adquisición, pero no la adquisición misma, y la validez de ésta es la que determinaría el nacimiento de aquélla, siendo uno de los requisitos de tal validez el consentimiento del cónyuge administrador. Que no es aplicable a este caso la doctrina de la Dirección General de los Registros, según la cual los bienes gananciales podían inscribirse indistintamente a nombre de la mujer o del marido, ni tampoco el artículo 94 del Reglamento Hipotecario (referente a adquisiciones privativas de la mujer) ni el 169 del Reglamento Notarial.

El presidente de la Audiencia conﬁrmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario. Y la Dirección General, de conformidad con el Consejo Consultivo de Letrados, acuerda revocar el auto apelado y la nota del Registrador, estableciendo una importante doctrina relativa al caso que nos ocupa, y que aparece formulada en los considerandos que más adelante se transcriben.

2) *Resolución de 11 de febrero:* Por escritura autorizadas por el Notario de Barcelona don Antonio Roldán Rodríguez el 19 de septiembre de 1975, don José Ramón Oriol Estévez, mayor de edad, casado, vendió a doña María Viñas Fraga, mayor de edad, casada en régimen de gananciales con don Fernando Serrano Vega, empleada, que comparece por su propio nombre y derecho, una finca rústica de cuatrocientos noventa metros cuadrados formada por segregación en el mismo título de otra mayor situada en término de Castellgalí, propiedad del vendedor e inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad de Manresa, por el precio de sesenta mil pesetas, que el vendedor confiesa haber recibido de la compradora con anterioridad, por lo que otorga completa carta de pago.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue

calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por observarse el defecto insubsanable de falta cumplimiento de los artículos 1.412 y 63 del Código Civil. No procede anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado. Con esta calificación está conforme el cotitular.»

El esposo de la compradora, con el fin de obtener la inscripción, otorgó escritura autorizada por el mismo Notario el 12 de mayo de 1976, ratificando y confirmado la referida escritura de compraventa otorgada por su esposa.

El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, a efectos meramente doctrinales, formulando, entre otras, las siguientes alegaciones: Que es sorprendente se califique como radicalmente nulo un contrato celebrado por mujer casada para su sociedad de gananciales, precisamente después que la Ley 2 de mayo de 1975 ha suprimido viejas trabas y ha colocado en igualdad de situación a marido y mujer. Que con la última reforma del Código Civil ha desaparecido toda idea de sumisión femenina al marido, y así resulta de la nueva redacción dada a los artículos 57, 62, 65 y 66. Que aún cuando la sociedad de gananciales no ha sido reformada, la interpretación de las normas relativas a la capacidad de la mujer casada no puede ser la misma después de la Ley de 1975, y así, aunque subsiste el artículo 1.412, su contenido ha sido fuertemente alterado por el espíritu que inspira la nueva normativa. Que el hecho de que el marido sea administrador de la sociedad no es obstáculo para que la adquisición pueda ser hecha por el marido o por la mujer. Que en el caso concreto discutido, el acto no puede ser calificado de nulo, sino, a lo sumo, de anulable o impugnable por la exclusiva voluntad del esposo de la compradora, según el artículo 65 del Código Civil, en conexión con el 1.301, y por ello debió ser inscrita la escritura de compra, haciendo constar la advertencia contenida en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario. Que aunque se estimara que el acto sin consentimiento del esposo era nulo, es evidente que dicho consentimiento podía ser prestado *a posteriori*, de modo que dicha falta sería subsanable y debería provocar, a lo sumo, una nota de suspensión y no de denegación. Que la doctrina contenida en la calificación negativa carecía de fundamento incluso antes de la reforma de 1975, pues interpretando lógicamente el artículo 1.401, números 1 y 2, del Código Civil, se deduce de él que las adquisiciones para la sociedad conyugal puede hacerlas cualquiera de los cónyuges, y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 95, 1, del Reglamento Hipotecario. Que si en la escritura la mujer adquiere para la comunidad, es lógico pensar que existe un consentimiento tácito del esposo, pues lo corriente es que entre marido y mujer haya habido alguna comunicación al respecto. Que la cita del artículo 63 del Código Civil está fuera de lugar, ya que este artículo prohíbe que uno de los cónyuges se atribuya la representación del otro sin que le hubiera sido conferida voluntariamente, pero en nuestro caso la compradora no manifiesta en ningún momento estar representando a su marido, sino que interviene en su propio nombre y derecho, aun cuando adquiere para la comunidad. Terminaba solicitando la declaración de que la escritura debió ser inscrita, al menos, con la advertencia referida en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario; que de existir algún defecto, éste debía ser subsanable, produciendo sólo

la suspensión de la inscripción; y que, en todo caso, era improcedente el último párrafo de la nota relativo a la conformidad del cotitular, cuya firma no aparece.

El Registrador argumentó que la escritura calificada vulnera claramente el artículo 1.412 del Código Civil. Que no es aceptable que la mujer se convierta sin pacto en administradora de la sociedad de gananciales, no siendo, por tanto, inscribibles sus adquisiciones si no se acredita el carácter privativo del precio para poder practicar la inscripción en tal concepto. Que suprimida la licencia marital, el artículo 94 del Reglamento Hipotecario no es aplicable a las adquisiciones de bienes gananciales realizadas por la mujer casada no administradora. Que la referencia que se hace en la nota al artículo 63 del Código Civil no es inadecuada, sino muy apropiada, ya que si la compradora adquirió bienes gananciales, la única posibilidad que tenía de hacerlo era atribuyéndose la representación del marido, y como carece de ella, infringe este precepto, infracción que, unida a la del artículo 1.412, determina la imperfección de la adquisición en nuestro caso concreto. Que según la más autorizada doctrina, el criterio para distinguir las faltas insubsanables es el de la necesidad de un nuevo otorgamiento sustancial, que en el supuesto presente es precisamente el de la escritura de ratificación y confirmación que ha otorgado el marido. Que al declarar en la nota la conformidad del cotitular, no ha pretendido el funcionario calificador utilizar argumento de autoridad alguno, sino simplemente poner de manifiesto el cumplimiento del artículo 465, c), del Reglamento Hipotecario, que regula el régimen interior de los Registros desempeñados por dos titulares.

El presidente de la Audiencia estimó el recurso declarando: a) Que la escritura controvertida no contiene defecto insubsanable y el negocio jurídico en la misma constatado no es nulo, sino factible de subsanación. b) Que dicha escritura debió ser inscrita sin perjuicio del cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, y que al ser posible la subsanación del defecto, la nota debió ser de suspensión de la inscripción hasta que fuera cumplido el requisito de ratificación por el esposo de la adquirente. c) Se declara y estima improcedente el último párrafo de la nota referido al cotitular registral que no la firma.

Tanto el Notario como el Registrador se alzaron de la decisión presidencial. Y la Dirección General acuerda revocar el auto apelado y la nota del Registrador, y declara que la escritura es inscribible con arreglo al artículo 95, 1, del Reglamento Hipotecario.

3) *Resolución de 26 de febrero:* Por escritura de compraventa autorizada en Vigo por el Notario don Luis Solano Aza el 1 de abril de 1976, doña Erunilda de Domingo Docampo, casada, que comparece en su propio nombre y derecho, compró a don José Rodríguez Vila dos fincas en Sayanes, parroquia de San Miguel de Oya, del municipio de Vigo, haciendo constar la compradora «que la adquisición la efectúa de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 1.401 del Código Civil, en concordancia con el 65 del mismo Código y con las consecuencias previstas en el artículo 1.301 de dicho Cuerpo Legal, solicitando, por tanto, su inscripción conforme a lo prevenido en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento en la forma que en el mismo se solicita, por entender que el hoy inoperante artículo 94 del Reglamento Hipotecario se refería exclusivamente a la falta de licencia marital para actos y contratos relativos a bienes propios de la mujer casada y no al consentimiento en adquisiciones de bienes de carácter ganancial, cuya administración corresponde al marido, salvo pacto en contrario, de acuerdo con los artículos 59 y 1.412 del Código Civil.

No se toma anotación por suspensión por el carácter insubsanable del defecto observado.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando que las adquisiciones onerosas realizadas por la esposa no administradora en régimen de gananciales son inscribibles, dejando a salvo las acciones de anulabilidad que pueden corresponder al marido o a sus herederos, conforme a los artículos 65, 1.301 del Código Civil y 94 del Reglamento Hipotecario. Que este último artículo se debe considerar vigente, aunque con diferente matización, después de la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975, que abolió la licencia marital, pero respetando el régimen de consentimientos, y esta interpretación viene abonada por la remisión que dicho precepto hace al artículo 1.301 del Código Civil, hoy reformado. Que en relación a los bienes en régimen de gananciales es esencial distinguir su adquisición de su administración, ya que si bien esta última corresponde al marido, salvo pacto en contrario, no sucede lo mismo en cuanto a su adquisición, y así, el artículo 1.401, 1., del Código Civil, al hablar de la adquisición de bienes gananciales, no diferencia si el adquirente es el marido o la mujer. Que si la esposa está en condiciones de disponer del dinero ganancial suficiente para comprar un inmueble, es evidente que cuenta con la autorización y consentimiento del marido, y que podría invertirlo en comprarse objetos suntuarios o de arreglo personal o adquirir una finca en su propio nombre. Qué la nota recurrida contradice el espíritu de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975 contenido en su Exposición de Motivos.

El Registrador informó que la cuestión fundamental planteada en el recurso es la de la vigencia actual del artículo 94 del Reglamento Hipotecario y su aplicación a adquisiciones de bienes gananciales realizadas por el cónyuge no administrador. Que este artículo se refiere exclusivamente a la falta de licencia del marido, pero que el recurrente equipara conceptos tan dispares como consentimiento y licencia y pretende se aplique a aquél un precepto que solamente se refiere, o se refería, a ésta. Que suprimidas las licencias que se establecían en los artículos 60 a 65 y 1.361 del Código Civil, el referido artículo 94 del Reglamento Hipotecario queda sin ámbito de aplicación. Que antes de la reforma ya estaban de acuerdo la Jurisprudencia y la doctrina en que el citado precepto se refería exclusivamente a actos y contratos sobre bienes propios de la mujer casada.

El Presidente de la Audiencia confirmó la calificación recurrida en cuanto no admite la inscripción de la compraventa, pero declarando que la nota denegatoria extendida por defecto insubsanable ha de ser sustituida por la

de suspensión por defecto insubsanable, a fin de que pueda solicitarse la anotación preventiva correspondiente. El funcionario calificador se alzó parcialmente de la decisión presidencial por cuanto considera subsanable el defecto señalado en la nota, insistiendo en sus anteriores argumentos sobre el carácter insubsanable del mismo, no haciéndolo el Notario autorizante de escritura. Y la Dirección General acuerda no admitir el recurso por no existir defecto de ninguna clase en la escritura cuya calificación se discute..

Doctrina.—«Que este recurso, en el que ha de decidirse si es o no inscribible la escritura de compraventa discutida, plantea la importante cuestión de si puede la mujer casada bajo el régimen de comunidad de gananciales adquirir por sí sola y a título oneroso, con precio satisfecho al contado, bienes que con arreglo a la presunción general legalmente establecida tendrían el carácter de gananciales, o si, por el contrario, necesitará para estos actos el consentimiento del marido».

«Que desaparecidas las restricciones que a la capacidad de obrar de la mujer casada establecían, entre otros, los artículos 61 y 62 del Código Civil, y dada la estrecha relación que esta materia tiene con el régimen económico-matrimonial, hubiera podido abordarse simultáneamente la modificación de ambas materias, pero no ha sido así, pues nuestra legislación, en forma parecida a lo sucedido en otros países (Alemania, Francia), ha atendido en la reforma de 2 de mayo de 1975 a la «general finalidad perseguida de equiparar en lo posible a los cónyuges» y ha dejado para un ulterior momento la adaptación de ese enunciado al régimen matrimonial, por lo que al no haber apenas variado la Ley de Reforma el sistema de gananciales, la presunción del artículo 1.407 del Código Civil y el carácter fungible del dinero pueden inducir a que se entienda que la capacidad adquisitiva de la mujer casada continúa todavía disminuida, y que en este aspecto la mencionada Ley no sólo ha introducido muy pocas variaciones, sino que incluso ha restringido el sistema anterior, que admitía la validez de las compras hechas por la mujer con la licencia de su esposo, licencia hoy suprimida.»

«Que la prudencia legislativa aparece plenamente justificada ante las dificultades que surgen al tener que combinar el principio de igualdad «en lo posible» de los cónyuges con unos sistemas que, como los de comunidad de bienes se avienen mal con una duplicidad de poderes para la administración, hasta el punto de que el Derecho Comparado ofrece ejemplos de haber tratado de establecer como régimen supletorio el de separación de bienes, en donde tales dificultades se obvian; pero a parte de que los países que así lo hicieron rectificaron enseguida, volviendo de nuevo al sistema de comunidad, no hay que olvidar el gran arraigo popular que en nuestra patria tienen los sistemas de comunidad en casi todas las regiones, y en concreto el de gananciales, lo que presumiblemente obligará a mantener este sistema, sin perjuicio de su perfeccionamiento.»

«Que no obstante la declaración general contenida en la exposición de motivos de la Ley de 1975, es indudable que la reforma ha afectado al régimen matrimonial de bienes, pues no cabe desconocer la modificación de preceptos de tanta trascendencia como los artículos 1.435, 1.436 y 1.441 a 1.444, que ha venido a suponer un importante cambio en relación al sistema an-

terior al conferir a la mujer, cuando administra los bienes del matrimonio, las mismas facultades que tenía el marido, ajustándose así al criterio de equiparación que pretende establecerse, e indirectamente también incide sobre esta misma materia la modificación de otros preceptos del Código, como son los artículos 60, 61, 65, 69, 189, 995 y 1.301, en donde se ha eliminado toda referencia a desigualdades que existían en la posición de ambos cónyuges, o se establece un sistema de equiparación de los mismos en la administración de la sociedad conyugal.»

«Que el fundamento de estas modificaciones no es otro que el de acompañar la legislación a la actual realidad de la sociedad española en la que son muchos los matrimonios donde no sólo el marido, sino también la mujer colabora con su trabajo —bien sea intelectual o manual— al sostentimiento y aportación de ingresos a la sociedad conyugal, así como a atender a la posibilidad que la mujer tiene de ejercer una profesión sin necesidad del consentimiento de su esposo, que quedaría prácticamente sin efecto si para los contratos que realizase en el ejercicio de su actividad profesional —entre otros, arrendamiento o incluso compra de local—, hubiera de necesitar este consentimiento marital.»

«Que una interpretación armónica de los preceptos del Código Civil —reformado o no— deberá tener en cuenta no sólo el espíritu de 1889, momento de la publicación del Código Civil, sino que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.^º, 1.^º, del mismo Cuerpo Legal, habrá de atenerse a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados y, por tanto, interpretarse también según el espíritu de la reforma recientemente realizada.»

«Que los obstáculos en que pretende fundamentarse la tesis negativa de que la mujer casada pueda por sí sola adquirir a título oneroso bienes inmuebles durante el matrimonio, se encuentran, de una parte, en el artículo 1.416 del Código Civil, en cuanto establece que la mujer no podrá obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido y de otra en que de poder comprar inmuebles la mujer con el carácter de gananciales, se alteraría por su sola voluntad el patrimonio común de los esposos.»

«Que un detenido examen del artículo 1.416 del Código Civil lleva a la conclusión de que se limita a indicar los bienes que quedan obligados por los actos de la mujer, de modo que el consentimiento del marido no afecta para nada a la validez del contrato realizado por ella, pues a este aspecto se referían en su redacción derogada los artículos 61 y 1.263 del Código Civil, que le impedían adquirir a título oneroso o lucrativo sin licencia o poder de su marido; pero suprimida esta restricción no hay ningún obstáculo legal para que la mujer casada pueda ser compradora, sin que, por tanto, tengan aplicación los artículos 65 y 1.301 en su nueva redacción.»

«Que el segundo de los obstáculos señalados no tiene razón de ser, ya que es indudable que puede la mujer modificar la composición del patrimonio ganancial, según se deduce: a) Por los bienes que obtenga a través de su industria, sueldo o trabajo —artículo 1.401, 2.^º—, para cuyo ejercicio no necesita la licencia de su marido. b) Por los frutos, rentas o intereses que procedan de sus bienes parafernales —artículo 1.401, 3.^º—, que pueden

dar lugar a la entrada de nuevos bienes gananciales. c) Por la enajenación de sus bienes parafernales libremente —artículo 1.387—, que puede provocar una disminución de los gananciales, al no ingresar los frutos o rentas que tendrían este último carácter.»

«Que superados los obstáculos que podrían oponerse a la adquisición de inmuebles a título oneroso por la mujer casada en régimen de gananciales, la interpretación favorable a su posibilidad, por el contrario, se encuentra fundamentada: a) En la ya indicada supresión de la licencia marital para las adquisiciones a título oneroso o gratuito por la mujer. b) En los artículos 1.392 y 1.401, que no discriminan en cuanto a la adquisición por cualquiera de los esposos para que los bienes tengan el carácter ganancial, y lo mismo sucede con el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario. c) En que al comparecer en juicio ella sola para reclamar los haberes profesionales que se le adeudan —una vez suprimida en el artículo 60 del Código Civil la exigencia de la licencia marital para esta comparecencia—, si en la fase ejecutiva queda desierta la subasta de los inmuebles embargados por falta de postores podrá pedir la adjudicación de dichos inmuebles, que indudablemente tendrán el carácter de gananciales.»

«Que merece especial atención destacar que nuestro Código Civil, en su redacción anterior a la última reforma, siguiendo al Derecho tradicional y reconocimiento de la personalidad de la mujer, señaló que ésta tiene la potestad de administrar los bienes parafernales, la cual no debe entenderse referida sólo a la administración de cada uno de los bienes, sino a la de todo el patrimonio privativo en función de las propias posibilidades económicas y profesionales de la mujer; y en el ejercicio de tal potestad, la mujer administra ciertos bienes ganaciales —los frutos de los bienes parafernales y *a fortiori* las ganancias obtenidas en su profesión, industria o trabajo— como el marido mismo y, por ende, con la potestad de enajenarlos en tanto la enajenación constituya un acto de gestión de los bienes encamendados a su dirección (confróntese, entre otros artículo 66, 1.384 y 1.385 del Código Civil) y en tanto no recaiga sobre bienes gananciales que como excedentes hayan pasado a la administración general de la sociedad conyugal.»

«Que tras la reforma introducida por la Ley de 2 de mayo de 1975, ha desaparecido formalmente la salvedad que en favor del artículo 1.384 se hacía a la regla de que al marido incumbe la administración de la sociedad de gananciales en los artículos 59 y 1.412 del Código Civil —según el texto de la segunda edición—, pero sin duda debe entenderse meramente que el legislador juzgó inútil por sobrentendida la expresa formulación de la salvedad, y nunca que haya habido un retroceso en la doctrina del Código Civil, lo que no armonizaría en modo alguno con el espíritu de las últimas reformas, que han querido siempre potenciar la posición de la mujer.»

«Que de la presunción de que todos los bienes son gananciales no debe pasarse a la presunción de que todos los bienes, incluso los que posee la mujer, sólo pueden ser administrados por el marido, pues el tradicional reconocimiento de la personalidad de la mujer, el principio de la buena fe, la presunción del artículo 448, el ser ella también órgano de gestión de la sociedad conyugal, la responsabilidad que incumbe al gestor principal de

toda actividad económica y las exigencias de la seguridad del tráfico obligan a entender, mientras no conste otra cosa, que la mujer tiene la libre disposición del dinero del que efectivamente dispone, sin necesidad de acreditar que sea privativo, o que siendo ganancial lo hace en uso de la potestad que le reconoce el artículo 1.384 u otros varios preceptos, o que se trata de dinero ganancial que el marido ha puesto a su disposición, a salvo las posibles repercusiones que entre marido y mujer pueda tener la extralimitación de ésta, la cual no afectaría a terceros de buena fe.»

«Que de todo lo expuesto hay que concluir que son válidas las adquisiciones hechas por la mujer por sí sola con precio al contado, bien sean para su patrimonio privativo o bien para el ganancial, supuesto este último que será el más frecuente dada la presunción del artículo 1.407 del Código Civil y la dificultad de la prueba del origen del precio, puesta reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia, por lo que en este supuesto, al no estar demostrado el carácter privativo del dinero, habrá de practicarse la inscripción, de acuerdo con lo dispuesto en la regla primera del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.»

«En las Resoluciones de 11 y 26 de febrero se hace referencia a la doctrina formulada en la precedente de 8 de febrero, y se recogen en resumen los mismos argumentos que sirvieron de base al criterio permisivo de la inscripción que en ambas se reitera. Por razón de la forma en que se plantearon las cuestiones y de los distintos temas apuntados, en cada una de estas dos resoluciones se contiene un nuevo considerando, que también se incluye a continuación:

«La conformidad del cotitular a la nota discutida viene a reflejar que se ha cumplido con lo ordenado en el artículo 485, c), del Reglamento Hipotecario, que establece que cuando el Registrador calificante estima que existen defectos que impiden practicar la operación solicitada, lo pondrá en conocimiento de su cotitular por si éste entendiera que era procedente realizarla, en cuyo caso la practicaría bajo su responsabilidad..»

«A la vista de lo indicado parece ocioso entrar en el examen de si es subsanable o insubsanable la falta de consentimiento del marido, como administrador de la sociedad de gananciales, en la compraventa discutida, planteada en apelación como único punto de debate por el Registrador, dado que conforme a lo expuesto no es necesario tal consentimiento para la inscripción del mencionado contrato, por lo que bastaría una petición formal de la interesada que desvirtuara su primitiva solicitud para que la escritura calificada tuviese acceso a los libros del Registro.»

Consideraciones críticas.—El tema que contemplan y resuelven las tres resoluciones que vamos a comentar se diseña perfectamente en el primer considerando al decir que se trata de resolver si es o no inscribible una escritura en la que la mujer casada bajo el régimen de gananciales adquiere por sí sola y a título oneroso, con precio satisfecho al contado, bienes que con arreglo a la presunción general legalmente establecida tendrían el carácter de gananciales, o precisa el consentimiento del marido.

Se hace preciso destacar, antes de entrar en el fondo de la cuestión, cómo estas Resoluciones son un auténtico modelo de precisión y un indu-

dable avance en la técnica de la interpretación, pues gracias a ellas se ha sabido salvar con técnica jurídica progresiva una situación límite que el legislador había provocado al reformar parcialmente el Código Civil el 2 de mayo de 1975. Frente a la audacia del legislador debe estar siempre la prudencia del jurista y tratar, por todos los medios a su alcance, aunque el problema sea de urgencia, de evitar cualquier contradicción entre lo nuevo y lo viejo. Entre lo que se reforma y lo que se deja intocado. No basta, a mi humilde entender, plasmar un propósito legislativo en la «Exposición de Motivos» y decir «como no se ha albergado el propósito de alterar el régimen de las comunidades conyugales, nada se ha estatuido acerca de ellas, limitándose la reforma a referirse globalmente y en abstracto a los casos en que las Leyes exijan que cada cónyuge deba actuar con el consentimiento de su consorte», para así salir airoso ante cualquier contradicción que se pueda presentar. Esto es pereza legislativa, quizás negligencia, pues como dice el segundo considerando de las Resoluciones que «dada la estrecha relación que esta materia tiene con el régimen económico-matrimonial, hubiera podido abordarse simultáneamente la modificación de ambas materias...», pero no fue así y ha dejado para un ulterior momento la adaptación de la reforma al sistema o régimen matrimonial.

Nos hemos pasado más de medio siglo criticando la famosa contradicción entre los primitivos artículo 759 y 799 del Código Civil y en las dos oportunidades que se acomete una reforma a fondo del mismo —en 1958 y en 1975— se le escapan al legislador dos errores. Todos recordamos la evidente contradicción que resultó de la redacción de los artículos 809 y 841 en relación con los derechos legitimarios del cónyuge viudo y ahora al carecer la mujer de fuerza de obligar la sociedad de gananciales (artículo 1.416) y estar atribuida al marido la administración de los gananciales (artículos 59 y 1.412), a la mujer se la priva de la posibilidad de las compras con dinero ganancial o presuntivamente ganancial. Y no se diga que se trata de una interpretación forzada o que el funcionario calificador pretendía poner trabas a la reforma, pues la contradicción es evidente, de ahí el gran éxito de estas Resoluciones inspiradas en el meritísimo trabajo del Notario que dio lugar al recurso.

No creo que sea ya oportuno el contar el origen y los sucesivos hechos que motivaron las dos posturas que, como capuletos y montescos, se dibujaron en el campo de las opiniones. Vivir de cerca y oír a las dos partes resulta anecdotico, pero no creo que aporte nada a esta doctrina plasmada en las Resoluciones y de cuyo lado me incliné siempre, en el sentido de que había que salvar la contracción dado el espíritu y finalidad de la reforma. Cuando esto así lo explicaba en América, se publicaba la primera de las Resoluciones. De ahí que ahora, aparte de citar la abundante bibliografía sobre el tema, entienda que los puntos concretos a desarrollar sean los siguientes:

A) *Justificación general de la solución dada.*

Frente a la habilidad interpretativa que suponen el contenido de las Resoluciones, se destaca en ellas el reconocimiento de que el legislador ha

tenido un *lapsus*, pues de una parte se le trata de justificar el mismo y de otra se antepone a la interpretación minuciosa de los preceptos el principio general que debe presidir la que debe salvar la duda suscitada por la aplicación de los preceptos.

Antes habíamos apuntado cómo el segundo considerando de las Resoluciones trataba de explicar la razón por la que afectando la problemática de la mujer casada a los regímenes económicos matrimoniales no se había abordado la modificación, siguiendo la normativa de otros países como Alemania y Francia en este punto y destacándose la «prudencia» legislativa ante las dificultades que surgen al tratar de combinar el principio de igualdad de los cónyuges con sistemas como el de la comunidad de bienes, que se avienen mal con una duplicidad de poderes para la administración. Esta afirmación, de dudosa aceptación para el jurista, resulta quizás poco consecuente con lo que luego se expresa en el cuarto considerando, donde la Dirección no tiene más remedio que reconocer que se han modificado preceptos referentes al régimen económico matrimonial de bienes, como pueden ser los 1.435, 1.436 y 1.441 a 1.444 del Código Civil («que han venido a suponer un importante cambio en relación al sistema anterior») e indirectamente los artículos 60, 61, 69, 189, 995 y 1.301, donde se establecen equiparaciones de ambos cónyuges en orden a la administración o se eliminan posibles desigualdades. ¿Entonces por qué no se reformaron esos otros preceptos que podían provocar conflictos, reflejar peores tratos y poner de manifiesto una desigualdad? Pues sencillamente, porque al pasar revista el legislador a los posibles supuestos y abrir las puertas de las soluciones no pensó en una que podía ser frecuente y a pesar de reconocer que «son muchos los matrimonios donde no sólo el marido, sino también la mujer, colabora con su trabajo—bien sea intelectual o manual (distinción que se me antoja poco feliz)—al sostentimiento y aportación de ingresos a la sociedad conyugal, así como a atender a la posibilidad que la mujer tiene de ejercer una profesión sin necesidad del consentimiento de su esposo...». Y, entonces, si eso se tuvo en cuenta, ¿cómo no se contempló el supuesto cuestionado?

Si de verdad eso lo supuso el legislador—yo entiendo que ni pensó en que podía producirse el supuesto—, sobra desde luego el argumento de la Dirección General, tendente a explicar la forma y manera en que debe ser interpretada la reforma: «Habrá de atenerse a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados y, por tanto, interpretarse también según el espíritu de la reforma recientemente realizada».

B) *La prohibición de obligar y modificar el patrimonio ganancial.*

Dos son las razones que se dan para rechazar, inicialmente, el acto realizado por la mujer: no puede obligar a la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido, conforme al artículo 1.416 del C. c., y tampoco puede modificar la composición ganancial o del patrimonio ganancial.

Y la doctrina es aquí donde se divide, pues unos piensan que el principio del artículo 1.416 es absoluto y otros que no se sienta tal principio, sino

un enunciado de bienes sujetos a la responsabilidad. Frente a la postura mantenida por AVILA (P.), DE LA HAZA (L.) y POVEDA DÍAZ (J.) («Estudio sobre la reforma del Código civil por Ley de 2 de mayo de 1975 y sus repercusiones sobre el Registro de la Propiedad», junio 1975), se alzó el criterio del también Registrador ALVAREZ BEGIGA (M.) («Inscripción en el Registro de la Propiedad de compraventa de inmuebles por mujer casada sin intervención material», RCDI, número 515, 1976) y, por supuesto, el completo y exhaustivo trabajo de RODRÍGUEZ ADRADOS (A.) («Las compras de la mujer casada», en RDN, número 88, 1976). Repartidos en uno u otro bando podríamos citar los trabajos de SANZ (A.) («La situación de la mujer casada en Derecho civil. Observaciones sobre la reforma del Código civil por Ley de 2 de mayo de 1975», RDN, número 91, 1976); GARCÍA GARCÍA (J. M.) («Algunas consideraciones acerca de las inscripciones a favor de la mujer casada después de la reforma del Código civil», RCDI, número 512, 1976); DE LA CÁMARA (M.) («Adquisiciones a título oneroso por mujer casada con dinero presuntivamente ganancial», en Libro Homenaje a Roca Sastre, vol. II, 1977); SAAVEDRA QUEIMALOS (S.) («Inscripción de adquisiciones onerosas realizadas por los cónyuges bajo el régimen de ganaciales tras la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975», RCDI, número 514, 1976; DE LOS MOZOS (J. L.) («Las adquisiciones de inmuebles por la esposa después de la Ley de 2 de mayo de 1975», ADC, fasc. IV, 1976. A estos trabajos habría que añadir una serie de conferencias que se pronunciaron en el Colegio Nacional de Registradores en el Curso de 1977 a cargo de MANUEL AMORÓS GUARDIOLA («Repercusiones registrales de la reforma del Código Civil»); ANTONIO RODRÍGUEZ-AGRADOS («Perspectivas notariales de la reforma del Código Civil»); LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN («Significado de la reforma del Código civil»), y MANUEL OLIVENCIA RUIZ («Significado de la reforma del Código de Comercio»), así como los comentarios a las reformas del Código civil que constituyen una obra en dos volúmenes, publicada por TECNOS en 1977.

La tesis que defiende la Dirección General es la de que el artículo 1.416 del Código civil no establece ningún precepto general, sino que se limita a «indicar los bienes que quedan obligados por los actos de la mujer». La explicación del por qué no se ha reformado este precepto no está en que «el consentimiento del marido no afecta para nada a la validez del contrato realizado por la mujer», sino en que la obsesión del legislador fue suprimir el concepto de «licencia» y borrar toda huella de la misma en el Código, por lo que aquellos artículos que no hacían referencia a ella quedaron intocados y de ahí que al reformarse el 59 y atribuir la administración de los bienes de la sociedad al marido sea lógica la prohibición de obligar los gananciales sin consentimiento del marido. También parecía lógico respetar el «consentimiento» del artículo 1.413 del Código civil, aun y a pesar de ese devaneo doctrinal que opinó que se trataba de una «licencia uxoris» (¿ahora que será, consentimiento o licencia?) y al reformarse el artículo 65 del Código y estimar que los actos realizados por cualquiera de los cónyuges sin «consentimiento del otro» (¿habrá que pensar de nuevo en la licencia uxoris?) son anulables, debemos entender que no es posible que estos actos sean de ese carácter, cuando como regla subsidiaria a cumplir «en su defecto» es la de la intervención judicial. O consiente la mujer o consiente el Juez, pero el acto no-

puede ser considerado anulable ni, por supuesto, inscribible, al amparo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

A mi entender tampoco es buen argumento los ejemplos que la Resolución pone y en cuya virtud se trata de demostrar que la mujer puede alterar o modificar la composición del patrimonio ganancial, pues se trata de casos perfectamente compatibles con la prohibición de obligar la sociedad de gananciales, ya que tanto las rentas, frutos e intereses, así como los bienes que adquiera por su industria, sueldo o trabajo (artículo 1.401 del C. civil) suponen adquisiciones derivadas o indirectas que no son «subrogaciones» de dinero por cosas. El ejemplo que se pone del 1.387 al permitir la enajenación de parafernales que suponen o pueden suponer disminución de gananciales es excesivo, ya que en este caso no se priva a la sociedad de gananciales de una finca o derecho, sino de una «expectativa» de posible ganancia.

Donde pueden tener más fuerza los argumentos de la Dirección es en aquellas tres razones que resplandecen en el considerando décimo, aunque la primera de ellas es la clave que da base para pensar en esa «obsesión» legislativa de suprimir la «licencia», queriendo con ello eliminar el «consentimiento». Es buena, sin embargo, la razón de la falta de distinción que los artículos 1.392 y 1.401 tienen en torno a la persona que hace la adquisición (claro que no es lo mismo la adquisición realizada que la posibilidad de la adquisición, pues el artículo o los artículos parten de la base de que la adquisición sea permitida y válida) y lo mismo sucede con el artículo 95, 1.^º, del Reglamento Hipotecario. La última razón, es quizás la más convincente, pues si por el procedimiento ejecutivo de reclamación de haberes y subasta de bienes puede la mujer pedir y lograr la adjudicación de una finca con carácter ganancial, es evidente que ha obligado a la sociedad de gananciales al convertir la «expectativa de una ganancia» en un finca.

Los considerandos once y doce creo que aportan poco en orden a la posibilidad de conceder validez a las adquisiciones hechas por mujer casada sin consentimiento del marido, pues la referencia que se hace a la «potestad de administrar los bienes parafernales» y de todo el patrimonio privativo, supone—según dice la Resolución—que en ejercicio de tal potestad, la mujer administra ciertos bienes gananciales con poder de enajenarlos en tanto la enajenación constituya un acto de gestión de los bienes encomendados a su dirección y en tanto no recaigan sobre bienes gananciales que como excedentes hayan pasado a la administración general de la sociedad conyugal. En apoyo de esta afirmación se citan los artículos 66 (que entiendo no tiene nada que ver en este tema), el 1.384 y 1.385, que se refieren a la administración de los bienes y de los frutos, lo cual parece suponer que toda adquisición hecha por mujer casada sin poder para obligar la sociedad conyugal o los bienes de la misma, supone un acto de administración de parafernales o de sus frutos o entra dentro de los cauces del artículo 66 (que creo que se está refiriendo a la potestad de las llaves o actos semejantes), que supone siempre una «necesidad ordinaria de familia», «encomendada a su cuidado» conforme al uso, el lugar y las circunstancias y posición de la familia.

Las referencias que el considerando doce hace a los artículos 59 y 1.412 en su relación con el 1.384 del C. c., cosa que como se sabe ha desaparecido

de la redacción actual, no parecen suponer un retroceso en la doctrina del Código civil, pues es evidente que la administración de los parafernales queda en manos de la mujer que no la entregue al marido, lo diga o no el artículo 59 o el 1.412, ya que éstos en la actualidad sólo afirman el principio de que la administración corresponde al marido, salvo pacto en contrario. Aunque capturando el argumento habría que pensar que al no haber modificado el 1.412 del C. c. hay una cierta imprecisión, pues el 59 (reformado) se refiere a los bienes de la sociedad conyugal (¿también los frutos, intereses y rentas de los bienes parafernales?) y el 1.412 a los bienes gananciales. Por ello considero improcedente haber tocado este punto que realmente no conduce a nada práctico, pues al no avisado le llama la atención.

Sí creo que hubiera sido preciso despejar la incógnita de la administración, la posibilidad de vincular los bienes de la sociedad conyugal del 1.416 relacionándolo con el reformado artículo 6 del Código de comercio, en el que viene a repetirse la misma idea que preside el intocado artículo 1.416. ¿Es ese el argumento fundamental para centrar el ámbito y alcance del artículo 1.416 del C. c. o lo que dice uno y otro son cosas distintas? «Para que los demás bienes comunes —dice el artículo 6 del C. de comercio— queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges». La clave podía haber estado ahí, pero el argumento no ha sido utilizado, limitándose a insistir en la idea de que el 1.416 se refiere a la responsabilidad y los que organizan los requisitos de validez de la compraventa por mujer casada con dinero ganancial se rigen por los artículos 62 y 1.263, en relación con el 1.458 del C. c.

C) Presunción de ganancialidad y validez de las adquisiciones.

Hay una afirmación en el considerando trece que se me antoja llena de sofismas. Aprendí que las presunciones en su doble vertiente de «iuris tantum» y «iuris et de iure» permitían en el primer caso una prueba en contra y las segundas la rechazaban. Por ello entiendo que mientras esté en juego la presunción es a todos los efectos y lo que hay que hacer es anularla con una prueba en contra. Si el caso planteado está ofreciéndonos la imposibilidad de probar la procedencia del dinero y de lo que se trata de justificar es que la mujer aun comprando con dinero ganancial no precisa el consentimiento del marido para que su adquisición sea válida y eficaz, no acierto a comprender esa referencia a la presunción de ganancialidad que parece negarse al decir rotundamente el considerando que «la mujer tiene la libre disposición del dinero del que efectivamente dispone, sin necesidad de acreditar que sea privativo, o que siendo ganancial lo hace en uso de la potestad que le reconoce el artículo 1.384 del C. c.». Creo que aquí hay un auténtico desfase de conceptos entendiendo incluidos en los actos de administración los de conservación y disposición. Haber precisado estos estamentos habría sido más constructivo que tratarnos de convencer que en los actos típicos de la administración parafernial (cobro de rentas, contabilización de intereses, gastos de conservación, arriendos, aparcerías, etc.) están los de empleo del dinero en adquisiciones de bienes gananciales.

Y como de todo lo expuesto se deduce que los actos son válidos, procede

aplicar el artículo 95, 1.^o, del Reglamento y no el 94 del mismo con la amenaza que podría suponer la anulabilidad que, genéricamente señala el artículo 65 del nuevo Código civil para todos los actos que exijan con arreglo al Código consentimiento de alguno de los cónyuges.

En el comienzo de este comentario creo que he alabado suficientemente el criterio progresivo que la Dirección ha tenido al solucionar favorablemente un caso que supone una gran contradicción legislativa, pero el cauce era una razón de interpretación progresiva del espíritu de una reforma, sin tratar de deducir de unos preceptos contradictorios un error de necesaria rectificación en sucesivas reformas. Ni qué decir tiene que aplicado el principio de validez a las *ventas al contado*, yo defendí en mi obra «Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral» la validez de las que se hagan con precio aplazado, criterio que parece recoger la Resolución de 4 de mayo de 1978 y el trabajo presentado por RICO-PÉREZ («Adquisición de inmuebles a plazos por la esposa») al II Congreso Internacional de Derecho de Familia en 1978.

DERECHO MERCANTIL

La manifestación hecha en la certificación social de que se ha realizado el desembolso total del capital por los suscriptores lleva implícito el ingreso del metálico aportado en la Caja Social. (Resolución de 19 de mayo de 1977; «Boletín Oficial del Estado» de 30 de julio.)

Hechos.—Por escritura autorizada en Ubeda por el Notario recurrente, el 27 de febrero de 1976, don Evaristo Sánchez García, en representación de la Sociedad Anónima «Griferías Ubeda, S. A. (GRUBESA), procedió a formalizar el aumento del capital social, que era de 15.000.000 de pesetas y estaba íntegramente desembolsado, en la suma de 7.500.000 pesetas, mediante la creación y puesta en circulación de 750 nuevas acciones nominativas de 10.000 pesetas cada una, que llevarían la numeración de 1.501 al 2.250, ambos inclusive, y, en consecuencia, a modificar el correspondiente artículo de los Estatutos sociales; que el acuerdo de aumento de capital se tomó por unanimidad de Junta Universal de 20 de diciembre de 1975, determinándose tras la renuncia al derecho preferente de suscripción formulada por alguno de los socios, y mediante relación nominal de los demás no renunciantes, el número de acciones nuevas que suscribiría cada uno, acordándose también por unanimidad que el desembolso fuera total, en efectivo, moneda nacional, y que se haría ingresando las diferentes sumas bien en la Caja Social o bien en la cuenta de la Sociedad en las Entidades bancarias y Cajas de Ahorro establecidas en Ubeda, a partir de aquella fecha y hasta el 25 de febrero de 1976; que también se acordó por unanimidad facultar al Consejo para que por medio de su Presidente o cualquiera otro de los consejeros, pudiera comparecer ante Notario para formalizar la escritura de ampliación de capital y modificación del correspondiente artículo estatutario, previa certificación del Secretario de la suscripción y desembolso efectivos del importe de las nuevas acciones suscritas por cada uno de los socios, que se une a la escritura; que en sesión del Consejo de Administración de 25 de febrero de 1976 se acordó por unanimidad designar al Consejero don Evaristo Sánchez García.

para que en nombre del Consejo otorgara la correspondiente escritura de ampliación de capital y modificación de Estatutos acordada en la Junta Universal, dando cuenta el Secretario del desarrollo y feliz término de la operación de ampliación de capital acordada, habiendo sido suscritas las 750 nuevas acciones nominativas de 10.000 pesetas cada una y desembolsado su importe por los señores accionistas que a ello se comprometieron en la mencionada Junta Universal y cuya relación nominal se transcribe a continuación, indicándose en cada caso el número de acciones suscritas y el desembolso del importe en pesetas realizado; que en la certificación del acta se manifiesta a continuación que «finalizada por tanto en el día de la fecha esta operación, el capital social, que inicialmente estuvo constituido por quince millones de pesetas y representado por mil quinientas acciones nominativas de diez mil pesetas cada una, numeradas del uno al mil quinientos, ambos inclusive, se eleva hoy a veintidós millones quinientas mil pesetas en virtud de creación, suscripción y desembolso de las nuevas setecientas cincuenta acciones nominativas de diez mil pesetas cada una, numeradas del mil quinientos uno al dos mil doscientos cincuenta, ambos inclusive».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentada primera copia del precedente documento en unión de fotocopias autenticadas de las certificaciones referidas, y de otra certificación expedida el veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y seis por el Secretario de la Sociedad, don Antonio Biedma Campos, con el visto bueno del Presidente, legitimadas sus firmas por el Notario autorizante, en la que se hace constar que el acta de la Junta Universal de veinte de diciembre de mil novecientos setenta y cinco fue aprobada, y observando el defecto subsanable de no hacerse constar que el importe del aumento de capital a que la misma escritura se refiere ha ingresado en la Caja Social, suspendo la inscripción de la misma, y, a solicitud del presentante, extiendo anotación de suspensión por sesenta días, con la letra A de la hoja número ciento ochenta y siete, al folio ciento ochenta y seis del tomo cincuenta y seis, libro diecisiete de la Sección tercera de Sociedades».

Los interesados presentaron posteriormente certificación por la cual se subsana el defecto, obteniendo la inscripción pretendida.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso de reforma y subsidiariamente—a efectos puramente doctrinales—gubernativo contra la nota de calificación y alegó que es erróneo el criterio del Registrador de considerar como defecto el no hacerse constar expresamente que el importe del aumento de capital ha ingresado en la Caja Social, ya que ni la Ley de Sociedades Anónimas ni el Reglamento del Registro Mercantil exigen preceptivamente el empleo de tal locución como fórmula sacramental o ritual de considerar realizado el pago del contravalor de las acciones; que en la escritura calificada y en las certificaciones unidas a la misma se cumplen todas las circunstancias exigidas por el artículo once párrafo cuarto de la Ley de Sociedades Anónimas; que se han diferenciado perfectamente entre los distintos momentos: creación, puesta en circulación, suscripción y desembolso; que si bien en la certificación del acuerdo de la Junta Universal se dice «suscribirá» acciones nuevas, en la del acuerdo del Consejo de Adminis-

tracción se dice «ha suscrito» especificándose el número de las acciones y el importe del desembolso hecho en pesetas, individualizando a cada suscriptor tanto en las certificaciones como en la escritura, que si adolecen de algo es de excesiva reiteración; que como es norma general en las Sociedades Anónimas se ha facultado al Consejo, bajo la fe del Secretario, para determinar si, efectivamente, se ha ingresado en el patrimonio social el contravalor de las acciones creadas, expresándose en la certificación del acuerdo que «por el señor Secretario se da cuenta al Consejo del desarrollo y feliz término de la operación de ampliación del capital», lo que indica haberse ingresado realmente y en moneda nacional dentro del plazo marcado el importe de las nuevas acciones, bien en la Caja Social, bien en la cuenta de la Sociedad en las Entidades bancarias y Cajas de Ahorro de Ubeda, fórmula esta última perfectamente legal y ajustada a lo dispuesto en el artículo 1.162 del Código Civil; que en este sentido, según la Sentencia de 27 de abril de 1945, el pago efectuado mediante el ingreso en la cuenta corriente del acreedor surte efectos solutorios, y de la misma manera la Sentencia de 26 de noviembre de 1943 entiende que el silencio del acreedor puede significar tácita aceptación del ingreso como forma eficaz de pago; que, si bien, es indudable que para evitar incrementos ficticios de los patrimonios sociales sería deseable un efectivo control y verificación de los ingresos, ya en metálico, ya en bienes o derechos, lo cierto es que en la legislación vigente esto no existe más que a través de muy contados preceptos, como son los que se refieren a las aportaciones no dinerarias, por lo que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Centro Directivo, que considera que la fe del Secretario, bajo su responsabilidad, justifica la realidad del desembolso; que las Resoluciones de la Dirección de 23 de junio y 1 de agosto de 1958 exigen la constancia de modo claro e inequívoco de haberse ingresado en las Cajas Sociales, o bien el efectivo en metálico, o bien la cuantía de las aportaciones no dinerarias correspondientes al valor de las acciones, pero estas resoluciones no pueden invocarse en contra de la argumentación del recurrente, por referirse a supuestos totalmente diferentes al de nuestro caso; que estas resoluciones, al emplear la locución «Caja Social», no pretende dar a la misma un carácter ritual de fórmula preceptiva, sino poner de manifiesto que en todo caso debe acreditarse la realidad del desembolso, mediante efectiva aportación al patrimonio social; que el artículo 17 de la Ley de Sociedades Anónimas habla de «plazo y condiciones de suscripción de las acciones y establecimiento donde los suscriptores deberán desembolsar la suma de dinero que están obligados a entregar para suscribirlas»; que en ningún otro precepto de la Ley, a excepción del artículo 103, se refiere para nada a la Caja Social, y este precepto, al hablar del activo del balance dice en su apartado 2.º «Dinero efectivo en caja y banco», y el artículo 88 de la misma Ley al referirse al contravalor de las nuevas acciones habla del aumento del patrimonio social que, en definitiva, es lo que interesa; que la expresión «Caja Social» debe entenderse como un concepto ideal y fundamentalmente contable.

El Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos que las alegaciones del fedatario tienden a demostrar que el desembolso del capital social se efectuó cosa que no se ha puesto en

duda, pero que el motivo de este recurso es que en la escritura recurrida y certificaciones que la acompañan no consta de manera clara e inequívoca que el importe del desembolso haya ingresado en la Caja Social; que al haberse de ingresos en la Caja Social se consideran incluidos, lógicamente, los que se hagan en las cuentas abiertas a nombre de la misma en las Entidades bancarias y Caja de Ahorro; que los artículos 8 y 90 de la Ley de Sociedades Anónimas exigen que esté desembolsado por lo menos el 25 por 100 del capital social; que lo esencial del desembolso es el ingreso de su importe en la Caja Social, sin el cual el desembolso no existe, debiendo constar en la escritura de forma clara inequívoca, sin que baste la declaración del Secretario del Consejo del «desarrollo y feliz término de la operación de ampliación de capital», puesta esta manifestación tiene un valor meramente subjetivo; que la Resolución de 1 de agosto de 1958 dice que deberá constar de manera clara e inequívoca en la escritura el desembolso que se ha realizado y que su cuantía ha ingresado en la Caja Social; que el Registrador ha de extremar su celo cuidando que se cumplan todas las variadas disposiciones por las que se rige esta materia evitando que Sociedades aparentemente sólidas y solventes no lo sean en realidad, con el posible perjuicio para el tráfico mercantil que ello pudiera suponer; que el informante considera que en la escritura de referencia no consta de manera clara e inequívoca que el importe de la ampliación ha sido ingresado en la Caja Social por lo cual mantiene la calificación recurrida.

Doctrina.—«Considerando que en este recurso interpuesto a efectos doctrinales, más que una cuestión jurídica se plantea una cuestión de hecho acerca de la interpretación de los términos empleados en la escritura de aumento de capital, que para el funcionario calificador no aparece claro que en la cláusula discutida se indique que el importe de las nuevas acciones emitidas ha ingresado en la Caja Social, mientras que para el Notario autorizante tal circunstancia se encuentra plenamente determinada».

«Considerando que reiteradamente había puesto de relieve este Centro Directivo la importancia del acto constitutivo de una Sociedad Anónima, y lo mismo en el supuesto de aumento de capital de la ya constituida, y el rigor con que había de examinarse esta materia, en particular antes de la entrada en vigor de la Ley de 17 de julio de 1951, dado que al amparo de la libertad contractual que establece el artículo 117 del Código de Comercio se utilizaban con carácter equívoco los términos de emisión, puesta en circulación, suscripción y desembolso de acciones, sin determinar con claridad su exacto significado, y originando en muchos casos un confusionismo acerca de la verdadera situación económica de la Sociedad, en perjuicio de acreedores y terceros que había que tratar de evitar el que se produjera.»

«Considerando que una vez publicada dicha Ley, que ha regulado la materia y establecido una serie de normas rígidas (artículos 8, 11, f) y g), 29, 31 y 32, entre otros) destinadas a lograr la efectiva aportación de las acciones suscritas, evitando las situaciones que podían producirse con el sistema anterior, no ofrece ninguna duda que la manifestación hecha en la certificación social de que se ha realizado el desembolso total del capital por los suscriptores, lleva implícito el ingreso del metálico aportado en la Caja

Social, con independencia de las frases más o menos felices o redundantes que a continuación indique la propia certificación social.»

«Esta Dirección General ha acordado revocar la nota del Registrador.»

Consideraciones críticas.—Para «un futuro» la Resolución que comentamos establece una doctrina en torno al problema del desembolso e ingreso del importe de las acciones o participaciones de una sociedad. Es para un futuro, pues el caso que dio origen al recurso se solucionó ante la negativa registral de inscribir, presentando el certificado exigido del ingreso efectuado en la Caja Social.

Pero a «efectos doctrinales» el Notario entendió que la Dirección debería resolver el problema para que en un futuro se entendiese la palabra desembolso comprensiva de la de ingreso. Y bien porque la cosa parecía clara o sin trascendencia, se resuelve sin apenas argumentación el problema. Comprendo que se llene uno de pereza cuando se le pide un esfuerzo para un caso ya resuelto y en previsión de uno futuro, pero entiendo que cuando «el efecto» que puede provocar la Resolución es «doctrinal» hay que rodearla de una argumentación de cierta envergadura, cosa que en el presente caso no sucede, pues a la afirmación de que el desembolso lleva implícito el ingreso sólo se le añade la falta de trascendencia de una expresión, diciendo: «con independencia de las frases más o menos felices o redundantes que a continuación indique la propia certificación social.»

No sé a ciencia cierta si al resolverse este punto se tuvo a la vista algún otro documento de los que se hacen referencia en los «resultados», pero si no fue así resulta claro que el acuerdo que por unanimidad tomó la Junta Universal de la Sociedad Anónima «Griferías Ubeda, S. A.» consideraba que el «desembolso» fuera total, en efectivo, moneda nacional y que se haría «ingresando» las sumas en la Caja Social o en las cuentas bancarias de la sociedad. El desembolso para la Junta Universal no llevaba implícito el ingreso, sino que el mismo había de realizarse de cualquiera de los dos modos que se indicaba. Y parece que así se realizó cuando los interesados, ante la negativa del Registrador a inscribir, se apresuraron a presentar una certificación en que así se acredita.

En el acta que refleja la sesión del Consejo de Administración y en el que se designa a un Consejero para el otorgamiento de la escritura se da cuenta del desarrollo feliz de la operación de ampliación, de la suscripción y del desembolso del importe, diciendo la escritura al reflejar el acta, que la operación se hizo «en virtud de creación, suscripción y desembolso de las nuevas». Es decir, si partimos de la base de que el desembolso habría de realizarse mediante el ingreso en efectivo —y no por aportaciones no dinerarias—, habría que haber precisado, para cumplir el acuerdo social, que el desembolso se hizo mediante el ingreso en metálico y moneda nacional.

Quizá sea forzar un poco la interpretación gramatical de la palabra desembolso al tratar de darle otro significado que el de «sacar lo que está en la bolsa», pero la forma de esa entrega de lo que está dentro puede realizarse por cualquiera de los medios o maneras de que habla el artículo 31 de la Ley de Sociedades Anónimas. Con justificar que se ha desembolsado el importe y no aclarar que se ha hecho en determinada forma, sobre todo

:si es acordada expresamente, puede permitir una interpretación extensiva de cualquiera de ella. Esto es lo que imagino quería averiguar el Registrador: no si se hizo el desembolso, sino en la forma en que se hizo. ¿Cabría, por ejemplo, un desembolso a través de un depósito de dinero? ¿Cabría un endoso de letra de cambio con aval cambiario?

La cuestión no creo que fuera tan simple y sencilla como parecía y de ahí que me rebete en aceptar la equiparación del concepto desembolso con el de ingreso de metálico que parece llevar implícito, según la Dirección. Creo que había que haber precisado un poco más, haber aceptado la posibilidad de las diferentes formas del desembolso y entender cumplido el mismo cuando se acreditase el ingreso. Pero resuelto el caso de antemano, y sabiendo que efectivamente así había sucedido, al problema se le quitó importancia sin pensar en lo que puede venir en lo sucesivo.

No hay que olvidar que en los «vistos» se cita como vista una Resolución de la misma Dirección y que al aceptarse una postura opuesta a ella había que haber razonado más, había que haber precisado y había que haber argumentado por qué se cambia el criterio, cuando en la misma Resolución se hace en su segundo «considerando» una especie de historial de los servicios prestados por la misma Dirección en el rigor interpretativo antes de entrar en vigor la ley vigente de Sociedades Anónimas. Me estoy refiriendo a la Resolución de 1 de agosto de 1958, en donde se decía que debe constar de modo claro e inequívoco, en la escritura que el desembolso y, como consecuencia, la cuantía que haya ingresado en las cajas sociales como valor de las acciones ha tenido lugar, sin que, en efecto, de los títulos aportados al recurso resulte ninguna declaración en tal sentido.

Una cosa puede ser disculpable y es que en el caso concreto de que se trataba por haberse efectuado la justificación posterior del desembolso se diga que el desembolso lleva implícita el ingreso y otra «que para un futuro» esa sea la doctrina a seguir, lo cual va a permitir algún fraude y diversos delitos, pues a la hora de calificar y teniendo en cuenta esta doctrina la palabra desembolso será suficiente para reputar hecho el ingreso.

Verdaderamente que hay que reconocer que son pocos los artículos de la Ley que hablan del «ingreso en la caja social» y creo que en forma exhaustiva los precisa el Notario recurrente (artículos 17, 88 y 103 de la Ley de Sociedades Anónimas), pero una cosa es que la Ley a este respecto no diga nada y otra que queramos adscribir en forma exclusiva el desembolso a la idea de ingreso y no a la de aportación social. No debemos olvidar que al permitirse la distinción entre capital «desembolsado y no desembolsado» estamos manejando términos más amplios que los de ingreso en caja. ¿Podría hablarse de un capital «cubierto» con aportaciones y de un capital «no cubierto»? La aportación supone un desembolso? Era necesario haber insistido en esto, antes que descender al caso concreto de un Notario que a «efectos doctrinales» quería dejar a salvo su fuero y su buen estilo en la redacción de la escritura.

Claro que conectado con el problema surge el tema de si el Notario y el Registrador, ambos velando por una posible legalidad, deben exigir la justificación del ingreso, la aportación o el desembolso. Todo lo que se diga a este respecto es de «lege ferenda», pues dentro de las facultades notariales

no creo que llegue su poder a más de la exigencia de la manifestación de que así se ha hecho, pero no a la justificación material de ello. Tampoco creo que el Registrador tenga ese poder, pues en su función calificadora le basta que en la escritura se exprese el completo desembolso y la forma en que se ha hecho, para que considere cumplido el requisito legal.

No puede hablarse, por ello de posible complicidad, pues al no concedérselas por la Ley tal facultad, el ejercitárla supondría una oficiosidad con falta de apoyo. Que eso sería deseable, que podría ser un medio de evitar fraudes y delitos, pues podría ser, pero es en la esfera de la política legislativa donde debe ser tenida en cuenta para que en una sucesiva y progresiva reforma de nuestras leyes de sociedades se tenga muy en cuenta este supuesto. Claro que si el legislador se guía por epígrafes generales y no descende al caso concreto que puede contener una sentencia o una Resolución podría alegarse en un futuro la doctrina de la que comentamos como argumento en contra de esa pretendida reforma.

Es inscribible en el Registro Mercantil la escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada, en la que uno de los socios, aragonés, casado, aporta inmuebles y establecimientos privativos, sin que el otro cónyuge renuncie al derecho expectante de viudedad, si bien deberá hacerse constar en el Registro la circunstancia de que queda salvaguardado tal derecho. (Resolución de 5 de agosto de 1977; «Boletín Oficial del Estado» de 14 de septiembre.)

Hechos.—Por escritura autorizada en Borja, por su Notario don Sebastián Rivera Peral, el 31 de marzo de 1976, don Lorenzo Sancho Zaro, industrial, casado con doña Ana María Martínez Fustiñana, y don Juan Pablo y don José María Sancho Martínez, también casados, vecinos todos de Borja, constituyeron la sociedad mercantil «Sancho de Borja, S. L.»; en la escritura de constitución se hace constar que don Lorenzo Sancho Zaro es dueño en pleno dominio, con carácter privativo, de una finca consistente en una porción de edificio de 2.200 metros de superficie, incluido un patio cubierto, que consta de dos pisos y planta, situado en la plaza de San Francisco, número 7, de la citada localidad de Borja, y cuyo valor es de 1.820.000 pesetas; que asimismo es dueño, en pleno dominio, de la industria de fabricación de colas, sita en la referida finca, con su maquinaria, mobiliario, demás instalaciones y aviamiento, erigida por él en estado de soltero, y cuyo valor es de 2.180.000 pesetas; que constituyen entre ellos la sociedad de responsabilidad limitada citada, de duración indefinida y cuyo principal objeto es la fabricación y venta de colas y gelatinas, con domicilio en el edificio referido, y que se regirá por los Estatutos incorporados a la escritura; el artículo 5.^º de los mismos establece que el capital social es de 6.000.000 de pesetas, dividido en 60 participaciones iguales, acumulables e indivisibles de 100.000 pesetas cada una de ellas. Dicho capital está totalmente suscrito y desembolsado por los socios en la siguiente forma:

A) Don Lorenzo Sancho Zaro suscribe las 40 primeras participaciones sociales, por valor de 4.000.000 de pesetas, y para su pago aporta en pleno do-

minio los bienes ya descritos, que importan 4.000.000 de pesetas, con adjudicación de dichas participaciones.

B) Don Juan Pablo Sancho Martínez suscribe las siguientes 10 participaciones sociales, que se adjudican, y desembolsa para su pago 1.000.000 de pesetas.

C) Don José María Sancho Martínez suscribe las últimas 10 participaciones sociales, y desembolsa para su pago, en metálico, la cantidad de 1.000.000 de pesetas.

Presentada en el Registro Mercantil de Zaragoza primera copia de la anterior escritura, fue retirada por el presentante, conforme a lo previsto por el artículo 19 de la Ley Hipotecaria, y devuelta de nuevo, fue calificada con nota del tenor literal siguiente:

«Denegada la inscripción del documento que antecede, por los siguientes defectos:

Primerº.—Que si bien consta del mismo el carácter privativo del inmueble que aporta don Lorenzo Sancho, sin embargo no resulta acreditado tal extremo con respecto a la explotación industrial que también aporta, por lo que sería preciso acreditar dicho extremo o, en caso negativo, el consentimiento de su esposa respecto a la aportación realizada (artículos 40 y 61 de la C. de D. C. de A.).

Segundo.—Aún acreditada dicha cualidad de privativo, consistiendo la aportación de don Lorenzo Sancho —equivalente a dos terceras partes del capital social— en el pleno dominio de una finca urbana en la que se fija el domicilio social y una industria instalada en dicho inmueble, y cuya Empresa constituye el objeto de la Compañía, dado su carácter de bienes sitios, al no renunciar la esposa del aportante al usufructo expectante de viudedad (artículo 76 de la C. de D. C. de A.), resultaría:

1) Que la subsistencia de la Compañía queda condicionada, con carácter resolutorio no explícito, al hecho futuro e incierto de la premoriedad del aportante respecto a su esposa, pues el usufructo de la Empresa y el domicilio social, por ministerio de la ley, pasarían a su viuda, situación totalmente repudiable por las características de rapidez, ámbito de actuación y seguridad, características esenciales de la actividad mercantil.

2) Porque tal falta de renuncia puede suponer una causa de disolución subrepticia, ya que a pesar de no constar en la escritura que se califica ni aparecer mencionada en el artículo 30 de la L. S. R. I., y, sin embargo, podrían producirla en forma imprevista y sorpresiva, y quizá con carácter retroactivo al darse los supuestos contemplados en los números 2 y 3 del citado artículo 30.

3) Finalmente, de ser admitida la inscripción, las cautelas y garantías que, con rara unanimidad, exige la doctrina, la jurisprudencia y la legislación para las aportaciones no dinerarias quedarían inoperantes.

Los defectos observados se estiman insubsanables, por lo que no procede anotación de suspensión, si bien no fue solicitada.

Zaragoza, 10 de junio de 1978.»

Presentada de nuevo en el Registro la escritura calificada, acompañada de otra, otorgada ante el mismo Notario el día 1 de julio de 1976, por doña Ana María Martínez Furtifiana, esposa de don Lorenzo Sancho Zaro, en la

que consiente a todos los efectos y renuncia expresamente al derecho expectante de viudedad foral sobre todos los bienes aportados por su esposo, en virtud de cuyos documentos, vigente el asiento de presentación, fue inscrita la constitución de la Sociedad «Sancho de Borja, S. L.».

El Notario autorizante de la escritura de constitución interpuso recurso de reforma y subsidiariamente, a efectos puramente doctrinales, gubernativo contra la nota de calificación denegatoria de la inscripción, y alegó que respecto al punto primero de la nota debe aclarar que el carácter privativo de la explotación industrial aportada puede probarse, existiendo una certificación de la Delegación Provincial del Ministerio de Industria de Zaragoza que acredita que la misma data de 1825, fue mecanizada en 1926 a nombre del aportante, quien contrajo matrimonio en 1928; que el punto 3.^º no distingue entre domicilio social y domicilio de la explotación, conceptos enteramente distintos, ya que el domicilio social puede ser variado en cualquier momento por voluntad de los socios, y que ambos domicilios no tienen por qué coincidir, y su coincidencia en este caso es eventual; que tampoco se distingue entre la industria aportada a la Sociedad y el objeto social, siendo la primera una pequeña parcela del segundo y la única afectada por el posible advenimiento del usufructo; que si la aportación inmobiliaria equivale efectivamente a dos tercios del capital social, el derecho de usufructo equivaldría a un 10 por 100 de esa aportación; que en cuanto al apartado 1) del Punto Segundo, debe oponerse que la aportación del señor Zaro es en pleno dominio, sin condicionamiento de ningún género; que de los artículos 51 y 76 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés se deduce que el marido puede no sólo enajenar sus bienes propios, sino también los consorciales, sin necesidad de renuncia de la esposa al derecho de viudedad foral; que en el caso hipotético de que surgiera el usufructo viudal, la nuda propiedad se conservaría en el patrimonio de la Sociedad, siendo la viuda titular del usufructo, que es un derecho temporal, personalísimo, inalienable e incluso valuable, según es práctica corriente, pudiéndose calcular en un 10 por 100 del valor de los bienes afectos realmente a tal derecho; que las relaciones entre la Sociedad y los terceros permanecerían inalteradas a la aparición del usufructo; que se trata de un usufructo de Empresa, cuyo objeto es la Empresa en su unidad productora, haciendo suyos el usufructuario los beneficios obtenidos por la producción de mercancías, pero sin intervenir en la dirección de la Empresa, pues carece de gestión personal y directa; que se trata de lo que la doctrina considera como un usufructo no gerencial que cabría dentro del marco del artículo 475, 2.^º, del Código Civil como derecho a percibir únicamente los beneficios producidos por la Empresa en cada ejercicio; que los artículos 85 y 87 de la Compiilación Aragonesa marcan una indudable subordinación del usufructuario respecto al propietario; que la aparición del usufructuario afectaría únicamente a los beneficios y a una pequeña parte del patrimonio social, debiendo señalarse la diferencia entre capital social y patrimonio social; que la nota deniega la inscripción de un acto dispositivo que no está prohibido ni en la Compilación Aragonesa ni en el Código Civil; que en cuanto al apartado 2 del Punto Segundo debe aclararse que la aparición del usufructo sólo afectaría temporal y limitadamente al patrimonio y posibles beneficios sociales, no existiendo causa de disolu-

ción; que las causas de disolución deben ser interpretadas siempre restrictivamente según constante doctrina de la Dirección General; que no siendo automática ninguna de las causas de disolución alegadas, podrán en su día los socios adoptar las medidas adecuadas en orden a la subsistencia de la Sociedad; que en cuanto al apartado 3º del Punto Segundo de la nota, baste decir que se han cumplido todos los requisitos en orden a la constitución establecidos en la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y en especial los consignados en los artículos 8, 9 y 3, quedando, en consecuencia, los intereses de terceros perfectamente garantizados con el capital social, por lo que la calificación no debe llegar a contemplar las posibles fluctuaciones del patrimonio social, que insiste en que si el usufructo surgiera, sólo afectaría con carácter temporal y limitado al patrimonio; y que en el presente caso debe destacarse que se trata de una Sociedad pequeña y de tipo familiar, con carácter personalista, en la que existen pactos que limitan la libre transmisibilidad de las participaciones sociales tanto vivos como «mortis causa».

El Registrador, de conformidad con su cotitular, mantuvo su calificación por los siguientes fundamentos: que este recurso, circunscrito exclusivamente a efectos doctrinales, plantea esquemáticamente dos cuestiones: la primera se refiere a determinar si la simple manifestación del carácter privativo de unos bienes, sin haber sido probada ni aseverada por parte del otro cónyuge, es suficiente en Aragón para desvirtuar la presunción del artículo 40 de la Compilación Aragonesa, haciendo innecesario el cumplimiento del artículo 51 de la misma, siendo la segunda cuestión a decidir la de si la aportación de una Compañía mercantil de un patrimonio no dinerario que supere dos terceras partes del patrimonio social, agravado con un derecho de usufructo expectante de viudedad aragonesa, puede determinar, al no renunciar el titular de la expectativa, una suspensión o cesación temporal de la actividad social que pueda ocasionar a terceros idéntico perjuicio que el cumplimiento de una condición resolutoria o explícita; que en cuanto a la primera cuestión debe declararse que la presunción del artículo 40 de la Compilación Aragonesa no puede ser enervada por la simple declaración del beneficiado por ello, debiéndose cumplir el consentimiento del otro cónyuge, que la presentación en su debido tiempo y forma de la certificación a que alude el fedatario en su escrito de interposición del recurso hubiera sido bastante para destruir la presunción del referido precepto legal y hacer innecesario el consentimiento del otro cónyuge; que respecto a la segunda cuestión planteada, resulta ocioso en el presente caso sentar criterios diferenciales entre capital social y patrimonio social, domicilio social y domicilio de explotación, ni tampoco entre industria aportada y objeto social; que en el momento de constituirse una Sociedad, el patrimonio y el capital social aparecen identificados, presentándose su diferenciación en el devenir de la actividad social, superando el uno al otro, según los casos; que la valoración del usufructo viudal que apunta el recurrente, señalando que sólo afectaría al 10 por 100 de la aportación realizada, se considera totalmente improcedente, y que a este respecto en el artículo 839 del Código Civil se establece el carácter de voluntariedad y libertad de valoración que aparece también recogida en la Compilación; que la aportación realizada por don Lo-

renzo Sancho no es, en contra de su afirmación, en pleno dominio, pues tratándose de aragoneses sometidos al Derecho foral puede oponerse el derecho expectante de viudedad a terceros que hayan adquirido bienes sitos en Aragón en contrato celebrado dentro del territorio; que en el caso de realizarse la expectativa del usufructo se produciría, de no contar con el consentimiento del cónyuge supérstite, una cesación temporal, pero «sine die», de la actividad social, incompatible con la seguridad imprescindible al tráfico mercantil; que la Compilación permite la enajenación de bienes propios sin ir acompañada de la renuncia del titular de la expectativa, pero que la misma, como la de todo derecho sujeto a condición, dependerá de que se cumpla o no el hecho futuro e incierto que les afecta; que no es aceptable la imposición que se pretende al cónyuge supérstite de un cambio en el estatuto jurídico de su derecho, obligándolo a convertir su usufructo vidual en un usufructo de acciones o participaciones de una Compañía mercantil; que de ser admitido el usufructo no gerencial, el usufructuario se vería desposeído de importantes facultades que le corresponden legalmente (artículos 479 y 480 del Código Civil), con lo que el usufructo viudal aragonés quedaría reducido a una simple pensión vitalicia y supeditada completamente a la voluntad de los nudos propietarios, solución completamente contraria al derecho histórico y actual aragonés, ya que los artículos 85 y 87 de la Compilación que alega el recurrente no supeditan el usufructuario al nudo propietario, sino que supeditan a ambas partes a la Junta de parientes, como órgano superior del Derecho familiar aragonés; que la aparición del usufructo afectaría a todos y cada uno de los bienes aportados, y no a la universalidad patrimonial de la Empresa, no pudiendo hablarse de que quedaría afectada una parte más o menos cuantiosa de su patrimonio, ya que el valor del usufructo estaría supeditado al común acuerdo de los interesados; que la seguridad del tráfico mercantil no puede quedar a merced de las medidas que, en buena voluntad, adopten los socios; que los acreedores, al surgir el usufructo, verían reducidas sus garantías a la nuda propiedad de un hipotético y aleatorio valor económico; que no se ha negado la inscripción de un acto dispositivo, sino la constitución de una Sociedad de responsabilidad limitada cuyas aportaciones no reunían determinados requisitos en orden a la realidad de lo aportado; que la suspensión temporal pero indefinida de las actividades sociales puede causar a los socios o a terceros los mismos o mayores perjuicios que la disolución definitiva; que la regulación jurídica de esa clase de Sociedades no distingue, a estos efectos, que la Sociedad sea pequeña o grande, familiar o no, pues el volumen de la Empresa puede variar con el tiempo; que el ámbito de actividad del tráfico mercantil sobrepasa el área local y regional, e incluso la nacional, por lo que ha de considerarse que aquellas instituciones de carácter puramente familiar y observación local y regional no deben irrumpir en el campo del Derecho mercantil, como ya no irrumpió en el tráfico inmobiliario, y en este sentido se pronuncia el legislador en la reforma del Código Civil de 31 de mayo de 1974, al establecer que el derecho expectante de viudedad no podría oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho contar el régimen

men económico matrimonial del transmitente; que esta necesidad de protección del tráfico mercantil ha determinado que la doctrina extranjera mire con recelo y precaución la nulidad, recisión y resolución de Sociedades, exigiendo una serie de garantías para su realización y limitando los posibles efectos respecto a terceros, y en tal sentido se pronunció la Comunidad Económica Europea mediante Decreto de la Primera Directiva de 9 de marzo de 1969 (artículos 7 y siguientes); que la doctrina española también es muy restrictiva en cuanto a la aceptación, en el campo de las Sociedades que limiten la responsabilidad de sus socios, de causas que directa o indirectamente resuelvan con carácter definitivo o temporal la actividad social.

Elevado el expediente a la Dirección General, ésta acuerda confirmar el primer defecto de la nota del Registrador y revocar el segundo, en base a la siguiente doctrina:

Doctrina.—«Este recurso, circunscrito exclusivamente a efectos doctrinales, plantea como primera cuestión la de si aparecía suficientemente acreditado el carácter privado de la explotación industrial que se aporta a la Sociedad por uno de los socios, cuestión en la que, en el fondo, se deduce están de acuerdo tanto el Notario recurrente como Registrador; dado que la certificación de la Delegación Provincial del Ministerio de Industria de Zaragoza que justifica aquel carácter y ha subsanado el defecto, al ser presentada con el escrito de interposición del recurso, lo ha sido fuera de plazo y no pudo tenerse en cuenta en el momento oportuno a efectos de la calificación.»

«El segundo defecto de la nota obliga a resolver la importante cuestión de si existe obstáculo que impida la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de constitución de Sociedad de responsabilidad limitada cuando se ha aportado por uno de los socios, que tiene la vecindad civil aragonesa, un inmueble y una explotación industrial de carácter privativo, sin que haya renunciado su cónyuge al derecho expectante de viudedad reconocido en el artículo 76 de la Compilación Aragonesa.»

«Este usufructo expectante, que puede convertirse en usufructo vitalicio si no se producen las circunstancias legales requeridas, y que por su naturaleza eminentemente familiar aparece regulado en la Compilación dentro del libro primero, relativo a los derechos de la persona y de la familia, y por el que se confieren al nudo facultades soberanas con el fin de evitar que pueda interrumpirse la vida familiar al fallecimiento del otro cónyuge, se distingue por esta especial circunstancia del establecido en el Código Civil, que al crear un valor patrimonial independiente es perfectamente commutable (artículo 880 del Código Civil), mientras que el aragonés es inalienable, salvo caso de renuncia.»

«Dado, pues, que este derecho expectante de viudedad no se extingue ni se menoscaba por las posteriores enajenaciones que de los bienes sujetos al mismo se hagan, y que de hacerse afectivo puede originar que temporalmente quede la Sociedad sin poder servirse o utilizar los inmuebles que le fueron aportados en pleno dominio en el momento de su constitución —y más en nuestro caso, en que el inmueble y la explotación industrial constituyen el objeto social—, ya que, por la especial naturaleza de este usu-

fructo vidual antes examinado, recae sobre los mismos bienes aportados, y sin que pueda imponerse al cónyuge supérstite —frente a la opinión del fedatario— convertirlo en un usufructo de acciones o de participaciones en la Sociedad, la cual sólo ostentaría durante este período un derecho de nuda propiedad sobre dichos bienes.»

«La importancia que para el tráfico jurídico y mercantil tiene la constitución de una Sociedad que limite la responsabilidad de sus socios, así como las graves repercusiones a que puede dar lugar un vicio o defecto en su constitución, principalmente si no coinciden en el momento inicial la cifra del capital social y el patrimonio aportado por los socios, por el perjuicio a terceros y acreedores constituye la gran preocupación del legislador, y de ahí que para evitar que esto suceda, la Ley de 17 de julio de 1953 exige, en el artículo 3, el total desembolso del capital suscrito, y los artículos 8 y 9, las garantías para que sean una realidad las aportaciones, sobre todo si no son dinerarias.»

«Logrado este equilibrio inicial, es indudable que a partir de este momento la marcha próspera o adversa de la Sociedad puede originar un aumento o pérdida del patrimonio, que incluso podría dar lugar a una reducción del capital para restablecer aquel equilibrio inicial; pero esta posibilidad siempre será distinta del supuesto contemplado en este expediente, en donde, a diferencia del supuesto normal, la disminución se produce necesariamente, y con independencia de la gestión social, con tal que, cumplida la «condictio juris» de la muerte del cónyuge del titular del derecho expectante de viudedad aragonés, se convierta esta titularidad en el usufructo de los bienes sobre que gravitaba, quedando privada la Sociedad de su disfrute sobre los mismos, por lo que en principio es comprensible y aparece justificada la preventión adoptada por los funcionarios calificadores.»

«No obstante, es de advertir que la calificación debe limitarse exclusivamente al contenido de la escritura de constitución de la Sociedad, sin que las conjeturas sobre posibles acontecimientos posteriores puedan impedir el ingreso en el Registro Mercantil de una Sociedad que reúna al ser calificada los requisitos necesarios para su inscripción, ya que las incidencias ulteriores podrán tener reflejo en su día, en el caso de originar actos que hayan de provocar asiento registral, y concretándonos a este expediente podría suceder, entre otros, o que no se haga efectivo el usufructo vidual por no darse el supuesto legal, o que renuncie el titular del derecho expectante, o que, si se produce el evento, existan bienes suficientes en el patrimonio social, o incluso que si por no poder realizar el fin social, al no poder utilizar la Sociedad los bienes ahora usufructuados, por el cónyuge superviviente, se incurre en la causa de disolución número 2 del artículo 30 de la Ley.»

«A mayor abundamiento, y en contra de la tendencia legislativa actual reconociadora de una realidad social, el cónyuge aragonés vería obstaculizado un acto de disposición sobre bienes privativos, como es el de aportación a una Sociedad, claro es que, si lo realiza, siempre quedaría salvaguardado el derecho expectante del otro, por lo que —y más en este supuesto de Sociedad de responsabilidad limitada— deberá constar esta circunstancia en

el Registro Mercantil para conocimiento de terceros y de aquellos interesados en adquirir participaciones sociales.»

Consideraciones críticas.—Hay en la presente Resolución una especie de línea de continuidad argumental que, sin embargo, se quiebra en la fase final de la decisión. Es como si el cuerpo de la Resolución hubiese sido estructurado por una cabeza y la cola decisiva fuese producto de otra mano. No creo que resulte improcedente comparar el contenido de esta Resolución con el estilo de alguna famosa novela policiaca, donde se nos va dando una serie de pistas que parecen decisivas y en las últimas páginas se descubre siempre que es otro el culpable.

Si uno lee con pausa el contenido de los seis primeros considerandos y, previamente, ha estudiado los argumentos que el Registrador ha expuesto en defensa de su nota, debe percibir cómo toda la doctrina que emana de esos considerandos va plenamente plegada a esas ideas empleadas en su decisión, lo cual no deja de complacer al lector, ya que la decisión registral era toda una página de cordura, profundidad, conocimiento y dominio de la materia. Pero al llegar a la «recta final» de concretar las consecuencias de lo dicho anteriormente, viene el quiebre de los dos considerandos últimos, en donde se viene a decir todo lo contrario de lo dicho anteriormente, iniciándolo con la poco tranquilizadora frase: «No obstante...».

El tema sobre el que juega la solución dada por la Dirección es el de la aportación social o, lo que es lo mismo, la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada donde diversas personas aportan bienes o dinero para cubrir el capital inicialmente señalado. Como entre los bienes aportados por una de las personas figuran unos inmuebles y sobre los mismos recae ese singular derecho «expectante» de viudedad que la legislación aragonesa concede a cada cónyuge sobre todos los bienes del que primero fallezca, se plantea la duda registral de si esa escritura constitucional puede inscribirse sin especial reserva de ese derecho «expectante» o sin «renuncia» del mismo por el cónyuge que no comparece en la escritura de aportación social. La problemática del caso quedó solucionada, pues rechazada por el Registrador la escritura en base de dos defectos —falta de prueba del origen del carácter privativo de una explotación industrial— y exigencias de una previa renuncia del expectante derecho de viudedad, las partes interesadas se apresuraron a presentar la prueba exigida y a otorgar una escritura de «renuncia» del expectante derecho para que la escritura pudiera ser inscrita. Ello dejó zanjado el problema para este acto, pero el Notario pensó que para «lo sucesivo» era precisa una doctrina distinta y a efectos puramente doctrinales se entabla un recurso que no creo dejé satisfecho ni al funcionario calificador, ni al recurrente, pues si a pesar de habersele dado la razón se lo piensa jurídicamente, verá su fallo al descubierto, ni a las personas interesadas que pensarán: si esto es así, ¿para qué nos apresuramos a subsanar esos defectos que ahora no parecen tales? Al comentarista tampoco le deja satisfecho, ya que si de los hechos que constan en el relato que se nos ofrece resulta que en la escritura notarial ni se hacía reserva del usufructo, ni se renunciaba al mismo, no puede decirse en un considerando que la existencia del «derecho expectante de viudedad» debe constar en el Registro

Mercantil para conocimiento de terceros y de aquellos interesados en adquirir participaciones sociales. Esta tremenda exigencia choca en principio no sólo con esa idea de evitar oficiosidad al Registrador de hacer constar el carácter reservable de los bienes, conforme al artículo 265 del Reglamento Hipotecario, sino con la afirmación que en el considerando anterior se hace en torno a los límites en que debe moverse la calificación: «es de advertir que la calificación debe limitarse exclusivamente al contenido de la escritura de constitución de la Sociedad, sin que las conjeturas...». Si la escritura guarda silencio, ¿también debe el Registrador Mercantil hacer constar la «expectativa de viudedad» operando con conjeturas?

Aunque creo que la Resolución no da más de sí en cuanto a comentarios se refiere, sí quiero, porque es importante el tema, dividir mis comentarios en dos etapas: la de la trama y la del desenlace.

A) La trama del caso.

Antes he apuntado que la solución y argumentos que en su apoyo dio el Registrador me parecieron de una clara visión y de un profundo conocimiento del tema, aunque la Dirección considere que son «conjeturas». El elogio que hago de ello es objetivo, pues normalmente no suelo fijarme en los nombres de los funcionarios que intervienen, no vaya a ser que por razones de simpatía o de compañerismo me incline a favor o en contra de ellos. Por ello, sigo manteniendo mi opinión, estando de acuerdo:

a) Que en el momento de constituirse una Sociedad, el patrimonio y el capital social aparecen identificados, presentándose su diferenciación en el devenir de la actividad social, superando el uno al otro, pero esa posibilidad —y ya son frases de la Dirección General— siempre será distinta del supuesto contemplado en este expediente, en donde, a diferencia del supuesto normal, la disminución se produce necesariamente, y con independencia de la gestión social, con tal que, cumplida la «conditio iuris» de la muerte del cónyuge titular del derecho expectante de viudedad aragonés, se convierta esta titularidad en el usufructo de los bienes que gravitaba, quedando privada la Sociedad de su disfrute sobre los mismos.

¿Pero la equiparación inicial entre patrimonio y capital era cierta en el momento de la aportación? Hay que tener en cuenta que los bienes que parece se aportan en pleno dominio deben quedar mermados en su valoración por la posible contingencia de que se haga efectivo el expectante derecho de viudedad, dejando sólo como valor aportado la nuda propiedad de dichos bienes o también la expectante posibilidad de que se extinga ese usufructo por premoriencia o por las causas legales que se señalan. De ahí que sea difícil de admitir en principio esa valoración notarial del 10 por 100, pues el principio de libertad de valoración resplandece en la Compilación aragonesa. Y no se diga que esto es una conjetura, sino una «prevención de presente» en la que se trata de valorar unos bienes afectos a una limitación.

b) Que el expectante derecho de viudedad que no impide —conforme al artículo 76 de la Compilación aragonesa— la enajenación de los bienes sobre

que recae es una especie de carga que los bienes llevan consigo y que afecta a terceros, salvo que se renuncie al mismo. El cónyuge no puede enajenar este derecho (artículo 74 de la Compilación). De ahí que sea improcedente el cambio en el estatuto jurídico de su derecho, obligándolo a convertir su usufructo vitalicio en un usufructo de acciones o participaciones de una Compañía mercantil, con lo que el usufructo aragonés quedaría reducido a una simple pensión vitalicia y supeditada completamente a la voluntad del nudo propietario, cuando los artículos 85 y 87 de la Compilación supeditan ambas partes a la Junta de Parientes.

Lo reconoce así la Dirección General al decir que se distingue este expectante derecho del que concede el Código civil al cónyuge viudo (artículo 880 del Código civil), ya que éste crea un valor patrimonial independiente y es perfectamente conmutable, cosa que no sucede con el aragonés. Aparte de ello, la Dirección apunta, como hemos visto antes, lo que sucedería si se hiciese efectivo el usufructo sobre los bienes de la sociedad, la cual quedaría privada del disfrute sobre los mismos.

Ahora bien, cabe pensar en la posibilidad de la negociación de ese usufructo que es «inalienable», pero no creemos que sobre el mismo no pueda pactarse una posible concreción para el caso de que la expectativa se convierta en realidad. Quizá es una de las poco luminosas aportaciones notariales al supuesto. En vez de recaer sobre la totalidad de los bienes aportados, concretarse a la participación social o a las acciones que la representen. Postura análoga defiende TIRSO CARRETERO en el Comentario que a esta misma Resolución hace en Rv. Cr. D. I., 1978, pág. 364.

c) Que ni la seguridad del tráfico jurídico, ni el principio de responsabilidad que frente a terceros supone la existencia de un patrimonio social —que se reduce con la realización de la expectativa—, permiten una constitución de este tipo sujeta a esas contingencias. La misma Dirección viene a recogerlo así al establecer en el considerando último que «debe hacerse constar en el Registro la existencia de la expectativa».

El tema, sin embargo, queda reducido en estos momentos al ámbito puramente regional, ya que conforme al artículo 16 del Código civil en su redacción dada por la Ley de 31 de mayo de 1974, pues ese derecho no puede afectar a terceros de buena fe cuando los bienes sobre que recaiga no radiquen en territorios donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiere celebrado fuera de dicho territorio y sin hacer constar el régimen económico familiar.

La problemática de si la sociedad es tercero en el caso de la aportación es tema que va enlazado con la naturaleza que le demos a dicha aportación y sobre la cual son conocidísimos los trabajos de Roca SASTRE y MARTÍNEZ ALMEIDA. Igualmente cabría pensar si esa aportación supone un acto de «ulterior enajenación» de que habla el artículo 76 de la Compilación para entender subsistente el derecho expectante.

B) *El desenlace.*

A pesar de que la Dirección General reconoce todos y cada uno de los puntos señalados y entiende que «aparece justificada la prevención adoptada por los funcionarios calificadores», gira ciento ochenta grados su decisión y entiende que todo lo dicho son conjeturas y que lo que hay que hacer es atender al momento constitucional, pues lo que pueda venir después (el usufructo, que no se haga efectivo el mismo, que haya bienes suficientes, que se incurra en causa de disolución, etc.) son eventos que no deben ser tenidos en cuenta a la hora de calificar.

Como apuntamos al comienzo no se compagina muy bien esta solución con los reconocimientos hechos anteriormente, sobre todo en aquel que habla de las posibles garantías que deben observarse en las aportaciones no-dinerarias para que las mismas sean realidad. ¿Había realidad valorativa en este caso? Este era el tema que trata de ocultarse para poder justificar la validez de una escritura en la que el Notario silencia el expectante derecho de viudedad, sin reservarlo, ni renunciarlo, aunque partiendo de ese texto al Registrador le exija la Dirección que lo haga constar en el Registro.

Con lo dicho creo que se patentiza la doble vertiente de la Resolución. El defecto primero que era la aseveración del carácter privativo de uno de los bienes exigía una prueba concreta para desvirtuar la presunción de comunidad que para los bienes establece el artículo 40 de la Compilación, cosa que se hace en documento posterior y de ahí que el recurso quedase reducido al tema de la viudedad expectante.

El lector que deseé profundizar más en el tema puede consultar las Resoluciones de 17 de noviembre de 1916, 26 de marzo de 1918, 25 de septiembre de 1925 y 11 de julio de 1929, que suponen una serie de casos sobre el expectante derecho de viudedad y que obligaban a un razonamiento más profundo para justificar el cambio de orientación sufrido por la doctrina de la Dirección.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

1. LA ELEVACION DE LA CUANTIA DE LOS ALIMENTOS PROVISIONALES

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 octubre 1977)

SUMARIO: 1. El caso de autos y la decisión de los Tribunales.—2. El alcance de las “necesidades del alimentista”.—3. La pensión de alimentos en cuanto deuda de valor.

1. EL CASO DE AUTOS Y LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES

Doña T. P. E. y don J. M. D. celebraron su matrimonio canónico en el año 1940. Años después, el marido se separa de hecho de su mujer, prometiéndole ayuda económica. Al no haberse cumplido dicha promesa, la mujer interpone una demanda provisional de alimentos en el año 1967, que es admitida y resuelta en el sentido de condenar al marido al pago de una pensión de alimentos de mil quinientas pesetas mensuales.

Ocho años más tarde, en el año 1975, la esposa reclama la elevación de la cuantía de la pensión en base a dos fundamentos legales: primero, que las circunstancias económicas han variado, por lo cual las mil quinientas pesetas concedidas anteriormente han disminuido en su poder adquisitivo; segundo, que, entre tanto, su marido ha aumentado sus ingresos.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda de la esposa y condena al marido al pago de la cantidad de cinco mil pesetas en concepto de alimentos provisionales.

El marido interpone recurso de apelación ante la Audiencia Territorial, la cual vuelve a condenarlo a que satisfaga a su esposa la cantidad de seis mil pesetas mensuales en concepto de alimentos provisionales desde la fecha de la interposición de la demanda y por mensualidades adelantadas. Ante este resultado, el marido inicia un recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley, resultando que, por Sentencia de 5 de octubre de 1977, se declara que no ha lugar a dicho recurso en base a los siguientes considerandos:

“CONSIDERANDO: Que en el único motivo del recurso, al amparo del número quinto del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, se alega la violación del artículo mil doscientos cincuenta

y dos del Código civil, porque la sentencia de alimentos provisionales, que fue primeramente pronunciada entre las partes sólo pudo ser modificada, se dice aun en el extremo referente a la cuantía de la pensión fijada en ella, mediante la interposición del juicio ordinario que autoriza el artículo mil seiscientos diecisiete de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que si así no se ha hecho, ha de estimarse firme la Sentencia que en su día se dictó, fijando la pensión en mil quinientas pesetas mensuales, siendo improcedente su elevación a seis mil pesetas como lo hace la sentencia recurrida".

"CONSIDERANDO: Que es desestimable el motivo por las siguientes razones: En primer lugar, porque lo que realmente se alega en el recurso es la inadecuación del procedimiento, aunque confusamente se mencione en la contestación a la demanda, en la apelación e, incluso, en este recurso, a la excepción a la cosa juzgada, frase que también se recoge en ambas sentencias; siendo idóneo, al efecto, tanto el precepto amparador que se invoca como la cita del artículo mil doscientos cincuenta y dos que se dice violado; razón, por sí sola, que ha de conducir a la desestimación del recurso; y, en segundo lugar, y a mayor abundamiento, porque nada se opone en nuestro ordenamiento jurídico a que se pueda acudir, como ha ocurrido en el presente caso, a un nuevo proceso de alimentos provisionales, cuando la causa de la nueva acción ejercitada es distinta, dadas las variaciones de las necesidades del alimentista y de la fortuna del que hubiere de satisfacerlos; factores que cuando se alteran a través del transcurso del tiempo, han de poder concordarse, según la letra del artículo ciento cuarenta y siete del Código civil y así lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal, en las Sentencias, entre otras, de veinticinco de marzo de mil novecientos seis y en la más reciente de catorce de febrero de mil novecientos setenta y seis".

Esta Sentencia aborda dos cuestiones concretas: la primera, procesal y la segunda, sustantiva en cuanto al fondo del asunto, al considerar la elevación de la cuantía de la pensión de los alimentos provisionales.

Es esta última cuestión la que alcanza un mayor interés de comentario debido al criterio interpretativo que la sentencia realiza en base al artículo 147 del Código civil, ahora bien, sin ser demasiado explícita, aunque con una remisión a su doctrina legal (SS. 21 marzo 1906 y 14 febrero 1976) (1). Mientras la vieja Sentencia de 1906 fijaba la pensión alimenticia entre cónyuges teniendo en cuenta las rentas que el matrimonio disfruta y condenando al obligado a prestarla a entregar los ingresos proporcionales de los bienes que por cualquier título pueda adquirir, cuando se hagan efectivos, la Sentencia de 14 de febrero de 1976 (2), según ya

(1) Cfr. ARECHEDERRA, *Jurisprudencia comentada: elevación de la cuantía de una pensión alimenticia establecida en pacto*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 517 (1976), págs. 1455 ss.

(2) Mi comentario: *La pensión de alimentos ante la depreciación monetaria (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 febrero 1976)*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, XXX-3 (1977) págs. 716 ss.

tengo analizado, lo que modifica es la cuantía de la pensión de alimentos como consecuencia fundamental de las alteraciones del poder adquisitivo del dinero, las cuales, al bajarlo (por depreciación y por desvalorización), inciden sobre las "necesidades del alimentista", según requiere el artículo 147 del Código civil.

La actual Sentencia de 5 de octubre de 1977, sin hacer mención concreta de las alteraciones monetarias y de sus efectos, da a entender implícitamente que las ha considerado dentro de las "variaciones de las necesidades del alimentista" del artículo 147 del Código civil, puesto que, en un principio, el cónyuge acreedor de los alimentos así lo había expresado. Veamos cómo se procede.

2. EL ALCANCE DE LAS "NECESIDADES DEL ALIMENTISTA"

La deuda legal de alimentos viene reconocida por el Código civil en el artículo 143, concretamente en su número primero para los cónyuges, con el alcance que prescribe el artículo 142, es decir, "lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia".

Tanto la "posición social de la familia", como el criterio de proporcionalidad que se establece en los artículos 146 y 147 del Código civil, para aumentar o disminuir la cuantía por alimentos, corresponde al prudente arbitrio del Tribunal sentenciador, según confirma una amplia y tradicional jurisprudencia (3), cuyo criterio no pueden sustituir las partes con el suyo propio y personal al efecto de impugnar aquél en casación, mientras no se demuestre infracción legal, se desconozca la naturaleza y alcance de la obligación, según la define el artículo 142, o se prescinda para fijar su importe de los elementos de juicio y bases de proporcionalidad que establecen dichos artículos.

Las bases de proporcionalidad se establecen entre dos premisas o factores: a) El del caudal, medios o fortuna de quien los da o hubiese de satisfacerlos, y b) según las necesidades del alimentista o de quien los reciba (arts. 146 y 147 del Código civil).

De este modo, el juzgador, al tratar de concretar la cuantía dinaria de la pensión por alimentos —como sucede en el caso de autos—, ha de tener que atender tanto a ese criterio de proporcionalidad entre ambas premisas, como a aquel otro criterio de relatividad que supone dar "lo que es indispensable" según la posición social de la familia...".

De aquí que las "necesidades del alimentista" vengan condicionadas

(3) SS. 15 diciembre 1896, 11 octubre 1899, 5 junio 1900, 28 junio 1901, 30 mayo 1903, 30 enero 1904, 5 diciembre 1911, 29 marzo 1916, 6 junio 1917, 20 febrero 1925, 26 junio 1930, 20 diciembre 1932, 20 diciembre 1934, 6 y 17 febrero 1942, 24 junio 1946, 22 junio 1950, 13 abril y 28 junio 1951, 24 febrero 1955, 14 enero 1956, 12 marzo 1958, 14 abril 1962, 7 octubre y 2 diciembre 1970.

por ambos criterios, siendo tan diversas como casos se presenten. No obstante, lo que sí parece predominar es el matiz subjetivista de esos criterios de proporcionalidad y relatividad debido a las expresiones que el propio legislador usa y acentúa al hablar de la "posición social de la familia" o del "caudal", "medios" y "fortuna" del que debe los alimentos. Sin embargo, no se puede olvidar aquel otro factor de carácter objetivo que también establece el legislador cuando expresa lo que se entiende por alimentos, o sea, "todo lo que es indispensable", es decir, el mínimo necesario para sustentarse, habitar, vestir y tener asistencia médica. También, donde aparece otro factor objetivo, externo, es cuando sucede una alteración monetaria, la cual, al dañar el poder adquisitivo del dinero, repercute sobre la cuantía de la pensión por alimentos, resultando insuficiente para cubrir "las necesidades del alimentista". La Sentencia de 14 de febrero de 1976 fue expresiva a este último respecto, al establecer que "la devaluación del poder adquisitivo de la moneda, como consecuencia de la inflación del coste de la vida, sobrevenida desde el año mil novecientos sesenta y dos al mil novecientos setenta y tres, no puede menos de ser incluida entre las causas que deben tenerse en cuenta por los Tribunales para producir la elevación de las pensiones a que se refiere el artículo 147 del Código civil".

La actual Sentencia de 5 de octubre de 1977, si bien no es tan explícita respecto a las alteraciones monetarias, se atiene concretamente a los presupuestos legales subjetivos de "las variaciones de las necesidades del alimentista y de la fortuna del que hubiere de satisfacerlos", si bien añade de un modo genérico que dichos factores "cuando se alteran a través del curso del tiempo, han de poder concordarse, según la letra del artículo 147 del Código civil". No obstante, la esposa, en su demanda inicial sobre la petición de la subida de la pensión por alimentos, había puesto como causa fundamental de su insuficiencia cuantitativa la disminución del poder adquisitivo de las mil quinientas pesetas concedidas mensualmente, por lo que no cubrían sus necesidades, además de que el esposo había venido a mejor fortuna con el mejoramiento y subida de su sueldo.

La deuda de alimentos o se presta en el domicilio del alimentante o, si ello resulta imposible, se hace "pagando la pensión que se fije" (artículo 149 del Código civil). Dado que el pago de una suma de dinero es el medio más cómodo que obvia los inconvenientes de una acogida en el domicilio del alimentante, la fijación de su cuantía pudiera hacer creer que se trata de una simple deuda pecuniaria y, por tanto, aplicarle las consecuencias de su principio nominalista tratando de evitar —como ha hecho la propia Sentencia— toda referencia a las alteraciones monetarias, bastándole para el aumento de la pensión el acogerse a los presupuestos del artículo 147 del Código. Para mayor precisión, conviene, pues, dejar aclarado que la deuda de alimentos, si bien se trata de una deuda dineraria final o deuda de valor, no es nunca una deuda dineraria simple o generalizada; a este respecto, conviene que se hagan las precisiones pertinentes sobre su naturaleza jurídica y sus consecuencias en cuanto a los efectos que despliega.

3. LA PENSION DE ALIMENTOS EN CUANTO DEUDA DE VALOR

El que la deuda de alimentos se pague en dinero finalmente, no por eso deja de ser una "deuda de valor", es decir, que el objeto de su prestación supone la entrega de un poder adquisitivo o valor patrimonial determinado que, al tiempo de su cumplimiento o pago, se concreta y fija en una determinada cantidad de dinero; no es, pues, una deuda dineraria simple o generalizada, según la cual el objeto de la prestación es inicial y solamente una suma de dinero, sino que se trata de hacer líquido aquel poder adquisitivo o valor patrimonial en el momento final del pago. De aquí que cualquier alteración subjetiva u objetiva de ese poder adquisitivo o valor patrimonial repercuta sobre la cuantía de dinero que ha de pagarse para satisfacer el concreto interés del acreedor de dicha deuda de valor (4).

Cuando dicha deuda de valor se trata de una pensión legal de alimentos entre marido y mujer, el contenido de la prestación lo constituye "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia" (art. 142 del Código civil). Ahora bien, el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos" (art. 149 del Código civil). Esta opción queda reducida a la única solución de pagar una pensión pecuniaria en aquellos casos de incompatibilidad como consecuencia de una separación matrimonial; el dinero que se entrega supone un equivalente valorativo de aquellas prestaciones asistenciales; la deuda de alimentos resulta así una deuda dineraria final.

Esta solución pecuniaria final no cambia la naturaleza propia de deuda de valor que tiene el débito de alimentos, ya que el contenido de su prestación inicialmente (*in obligatione*) supone un determinado poder patrimonial o valor económico a satisfacer, el cual, si no se satisface *in natura*, se hace por su equivalente en dinero finalmente (*in conclusione*).

Dado que la deuda de alimentos es de trácto sucesivo, es decir, se presta a lo largo del tiempo de un modo sucesivo, mientras persistan las causas de su débito, en más o en menos, es por lo que el legislador dispone que los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiera de satisfacerlos. Esta variabilidad en cuanto al objeto de la prestación, en la doctrina italiana ha llevado a Distaso (5) a calificarla como prestación *rebus sic stantibus*, por lo que la determinación de la cuantía de la prestación de alimentos es reconocida por el juez y fijada según su prudente arbitrio, conforme a las necesidades de quien los recibe y al caudal o condiciones económicas de quien lo da; se trata de una situación de hecho cambiante y, por tanto, valorable en el momento litigioso, el día en que se dicte la sentencia.

(4) Cfr. mi comentario anterior: *La pensión de alimentos ante la depreciación monetaria*, cit., págs. 719 ss.

(5) DISTASO, *Le obbligazioni pecuniarie*, en *Banca, Borsa e Titoli di Crédito*, XXXII-1 (1969), pág. 456.

Dado que la reducción o aumento proporcional de la pensión se basa, por una parte, en las necesidades del alimentista y, por otra, en la "fortuna" del que hubiere de satisfacerlos, las alteraciones monetarias no son subjetivas, sino riesgos que provienen de causas externas, como pueden ser las procedentes de una inflación o deflación aguda, por lo que se advierte cómo tal "fortuna" o capital sufrirán un grave daño de disminución o aumento de su poder adquisitivo, según aparezca una u otra alteración monetaria.

Si bien en la presente decisión jurisprudencial estas alteraciones no se toman en cuenta explícitamente como causa de la modificación de la cuantía dineraria de la pensión, en cambio la Sentencia de 14 de febrero de 1976 las concretaba específicamente señalando que "la devaluación del poder adquisitivo de la moneda, como consecuencia de la inflación del coste de la vida" "...no puede menos de ser incluida entre las causas que deben tenerse en cuenta por los tribunales para producir la elevación de las pensiones a que se refiere el artículo 147 del Código civil, porque, al indicarse en éste que tal hecho dependerá del aumento que sufran las necesidades del alimentista"; además, que "la ratio legis del artículo 147 no se cumpliría de no actualizarse el quantum de la pensión en armonía con la erosión que el dinero hubiera sufrido, puesto que, de otra forma, se obligaría al alimentista a disminuir, reducir o dejar de atender alguna de ellas, rebajando su condición social".

Ante el caso análogo que presenta la actual Sentencia de 5 de octubre de 1977, el Tribunal Supremo ha preferido referirse exclusivamente a los presupuestos subjetivos de las partes en la deuda de alimentos, sin tomar en cuenta las alteraciones monetarias, al menos directamente, sin mencionarlas. Se ha fijado en la variación de las circunstancias económicas de ambas partes, según la letra del artículo 147 del Código civil, concluyendo que cabe "un nuevo proceso de alimentos provisionales cuando la causa de la nueva acción ejercitada es distinta, dadas las variaciones de las necesidades del alimentista y de la fortuna del que hubiere de satisfacerlos; factores que cuando se alteran a través del transcurso del tiempo, ha de poder concordarse según la letra del artículo ciento cuarenta y siete del Código civil" (SS. 21 marzo 1906 y 14 febrero 1976).

Esta Sentencia de 5 de octubre de 1977 parece querer confirmar que las alteraciones monetarias, sin suponer un requisito por sí solo para la elevación de la cuantía de la pensión, pero englobado dentro de los "factores que se alteran a través del transcurso del tiempo" y, sobre todo, de las "variaciones de la fortuna del que hubiere de satisfacerlos", suponen una causa idónea que incide sobre las "necesidades del alimentista" (art. 147 del Código civil).

2. CLAUSULA DE ACTUALIZACION DE LA RENTA DE UN LOCAL DE NEGOCIO SEGUN LAS VARIACIONES DEL SALARIO MINIMO

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1977)

SUMARIO: 1. El caso contemplado y las sentencias de instancia y casación.—2. La posibilidad legal de un pacto de elevación de la renta.—3. Las cláusulas de estabilización y las cláusulas de elevación de la renta en los arrendamientos urbanos.—4. Los límites concretos a la libertad del establecimiento pactado de la cuantía de la renta en los arrendamientos urbanos.

1. EL CASO CONTEMPLADO Y LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA Y CASACION

El día 6 de julio de 1973 se lleva a cabo un contrato de arrendamiento de un local de negocio entre dos partes, la persona jurídica ISFSA y la persona física MPR, de acuerdo con lo dispuesto en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

Las partes convienen una renta de cincuenta mil pesetas al mes, si bien en la cláusula segunda del contrato se acuerda que, por obras, a dicha renta se le deducirán veinticinco mil pesetas mensuales durante los dos primeros años, veinte mil mensuales durante los dos años siguientes y quince mil a los dos años sucesivos. Además, una cláusula tercera dice que "el precio del arriendo será ajustado cada año a las variaciones que tenga el salario mínimo interprofesional para obreros".

El arrendatario entabla juicio pidiendo la nulidad de las cláusulas suscritas y el Juez de Primera Instancia declara "nula y sin valor ni efecto alguno la cláusula tercera del contrato de arrendamiento del local"; igualmente, "se declara nula y sin valor ni efecto alguno la cláusula segunda, en relación con los documentos de la misma fecha", "por encubrir un verdadero aumento de renta, declarando, en consecuencia, que la renta contractual era la de veinticinco mil pesetas, elevada voluntariamente a treinta mil doscientas cincuenta pesetas".

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia por el arrendador y demandado, la Audiencia Territorial dicta sentencia confirmando, en parte, la sentencia apelada, estimándola parcialmente, si bien declara "nula y sin valor ni efecto alguno la cláusula tercera del contrato de arrendamiento otorgado entre las partes el seis de julio de mil novecientos setenta y tres".

El propietario y arrendador del local de negocio, insatisfecho de este fallo, interpone recurso de casación por infracción de Ley contra la sentencia de la Audiencia ante el Tribunal Supremo, el cual, por Sentencia

de 2 de diciembre de 1977, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, en base, fundamentalmente, al siguiente considerando:

"CONSIDERANDO: Que los dos primeros motivos de este recurso pueden agruparse para su estudio; pues, si en el segundo de ellos se alega la violación del artículo noventa y siete de la Ley de Arrendamientos Urbanos en cuanto establece la libertad de contratación en los contratos que por primera vez se conciernen entre arrendatario y arrendador; en el segundo se alega la indebida aplicación del antecedente jurisprudencial que la instancia tomó como base para acordar la anulación de la cláusula tercera del contrato en cuestión; y son desestimables ambos motivos; el primero, porque, por obra precisamente de esa doctrina invocada en el segundo motivo, la libertad de contratación no es absoluta, teniendo como límite el que no resulte ilusorio el derecho de prórroga forzosa, prescrito en el artículo cincuenta y siete de la Ley de Arrendamientos Urbanos, especialmente este último, que es lo que ocurriría con un pacto de estabilización sólo al alza y el segundo motivo porque, como alega la instancia, la referencia a los "incrementos del jornal mínimo interprofesional", como módulo de estabilización, es una cláusula sólo de incremento; pues, no sólo por las preocupaciones sociales que privan en las relaciones laborales, sino por la constante elevación del nivel de vida en una sociedad civilizada, ni siquiera teóricamente es previsible una regresión de precios salariales en general, aunque en determinada profesión pueda bajar, convirtiéndose por tanto la cláusula aludida, por obra del módulo elegido, "salario mínimo", no en una cláusula de estabilización, sino en una cláusula de incremento, que de no anularse conciliaría, precisamente, el criterio sentado por esta Sala en las sentencias aludidas por el motivo".

A esta Sentencia de 2 de diciembre de 1977 hay que ponerle serios reparos fundamentales, tanto por el olvido que evidencia respecto a ciertas normas (art. 98 LAU), como por la postura contradictoria que presenta con su propia doctrina legal, al haber declarado como válidas las cláusulas de elevación de la renta en base a un "salario mínimo" en dos casos análogos (SS. 30 octubre 1964 y 25 enero 1973). Además, la doctrina de la Sala, respecto a la llamada "ecuación prórroga-renta", ya no puede ser aplicada en los términos simples que permitían las legislaciones anteriores de arrendamientos urbanos de 1946 y 1956, donde cualquier pacto contrario al beneficio de la renta, es decir, a su fijación y bloqueo, se consideraba como un acto contrario a sus normas imperativas y, por tanto, nulo. La legislación vigente, al haber restaurado el principio de autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la libertad de la renta (art. 97) y, lo que es más, al haber permitido el pacto de su aumento (art. 98), a pesar de subsistir la norma imperativa sobre el beneficio de la prórroga forzosa para el arrendatario (art. 57), ya no será suficiente que su vulneración se produzca por el solo hecho de que se pacte un aumento o incremento de la renta, como sucedía antes, sino que, ahora, será necesario probar el abuso de ese derecho potestativo, o el fraude a la Ley cometido (art. 9) de la cuantía excesiva y anormal pactada. Se

trata, pues, de ponderar el alcance de ciertas normas permisivas que dan derecho a las partes a establecer paccionadamente una renta que puede ser actualizada (art. 100, n.^º 1 *in fine*), en vista de las alteraciones monetarias existentes, ya que el "sistema de actualización" permitido a las partes incluye tanto las llamadas "cláusulas de estabilización", como las "cláusulas de elevación" o incremento de la renta.

De aquí la necesidad de examinar concretamente, una vez más, cada una de estas cuestiones tan importantes, no sólo para evidenciar la justicia o injusticia del caso sentenciado, sino para conocer el alcance interpretativo de la autonomía de las partes concedida por la legislación vigente de arrendamientos urbanos respecto a la renta.

2. LA POSIBILIDAD LEGAL DE UN PACTO DE ELEVACION DE LA RENTA

En primer lugar, hay que partir de la situación normativa establecida en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos para los arrendadores y arrendatarios, respecto a la determinación de la renta, que difiere de las anteriores regulaciones legales de 1946 y 1956, al haber restaurado la plena autonomía de la voluntad de las partes contratantes de acuerdo con la norma común del art. 1.255 del Código civil.

Concretamente, a este respecto, el artículo 97 de la Ley de Arrendamientos Urbanos prescribe que "la renta de las viviendas y locales de negocio que se arrienden después de la entrada en vigor de esta Ley, será la que libremente estipulen las partes, aun cuando hubieren sido ocupadas con anterioridad a esta fecha". Se trata, pues, de una cuestión de sentido común y de buena fe el que esa libertad de estipulación de las partes no sea absoluta, encontrando sus límites en aquellos otros preceptos de la Ley arrendaticia que, por su carácter imperativo no pueden ser conculcados, según dice con acierto la sentencia actual respecto a lo dispuesto en cuanto al derecho de prórroga forzosa del arrendatario (art. 57 LAU), el cual no podrá ser violado fraudulentamente valiéndose indirectamente de tal precepto (art. 97 LAU) o abusando de los derechos concedidos en ella (art. 9 LAU).

Ahora bien, el art. 9 de la LAU —que, por cierto, debió ser invocado por el alto Tribunal, sí, efectivamente, era el auténtico fundamento legal de su sanción de nulidad de la cláusula actualizadora de la renta, a este respecto es claro y preciso. Textualmente, dispone que: "El ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley se acomodará a las reglas de la buena fe. Los Jueces y Tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho o constituyan medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude de la Ley".

La sentencia actual parece atribuir un carácter absoluto al mero hecho de pactarse por las partes una elevación de la renta, sin otras consideraciones y distinciones, ya que de él deduce se vulnera el derecho de prórroga forzosa del arrendatario (art. 57 LAU) y que constituye un "pacto

de estabilización sólo al alza" el que se contiene en la cláusula tercera del contrato de arrendamiento de local de negocio de autos y que, además, "los incrementos del jornal mínimo interprofesional, como módulo de estabilización, es una cláusula sólo de incremento". Resulta así que, por el solo hecho de ser un pacto de aumento de la renta, el Tribunal Supremo invoca su propia doctrina jurisprudencial —por lo demás, basada en supuestos normativos ya derogados—, por lo que concluye que "de no anularse conculcaría precisamente el criterio sentado por esta Sala en las sentencias aludidas por el motivo".

En primer lugar, hay que observar que la legislación vigente permite las cláusulas o pactos de aumento de la renta, en su artículo 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo que no basta que exista sólo una cláusula de incremento para que se produzca un acto contrario a normas imperativas sobre la renta, como en la legislación anterior, para que dicha cláusula sea declarada nula; antes, por lo contrario, es un pacto avalado por una norma permisiva, que la sentencia actual parece desconocer. Ante la nueva legislación arrendaticia, se hace necesario concretar el alcance de un aumento o incremento, y distinguir si se trata de un caso abusivo o fraudulento por ilimitado e insoportable, o si el aumento se pacta conforme a unas alzas del nivel de vida, del poder adquisitivo del dinero, como consecuencia de unas fuertes alteraciones monetarias. De ahí que el legislador hubiese previsto tanto el artículo 9 de la LAU como el artículo 98 de la LAU, donde, concretamente, se dice que: "La renta de las viviendas y locales de negocio a que se refieren los artículos anteriores podrá ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes". Si la Ley concede esa facultad a las partes, ¿cómo es posible que el Tribunal Supremo pueda juzgar *contra legem* e invocar una doctrina propia en base a una legislación ya derogada? El principio de legalidad y las garantías normativas resultan en la presente sentencia completamente desconocidas o postpuestas.

Si la norma de Derecho positivo autoriza a las partes a que puedan pactar el aumento de su renta del local de negocio, resultará una cuestión de hecho el delimitar concretamente si un local de ochenta y nueve metros cuadrados, situado en una de las principales calles de la ciudad, con una renta final de cincuenta mil pesetas mensuales al cabo de seis años y actualizada según las variaciones o incrementos que tenga un salario mínimo de los obreros de la construcción, es abusiva o fraudulenta. Según se va a analizar más adelante, con los datos económicos correspondientes a la época de vigencia del arrendamiento de autos, se hace evidente la normalidad del aumento pactado.

Fueron las graves alteraciones monetarias de estas dos últimas décadas (1960-1970), tanto como la actual, las que ocasionaron un deterioro y daño sobre la renta. El legislador no fue ajeno a este dato y además de establecer un sistema de revisión legal para la renta de situaciones y relaciones arrendaticias anteriores, autorizó otro "sistema de actualización" (art. 100 LAU, 1964) por el que se podían pactar tanto las "cláusulas de estabilización" como las "cláusulas de aumento" o incremento de la renta (art. 98 LAU, 1964).

3. LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION Y LAS CLAUSULAS DE ELEVACION DE LA RENTA EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

Si no fuera con el ánimo de recordar la justicia, de conseguir una interpretación correcta y ecuánime para los intereses conmutativos de las partes en sus contratos onerosos y de trato sucesivo, según ocurre en el arrendamiento urbano, no insistiría, una vez más, en una cuestión que la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene resuelta, en gran parte, confirmativamente, al haber considerado como válidas estas cláusulas de elevación o incremento de la renta (SS 16 octubre 1956, 18 febrero 1957, 17 julio 1964, 11 octubre 1968, 21 abril 1972, 20 diciembre 1972, 23 abril y 26 diciembre 1973 y 21 abril 1975) y, análogamente, respecto a las cláusulas "valor-jornal" de un obrero (SS. 30 octubre 1964 y 25 enero 1973).

Hay que repetir que si las cláusulas sobre la renta, incluso las de estabilización para las viviendas, resultaban nulas, vigentes las leyes arrendaticias de 1946 y 1956, era porque se oponían a sus normas imperativas, donde se disponía la fijeza y bloqueo de dicha renta; en cambio, si para los locales de negocio ya fue permitida la renuncia a dicho beneficio de la renta legal, el propio Tribunal Supremo, si bien declaraba nulas las cláusulas estabilizadoras con arreglo a normas legales arrendaticias anteriores (Decretos de 29 diciembre 1931 y 21 enero 1936), concluía por aceptarlas rotundamente para la legislación especial posterior como válidas SS. 28 noviembre 1957, 30 octubre 1964, 19 diciembre 1966, 4 y 8 febrero 1967, 26 noviembre 1968, 15 febrero, 7 julio, 20 noviembre y 20 diciembre 1972, 25 enero, 21 y 26 diciembre 1973 y 25 septiembre 1976).

El fundamento de la validez de las cláusulas de estabilización para la legislación arrendaticia de 1946 y 1956 residía no sólo en aquella posibilidad de renunciar al beneficio de la renta para los locales de negocio (*), sino también en que, ante las alteraciones monetarias cada vez más graves, permitían neutralizar el daño que ocasionaban en la pérdida de valor adquisitivo de la suma de dinero que componía la renta, pero no sólo en beneficio exclusivo de una parte contratante (el arrendador), sino de ambas (arrendador y arrendatario) si sucedía una deflación. Pactada la cláusula, el arrendador, ante una inflación, se va a librar de la pérdida del poder adquisitivo del dinero respecto a la cuantía de la renta, al aumentarse aquélla como consecuencia de la elevación del precio del índice económico elegido (salario mínimo, en nuestro caso); ante una deflación sucedería lo contrario, el arrendador recibiría menor cuantía, es decir, que las cláusulas de estabilización de la renta son de naturaleza bilateral y conmutativa, por lo que resultan válidas en función de la equivalencia de sus prestaciones.

(*) V. mi estudio: *Arrendamientos urbanos con renta actualizada. Cláusulas de estabilización y de elevación ante el Tribunal Supremo*, 2.^a ed., Pamplona, 1978.

Instaurada la libertad de renta en la legislación vigente, no sólo se admiten las cláusulas de estabilización por su inclusión expresa dentro de un "sistema de actualización" (art. 100, núm. 1 *in fine*), sino también las cláusulas de elevación de la renta (art. 98).

Ello quiere decir que la "doctrina legal" anterior del Tribunal Supremo, permisiva totalmente en cuanto a la validez de las cláusulas de estabilización (1) y negativa, en parte, en cuanto a las demás cláusulas de elevación de la renta, declarándolas nulas (2), deja de tener sentido en la legislación vigente para estas últimas por el solo hecho de que se pacte un aumento o incremento de dicha renta.

En primer lugar, habrá que interpretar el alcance que tiene ese "sistema de actualización" convenido por las partes, permitido por el legislador (art. 100, núm. 1 *in fine* LAU), ya que el pacto del "aumento" de la renta, acordado por las partes, no ofrece dudas (art. 98 LAU).

Un "sistema de actualización" no implica sólo las llamadas "cláusulas de estabilización", ya que, de ser así, hubiese bastado referirse a ellas específicamente, tal como ya se hizo en otras normas legales (Reglamento Hipotecario, art. 219, o la Compilación de Derecho civil de Navarra, Ley 461, párrafo tercero). Un "sistema" tampoco supone una única modalidad, sino la comprensión de varias modalidades. Efectivamente, las nuevas posibilidades que se conceden a las partes por el artículo 98 de la LAU de pactar cláusulas de elevación de la renta, integran ese sistema de actualización.

Si resulta que la legislación de arrendamientos urbanos vigente es permisiva en cuanto a los pactos que establezcan las partes contratantes sobre la renta, ya como cláusulas de estabilización, ya como cláusulas de elevación o incremento de la renta, aunque se mantenga la norma imperativa del beneficio de la prórroga forzosa para el arrendatario (art. 57 LAU), habrá cambiado el alcance interpretativo de la doctrina legal del Tribunal Supremo acerca de la "prórroga-renta", debiendo hacerse con arreglo a las nuevas perspectivas legales permisivas y no por el solo hecho de que se haya pactado un incremento, según hizo la actual Sentencia de 2 de diciembre de 1977.

Ante las normas permisivas sobre la renta, aunque se mantenga la norma imperativa sobre la prórroga, ya no será cualquier aumento de aquélla el que provocará un acto contra dicha norma, sino solamente cuando se haga con manifiesto abuso o en fraude a la Ley. Por eso, se trata ahora de una cuestión de hecho, de límites y de prueba.

(1) SS. 28 noviembre 1957, 19 noviembre 1966, 4 y 8 febrero 1967, 26 noviembre 1968, 15 febrero 1972, 7 julio, 20 noviembre y 22 diciembre 1972, 25 enero, 21 y 26 diciembre 1973 y 25 septiembre 1976.

(2) SS. 25 enero 1955, 31 enero 1962, 23 febrero 1963, 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 9 febrero 1967, 3 y 11 octubre 1968, 7 febrero y 21 diciembre 1970, 18 febrero y 24 junio 1971, 16 junio 1973, 30 enero, 9 febrero y 5 marzo y 23 diciembre 1974, 28 octubre y 28 noviembre 1975 y 31 marzo 1977.

4. LOS LIMITES CONCRETOS A LA LIBERTAD DEL ESTABLECIMIENTO PACTADO DE LA CUANTIA DE LA RENTA EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

Queda, pues, recordado y aclarado que los contratantes pueden establecer libre y pactadamente la cuantía de la renta de un arriendo de local de negocio (art. 97 LAU) y, también, que pueda ser objeto de aumento y reducción por mutuo acuerdo (art. 98 LAU), así como el pactar un sistema de actualización (art. 100 LAU). Por tanto, para el caso de autos resulta que no existe ningún impedimento legal que prohíba a las partes pactar el aumento de su renta actual o futura. Tampoco existen tarifas o precios indicativos para la cuantía de la renta de un local de negocio; ello dependerá, pues, de la buena fe, tanto como de criterios económicos generales que se usen en el país, como de consideraciones locales para concretar una renta que se considere como normal o usual.

En el caso de autos, se trataba de un local de negocio de una superficie de ochenta y nueve metros cuadrados, enclavado en una calle céntrica de una capital de provincia, cuya renta inicial, en el año 1973, se establece en veinticinco mil pesetas, que aumentaría hasta treinta y cinco a los dos años siguientes y llegaría a cuarenta y cinco a los dos años más hasta alcanzar las cincuenta mil pesetas en los dos años posteriores. El pacto de unas cuantías fijas dentro de unos plazos concretos y determinados no son ni indefinidas, ni abusivas ante la depreciación ocurrida del poder adquisitivo del dinero (3). En cambio, para la Sentencia actual se trata de "un pacto de estabilización sólo al alza", de "una cláusula de incremento, que de no anularse conculcaría, precisamente, el criterio sentado por esta Sala en las Sentencias aludidas por el motivo" (SS 3 marzo 1962, 30 octubre 1964 (4), 25 enero 1973, 30 enero y 9 febrero 1974)..

El mero hecho de ser una "cláusula de incremento" es suficiente para la sentencia actual de que se conculque el criterio sentado por la Sala y se declare la nulidad. Esta doctrina legal, que pudo ser justa ante la legislación anterior de 1946 y 1956, ya no lo es ahora porque, según queda visto, los términos interpretativos, su alcance, no se basan sólo en el hecho de que se produzca un "aumento" o "incremento" de la renta, sino en la causa abusiva o fraudulenta de aquel derecho a aumentar o incrementar la renta. Cuando la causa del aumento son las alteraciones:

(3) Desde el año 1973 al año 1977, el coste de la vida sube de un 14,2 por 100 a un 26,4 por 100.

(4) La Sentencia de 30 de octubre 1964 no puede ser invocada en apoyo de la nulidad, dado que declara válida la cláusula de elevación o aumento de la renta; cfr. SOTO NIETO, *Las cláusulas de estabilización y el contrato arrendatario urbano*, en *Derecho vivo. Jurisprudencia comentada*, I (Madrid, 1970) pág. 410; RAJOY, *Doctrina del Tribunal Supremo sobre el problema de la validez de las cláusulas de escala móvil y de elevación de renta en los arrendamientos urbanos*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, XXVI-4 (1973), pág. 1040; VALLE ITURRIAGA, *La inflación y las cláusulas estabilizadoras de los contratos*, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 5 (1977) pág. 24.

monetarias que dañan el poder adquisitivo de dicha renta resulta evidente que no cabe alegar algún abuso o fraude; antes bien, se restaura la equidad perdida, se realiza la justicia intrínseca y conmutativa de las prestaciones.

En el caso de autos, nada de esto se puso de relieve; sólo por el hecho de considerar un salario mínimo como modalidad de incremento de la renta, sin más base que la doctrina legal formalmente alegada, se declara la nulidad del aumento. Se prescinde de los datos reales y concretos y se juzga con olvido de las normas potestativas específicas y de su propia doctrina análoga (SS. 30 octubre 1964 y 25 enero 1973).

Esta Sentencia se pone fuera de la línea progresiva interpretativa que el propio Tribunal Supremo viene desarrollando, no sólo de las normas preceptivas y potestativas de una legislación especial de excepción, sino de su sentido ponderado y prudente ante los excesos del poder ejecutivo que no acaba de cortar la inflación, ese azote social indiscriminado e injusto que empobrece a los rentistas y pensionistas, reduce los salarios y sueldos y desencaja todo el orden económico y financiero de un país. La doctrina correctora de todos estos abusos es la última garantía de justicia y equidad que tienen los ciudadanos, por lo que esperamos que nuestro más alto Tribunal siga reiterándose en su sentido de justicia.

José BONET CORREA

II. SENTENCIAS

A cargo de Juan CADARSO PALAU, Jesús DIEZ DEL CORRAL, Pedro ELIZALDE, Gabriel GARCIA CANTERO y José PERE RALUY.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general y derecho de la persona

1. *Contratos celebrados por los menores no emancipados. Confirmación.* Es doctrina de esta Sala (SS de 17 de junio 1904, 25 junio 1908, 3 julio 1923 y 29 noviembre 1958, entre otras) que, si bien el consentimiento de los menores no emancipados puede ser impugnado en razón a la prohibición contenida en el artículo 1.263 del Código civil, esto no obsta para que después de haber dejado de serlo puedan confirmar los contratos, en consonancias con lo dispuesto en el artículo 1.311, ya que la ratificación del contrato celebrado por el menor, una vez llegado a la mayor edad, purga el vicio originario que pudo dar lugar a la nulidad. (Sentencia 19 diciembre 1977; no ha lugar.)

2. *Seguro de afianzamiento. Interpretación de contrato.* La frase de la póliza "para que la operación quede amparada por el seguro será requisito indispensable que el asegurado acredite, de acuerdo con el uso mercantil, que el importe del préstamo se ha destinado por el prestatario al fin específico para el que le fue concedido por el asegurado" debe interpretarse en el sentido de que en el momento de firmar la póliza del seguro se apruebe que el dinero recibido en préstamo está destinado al fin previsto, que aquí era el de fabricación y exportación de unos telares por MATESA, lo que así se llevó a cabo aportando el contrato de venta con una Casa argentina y demás documentos justificativos que merecieron la conformidad de la entidad asegurada y de la aseguradora, sin que la falsedad posterior pueda afectar exclusivamente a aquélla siendo debido tan sólo a la conducta de la prestataria.

Interpretación de contrato. Uso mercantil. Aquella frase no puede interpretarse en el sentido de que a partir de la firma del contrato, a lo largo de la vida del préstamo hasta su consumación definitiva, la aseguradora tenga que desarrollar una función de vigilancia total y completa, pues ello no aparece de los términos de la debatida cláusula, ni la lógica permite su inclusión y hay constancia en los autos de dos informes del Banco de España y del Consejo Superior Bancario, donde terminantemen-

te se dice que no existe uso mercantil conocido que requiera la referida obligación de vigilancia de la aplicación efectiva de los préstamos otorgados.

Causa ilícita. Las tramas, maquinaciones y conducta delictiva penal de MATESA, esto es, la prestataria, podrá haber afectado, como realmente afectó, al contrato de préstamo realizado entre ella y el Banco asegurado, pero nada tiene que ver a los fines de la causa con la típica y propia del contrato de seguro concertado entre el Banco de Crédito Industrial y la Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución..

Causa objetiva. Del artículo 1.274 se deduce que la causa de los contratos tiene un sentido objetivo, en cuanto que viene a significar el fin que se persigue en cada hipótesis contractual, ajeno a la intensidad subjetiva de los contratantes, conforme han declarado múltiples sentencias de esta Sala.

Causa subjetiva. Los móviles o motivos particulares pueden llegar a tener trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición, modo, etc..., viniendo a constituir parte de aquélla a modo de causa impulsiva y determinante tanto de su licitud como de su ilicitud, pero deberán ser reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o al menos relevantes, según admite el Código italiano y la doctrina jurisprudencial de este Tribunal.

Causa y dolo. El simple móvil o propósito individual de uno solo de los contratantes nunca puede ser causa del contrato, máxime cuando se usa aquel fin ocultándolo, para compelir a contratar a la otra parte, con lo que si es ilícito podrá dar lugar al supuesto de dolo civil del artículo 1.269, que sin duda pudo haber sido alegado como causa de impugnación en el plazo del artículo 1.301 por la entidad aseguradora, incluso dentro del proceso precedente por la pertinente vía reconvencional, con la legitimación que le concede el artículo 1.302, lo que ni siquiera se ha intentado. (Sentencia de 8 de julio de 1977; ha lugar.)

3. *Interpretación de los negocios jurídicos. Exégesis atentatoria a su letra y espíritu.* Para que la interpretación de los negocios jurídicos, función privativa de los juzgadores de instancia, pueda prevalecer en casación, es necesario que sea racional, no desorbitando el texto interpretado con exégesis atentatoria a la letra y al espíritu del mismo SS. de 25 noviembre 1961, 30 noviembre 1961, 4 noviembre 1963 y 14 noviembre 1963, entre otras).

Contrato de obra. Modificaciones y aumentos de obra. Estipulación contractual exigiendo presupuesto adicional aceptado por escrito. No puede interpretarse autorizando aceptación tácita. La simple lectura de la estipulación contractual revela con notoria claridad que la voluntad de los contratantes fue la de que el aumento de precio tenía que derivar de la previa confección de presupuestos adicionales aceptados por ambos, por escrito, y por ello el Tribunal "a quo", estimando suficiente la aceptación tácita, en contra de la verdadera voluntad de las partes según los términos literales del contrato, ha violado, por inaplicación, el párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código civil. (Sentencia de 22 diciembre 1977; ha lugar.)

4. *Simulación. Descubrimiento.* En casos de simulación no cabe deducir la intención de los contratantes de una mera labor interpretativa de los términos del contrato, pues precisamente se ha buscado darle la mayor apariencia de realidad, por lo que el juzgador debe acudir a la prueba de presunciones, estableciendo una serie de hechos, unos en relación al propio contrato, otros extrínsecos al mismo, para deducir de forma inconscusa la realidad de tal simulación.

El negocio disimulado. Su validez. Tratándose de un supuesto de simulación relativa bajo el negocio simulado, que es nulo por falta de causa verdadera, se oculta otro negocio disimulado, que es válido si es lícito y reúne los requisitos que corresponden a su naturaleza especial. (Sentencia de 29 de marzo de 1978; no ha lugar.)

5. *Simulación. Requisitos de validez del negocio simulado. Doctrina general.* El artículo 1.276 Código civil admite excepcionalmente la validez del negocio disimulado, pero ello no puede tener un carácter tal de generalidad que permita admitirla como normal cuando las partes pueden adoptar la forma contractual que la Ley previene para la institución que regula, por lo que es necesario, para que los negocios disimulados puedan producir plenos efectos, que se justifique la concurrencia de los requisitos del artículo 1.261 Código civil y, principalmente, la causa lícita y verdadera en que se funde el acto que las partes han querido ocultar (SS. 3 marzo 1932, 14 octubre 1959 y 6 octubre 1977.)

Compraventa que encubre donación. Es del todo punto necesario probar, además, la concurrencia de los requisitos que los artículos 629, 630 y 633 Código civil exigen bajo pena de nulidad, para su eficacia y validez, pues, si no se cumplen, ha de estimarse la supuesta donación encubierta tan ineficaz e inexistente como el de compraventa que en apariencia le enmascara y disimula; en el presente caso la inexistencia de precio no presupone necesariamente la liberalidad constitutiva de la donación, sino que se requiere obligadamente la aceptación por parte del donatario y el *animus donandi*, requisitos ambos que no se dan en este caso.

Negocio fiduciario. Incumplimiento de la finalidad. No se ha probado la finalidad que las partes otorgantes perseguían, y si se trataba de distribuir los bienes dejados por los padres, es evidente que el supuesto vendedor se excedió en las atribuciones que le fueron conferidas por el poderdante, y así lo entendió este último al revocarle el poder conferido, en el que no figuraba la facultad de donar. (Sentencia 2 enero 1978; ha lugar.)

En esta Sentencia se ratifica la línea que puede calificarse de estricta o rígida en orden a la validez de la donación encubierta bajo la forma de compraventa. La complejidad del supuesto de hecho muestra la frecuente relación existente entre estos dos tipos de negocios anómalos, los fiduciarios y los simulados. Un matrimonio vende todos sus bienes inmuebles a un sobrino a fin de que, a su fallecimiento, lo distribuya entre los cinco hijos de aquél; por imposibilidad material de cumplir el encargo, el fiduciario otorga un poder a uno de los hijos para que procediera a la distribución entre sus hermanos; usando de tal poder el ci-

tado hijo realiza una compraventa simulada en favor de su hermana, de parte de una de las fincas de los padres. La Sentencia del Tribunal Supremo revoca la de la Audiencia y confirma la del Juzgado, declarando la nulidad absoluta de dicha venta. No se impugna la validez del negocio fiduciario. (G. G. C.).

6. *Actos propios.* No puede invocarse la doctrina de los actos propios con base en una declaración hecha por el demandado en un juicio oral, de naturaleza penal, anterior, en la que atribuía naturaleza real a un determinado contrato, si se advierte que, cuando hizo tal declaración, pudo entender dicha parte que el contrato era efectivamente real, y posteriormente sostiene que el contrato era simulado.

Casación. Cuestiones nuevas. El planteamiento, en casación, de una cuestión no planteada en la instancia, es causa de inadmisión y, en su caso, de desestimación. (Sentencia 1 diciembre 1977; no ha lugar.)

7. *Reconocimiento de deuda. Prescripción de la acción.* Si no se ejercita una acción nacida del contrato de transporte sino de un reconocimiento de deuda, no procede aplicar el plazo de prescripción del artículo 952, 2º Código de comercio, aunque en dicho reconocimiento se fije el saldo resultante de relaciones de transporte.

Forma de pago en moneda extranjera. Ilicitud del pago en marcos alemanes. Del reconocimiento de una deuda deriva una obligación con sustantividad propia que implica algo más que el facilitar al acreedor un medio de prueba de que existe contra él que la reconoce; el que declara que hay una deuda contra él, declara además su voluntad de abonarle el pago de la deuda reconocida, que integra la causa para el acreedor; tal causa es totalmente distinta de la forma de abonarla, a menos que se establezca un nexo de subordinación entre la obligación de pago y la manera de efectuarlo. (Sentencia de 3 de enero 1978; no ha lugar.)

Dos puntos merecen comentario: 1º) El relativo a la causa del reconocimiento de deuda, respecto del cual se repite la doctrina contenida en S. 8 marzo 1956, pero que deja sin resolver la cuestión de si tal reconocimiento es, o no, negocio abstracto (como se sabe, predomina la opinión negativa: LACRUZ, *Elementos*, II-2º, pp. 135 s.). 2º) La calificación de *ilícita* a la cláusula que establece el pago en marcos alemanes, lo que parece, al menos, excesivo a la vista del actual desarrollo doctrinal y jurisprudencial del tema de los pagos en moneda extranjera (G. G. C.).

2. Obligaciones y contratos

1. *Interpretación de contrato. Concepto de "planta baja" de un edificio.* La indicación de "planta baja", sin otra añadidura, no puede menos de ser referida, en su acepción corriente, a un local vano en su interior, con posibilidades de portalones practicables directamente a la vía pública. (Sentencia 4 mayo 1978; no ha lugar) que acepta implícitamente el concepto expuesto contenido en la sentencia recurrida.

2. *Interpretación de contratos. Facultad de los órganos de instancia.* *Revisión en casación. Interpretación de cláusula.* La interpretación de los negocios jurídicos es privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, aun en casos dudosos, ha de prevalecer en casación, salvo que la conclusión sea ilógica o absurda o desborde los límites del negocio; no incide en tales vicios la interpretación que el Tribunal "a quo" hace de un contrato en que se atribuye a una persona un determinado porcentaje de los beneficios líquidos "obtenidos" de la venta de "todos los departamentos y locales comerciales de un edificio en construcción", al entender que se refiere sólo a los locales vendidos con anterioridad al citado acuerdo y no al resultado total de la venta, basándose tal interpretación en el tiempo verbal "obtenido" utilizada en la cláusula. (Sentencia 17 octubre 1977; no ha lugar.)

3. *Interpretación de contratos. Criterios generales.* La fuerza de ley proviene de todo contrato hay que referirla, no a una de sus manifestaciones aisladamente consideradas, sino a su conjunto armónico, dado que los instrumentos son en general indivisibles y no pueden ser aceptados en parte, y en parte repudiados, porque a tenor del artículo 1.228 del Código civil, el que quiera aprovecharse de papeles privados habrá de aceptarlos en la parte que le perjudique. (Sentencia 5 enero 1978; no ha lugar.)

4. *Interpretación de contratos. Facultades de los órganos de instancia y del Tribunal Supremo.* En la interpretación de los contratos ha de prevalecer el criterio del Tribunal de instancia siempre que no sea desproporcionado o ilógico. (Sentencia 30 mayo 1977; no ha lugar.)

NOTA: En los estatutos de un inmueble en régimen de propiedad horizontal se decía que el local sería destinado a tienda, prohibiendo la instalación de industrias perturbadoras de la tranquilidad de los demás copartícipes. El Tribunal Supremo acepta el criterio del órgano de instancia que distingue, entre tiendas dedicadas a la venta de artículos al por menor y el negocio de Bar, indicando que éste supone una mayor perturbación para los vecinos, tanto por su horario, como por la naturaleza del negocio.

5. *Obligaciones recíprocas. Resolución por incumplimiento. Requisitos. Doctrina general.* Según constante jurisprudencia, la resolución contractual por incumplimiento de obligaciones recíprocas, requiere determinadas exigencias, entre las que, como más importantes, se encuentran la de que el principio de reciprocidad esté perfectamente caracterizado de tal modo que no se conciban unas obligaciones sin las otras, que exista verdadero incumplimiento y no sólo *incumplimiento tardío* (sic), en relación con el tiempo estipulado, que la acción resolutoria la ejercente el perjudicado, o sea, quien cumplió lo que le incumbía y sufre el incumplimiento de la otra parte, debiendo manifestar su decisiva voluntad respecto a la opción —resolución o cumplimiento— que el artículo 1.124 del Código civil le otorga, y la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido.

Contrato de obra. Improcedencia de la resolución. Falta de ejercicio. **Obra no terminada.** No ha lugar a la resolución del contrato si el actor (contratista) se limitó a reclamar las cantidades que al concluir la tercera fase del edificio se le adeudaban más la indemnización de perjuicios, y no ejercitó acción resolutoria con relación al contrato, quedando como aún quedaba por llevar a efecto la realización de la cuarta fase del edificio, cuya construcción constituía el objeto del contrato de obra en su totalidad y no por piezas.

Exceptio non adimpleti contractus. Ha de oponerse expresamente. No procede si el incumplimiento está justificado. No puede estimarse la *exceptio* porque no la opuso formalmente el actor a la demanda reconvenional, más aun cuando se estimase haberse opuesto de forma expresa tampoco podría acogerse porque también hubo por su parte incumplimiento de contrato o, al menos, inadecuado cumplimiento del mismo, circunstancia que justificaría por parte de los demandados el impago de la cantidad que adeudan, poniendo de relieve la inexistencia de la deliberada voluntad rebelde al cumplimiento que se requiere para la efectividad del artículo 1.124 del Código civil.

Incumplimiento resolutorio. No lo es un simple retraso o una imperfección en el cumplimiento de la prestación.

Arbitrio del Tribunal en la resolución. Principio de equidad. En todo caso, obró acertadamente el Tribunal de instancia al utilizar el arbitrio que el párrafo 3.^º del artículo 1.124 le concede, en consonancia con los principios de equidad que inspiran éste.

Incongruencia. Necesaria invocación del artículo 359 LEC. No es suficiente la cita del ordinal 2.^º del artículo 1.692 LEC, sino que es precisa también la del precepto legal sustantivo que se estime transgredido, que en este caso lo constituye el artículo 359 LEC, y que a estos efectos ha de tenerse como norma de derecho material, pues constituye el principio básico de la congruencia (jurisprudencia constante y uniforme: SS. de 13 octubre y 30 noviembre 1964, 10 noviembre 1966, 19 abril 1972 y 1 diciembre 1977, entre otras). La omisión de la cita del indicado precepto es contraria a la precisión exigida por el artículo 1.720 LEC, e incurre en la causa de inadmisión —en este trance, de desestimación— del número 4.^º del artículo 1.729 de la misma Ley. (Sentencia 7 febrero 1978; no ha lugar.)

NOTA: Se había contratado la construcción total de un edificio, estipulándose el pago del precio en cuatro períodos de la ejecución de la obra (cubierta del tejado, cierre de fachada, terminación de toda la tabiquería interior y entrega de llaves). Al término de la tabiquería, suspendió el contratista las obras por falta de pago de las cantidades que los comitentes le adeudaban, demandándoles en reclamación de las mismas más los daños y perjuicios. Opusieron los demandados la existencia de graves deficiencias en la construcción (singularmente en la fachada), y por reconvención pidieron se condonara al contratista a cumplir, realizando la obra de conformidad con el proyecto, en el plazo prudencial que el Juez había de señalar. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvención. Estimando parcialmente la apelación, la A. T. mantiene la condena de los demandados y, en estimación de la reconvención, condena al actor a la terminación de la obra en

el plazo que se determine en ejecución de sentencia. Recurrió en casación el contratista denunciando, básicamente, violación por no aplicación del artículo 1.124 del Código civil.

La sentencia extractada rechaza el recurso con invocación de una doctrina jurisprudencial en la que los requisitos de aplicación del 1.124 se acumulan yuxtaponen unos a otros, oscureciendo en cierta medida las concretas razones del fallo. La más decisiva razón parece, sin embargo, hallarse en la circunstancia de que el actor no ejercitó en su demanda la acción de resolución (optando contrariamente por el cumplimiento), ni opuso tampoco formalmente la excepción de contrato no cumplido a la demanda reconvencional (a la que sólo se opuso con motivos de carácter procesal). Sobre ello, se añaden argumentos con los que, desde diversos ángulos, se atiende a la razón común de que no puede pedir la resolución el contratante incumplidor (en este caso, el contratista que ha construido mal el edificio), porque entonces está justificado el incumplimiento del otro (los comitentes que no pagan el precio correspondiente): en otros términos, el derecho a la resolución nace del incumplimiento primero. Es en este punto donde la sentencia decide que tal incumplimiento primero no lo constituyó la falta de pago por los comitentes. Mas aquí se superponen aún dos argumentos: el uno, genérico e invocado en línea de máxima, según el cual no es incumplimiento resolutorio un simple retraso en el cumplimiento de la prestación, razón que no conviene dar por admitida sin los necesarios distingos (sobre ello, vid. DÍEZ PICAZO, *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, ADC, 1969, páginas 383 y ss.; JORDANO, *Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita*, ADC, 1951, págs. 303 ss.). El otro argumento, más específico, advierte que, en el caso, el retardo no era imputable y se hallaba justificado (por la defectuosa o "inadecuada" construcción); tal es la precisa razón por la que el retraso no se considera aquí incumplimiento resolutorio. Más dudoso es si el retardo se consideró irrelevante por no haber mora, para lo que hubiera valido la invocación del párrafo último del artículo 1.100, precepto que la sentencia desde luego no cita. (J. C. P.).

6. *Novación propia o extintiva. Requisitos.* El efecto extintivo que emana del artículo 1.203 del Código civil sólo puede producirse, según revela el artículo 1.204, cuando se trate de una novación propia o en sentido estricto, deducible de apreciar el juzgador la existencia de una voluntad de las partes de dar vida a una nueva obligación, o que sea independiente, por causa de incompatibilidad, de la anterior a la que sustituye, generando un "animus novandi" que, al suponer una renuncia de derechos, no se presume.

Contrato de obra. Alteración del plazo de ejecución y de la forma de pago. Abandono de la obra por el contratista. No produce novación extintiva. La alteración del plazo de ejecución y de la forma de pago son meras modificaciones accidentales en la obligación preexistente, que al no ser determinantes de incompatibilidad no producen novación extintiva SS. de 16 mayo 1945, 26 abril 1955, 27 mayo 1959 y 5 marzo 1965, entre otras), como tampoco el abandono de la obra sin terminar por el contratista, pues afecta exclusivamente a la ejecución de la obligación y no a su constitución, que es lo a considerar en esencia a efectos de novación.

Interpretación de la voluntad de las partes a efectos novatorios. Efecto más débil. En materia de novación hay que entender que las partes, en tanto no se manifiesten expresamente por el módulo extintivo, han querido sólo el efecto más débil, y el deseo de conservar el vínculo y

no de extinguirlo (SS. de 30 diciembre 1935, 29 abril 1947, 29 mayo 1958).—(Sentencia 5 mayo 1978; no ha lugar.)

7. *Arrendamientos rústicos. Novación extintiva o modificativa.* La nota esencial de la novación la constituye la sustitución de una relación obligatoria por otra, hecha con el designio de modificar o extinguir la primera. Es esencial para que la novación sea extintiva el *animus novandi* de dar por extinguido el contrato primitivo por medio del posteriormente convenido, decisión ésta que han de declarar expresamente los contratantes como condición indispensable para que tal novación se produzca.—art. 1.204 del C. c.—, pero este requisito no ha de exigirse de forma tan rígida que impida, tratándose de contratos verbales, precisar la verdadera intención de los contratantes a través de la apreciación y valoración de los distintos elementos probatorios. Este Tribunal ha proclamado que no es preciso que la voluntad de novar conste de modo terminante en el caso de incompatibilidad de dos obligaciones, pues si ésta existe de modo manifiesto, tal circunstancia basta para impedir el cumplimiento de la primera, afirmando la jurisprudencia que la novación es extintiva si la modificación altera o varía la esencia. Hay incompatibilidad entre las obligaciones si se aumenta o disminuye el precio anteriormente estipulado o se varían la obligación contraída o sus condiciones principales. Hay novación extintiva en el caso enjuiciado al haberse alterado los dos elementos materiales más esenciales del arrendamiento, como son el objeto y la renta, sin que se oponga a ello el que las alteraciones dimanen de un evento ajeno a la voluntad de las partes, como es la concentración y reemplazo de fincas llevadas a efecto por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, porque las partes, lejos de acomodar la situación arrendaticia anterior a las normas de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, limitándose a señalar la porción de finca sobre la que el arriendo habría de continuar o rescindirlo el demandado si la situación no le convenía, arrendador y arrendatario, al margen de las citadas disposiciones legales, convinieron un nuevo contrato que extingue el primero por su incompatibilidad, en cuanto a sus elementos reales, con el concertado en sustitución del mismo. (Sentencia 7 marzo 1978; ha lugar.)

8. *Novación extintiva o modificativa. Conversión de arriendo rústico de renta inferior a 40 quintales métricos de trigo en otro de renta superior.* Si en virtud de juicio de revisión de renta, la merced arrendaticia, que era inferior a 40 quintales métricos de trigo, pasó a ser superior a dicha cantidad, se produjo una novación no meramente modificativa, sino extintiva del contrato de arriendo, ya que el contrato resultante de la modificación de renta, sometido a una normativa distinta, es incompatible con el anterior. (Sentencia 14 marzo 1978; ha lugar.)

9. *Compraventa de inmuebles. Prueba. Sentencia condenatoria por estafa contra vendedor.* La Sala sentenciadora no parte de lo resuelto por la jurisdicción represiva como de cosa juzgada material declarativa de la realidad de esos negocios bilaterales, sino que después de argumentar

minuciosamente acerca de los diversos datos acreditativos del concierto de voluntades entre vendedor y compradores —de tan innegable evidencia que el demandado parte de su presuposición para instar en vía reconvenencial la resolución por incumplimiento— alude *ex abundantia* a la condena impuesta al vendedor por la autoría de dos delitos de estafa al haber hipotecado después de su enajenación los pisos vendidos como libres de cargas, tipificación punitiva que hubo de basarse en la existencia de los contratos y el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los compradores.

Resolución por incumplimiento. Las deficiencias no implican incumplimiento. "Favor contractus". Las deficiencias apreciadas no significan incumplimiento a efectos del artículo 1.124 pues constante jurisprudencia, que responde al principio de la conservación del negocio, exige que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, o un hecho obstativo que de modo absoluto definitivo e irrefutable lo impida, situaciones que el Tribunal sentenciador descarta al afirmar que no puede estimarse acreditado que los actores no cumplieran las obligaciones establecidas en el contrato de compraventa en cuanto a las cantidades que deberían abonar en especie.

Error de hecho. Documento auténtico. Doctrina general. A efectos de casación el error de hecho ha de acreditarse por actos o documentos auténticos, entendiendo por tales los que, teniendo legitimidad de origen y fehaciencia de contenido, acrediten por sí mismos, sin necesidad de operaciones lógicas, un resultado en abierta discrepancia con el afirmado por el juzgador *a quo*, notas configuradoras de la autonomía del documento auténtico en su doble manifestación, aludida por la doctrina, de autosuficiencia y literosuficiencia. (Sentencia de 25 febrero 1978; no ha lugar.)

Quizá lo más interesante del caso resuelto por esta Sentencia no haya sido objeto de debate en casación, aunque pudo serlo con evidente trascendencia. Las ventas en cuestión (de piso y de local) fueron, en su parte principal, a cambio de prestaciones de los compradores integrantes de contratos de obra (fontanería, electricidad, etc.), lo que obliga a plantearse el tema de la calificación del contrato, ya que aquéllas no entran en el concepto de "signo que represente al dinero" del artículo 1.445. Sobre el tema, v. RUEINO, *La compravendita*.² (Milano 1962, pág. 242).

10. *Compraventa. Ausencia de causa por falta de precio real. Simulación. Indicios.* Se guarda riguroso acatamiento al enlace preciso y directo exigido por el artículo 1.253 del Código civil, cuando la ausencia de causa por falta de precio real en las referidas compraventas, generante de una situación de simulación contractual encaminada a desvirtuar los normales efectos del testamento otorgado por doña C. R. B., y concretamente los derechos legitimarios de sus hijos los demandantes, se deduce de los siguientes hechos demostrados, no impugnados por la causa del núm. 7.^º del artículo 1.692 LEC: (a) que hasta después del fallecimiento de la testadora y vendedora los adquirentes demandados nada comunicaron a los (legitimarios) actores acerca de los contratos referidos en las escrituras en cuestión, emitiendo frente a ellos la realización de cualquier acto por el que pudieran venir en su conocimiento, (b) que des-

pués de otorgadas las escrituras de venta de determinadas casas, siguiera la titulada vendedora cobrando las rentas que satisfacían los arrendatarios, entre ellos un hijo suyo, firmando incluso los recibos acreditativos del pago de tales rentas, (c) que nada revele que (la vendedora) estuviere en la necesidad de allegarse recursos económicos que pudieran justificar se vierá obligada a vender las fincas en cuestión, (d) ni que en su patrimonio hubiesen ingresado las cantidades correspondientes a los precios de las referidas compraventas, (e) cuyo valor objetivo en orden a las fincas en ellas comprendidas se cifra en 900.000 pesetas, muy superior y enteramente desproporcionado con el contractualmente fijado, (f) como tampoco que en el patrimonio del comprador don J. P. R. se hubiere producido una baja de 200.000 pesetas que dice haber pagado como precio, (g) y no exista justificación acreditativa de que la otra titulada adquirente tuviera disponibilidades económicas bastantes para pagar el precio de las dos fincas, y por el contrario evidenciando lo actuado sus no grandes posibilidades económicas; (h) el grado de íntima amistad entre don J. P. R. (comprador de una de las fincas) y la vendedora, e incluso que ésta y la esposa de aquél (compradora de las otras dos fincas) son primas hermanas, (i) unido a contradicciones fácticas apreciadas en los referidos designados adquirentes.

Presunción judicial. Enlace preciso y directo. Facultades del Tribunal de Instancia. Impugnación en casación. El enlace demandado en la presunción judicial, resultante de dar por conocido un hecho que no lo era a través de otro que sí es conocido, es de la libre apreciación de la Sala sentenciadora en instancia (SS. de 2 octubre 1929, 3 junio 1946, 24 marzo 1950, entre otras), al corresponderle en su soberanía decisora no sólo la estimación de la prueba necesaria para fijar el hecho base y fundamento de la presunción, sino también, y en mayor consideración, en libertad de juicio en relación con el enlace preciso entre el hecho justificado como antecedente y el que haya de deducir por conclusión en el razonamiento lógico, únicamente alterable en casación (SS. de 12 noviembre 1960, 31 enero 1961 y 7 febrero 1962) si se apreciare no estar fundada la existencia del hecho que sirve de base a la presunción, o si fuere absurda, ilógica e inverosímil la deducción a que el juzgador ha llegado, lo que no sucede en el presente caso.

Presunción de realidad y licitud de la causa. Carga de la prueba, dispensa de prueba y prueba en contrario. Presunciones legales y judiciales. Apreciada la carencia de causa por vía de presunción judicial, se destruye la realidad y licitud que establece el artículo 1.274 (*sic*) del Código civil, tanto porque aquel módulo presuntivo probatorio significa el adecuado cumplimiento de la carga de prueba impuesta por el artículo 1.274 (*sic*) del Código civil, cuanto por suponer el artículo 1.250 una mera dispensa de prueba al favorecido por las legales y por consiguiente no aplicable a las no establecidas por la ley, como las judiciales, aparte de que incluso las presunciones legales, al ser de naturaleza *iuris tantum*, cual se deduce del contexto del artículo 1.251, permiten la prueba en contrario, salvo los casos en que venga expresamente prohibido. Sentencia 15 noviembre 1977; no ha lugar.)

NOTA: Las citas del artículo 1.274 deben, obviamente, entenderse referidas la primera al artículo 1.277, y la segunda al 1.214 (que son los que expresamente invocaba el recurrente como infringidos por violación). No se ve claro, de otra parte, el sentido de la alusión al ámbito de la dispensa establecida en el artículo 1.250, aplicable sólo a las presunciones legales y no a las judiciales, pues legal era precisamente la presunción (art. 1.277) invocada por el recurrente en su amparo. La verdadera razón de desestimación se encuentra, ante todo, en que por la vía de la presunción judicial estimada se dio cumplimiento al artículo 1.214, al tiempo que decaía la presunción legal del 1.277, conforme admite en general el 1.251 (y en particular el propio texto del 1.277).

(J. C. P.)

11. *Clases de contratos. De suministro y de compraventa con prestaciones periódicas.* Se trata de figuras contractuales distintas, en el sentir de la doctrina científica y la jurisprudencia, aunque puedan ser consideradas modalidades de una tipología contractual básica.

Contratos por correspondencia. Mientras el Código civil acoge la teoría del conocimiento —art. 1.262, 2.º— el Código de Comercio sigue la de la declaración o emisión —art. 54—.

Consentimiento contractual. Impugnación de la realidad del consentimiento. Si la sentencia de instancia da como surgida la voluntad común final constitutiva del consentimiento, la realidad de éste sólo es impugnable utilizando el cauce del art. 1.292, núm. 7, de la LEC. (Sentencia de 3 mayo 1978; no ha lugar.)

12. *Principio de congruencia.* La reiterada doctrina establecida por esta Sala, en exégesis del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, revela un aspecto de comparación en que el juzgador ha de someterse al brocardo *sententia debet esse conformis libello* y no contravenir el principio general de derecho *quod non est in actis non est in mundo*, para no dejar a los litigantes sin la posibilidad de rebatir, durante el curso del proceso, los problemas debatidos.

Principio de congruencia. No hay posibilidad de generar incongruencia cuando la decisión judicial en alzada no produce agravación del fallo perjudicial al apelante.

Contradicción entre los pronunciamientos del fallo. Incide en la causa de casación prevista en el núm. 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la sentencia recurrida que, de un lado reconoce la validez sin limitación alguna de un contrato de permuta respecto de determinada finca y, de otro lado, ordena que se asigne esta misma finca a la permutante dentro del lote de bienes que le corresponde entre los dejados a su fallecimiento por sus padres.

Interpretación del contrato de permuta. Hay violación, por inaplicación, del párrafo primero del artículo 1.281 del Código civil, al ser clara la intención de los contratantes de que la finca mencionada, a virtud del fenómeno jurídico de la permuta, quedaba excluida de la actividad participal.

Valor de los documentos privados. No puede desvirtuarse la realidad y eficacia de la permuta con base en el desconocimiento de su contenido.

pues ello supondría vulnerar lo dispuesto en el artículo 1.225 Código civil, cuyos requisitos se dan en este caso.

Valor de los documentos privados reconocidos legalmente. Envuelven una presunción de veracidad extrínseca, que libera de la prueba de la veracidad a quien en él se ampara sobre el contenido del documento, y si no impide que pueda ser discutida en cuanto al fondo de la obligación que en él se contenga y la consiguiente validez del contrato, ello requiere que se pruebe y reconozca la existencia de los hechos que puedan desvanecer aquella presunción, sin que pueda bastar la alegación de haber firmado el documento sin enterarse de su contenido, lo que aparte de no ser normal, no viene reconocido como probado en la sentencia que se impugna.

Desequilibrio de valor entre los bienes permutados. La permute no requiere identidades de valor pues el posible desequilibrio económico, aparte de poder responder a consideraciones subjetivas o especiales de los permutantes, no afectaría en todo caso a la existencia del contrato, sino simplemente a aspectos que pudieran generar rescindibilidad o de compensación entre otros.

Ausencia de modo y tradición. Deducido que la demandante no ha adquirido la propiedad de la finca discutida, por ausencia de modo y tradición a su favor por haber sido permutada al demandado, desposeyendo a dicha demandante de título actual sobre la finca, la atribución del dominio a la primera y la privación de éste al segundo, en que incurre la sentencia impugnada, revela manifiesta infracción de los artículos 609, párrafo segundo, y 348 del Código civil. (Sentencia de 20 febrero de 1978; ha lugar.)

13. *Resolución del arrendamiento. Situación contractual compleja.* La sentencia recurrida, sin negar que los contratos hayan nacido y alcanzado su perfección, afirma su recíproca dependencia e íntima conexión, a pesar de su sustantividad formal, apreciando la unión de los negocios en juicio que comporta un problema de calificación.

Inadecuación del procedimiento. Al tratarse de una situación contractual compleja, integrada por diversas declaraciones de voluntad sin unión externa pero íntimamente relacionadas, no ha lugar a un proceso resolutorio del arrendamiento por cuanto el negocio de locación carece de verdadera independencia y propia sustantividad, y como corolario los que están vinculados por estos contratos deberán ventilar sus diferencias en el juicio declarativo que corresponda.

Ambito del juicio de desahucio. Doctrina general. Según reiterada jurisprudencia, no es correcta la utilización del juicio de desahucio cuando entre los contendientes median otros vínculos además de los nacidos del contrato de arrendamiento, originándose complejidad en las relaciones surgidas y la exigencia de acudir al proceso de cognición ordinario (SS. 23 noviembre 1967, 17 junio y 29 noviembre 1968, 13 marzo 1973, etc.), salvo la hipótesis de que el único punto debatido sea la expiración por cumplimiento del término (S. 16 abril 1975), o si las obligaciones conexas no han sido determinantes del acuerdo de voluntades y se hallan subordinadas a:

la duración pactada para el contrato (S. 2 junio 1975). (Sentencia de 2 febrero 1978; no ha lugar.)

El tema de los contratos coligados o conexos, que aquí se trata incidentalmente a propósito del ámbito objetivo de desahucio, ha sido ampliamente tratado por la doctrina italiana. Puede verse, con extensas referencias bibliográficas, MESSINEO, *Il contratto in genere* (Milano, 1968), I, págs. 719 y ss.

Hechos probados. Documentos auténticos. Las omisiones en que incurre la instancia al describir los hechos probados y las afirmaciones contenidas en documentos auténticos, como son: el documento privado de 19 de abril de 1975, reconocido por ambas partes y elevado después a escritura pública, y el documento privado igualmente reconocido por ambas partes, unido al folio 20 de los autos, demuestran que el actor no compró, ni arrendó luego, un negocio en marcha, sino simplemente un local en el que existía instalado un bar por obra del anterior arrendatario.

Incongruencia. No existe cuando el actor ha incurrido, en el suplico de la demanda, en error material, considerándose además que la calificación que da la parte a su acción no vincula al Tribunal. (Sentencia de 21 de abril de 1978: ha lugar.)

HECHOS: Transmitido el inmueble en que se explotaba un bar por un arrendatario, se intenta por el comprador el desahucio. Problema central era dilucidar si el arrendamiento era de local de negocio (como pretendía el actor, sentencia de la Audiencia) o de industria (sentencia de Primera Instancia, confirmada por el T. S.), pues en el segundo caso era inadecuado el procedimiento utilizado.

15. Calificación de contrato. Arrendamiento disimulado u opción de compra. La calificación del contrato no deriva únicamente del contenido del documento en que está consignado, sino también, y muy principalmente, de la prueba de presunciones que utiliza la sala de instancia en la que figuran como hechos base la ocupación de la vivienda de protección oficial mediante el pago de 6.000 pesetas mensuales, circunstancia que determina que el destino de la misma sea el arrendamiento y no el de los demás atribuibles a dicha clase de vivienda, como son, el de uso propio, venta al contado o a plazos, acceso diferido a la propiedad, cesión gratuita o en uso, hechos que no impugnados por el cauce procesal pertinente determinan que prospere el juicio deductivo del órgano *a quo* por no ser absurdo o ilógico. (Sentencia de 28 abril 1978; no ha lugar).

16. Arrendamientos urbanos. Derecho de retorno convencional a local en inmueble reedificado. El convenio entre arrendador y arrendatario por el que se concede al segundo el derecho de retorno "en los términos establecidos en la LAU", vincula a las partes al cumplimiento de lo acordado y, por su remisión, a los preceptos de la indicada ley.

Incumplimiento total de la obligación de reserva de nuevo local. Debe considerarse total el incumplimiento, si el local reservado no está dentro del área del edificio reconstruido sino en un patio contiguo al edificio y no forma parte de él, está totalmente privado de servicios higiénicos y de

acometida para instalación eléctrica y tiene tres metros de fachada en vez de los siete que tenía el primitivo local, por lo que el asignado es prácticamente inservible para el comercio que el arrendatario ejercía en el anterior local. En su virtud, el arrendatario tiene derecho a elegir local de negocio de características idénticas al que tenía en la finca antes de la reedificación, lo que implica, en su caso, el lanzamiento del ocupante, si el arrendador hubiera dispuesto de él. (Sentencia de 5 enero 1978; ha lugar.)

17. *Calificación del arriendo de una sección de un supermercado.* Si lo arrendado no fue un local independiente con acceso directo al público, sino una sección de un supermercado, en la que el arrendatario no instaló nada por su cuenta, funcionando el supermercado como complejo comercial constitutivo de un solo negocio, el arriendo debe considerarse de industria o negocio y no de local de negocio. (Sentencia 3 noviembre 1977; no ha lugar.)

18. *Renta de viviendas de protección oficial. Nulidad de los pactos sobre renta contrarios a la normativa legal.* Es nulo el pacto por el que las partes atribuyen a una vivienda de régimen de protección oficial una renta superior a la atribuida a la misma por la resolución del órgano administrativo competente. (Sentencia de 29 noviembre 1977; ha lugar.)

NOTA: En la nueva sentencia se afirma el carácter civil de la cuestión y la competencia de la jurisdicción ordinaria para entender en el juicio.

19. *Arrendamiento de industria. Distinción del de local de negocio.* Hay que calificar el arriendo de industria, no ya porque así se le califique en el contrato, sino porque el arrendador entregó una serie de elementos que son suficientes para evidenciar que lo arrendado no fue un puro local sino un negocio en marcha, cuya catalogación jurídica no puede depender de la importancia de la industria, ni el número de elementos que conste, con tal de que sirva para dar aquella configuración. (Sentencia de 25 marzo 1978; ha lugar.)

NOTA: El arrendador entregó al arrendatario una amplia cantidad de utensilios y maquinarias, asumiendo el segundo la obligación de conservarlos en perfecto estado de utilización y funcionamiento y atribuyéndose al arrendador el derecho a comprobar si el arrendatario está al corriente del pago de contribuciones, impuestos y cargas. Debe notarse que las dos sentencias de instancia entendieron que el arriendo era de local de negocio.

20. *Revisión de renta en la legislación especial de arrendamientos rústicos.* Según criterio jurisprudencial, la esencia de la revisión en la legislación de arrendamientos rústicos, viene determinada por la tendencia a que no se producan desequilibrios entre las prestaciones de los contratantes, para evitar que se altere, en beneficio de una de las partes, el contenido obligacional de un negocio jurídico creado por el mutuo consentimiento de las partes y al amparo de la libertad concedida a las

mismas para la fijación del precio del arriendo. La fijación de renta tiene su razón de ser en el concepto objetivo de la contraprestación de la entrega de la cosa cedida en arrendamiento y no en la circunstancia de la mayor o menor dedicación a ella del arrendatario. (Sentencia de 5. diciembre 1977; no ha lugar.)

21. *Retracto arrendaticio rústico. Unidades mínimas de cultivo.* Si las parcelas a las que se refiere el retracto, aun siendo de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, están físicamente unidas a otras también cultivadas por los arrendatarios, cuya extensión, sumada a las de las parcelas en cuestión, supera a la prevista para la unidad mínima de cultivo, el retracto no infringe los artículos 44 y 45 de la Ley de 12. enero 1963, sobre reforma y desarrollo agrario, que impiden pueda llevarse a cabo la subrogación de una finca rústica, cuando dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

Injusticia notoria por infracción de ley. Debe expresarse el concepto de la infracción denunciada y, el no hacerlo, es causa de inadmisión y, en su caso de desestimación. (Sentencia de 6 marzo 1978; no ha lugar.)

22. *Arrendamientos rústicos. Opción del núm. 3 del art. 27 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos.* Este derecho de opción no se produce por el mero hecho del anuncio del propósito de ejercitarlo, sino que precisa, en el caso de no aceptarse por el propietario, que se lleve a efecto por medio de la acción correspondiente. (Sentencia 20 diciembre 1977; no ha lugar.)

23. *Subarriendo arrendaticio rústico. Nulidad radical.* El subarriendo de fincas rústicas está expresamente prohibido y declarado nulo por el artículo 4, 1.^º del Reglamento de 29-IV-1959, siendo indiferente que haya o no consentimiento por parte del arrendador, pues se trata, según reiterada jurisprudencia, de nulidad radical y absoluta; de imposible convalidación, por violar dicho subarriendo una norma prohibitiva, lo que implica su ineficacia de modo insubsanable conforme al artículo 6, número 3 del Código civil.

Cesión inconsentida. Si el arriendo se concertó con una persona determinada y esta vive con su hermano, teniendo en comunidad su bienes, y cultivando a medias la finca arrendada, contribuyendo a los gastos y repartiéndose las ganancias, ello supone una cesión arrendaticia que, si no ha sido consentida por el arrendador, integra una causa de desahucio. (Sentencia de 8 abril 1978; no ha lugar.)

24. *Derecho de prórroga del contrato de arrendamiento rústico. Recíprocidad de obligaciones.* La circunstancia de que el arrendatario no haya cumplido con la obligación de notificar al arrendador, con un año de antelación, su voluntad de continuar el arriendo eximió al arrendador de la obligación señalada en el artículo 11, núm. 3 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, ya que la falta de cumplimiento, por el arrendatario, de su obligación de preaviso, libera al arrendador de la obliga-

ción de notificar su propósito de explotación directa con la antelación de un año, porque la reciprocidad de tales obligaciones requiere que, para el cumplimiento de las del contrario se hayan observado las propias.

Recurso de revisión arrendaticio rústico. Interpretación de contratos. La interpretación de contratos o documentos corresponde al Tribunal de Instancia, salvo que de manera clara y terminante, combatida por la vía adecuada, se demuestre que dicha interpretación resulta equivocada, desorbitada o ilógica. (Sentencia de 10 mayo 1978; no ha lugar.)

25. *Proceso arrendaticio rústico de desahucio. Consignación para recurrir.* Exigiendo la ley que el arrendatario esté al corriente de en el pago de las rentas contractuales vencidas durante el pleito, o consignarlas para poder ejercitar recursos, no excusa de tal obligación al arrendatario el hecho de que él mismo señale como fecha de finalización del plazo una distinta de la pretendida por el arrendador, si no pagó ni consignó la renta referida al plazo por él pretendido. El defecto de pago o consignación no puede entenderse sanado por la consignación de rentas llevada a cabo con posterioridad al transcurso del período de tiempo previsto para el ejercicio del recurso. (Sentencia de 12 mayo 1978; no ha lugar.)

26. *Arendamientos rústicos. Extinción del arriendo por extinción del usufructo.* El artículo 480 Código civil, en cuanto preceptúa que todos los contratos que el usufructuario celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de fincas rústicas, el que se considerará subsistente durante el año agrícola, tiene indudablemente carácter imperativo, estando la excepción establecida, no tan sólo en beneficio del arrendatario, como justa compensación de su labor, sino en beneficio de la agricultura, es decir, de toda la colectividad. (Sentencia de 16 marzo 1978; ha lugar.)

27. *Contrato de servicios profesionales. Pago de honorarios condicionado a la concesión de préstamo. Principio de buena fe. "Dolus pro impleta conditione".* El artículo 1.119 Código civil, basándose en el principio de la buena fe, que alcanza a todo contrato como primordial que es en la esfera del Derecho de Obligaciones, aplica la regla *dolus pro impleta conditione ut perinde habeatur ac si impleta conditio fuisset*, tiene por cumplida la condición cuando el interesado en que no se realice impide su cumplimiento; en el presente caso los honorarios profesionales de un perito industrial se condicionaron a la concesión de un préstamo por el Banco de Crédito Industrial, evento que debe tenerse por cumplido cuando se hizo entrega del capital, seguida de un depósito irregular, cuyo desbloqueo no procuró la entidad prestataria por móviles ajenos al actor. (Sentencia de 21 febrero 1978; no ha lugar.)

28. *Arrendamiento servicios de arquitectos. Reclamación de honorarios superiores a tarifas.* Según el artículo 2.º del Reglamento de 11 marzo 1936, los arquitectos podrán percibir honorarios superiores a los fi-

jados en las tarifas oficiales siempre que así se hubiere convenido previamente con el cliente, y en el presente caso los documentos no contienen la realidad de la existencia de un pacto expreso sobre los honorarios litigados, sino que se refieren únicamente al encargo de los planos, y sólo por incidencia aluden al importe de aquéllos, pero sin expresar rotundamente que se acepta el exceso que arrojan sobre los fijados en las tarifas oficiales.

Contradicción en el fallo. Doctrina general. La jurisprudencia tiene establecido: a) que la contradicción ha de resultar de los términos mismos del fallo, y no entre los hechos aceptados por la sentencia y dicho fallo (SS. 16 febrero y 31 enero 1957); b) que la contradicción denunciable ha de resultar de los términos del fallo entre sí (SS. 27 octubre 1966 y 15 noviembre 1968); c) que no arguyen contradicción el pronunciamiento que en parte accede y en parte rechaza una determinada pretensión divisible (S. 10 mayo 1945); d) que la contradicción no existe cuando se concede menos de lo pedido o cuando se desestiman algunas de las peticiones de la demanda y se estiman otras, si no son contradictorias entre sí estas peticiones (S. 23 marzo 1945); y e) que el fallo no contiene disposiciones contradictorias si condena a dos de las peticiones de la demanda y absuelve de otra, fundándose la Sala para esta absolución en la apreciación de la prueba (S. 26 abril 1932). (Sentencia de 13 marzo 1978; no ha lugar.)

29. *Contrato de obra. Precio cierto.* Existe no sólo cuando así lo hubiesen convenido las partes contratantes de manera expresa, sino también cuando por costumbre y uso frecuente en el lugar en donde la obra se realice es conocido o en el supuesto en que, sin haber determinado cuantitativamente su importe, se fija con relación a un hecho o suceso que lo determina (art. 1.447 del C. c.).

Fijación del precio por referencia a las "tarifas oficiales". Faltando tarifa general y uniforme fijada administrativamente, hay que referirse a las privadas de la empresa constructora, como debidamente autorizadas. Declarado probado que el comitente admitió, al encargar la obra, los precios que tenía fijado la empresa actora al manifestar que las obras y reparaciones se harían "de acuerdo con las tarifas oficiales" y "aceptando las prescripciones especificadas en las condiciones de varada, reparación y suministro de este Astillero", ello significa su conformidad con las tarifas establecidas por esta empresa y su aceptación sin reserva alguna, sin que la frase "tarifas oficiales" pueda interpretarse en el sentido de que tales precios y tarifas habían de estar fijados por un órgano administrativo competente para ello, pues acreditada está la inexistencia de una tarifa uniforme y general para todas las empresas dedicadas a la misma actividad, sino que hay que referirse a las que cada una de ellas tenga privadamente establecidas, como debidamente autorizadas.

Casación. Defectos del recurso. Prescripción de la acción nacida de reparaciones en el buque. Incorrecta denuncia de aplicación indebida del artículo 952 del Código de comercio si el aplicado fue el 944. Puesto que la Sala sentenciadora, para desestimar la excepción de prescripción, no

hace aplicación del artículo 952 del Código de comercio, que establece el plazo de prescripción de la acción ejercitada en el pleito, sino que se basa en el artículo 944 del propio Código, que determina los hechos por los que el plazo prescriptivo se interrumpe, no existió aplicación de aquel precepto legal (que es la que se denuncia), y sí de éste (que no se denuncia), por lo que debe perecer el motivo. (Sentencia de 28 abril 1978; no ha lugar.)

30. *Cosa juzgada. Absolución en la instancia. Valor de los considerandos.* Si bien en términos generales el fallo de la sentencia es la parte que verdaderamente resuelve la cuestión litigiosa, en ciertos casos también deben ser tenidos en cuenta los considerandos predeterminantes de esa resolución, por lo que, en el caso de autos, aunque en la parte dispositiva no se proclama que la absolución de la demanda es por resultar extemporáneamente deducida, o por estar condicionada a la previa reparación de la obra mal ejecutada, sin embargo, los aludidos considerandos imponen esa conceptuación, pues comportan una verdadera absolución en la instancia, que no puede producir excepción de cosa juzgada.

Carga de la prueba. "Quantum" del precio reclamado. No hay infracción del artículo 1.214 del Código civil, pues, aunque no se citara expresamente, la sentencia, para estimar que efectivamente ese era el resto del precio convenido que faltaba por pagar, tiene en cuenta la prueba practicada, según así lo hace constar expresamente cuando afirma que "por las pruebas y hechos expuestos, se demuestra cumplidamente que la tradición convencional ha tenido lugar", y proclama que "el precio debe satisfacerse, entre otras razones, porque, en estas circunstancias, el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio del dueño de la obra".

Casación. Error de hecho. Prueba pericial. Libre apreciación. Su incorporación a los autos no la convierte en vinculante. La libre apreciación de la prueba pericial, realizada dentro de sus facultades por el Tribunal de instancia, no es censurable en casación. La mera circunstancia de que esta prueba se incorpore a los autos, y adquiera, por tal causa, la categoría de actuación judicial según se preceptúa en el núm. 7º del artículo 596 LEC, no altera su naturaleza jurídica, ni la convierte, por tanto, en vinculante para los Tribunales. (Sentencia de 17 abril 1978; no ha lugar.)

Según consta de los antecedentes, la sentencia que puso fin al primer pleito proclamaba que "reconocido por la propia sociedad demandante que la obra de alicatado que realizó adolece de notorias deficiencias que imponen la necesidad de una reparación... carece de acción, en tanto no execute debidamente la obra contratada, para exigir del dueño el pago total del precio estipulado por la total ejecución de la obra, por lo que... está condicionada a la ejecución de esta obra pendiente...", declarando en su parte dispositiva "no haber lugar a la demanda promovida por la compañía mercantil T. y A., S. A., contra don M. B. B., absolviendo de ella al citado demandado...".

Por lo que se refiere al tema de la carga de la prueba, es evidente que en la sentencia se involucran dos cuestiones distintas: una, el nacimiento del derecho del actor al cobro del resto del precio, que se deriva de la circunstancia —probada— de haber tenido lugar la "tradición con-

vencional"; otra, el "quantum" de ese resto del precio, negado en la instancia por el recurrente, quien ahora cuestiona precisamente la falta de prueba de tal extremo. Por otro lado, la parte final del razonamiento anotado (donde se contiene alusión implícita al art. 1.256 C. c.) no se ve que tenga relación con el tema de *onus probandi* suscitado.

31. *Casación. Error de hecho. Cauce procesal inadecuado.* Lo es el del número 1.^º del artículo 1.692 LEC.

Documentos que no bastan para poner de manifiesto la equivocación del juzgador. (a) La certificación de la Delegación del Instituto Nacional de Previsión en que un señor figura como patrono de otro, porque tal circunstancia no impide que pueda dedicarse particularmente a otras actividades; (b) la certificación del Registro Mercantil, porque si bien es obligado inscribir en la oficina tabular los apoderamientos de las compañías mercantiles (art. 62, 6.^º del Código de comercio) o el nombramiento de sus administradores (art. 86, núm. 5, del oportuno Reglamento), ello no afecta al otorgamiento de poderes para llevar a cabo uno o varios actos concretos, que, como el aquí discutido, no están sujetos a inscripción (art. 86, núm. 6); (c) la certificación de la Delegación de Hacienda, porque no se opone en absoluto a las afirmaciones contenidas en la resolución impugnada, en la que se tienen presentes los diversos elementos de prueba admitidos en juicio; (d) una carta que ha sido analizada e interpretada por la Audiencia Territorial, lo que le priva de eficacia a estos efectos; (e) las manifestaciones vertidas por los testigos en sus declaraciones, porque tampoco constituyen documento auténtico respecto a la casación.

Litisconsorcio pasivo necesario. No se da, en cuanto a la ejecución de un contrato, respecto del representante a medio del cual se concluyó. Concluido un negocio jurídico por medio de un representante, cuya representación ratificó con su conducta ulterior la entidad demandada, no afectan a aquél para nada los efectos que del mismo deriven, ni le es aplicable la *exceptio plurisconsorcial* (S. de 3 mayo 1977).

Mandato sin poder y simple representación. Distinción. Ratificación. Aun cuando el mandato sin poder y la simple representación constituyen conceptualmente figuras jurídicas distintas productoras de efectos diferentes (SS. de 1 febrero 1941 y 17 diciembre 1959), lo cierto es que tanto si la persona que intervino en el contrato objeto de debate en nombre de la recurrente lo hizo como mandatario verbal de ésta, en la forma permitida por el párrafo segundo del artículo 1.710 del Código civil, como si actuó sin poder ni autorización de ella, se llegaría a idéntica conclusión (...), puesto que en el primer caso entraría en juego lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.727 de dicho Código y jurisprudencia que lo desenvuelve (SS. de 15 junio 1966 y 25 octubre 1975), y en el segundo el artículo 1.259, párrafo segundo, y sentencias de 25 marzo 1968 y 31 marzo 1971, con lo que el contrato celebrado quedaría convalidado al haber sido ratificado, como sucedió en el presente caso, por la entidad mercantil en favor de la cual se otorgó, según el brocado *ratihabitio mandato comparatur*, al haberse suplido con ella la falta de consentimiento de la última y convertido en válido el negocio desde su origen. (Sentencia de 15 noviembre 1977; no ha lugar.)

32. *Contrato de transacción.* No lo es un convenio meramente preparatorio. No constituye contrato de transacción perfeccionado, sino tan sólo la denominada fase de generación o preparación contractual, que es la primera de las que integran la vida del contrato, el convenio por el cual las partes establecieron las líneas fundamentales del negocio jurídico, remitiendo la ultimación definitiva a acuerdo posterior, que quedó conferido a los dos letrados que designaron con dicha finalidad, por lo que no es posible apreciar el consentimiento que es uno de los tres elementos esenciales de todo contrato, establecido en el número 1º del artículo 1.261 del Código civil. (Sentencia de 3 octubre 1977; no ha lugar.)

33. *Contrato de precario. Obras de mejora realizadas por el precarista.* Las mejoras fueron realizadas por el recurrente, actor en el pleito, en finca que ocupaba gratuitamente por mera tolerancia de su dueño, situación perfectamente conocida por aquél, por lo cual no pueden aplicarse los arts. 361 y 453 y siguiente, sino más bien el 444, ya que el poseedor en precario que conoce que el terreno en que planta y la casa en la que realiza obras no le pertenecen carece de buena fe, y si hace las obras es para su comodidad; en el presente caso se da una ocupación gratuita durante quince años, y por ello, al terminar el disfrute dichas obras habrán de quedar en beneficio de la propiedad.

Enriquecimiento injusto. No se da si concurre una finalidad compensatoria. Si existe una contrapartida al sacrificio económico del actor, esa es la causa del enriquecimiento del demandado que, al existir, matará la acción que hubiera podido ejercitarse en otro caso; en el presente caso el desplazamiento patrimonial desde el precarista al dueño de la finca se produce con una finalidad ampliamente compensatoria, cual es la de procurarse una mayor comodidad durante los muchos años que gratuitamente había de disfrutar del inmueble; además, según se declara probado, la incorporación de las mejoras al inmueble está expresamente pactada. (Sentencia de 22 marzo 1978; no ha lugar.)

Supuesto de hecho interesante por las dificultades de calificación, que muy probablemente dieron origen a la discrepancia de las sentencias de instancia. En 1957 hubo un acuerdo de cesión de parte de las dependencias de una finca urbana sita en un pueblo de la Rioja alavesa en favor del actor, quien con su familia las utilizó preferentemente durante la temporada de verano; la ocupación ha sido gratuita y ha durado quince años durante los cuales el cessionario ha realizado obras de mejora cuyo importe de casi un millón de pesetas reclama en este pleito, así como el derecho a llevarse los adornos de lujo siendo posible. Conviene añadir que, con anterioridad el actor pretendió se declarase su derecho de usufructo vitalicio sobre la misma finca, siendo desestimada su pretensión.

Como se sabe (véase CASTÁN, IV, 10.^a ed., págs. 431 s.) hay una corriente doctrinal opuesta a admitir la figura del contrato de precario como independiente del comodato. Sin embargo, parece que tal figura se da en el presente caso. Es importante la declaración de que el precarista no puede alegar buena fe sobre las obras que realice en la cosa cedida. La S. del T. S. para eludir la aplicación del enriquecimiento injusto da por probado que se pactó que las obras quedaban en beneficio de la propiedad, cosa que no resulta muy clara del texto íntegro de la sentencia.

34. *Contrato atípico de desmantelamiento. Prueba de presunciones.* La prueba del incumplimiento no se fundamentó en meras presunciones, sino en prueba directa, lo que impide se estime violado el artículo 1.253 Código civil; por otra parte, la existencia o inexistencia del enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se pretende deducir a través de las presunciones está encomendado a la libre apreciación del Tribunal sentenciador, sin que la conclusión a que éste llegue sea censurable en casación salvo que se acredeite adecuadamente que sea ilógica, absurda o inverosímil, lo que no se ha producido en el presente caso.

Resolución por incumplimiento. Voluntad rebelde. La voluntad rebelde al cumplimiento puede quedar justificada por la prolongada inactividad o pasividad del deudor, frente a los requerimientos de la otra parte contratante, que es precisamente lo aquí ocurrido, pues el actor no sólo no desmanteló o derribó las edificaciones y retiró sus escombros antes del 31 de diciembre 1971, como se había comprometido, sino que continuó ocupándolas en su beneficio, a pesar de ser requerido para su desalojo en 14 de noviembre de 1973, hasta que tuvo que ser lanzado de ella como consecuencia de la ejecución de una sentencia de desahucio por precario. (Sentencia de 11 marzo 1978; no ha lugar.)

35. *Responsabilidad civil. Muerte de trabajador por accidente en una cantera. Legitimación pasiva y responsabilidad directa por culpa "in vigilando" del encargado de la misma. No se altera por ser éste además coadministrador de la sociedad titular de la cantera.* Basando esencialmente el Tribunal de instancia la legitimación pasiva y responsabilidad directa por culpa "in vigilando" del demandado en (a) que actuaba como encargado de la cantera donde se produjo el resultado lesivo, (b) que era conocedor de las deficiencias que en la instalación de la maquinaria a ella afectada pudieran existir, y (c) que la cinta transportadora carecía de los elementos de aislamiento necesarios para evitar que arrastrase a quien por sus inmediaciones estuviera, es llano que aquella legitimación y responsabilidad no resultan sustancialmente afectadas por la circunstancia de que el demandado fuese, además, coadministrador de la sociedad que era la empresa titular de la cantera en la ocasión de autos.

Responsabilidad civil. No es necesaria la previa ilicitud del acto. Previsibilidad y diligencia exigible. Insuficiencia del cumplimiento de las disposiciones reglamentarias. Conforme a la doctrina jurisprudencial (SS. de 30 junio 1959, 7 enero 1960, 14 octubre 1961 y 5 abril 1963, entre otras), es errónea la tesis de que no incurre en responsabilidad derivada de culpa o negligencia quien se halla respaldado por una legalidad y su actuación es conforme con el Derecho establecido, porque tal tesis permitiría amparar actos u omisiones productores de un daño previsible, que, por serlo, el artículo 1.902 del Código civil los considera como generadores de una responsabilidad, para cuya existencia no es necesaria la previa ilicitud, y que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prevenir y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, ello revela la insuficiencia de los mismos y que faltaba algo que prevenir y no se hallaba completa la diligencia.

Casación. Documento auténtico. No son auténticos a efectos de casación los mismos documentos que el Juzgador examinó y tuvo en cuenta para emitir su fallo.

Defecto formal del recurso. Lo es no expresar el concepto en que se estiman infringidos (si por violación, interpretación errónea o aplicación indebida) los preceptos legales que en los motivos se citan, con lo que se está en la causa de inadmisión prevista en el núm. 4º del artículo 1.729 en relación con el 1.720 de la LEC. (Sentencia de 8 noviembre 1977; no ha lugar.)

HECHOS: Un peón que trabajaba en una cantera fue alcanzado por una cinta machacadora, falleciendo a las pocas horas. En acta de visita de policía, la Delegación Provincial de Industria había autorizado la puesta en marcha del grupo de trituración, aun careciendo de ciertos elementos de aislamiento, cuya colocación simplemente se "aconsejaba" como "medida recomendable".

COMENTARIO: Se reitera una vez más la doctrina según la cual la antijuricididad no constituye presupuesto del juicio de responsabilidad civil (Vid., especialmente, S. de 7 enero 1960). La tendencia a la consolidación no debe, sin embargo, ocultar cuanto de impreciso tienen las nociones que aquí se manejan. Ciertas reservas se imponen cuando se declara prescindir de un elemento que no se sabe muy bien en qué consiste. Y tal sucede con la ilicitud o antijuricididad en materia de responsabilidad civil ("uno de los puntos más oscuros y difíciles del Derecho de daños", según DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, 2.ª ed., Madrid, 1973, pág. 255). La sentencia aquí extractada parece viene a reforzar la dirección según la cual la ilicitud queda embebida en la culpabilidad, y pierde por consiguiente sustantividad como presupuesto autónomo. Pero la jurisprudencia que excluye el requisito de la ilicitud, tiene que haber partido, para hacerlo, de un concepto previo de la misma. Si éste ha sido —como parecen sugerir los términos de la sentencia anotada— el de la tradicional concepción estricta de la ilicitud, en el sentido de contravención de una disposición legal, entonces es obvia la necesidad de excluir tal presupuesto para hacer responder por un acto que se conforma con las disposiciones legales. Pero se acoge por la doctrina moderna una noción más amplia de la ilicitud, y si se la define como "genérica contravención del ordenamiento y como una lesión de la esfera jurídica ajena carente de una causa de justificación" (DÍEZ-PICAZO, *ibid.*; cfr. también ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, pág. 84), mal se puede objetar que dicha nota es siempre característica de la responsabilidad aquiliana, en cuanto no se indemnizan los daños justamente causados. La doctrina de la sentencia mal se aviene con esta concepción al afirmar lapidariamente que "no es necesaria la previa ilicitud" del acto lesivo. A menos que se la entienda —como considero procedente en un análisis más ponderado y menos definitivo— en el sentido de que, simplemente, el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias no constituye causa de justificación del acto lesivo.

36. Culpa extracontractual. Accidente de circulación. Inversión de la carga de la prueba. No violación del artículo 1.214 Código civil. No se produce violación por falta de aplicación del artículo 1.214 Código civil, precepto legal sustantivo que con carácter genérico resuelve el problema del *onus probandi*, ya que a impulso de la doctrina dominante en el ámbito civil, por imperativo de la necesidad de reparar los daños causados en el intercambio social de actividades, la jurisprudencia de esta Sala

viene inclinándose de forma acusada hacia una apreciación cada vez más objetiva de la llamada culpa aquiliana, en virtud de la cual, sin prescindir de los perfiles subjetivos, lo que todavía es imposible dentro de nuestra normativa, pondera, de manera fundamental, el riesgo inherente a la movilización de determinados elementos, conducente a la inversión de la carga de la prueba, en el supuesto de posesión de un vehículo de motor.

Responsabilidad por riesgo. El uso de un automóvil ya de por sí implica un riesgo para el tráfico, suficiente para crear la responsabilidad en tanto la Sala de Instancia no la declare desvirtuada por un actuar extraño generador del daño causado.

Probabilidad de culpa. Cuando resulte evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa, puede presumirse ésta y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción, y bien entendido que para no tomar en cuenta la antijuridicidad y la culpa, si en principio existen, es necesario demostrar que el actor del hecho causal del daño había procedido con la diligencia y cuidado debidos según las circunstancias, y que el accidente fue debido a causas que le fueron completamente ajenas.

Cuantía de la indemnización. Según reiterada jurisprudencia el módulo cuantitativo indemnizatorio es de la exclusiva soberanía de la Sala sentenciadora, que en este caso lo ha hecho con objetiva y ponderada apreciación, en consideración a las consecuencias lesivas que de presente y para el futuro se producen a la víctima a causa del hecho en cuestión.

Error de hecho en la apreciación de la prueba. Sólo puede entenderse cometido cuando se hubiese desconocido un determinado precepto que valiere un medio de prueba legal, o no se dé a éste la eficacia que la ley le concede, lo que requiere la específica y concreta cita del precepto legal que los recurrentes estimen infringido. (Sentencia de 3 febrero 1978; no ha lugar.)

En el accidente un camión que circulaba muy pegado a su acera golpeó a un niño de ocho años, lanzándolo a la calzada y causándole una incapacidad permanente que supone un deterioro psíquico de tipo orgánico con regresión de su personalidad. La indemnización se fija en dos millones de pesetas, cifra que puede considerarse no sólo razonable, sino moderada.

37. *Culpa extracontractual. Muerte de bañista en piscina pública. Falta de prueba de los requisitos de los artículos 1.902 y 1.903. Inexistencia de responsabilidad.* Declarado probado que la víctima se sumergió en una de las piscinas del Club Natación de T., propiedad del Ayuntamiento, en la que se hallaban numerosísimos bañistas, y advertida por alguien no determinado su presencia debajo del agua, sin que aquélla pidiera auxilio con la voz, o se hicieran en la superficie del agua las gesticulaciones y movimiento de quien se está ahogando o se encuentra en grave apuro, fue sacado rápidamente y mientras se solicitaba con urgencia una ambulancia, en el mismo borde de la piscina fue atendido por los socorristas —entre los que se encontraba uno de los demandados—

practicándose la respiración artificial boca a boca, dándole masajes al corazón, turnándose cada quince minutos, logrando que expulsara en los primeros momentos gran cantidad de comida sólida y vino, y llegada la ambulancia, continuó practicándose la respiración artificial, sin que, a pesar de los esfuerzos y atenciones recibidas se le pudiera salvar la vida; se deduce de todo ello que si bien concurre el requisito objetivo, faltan los requisitos subjetivos y causales del artículo 1.902, ya que los socorristas aplicaron las conocidas técnicas de socorrismo, proceder al que no se le puede atribuir la relación causal del fallecimiento de la víctima, no existiendo ni la responsabilidad directa del encargado general del Club Natación T., ni la indirecta del Club y del Ayuntamiento. (Sentencia de 22 febrero 1978; no ha lugar.)

Se llama la atención sobre esta sentencia (Pte. Manuel Prieto Delgado) en la que se hace una estricta aplicación de los requisitos establecidos en el art. 1.902 y 1.903 para la culpa extracontractual, sin concesión alguna a la reiterada doctrina jurisprudencial que sin abandonar la concepción subjetivista se encamina decididamente hacia la objetivación de la culpa. ¿Habrá que concluir que los accidentes en las piscinas no van a beneficiarse ni de la inversión de la carga de la prueba, ni de la presunción de culpa, y menos del principio de responsabilidad por riesgo? En los hechos declarados probados no queda claro si la víctima se lanzó al agua para bañarse o si cayó casualmente a la piscina (como pretende la demanda). Es curioso que la sentencia destaque una cierta "culpa de la víctima" al no pedir auxilio ni hacer indicación alguna de encontrarse en peligro. Tampoco consta en autos la causa última del fallecimiento, pues en la demanda se pretendía que al caer casualmente se dio un golpe que le produjo la muerte. Por otra parte se insiste en demasía en la intervención de los socorristas (entre ellos, el encargado del Club) cuando la demanda alegó incumplimiento de las disposiciones administrativas sobre falta de un equipo de oxígeno. Habrá que ver si se trata de una sentencia aislada o bien si va a quebrarse la conocida línea jurisprudencial en la materia.

38. *Culpa extracontractual. Lesiones causadas por caída en pozo abierto por instalador de tendido eléctrico. Prescripción de la acción. "Dies a quo". "In illiquidis non fit praescriptio".* Según los artículos 1.968-2.^º y 1.969 Código civil, el tiempo para ejercitar la acción por culpa extracontractual comenzará a partir del momento en que sea posible la realización del derecho que se trate de actuar ante los Tribunales; conocimiento y posibilidad que, pese a lo indicado en SS. de esta Sala de 1.^º junio 1900, 13 febrero 1929 y 24 septiembre 1965, no se identifica, en el supuesto de lesiones corporales, con el instante en que éstas se produjeron, sino con aquel otro en que el perjudicado tuvo plena y cabal noticia del daño sufrido, lo que en estos casos no se conseguirá hasta que sea dado de alta por el facultativo, por ser entonces cuando se pueden valorar el importe de su curación, el tiempo en que estuvo imposibilitado para el trabajo y las incapacidades que le pueden quedar, circunstancias todas ellas que determinan la entidad del daño sufrido y el momento de iniciación de la prescripción de la acción, así como el Tribunal competente por la cuantía, habiéndolo reconocido así las SS. de 19 abril 1972, 16 junio 1975 y 9 junio 1976, y el principio general *in illiquidis non fit praescriptio*. (Sentencia de 20 marzo 1978; no ha lugar.)

Sentencia importante por decidir una cuestión no demasiado aclarada en la doctrina, o que acostumbra a resolverse de modo diverso. Pueden verse, en general, los razonamientos de DÍEZ PICAZO, *La prescripción en el Código civil* (Barcelona, 1964), págs. 81-88, y 234-241, que apenas si afrontan el tema. GULLÓN, *Curso* (Madrid, 1968), pág. 492, opina que el conocimiento del daño por el agraviado no significa que tenga que esperar a conocer su importe líquido; parecidamente, LACRUZ, *Elementos*, II-1.º (Barcelona, 1977), pág. 235.

Trascendente, asimismo, por cuanto consolida una desviación de la doctrina legal anterior, guiándose por criterios favorecedores de las víctimas de accidentes.

39. *Culpa extracontractual. Accidente por descarga de instalación eléctrica en el campo. Evolución de la doctrina jurisprudencial. Interpretación sociológica del artículo 3.1 Código civil. Doctrina de la Dirección de los Registros.* La responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas consecuente al desarrollo de la técnica y el principio de que ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa (*ubi emolumentum, ibi onus*) criterio exegético que al presente se vigoriza a la vista de lo establecido en el artículo 3.1 Código civil, en cuanto introduce "la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada" como elemento interpretativo de las normas; aunque este factor había sido ya invocado por la doctrina legal anterior a la reforma del Título Preliminar en S. 24 enero 1970, la cual, sin dejar de poner énfasis en la cautela y tino con que el juez ha de proceder al respecto, reproduce declaraciones vertidas en la S. de 21 noviembre 1934, según las cuales "no bastan para realizar completamente la labor interpretativa los elementos gramaticales y lógicos, pues si la ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos sean reforzados y controlados por aplicación del que suele llamarse elemento sociológico, integrado por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico", realidad social que asimismo adujera la Dirección General de los Registros en Res. de 26 diciembre 1968 al argumentar que no es la concepción del Código, según la *mens legislatoris* de los días de la promulgación, la que debe inspirar la interpretación de las nuevas normas legales, sino justamente lo contrario, ya que incluso los preceptos codificados deben ser interpretados según las nuevas concepciones jurídicas.

Específico deber de diligencia en el cuidado de las instalaciones eléctricas. En la interpretación y aplicación del artículo 1.902 Código civil la jurisprudencia ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglamentada, que es cabalmente la ponderación aplicada en los.

accidentes por instalaciones eléctricas, entendiendo que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando la ineffectuacíon del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado (SS. 5 abril 1963, 28 junio 1974, 23 octubre 1975, 2 febrero 1976).

Culpa del dueño de la instalación. A pesar de que no es apreciable en la conducta del demandado y patrono una infracción reglamentaria, pues se trataba de una instalación subterránea ubicada en paraje de dominio privado, que no consta careciese de dos requisitos dispuestos en los artículos 8.^o y 9.^o del Reglamento Electrotécnico para baja tensión de 1955, y tampoco pueden ser traídos a colación las Instrucciones complementarias de 1973, pues no se trataba de conductores bajo aguas permanente ni circunstanciales, sí cabe imputar al dueño del predio omisión del cuidado necesario para prevenir el mal, ya que en consideración al peligro que ofrecía la gran proximidad entre la parcela que iba a ser labrada y la línea de situación de los cables, debió poner al corriente al trabajador de la disposición de las cosas a fin de evitar las funestas consecuencias que podrían seguirse de su distracción.

Concurrencia de culpas. La interferencia en el nexo causal de la actuación negligente de la propia víctima, concomitante con la del dañador pero sin llegar a la ruptura de la causalidad, ocasiona una hipótesis de concurrencia culposa que, siendo equiparables por su rango y virtualidad las respectivas conductas, determina la moderación de la responsabilidad exigible y la consiguiente reducción de la suma a satisfacer como indemnización, no sólo por el juego del artículo 1.103 Código civil, sino por palmarias razones de equidad y lógica, imponiendo en tales eventos una solución compensatoria proporcional a la influencia que las actividades culposas coefficientes hayan tenido en la causación del daño; co-culpabilidad que, sin asomo de duda, ha concurrido en la acción del infortunado operario, al no servirse del lugar habitual para dejar la parcela trabajada y sobre todo por no haber parado el mecanismo rotatorio hincado en tierra antes de pasar sobre la reguera y margen del fundo, lo que lleva a entender que su acción culposa ofrece la misma entidad que la omisión censurable al demandado a la hora de fijar la indemnización equitativa. (Sentencia de 31 marzo 1978; ha lugar).

Varios puntos merecen destacarse: 1.^o) Parece ya consolidada la jurisprudencia que aplica a los accidentes producidos en instalaciones eléctricas los mismos criterios de responsabilidad cuasi-objetivas que en materia de accidentes de circulación, lo que constituye un sector sumamente extenso de la vida económico-social en el que acaso cupiera hacer algunas diferenciaciones (instalaciones de alta y de baja tensión, instalaciones al aire libre y subterráneas, instalaciones que requieren personal especializado para su vigilancia y control e instalaciones ordinarias, etc.). 2.^o) Constatar que la materia de la culpa extracontractual ha sido probablemente aquéllea en que la Sala 1.^a mayor evolución progresiva ha imprimido a la doctrina legal, por lo que el criterio sociológico introducido en la reforma del Tít. Preliminar viene a consolidar las pautas ya marcadas por el T. S. 3.^o) La relativa novedad que representa apoyarse en Resoluciones de la Dirección General de los Registros dictadas en mate-

ria de filiación, materia harto alejada de la aquí tratada. 4º) La declaración de estar equiparadas las culpas de la víctima y del agente causante del daño, por el cual la indemnización por muerte se cifra en 300.000 pesetas.

40. *Culpa extracontractual. Lesiones causadas a aprendiz por derribamiento de estructura metálica. Culpa del encargado.* Han quedado inalteradas las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida que comportan la demostración de la culpa o negligencia del encargado que dispuso la realización de una maniobra muy peligrosa, consistente en tirar de una estructura metálica en período de montaje sobre la que estaba la víctima, sin haber adoptado las oportunas medidas de precaución.

Caso fortuito. Prueba. Valor de la confesión. Corresponde a la parte demandada la prueba de que el accidente se debió a un evento fortuito, no siendo suficientes en casación a tal fin las declaraciones de testigos y los dictámenes periciales, aunque éstos se hayan incorporado a los autos y tengan valor de documento público, ni la diligencia de inspección ocular por no hacer referencia a las causas que pudieron producir el evento dañoso; en cuanto a las contestaciones de la parte actora a las posiciones que se le formularon conviene precisar que en cuanto a las dadas a la posición primera, al ser comprensiva de varios extremos, debió ser objeto de distintas posiciones, por lo que únicamente se debe entender contestado en sentido afirmativo el último inciso relativo al lugar en que ocurrió el accidente, más no el particular relativo a que el siniestro haya de calificarse como "accidente fortuito", frase que no revela un "hecho", sino la emisión de un juicio, y no puede ser objeto de una posición por prohibirlo el artículo 581 LEC, y además por envolver un concepto jurídico inidóneo para ser esclarecido por la confesión judicial del litigante. (Sentencia de 18 marzo 1978; no ha lugar.)

El Tribunal Supremo sale aquí al paso de una práctica viciosa consistente en sorprender a los confesantes con acumulación de hechos en los que se intercalan conceptos jurídicos; aunque tales maniobras pocas veces alcanzan los fines propuestos, no es inútil esta advertencia que debe ser tenida en cuenta a la hora de hacer uso de la facultad que otorga al Juez el artículo 581, pár. 2º LEC, de no frecuente utilización en la práctica. Por otra parte, el artículo 1.231, pár. 2º Código civil deja bien claro que la confesión ha de recaer sobre *hechos personales* del confesante, y difícilmente cabe imaginar que verse sobre el hecho fortuito.

41. *Acción civil nacida de delito. Preferencia de la jurisdicción penal. Doctrina general.* El principio de preferencia de la jurisdicción criminal y del procedimiento de este orden sobre el proceso civil de resarcimiento, expresado en el conocido adagio foráneo *le criminel tienet le civil en état*, constantemente recordado por la doctrina jurisprudencial en razón de las mayores garantías penales y el superior rango de los intereses que en ella se ventilan (SS. 2 diciembre 1961, 29 diciembre 1962 y 6 mayo 1963, entre otras), determina un efecto prejudicial, aunque no lo sea en un riguroso sentido técnico, que impide la prosecución del pleito en tanto la causa seguida ante la jurisdicción represiva no haya finalizado, originándose el aspecto impeditivo o suspensivo de tal procedimien-

to que señalan los artículos 362, 515 y 1.804 LEC, y 111 y 114 LE^Crim.; categórica prevalencia que no admite distingo de ninguna índole y, por lo tanto, sea cual fuere la jurisdicción penal, ordinaria o especial, que conozca del hecho delictivo dentro de sus privativas atribuciones, su intervención excluye la civil (SS. 29 diciembre 1962 y 6 mayo 1963), produciéndose la correspondiente interrupción prescriptiva en todo caso, y a pesar de que las diligencias no se hubieran dirigido contra persona determinada, según S. 8 junio 1967, pues el obstáculo no deriva de los elementos subjetivos integrantes de las relaciones jurídicas contempladas en ambas jurisdicciones, sino que surge en atención a la identidad de los hechos enjuiciables en una y otra, según los términos gramaticales de dichos preceptos basados en el designio del legislador de evitar la posible divergencia entre los fallos de los organismos jurisdiccionales.

Reapertura del proceso penal. Interrupción civil de la prescripción. La reapertura de un proceso penal, antes de transcurrir el plazo de un año dentro del cual los perjudicados hayan podido ejercer la acción civil ante la jurisdicción de este orden, tiene la trascendencia de acto interruptivo de la prescripción, y al par que excluye toda sospecha de una voluntad proclive a la dejación del derecho, cierra el cauce del proceso civil en tanto no recaiga nuevo pronunciamiento poniendo término a la causa penal.

Culpa del conductor del vehículo causante del atropello. Se aprecia la concurrencia de acción culposa en el conductor del automóvil por circular a velocidad imprudente atendidas las circunstancias de lugar y tiempo, maniobrando, además, incorrectamente al no reducir la marcha, llegando si preciso fuere a la detención del vehículo, al sentirse deslumbrado por las luces del coche con el que se cruzó.

Finalidad de la ley del automóvil. Propósito del legislador es "buscar a ultranza" el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la víctima "como algo que brota espontáneo y fluido de una de las fuentes de las obligaciones, la ley, en función del riesgo que implica el uso de la circulación de vehículos de motor" tal como se expresa en el preámbulo de la Ley.

Culpa exclusiva de la víctima. Dada la finalidad de la Ley del Automóvil habrá que entender con el debido rigor la excepción de la culpa exclusiva de la víctima (SS. 17 junio 1970, 13 marzo 1971 y 5 marzo 1976), hipótesis que habrá de ser descartada cuando aun habiendo obrado con imprudencia el atropellado, coadyuvó eficiente y culposamente a la causación del resultado el conductor del vehículo (S. 20 febrero 1976), a pesar de que éste se viera forzado a realizar una maniobra de emergencia o de "fortuna", pero no ejecutada con acierto por faltar la diligencia debida (S. 10 julio 1969); y con mayor razón cuando el vehículo marchaba a imprudente velocidad atendidas las concretas circunstancias (noche invernal, vía deficientemente iluminada, abundante tráfico) y que no adoptó la precaución ordenada por el artículo 149, ap. 3.^º Código Circulación para caso de deslumbramiento, acción reglamentaria que no consta fuese de imposible ejecución por lo súbito de la pérdida de visibilidad y por la inminente presencia del peatón en la calzada.

Compensación de culpas. Obligación de la compañía aseguradora. El hecho de haberse estimado concurrencia de culpas y haberse reducido la cuantía de la indemnización por tal motivo no afecta a la Compañía de Seguros cuya obligación de cobertura notiene por qué reducirse en la misma proporción dada la naturaleza del seguro de responsabilidad civil, según se desprende del artículo 2.^o del texto refundido de la Ley del Automóvil y del mismo artículo del Reglamento del Seguro Obligatorio de vehículos de motor, así como de la acción directa otorgada al tercero perjudicado para dirigirse contra el asegurador. (Sentencia de 14 abril 1978; no ha lugar.)

3. Derechos reales

1. *Accesión. Buena fe.* No cabe hablar de accesión por construcción de buena fe sobre terreno ajeno, dado que la buena fe ha de consistir en que el terreno que se construye es propio; no se produce si se trata de una construcción realizada por mera tolerancia, a sabiendas de que el terreno era de otra persona.

Casación. Naturaleza. La casación, pese a que por el artículo 1.692, 7.^o pueden ser modificados, en casación, los hechos declarados probados en la instancia no constituye una tercera instancia.

Casación. Impugnación del error de hecho. No pueden ser invocados en casación documentos públicos que fueron tenidos en cuenta por el Tribunal inferior, valorándolos en relación con el conjunto de las pruebas, ni desvincularlos del conjunto para atender al contenido de algunos de ellos, ni proponer deducciones distintas de las que la Sala extrajo. El recurso por error de hecho ha de limitarse a poner de relieve una flagrante contradicción entre un hecho terminantemente afirmado por la instancia y el contenido de un elemento que esté unido a los autos, que reúna las debidas condiciones de autenticidad y que acrebite, exactamente, y sin recurrir a deducciones ni interpretaciones, lo contrario de lo afirmado como hecho predeterminador del fallo, por la sentencia impugnada. (Sentencia de 5 enero 1978; no ha lugar.)

2. *Acción contradictoria de títulos inscritos en el Registro de la Propiedad.* No es deducible, a la vista del artículo 38 Ley Hipotecaria, sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, precepto que viene a robustecer en nuestro sistema hipotecario los principios de legitimidad registral o inscripción; y no puede admitirse la aplicación indebida de aquella norma, en base a una doctrina legal, excepcional y no indicada por el recurrente con la debida precisión, olvidando lo que dispone hoy el número 6 del artículo 1.^o del Título Preliminar en cuanto al valor de la jurisprudencia.

Defectos formales del recurso. La desestimación del primer motivo constituye ya un valladar infranqueable para penetrar en el estudio de la naturaleza privativa o ganancial de los bienes discutidos, pero es que, además, hay que rechazar los motivos siguientes: uno, por ampararse conjuntamente en los números 1.^o y 7.^o del artículo 1.692 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, contrariando notoriamente el párrafo 2.^o del artículo 1.720 de la misma e incurriendo en falta de precisión y claridad; y otro, por hacer supuesto de la cuestión, ya que el examen de las pruebas aportadas, que no ha sido impugnado eficazmente, conduce a la conclusión contraria obtenida por el Juzgador de instancia, que ha quedado firme en casación. (Sentencia de 23 enero 1978; no ha lugar.)

3. *Tercería de dominio. Improcedencia. Contrato de "leasing". Venta a plazo de cosas muebles. Reserva de dominio. No es oponible a tercero al no estar inscrita.* Determinar la conceptuación jurídica que corresponde a cierto contrato es un problema de interpretación del mismo en orden a su calificación; la sentencia recurrida declara que los contratos que sirven de título a la tercería de dominio, no obstante su denominación de contratos de arrendamiento sobre bienes muebles de equipo, sus condiciones particulares denuncian la existencia de unas compraventas de bienes muebles a plazo, sujetas a la Ley de 17 julio 1965, y, en consecuencia, se rechaza la tercería por no ser oponibles a tercero las reservas de dominio contenidas en los mismos al no haberse efectuado su inscripción en el Registro de Ventas a Plazo según previene el artículo 23 de la mencionada Ley especial. (Sentencia de 28 marzo 1978; no ha lugar.)

En espera de una reglamentación del contrato de *leasing* está claro que no bastará que las partes lo califiquen así para fundar una tercería de dominio; sería necesaria una delicada y precisa redacción de sus cláusulas así como la adopción de medidas de publicidad para terceros, de muy difícil establecimiento en nuestro Derecho vigente cuando se trate de cosas muebles. Por otra parte, no parece muy adecuada la regulación de la Ley de 1965 para enmarcar las necesidades a que responde este contrato atípico. Véase, en este sentido, RICO PÉREZ, *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción a compra. La contratación por "leasing" en España* (Madrid, 1974), págs. 34 s.

4. *Tercería de dominio sobre muebles embargados. Ambito.* En la tercería de dominio se ejerce una verdadera acción reivindicatoria y va encaminada a la restitución al tercerista de bienes embargados para asegurar responsabilidades pecuniarias de otra persona, y por ello quedan fuera de su ámbito todas las demás cuestiones que no sean las referentes a si tiene, o no, aquél el dominio de los bienes embargados que como suyos reclama, y si lo tenía también en la fecha en que la traba se llevó a efecto, sin que puedan discutirse problemas relativos a la procedencia o improcedencia de la acción ejercitada en el procedimiento en que fueron embargados los bienes a que la tercería se contrae.

Contrato de obra con suministro de materiales. Naturaleza jurídica. Título dominical del tercerista. La cooperativa demandante concertó con la sociedad constructora, deudora ejecutada, la edificación de un bloque de viviendas siendo de cuenta de ésta el suministro de materiales, por lo que dicho contrato, más conocido como contrato de empresa, ha de estimarse que es de naturaleza mixta, por darse en él las características del arrendamiento y de la compraventa, y, en definitiva, cabe calificar

esta compraventa como de cosa futura, pues la obligación de pagar el precio ha de cumplirse al hacerse entrega de la obra, en cuyo momento se consuma el contrato por la tradición.

Inmuebles por incorporación o por destino. No pueden aplicarse los números 3.^º, 4.^º y 5.^º del artículo 334 Código civil pues en la fecha del embargo los radiadores y demás elementos que habían de integrarse en el montaje de la calefacción se encontraban dentro del edificio en construcción —del que por unilateral decisión se había posesionado la actora— pero sin haber sido incorporados a éste mediante la adecuada instalación, toda vez que ésta se produjo con posterioridad, y a pesar de saber la recurrente que estaban a disposición del Juzgado en el proceso de ejecución en que dicho embargo tuvo lugar.

Improcedencia de la tercería. Objeto de la tercería es la restitución de bienes pertenecientes a quien los reclama, debiendo referirse su condición jurídica a la que tenían en el momento del embargo, por lo que no pueden ser objeto de transformación o cambio en su naturaleza o características fundamentales, agregándolos o incorporándolos a otros como parte inseparable de ellos, de lo que se deduce que la tercería no puede prosperar dada la ausencia de un título eficaz de dominio, cuya prueba incumbe al tercerista y había de consistir en justificar su adquisición mediante la correspondiente entrega del precio. (Sentencia de 26 abril 1978; no ha lugar.)

En orden a la calificación del contrato de obra con suministro de materiales que hace de modo incidental esta S., pueden verse las extensas consideraciones de F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento* (Madrid, 1978), pág. 151 ss. En realidad la solución que se adopte tenía escasa repercusión en el problema debatido.

(G. G. C.)

5. *Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdos comunitarios.* El régimen del artículo 16, núm. 4, de la Ley de 21 de julio de 1960, en cuanto se refiere a la impugnabilidad de los acuerdos de la Junta de propietarios y al plazo de caducidad para el ejercicio de la correspondiente acción, afecta tan sólo a los contrarios a los Estatutos y a la anulabilidad de los ilegales, pero no a los nulos de pleno derecho por contrarios a norma imperativa o prohibitiva, que no precisan ser declarados judicialmente nulos, salvo que interese hacer cesar la apariencia de su legalidad y su ejecutividad, en cuyo caso la acción declarativa correspondiente no está sujeta a plazo de caducidad.

Participación en el régimen de comunidad. Cuotas. La modificación de la cuota de participación, que corresponde a un piso o local en régimen de propiedad horizontal, realizada en forma distinta a la establecida en el apartado b) artículo 3 de la Ley, es radicalmente nula. (Sentencia de 5 abril 1978; ha lugar.)

6. *Propiedad horizontal. Obras realizadas por el propietario de uno de los locales sin autorización de la comunidad.* Habiéndose acreditado que las obras realizadas en el local destinado a Farmacia han consistido,

en el cambio de piedra caliza roja por mármol blanco y cerámica azul, modificación sustancial en los huecos—apertura de ventanas más pequeñas, pero en mayor número—y colocación de varias marquesinas y cajas luminosas, tales obras entrañan un cambio en la configuración y se han realizado en elementos comunes del edificio y no en los privativos del demandado, ya que tanto las columnas de sostenimiento de la fachada como las paredes construidas entre las columnas para cerramiento del edificio no son privativas del dueño de la vivienda; tal cambio de configuración supone una grave alteración que infringe el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal. (Sentencia de 15 abril 1978; no ha lugar.)

7. *Propiedad horizontal. Interpretación de cláusula estatutaria. Instalación de supermercado.* Si en los estatutos de un inmueble en régimen de propiedad horizontal se prohíbe el ejercicio de “cualquier actividad que pueda perturbar la tranquilidad de los condueños, así como la instalación de motores o maquinarias que no sean las usuales y corrientes para los servicios del hogar, “ello supone la prohibición de instalar un supermercado en el inmueble”.

Congruencia. La contradicción ha de existir en los propios términos del fallo y no en los considerandos. (Sentencia de 1 diciembre 1977; ha lugar.)

8. *Propiedad horizontal. Cuotas de participación en los gastos comunes.* Es acertado el criterio de la sentencia recurrida, al tener en cuenta que las cuotas han de ser fijadas por el Juez a falta de acuerdo tomado por unanimidad por los copropietarios y teniendo en cuenta la superficie útil de cada piso o local, en relación con el total del inmueble, su emplazamiento y el uso que racionalmente se piense que se va a hacer de los servicios o elementos comunes, fijando las exclusiones correspondientes a los servicios comunes no utilizados por algún copropietario, como son la exclusión a la planta sótano y la planta baja de la contribución a los gastos de montacargas, ascensor, calefacción, refrigeración, agua fría y caliente, limpieza y alumbrado eléctrico de escaleras. (Sentencia de 13 diciembre 1977; no ha lugar.)

9. *Monte catalogado. División.* No es precisa la autorización del Ministerio de Agricultura para efectuar la división de un monte catalogado de utilidad pública cuyo dominio corresponde en proindiviso a dos Ayuntamientos, ya que el artículo 188 del Reglamento de Montes se refiere únicamente a los expedientes de división en que las partes se hallen de acuerdo, y no cuando se haya acudido a la vía judicial; interpretación que resulta avalada por el artículo 60 del citado Reglamento.

“*Actio communi dividundo*”. Tratándose de monte catalogado, la única limitación a la facultad que a los comuneros atribuye el artículo 400 del Código Civil es que la extensión de las parcelas resultantes sea superior a la que se considere suficiente para una explotación racional del monte, sin que dificultades meramente administrativas puedan conducir a entender que la división causa un sustancial desmerecimiento.

Divisibilidad de la finca. Se trata de una cuestión de hecho, de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora. (Sentencia de 6 febrero 1978; no ha lugar.)

10. *Legislación especial de montes. Legitimación del Estado.* Por imperio de la Ley de Montes, el Estado ostenta también la cualidad de demandado principal, cuando de montes incluidos en el Catálogo se trate, aunque pertenezcan a corporaciones públicas; por tanto tiene el carácter de demandado principal y no actúa ni como coadyuvante de la Corporación municipal ni viene legitimado por sustitución de ella, sino que actúa como parte principal y puede ejercitar toda clase de recursos como defensora del interés público que los montes catalogados representan, sin que la no interposición de recursos por el Ayuntamiento, titular o detentador del monte catalogado o la inadmisión de ellos, le vincule y origine la firmeza de la sentencia; la representación del Estado aparece legitimada en estos procesos, para interponer toda clase de recursos, aunque no haya resultado directamente perjudicada o agraviada por la resolución impugnada.

Identificación de finca. Las fincas rústicas casi nunca tienen una figura rectangular cuyos lados coincidan exactamente con los cuatro puntos cardinales, por lo que al describirse los límites de tales fincas, las referencias a esos puntos cardinales son meramente producto de apreciaciones subjetivas del que hace la descripción, sin que ello implique que se trate de fincas distintas, ni que con ello se imposibilite su identificación.

Impugnación de la prueba de reconocimiento judicial. La prueba de reconocimiento judicial sólo es impugnable por infracción de los artículos 1.240 y 1.241 del C. C., en el supuesto de habersele dado valor vulnerando las presunciones establecidas en dichas normas. (Sentencia de 3 marzo 1978; no ha lugar.)

4. Derecho de familia

1. *Matrimonio civil de bautizados celebrado en zona republicana el 30 de abril de 1938.* La prueba del bautismo de los contrayentes no obsta en esta causa a la validez del matrimonio, puesto que cuando se acordó la derogación de la ley de matrimonio civil obligatorio de 1932 existía una zona habitada por españoles, a la cual no le pudo afectar la derogación llevada a cabo por el Decreto-Ley de 12 de marzo de 1938, dada la carencia en aquella zona de poderes soberanos de quien la dictó y la falta de promulgación de la disposición derogatoria en zona republicana.

Vigencia de la ley de matrimonio civil de 1932. Existió un período desde el 21 de marzo de 1938 al 1 de abril de 1939 en que se siguió rigiendo en toda su integridad en la zona republicana la ley de matrimonio civil de 28 de julio de 1932, no obstante su derogación para la zona nacional, y este criterio fue el proclamado por las sentencias de este

Tribunal más próximas en cuanto al tiempo a la época aludida, como las de 12 de mayo de 1945, 13 de junio de 1947, 25 y 26 de mayo y 7 de marzo de 1956, y ha de ser acatado, aunque alguna otra sentencia haya partido de la vigencia indiscriminada del Decreto-Ley de 1938 en todo el territorio español a partir de su publicación.

Fraude de ley. Como alegó el Ministerio Fiscal, la conducta observada por el esposo durante el matrimonio contra la madre y el hijo, hasta el punto de ser condenado por los Tribunales por abandono de familia, y el pedir ahora, alegando su condición de católico, la nulidad de su matrimonio, pudiera constituir un verdadero fraude de ley.

Nulidad de matrimonio por parentesco de afinidad. Defecto del recurso. Hay que desestimar, por carecer de base fáctica, este motivo del recurso, pues no está probado que el recurrente estuviera casado en primeras nupcias con una hermana de la recurrida. (Sentencia de 23 diciembre de 1977; no ha lugar.)

2. *Matrimonio canónico celebrado durante la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 1932. Momento de producción de efectos civiles.* Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.^º de la Ley de 12 de marzo de 1938, sobre derogación de la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 hay que estar, en cuanto al momento de producción de efectos civiles del matrimonio canónico, a la fecha de su celebración, con independencia de la fecha de su transcripción, en armonía con los artículos 75, 76 y 100 del C. c., toda vez que como ya tiene declarado esta Sala en Sentencia de 12 noviembre 1964, la reforma de preceptos que venía establecida al respecto no tiene otro alcance que el corroboratorio, a mayor abundamiento, ya que en la redacción originaria del Código civil se concedía igual eficacia al matrimonio canónico, por lo que a las disposiciones reformadas no se les da carácter retroactivo, y puesto que según se declara en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de marzo 1941, "en el supuesto de que los interesados hayan contraído matrimonio canónico y civil —como sucede en el supuesto actualmente contemplado—, el único que debe inscribirse en el Registro es el primero—o sea, en este caso el canónico—, que goza de eficacia en todos los países, dado el ámbito universal de las Leyes de la Iglesia y que es obligatorio para todos los españoles que profesan la Religión Católica".

Vecindad civil. Adquisición de la catalana por residencia de diez años. Transcurridos los diez años de residencia en Barcelona, sin que el interesado hubiese manifestado su voluntad en contrario, adquirió la vecindad foral catalana, de conformidad con los enunciados segundo y cuarto del número tercero del artículo 15 del C. c., a que se remite el artículo 3.^º de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña.

Documento auténtico a efectos de casación. Padrón municipal de habitantes. Documentos examinados por el juzgador. Se precisa que se trate de documento con fuerza probatoria irrefutable, de modo que, siendo indudable la certeza de su contenido, por sí mismo evidencie, sin necesidad de deducciones o interpretaciones, más o menos lógicas, la indudable equivocación del juzgador. Sentencias de 28 abril y 15 diciembre 1964,

·4 octubre y 11 noviembre 1966 y 6 junio y 19 abril 1972, entre otras); y el Padrón Municipal de habitantes, al igual que sucede con toda inscripción en oficinas registrales, no viene adornado de las indicadas precisas cualidades requeridas para revelar autenticidad (Sentencias, referidas al aspecto registral, de 21 enero 1910, 15 diciembre 1911, 3 octubre 1928, 5 diciembre 1949, 4 diciembre 1953 y 16 marzo 1935, entre otras), dado que lo único que prueba dicho Padrón por sí sólo es la realidad de haberse hecho por el declarante y el funcionario en su caso en él interviniente las manifestaciones que contiene, pero no las que las mismas sean exactas, cual es preciso para que se produzca la veracidad indiscutible de hechos contrarios a los establecidos por el Juzgador de instancia (Sentencias de 5 noviembre 1956, 21 octubre 1961 y 14 febrero 1964, entre otras muchas); además de que no puede considerarse como auténtico aquel documento que el juzgador examinó y tuvo en cuenta para emitir su fallo (Sentencias de 10 diciembre 1960, 27 octubre 1962, 18 diciembre 1963, 26 febrero y 12 abril 1972). (Sentencia 7 noviembre 1977; ha lugar en parte.)

NOTA. Para la solución de determinadas cuestiones en torno a la sucesión del causante, precisábase determinar el régimen económico de su matrimonio, celebrado canónicamente (sin capitulaciones matrimoniales) en fecha en la que—se discutía también—podía haber adquirido la vecindad foral catalana por residencia. Ateniéndose a la fecha de transcripción del matrimonio (11 de enero de 1934), el Tribunal de instancia declaró ser su régimen económico el de separación de bienes, ya que para entonces el marido había adquirido la vecindad foral catalana por residencia de diez años en Barcelona. Prosperó en casación el motivo por el que se impugnaba la fecha a tener en cuenta en relación a los efectos civiles del matrimonio, que no era la de transcripción, sino la de su celebración (16 de julio de 1933). Con todo, las consecuencias se mantuvieron idénticas en lo restante, habiéndose consumado igualmente el plazo de diez años de residencia, al mantenerse como fecha inicial del cómputo de dicho período el 12 de mayo de 1923.

Por lo que se refiere a la doctrina establecida en cuanto al momento de producción de efectos civiles del matrimonio canónico, es de destacar que en el recurso no se hizo cuestión de la retroactividad o irretroactividad de la reforma de 1958, sino que simplemente se denunció violación del artículo 2.^º de la Ley de 12 de marzo de 1938 (motivo segundo del recurso). La sentencia apoya su razonamiento en la no retroactividad de las disposiciones reformadas, con lo que reproduce la doctrina de la Sentencia de 12 de noviembre de 1964, en la que si, en cambio, se había suscitado esa cuestión (motivo duodécimo del recurso, denunciando violación por falta de aplicación del artículo 3.^º del C. c.; *Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil*, noviembre de 1964, pág. 299).

(J. C. P.)

3. *Incongruencia.* La violación denunciada del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido de que la sentencia recurrida no contiene declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, es de imposible estimación puesto que precisamente, respecto de tales pretensiones, quien en este momento recurre expresamente solicitó la confirmación de los demás pronunciamientos de la sentencia apelada; por lo que resulta inquestionable que los únicos puntos sobre

los que podía pronunciarse, como se pronunció, el Tribunal "a quo", eran aquellos sobre los que la disputa continuaba en pie, pero no sobre los afectados por el aludido aquietamiento.

Incongruencia. Tampoco puede prosperar el motivo que denuncia exceso de poder, sosteniendo que la sentencia recurrida otorga más de lo pedido, en cuanto que hace declaraciones no solicitadas en la instancia, ya que otorgar más de lo pedido es distinto de hacer unas declaraciones que en sí y por sí nada otorgan, aparte de que dichas declaraciones son, no sólo congruentes, sino absolutamente indispensables en casos como el presente, al pedirse en el suplico de la demanda precisamente la declaración de que ciertos bienes eran gananciales, y no es posible sostener ahora que si la demanda solicitó la declaración de ganancialidad, en cambio la de parafernabilidad no fue pedida por nadie cuando ello constituyó el argumento exclusivo de los alegatos de la demanda.

Bienes gananciales. Si es cierto que los frutos, rentas o intereses a que se refiere el número 3.^º del artículo 1.401 del Código son gananciales, lo mismo que las expensas útiles y los edificios construidos en el suelo propio de uno de los cónyuges, en los casos del artículo 1.404, del mismo modo que el artículo 1.407 establece una presunción genérica de ganancialidad, no es menos cierto que esta presunción es "iuris tantum" y cede por consiguiente cuando se pruebe que los bienes pertenecen privativamente al marido o la mujer, prueba que, caso de efectuarse, desvirtúa asimismo la normativa de los artículos 1.401 y 1.404, como ha ocurrido en este caso en el que las valoraciones probatorias sobre parafernabilidad llevadas a cabo en la instancia han quedado incólumes en este trámite, al no haber sido impugnadas por la única vía pertinente del número 7.^º del artículo 1.692 de la Ley Procesal.

Bienes paraernales. Hay que rechazar el motivo que alega que ciertas donaciones y la constitución de una sociedad agrícola se hicieron con bienes gananciales, puesto que esta afirmación no se corresponde con la realidad, tal y como resultó de la prueba practicada en instancia, y no desvirtuada en casación, que concluye se trataba de bienes paraernales, de modo que también aquí el recurrente hace supuesto de la cuestión. (Sentencia de 1 abril 1978; no ha lugar.)

4. *Petición de nulidad de adopción por no darse situación de abandono del niño. Presunciones.* Entre los hechos probados en la instancia y la deducción de que el menor fue abandonado existe un enlace que no es ilógico, absurdo ni incoherente, de modo que no puede prosperar la violación que se denuncia del artículo 1.253 Código civil, aparte de que el recurrente se aparta de la base fáctica probada y el abandono ha quedado acreditado por otras pruebas directas, además de la de presunciones.

Abandono del menor. Interpretación del artículo 174. Una interpretación lógica y contextual del precepto llega claramente a la conclusión de que tanto vale que la entrega obedezca a una conducta activa, como a una conducta pasiva, de dejación o desamparo, tendente a que la casa de beneficencia tome al niño bajo su custodia o protección, puesto

que de una u otra forma se cumple la misma finalidad; y si en el caso del apartado a) la calificación de abandono se hace estribar en la falta de datos que revelen la filiación, en el apartado b) es la voluntad de los padres de abandonar al menor la que lo determina, y según el propio precepto dicha voluntad puede ser expresa o bien inferida de actos posteriores. (Sentencia de 25 octubre 1977; no ha lugar.)

5. Derecho de sucesiones

1. *Principio de congruencia.* Este principio procesal, conforme al aforismo "sententia debet esse conformis libello", supone una relación de concordancia entre las pretensiones oportunamente deducidos en los escritos iniciales del pleito y la parte dispositiva de la decisión judicial que la ponga fin, y sin consideración a los razonamientos o fundamentación, ya que el principio "iure novit curia" determina que los órganos jurisdiccionales no tengan obligación de ajustarse en sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes.

Error de hecho en la apreciación de la prueba. No puede deducirse del resultado de informes periciales emitidos en las actuaciones, que no son documentos auténticos a efectos de casación; ni de manifestaciones efectuadas en los escritos de contestación a la demanda, las cuales, mientras no envuelvan un reconocimiento o allanamiento a las pretensiones contrarias, tampoco tienen carácter de autenticidad, y mayormente cuando las manifestaciones provienen sólo de alguno de los demandados.

Interpretación de testamento en Cataluña. Prohibición implícita de la cuarta falcidía. Esta prohibición, autorizada por el párrafo 2.^o del artículo 226 de la Compilación, no puede interpretarse exista en la cláusula por la que se establece "libremente y sin limitación alguna" un legado específico de determinada finca, ya que tal frase hay que entenderla relacionada exclusivamente respecto del legado a que se contrae y a los efectos que en cuanto al mismo pueda producir, pero no entendida como prohibición de retención de la cuarta falcidía, a la que ninguna remisión se hace.

Ejercicio de la cuarta falcidía, formación de inventario. Establecido como probado por la Sala de instancia la concurrencia de todos los requisitos que, en cuanto al inventario, exige el artículo 226 de la Compilación, se trata de hechos inalterables en casación, al no haber sido eficientemente desvirtuado por la recurrente a medio del cauce adecuado.

Cuestión nueva. Mientras en la demanda se pedía se declarase si era procedente que los herederos que lo deseen puedan detraer bienes en concepto de cuarta falcidía, en este motivo del recurso se pretende que judicialmente se niegue tal derecho a los herederos hijos no concebidos de don..., con lo que se crea una cuestión nueva en casación que hace inadmisible el motivo y que en esta fase procesal es causa de desestimación.

Interpretación de testamento. Hay violación de los artículos 230 de la Compilación y del 675 del Código, puesto que instituido aquel legado "libremente y sin limitación alguna", no ha de entenderse afectado en con-

secuencia por la cuarta falcidía, ya que esta figura tiene lugar en tanto que el testador no hubiera dispuesto expresamente que un legado se cumpla sin reducción alguna, que es lo ocurrido en este caso ante la evidente equivalencia gramatical y jurídica del término "reducir", en cuanto a su alcance y efectos, con la expresión "libremente y sin limitación alguna".

Buena fe y abuso de derecho. No hay aplicación indebida del artículo 7 del Código civil, pues claro es que ninguna ausencia de buena fe cabe apreciar en la legataria, ni tampoco una situación de abuso de derecho o de un ejercicio antisocial del mismo, circunstancias que no pueden apreciarse en quien se limita a poner en ejercicio un derecho que, además, es en ciertas facetas procedente.

Gravamen sobre la legítima. El artículo 133 de la Compilación tiende a prohibir, de modo general, la imposición sobre la legítima de condiciones, términos, modos, usufructos, fideicomisos y otras limitaciones o cargas, pero ello hay que entenderlo sobre la base de que no existan determinadas limitaciones legalmente reconocidas, como es la contenida en el artículo 230 de la Compilación cuando admite que en la institución de legados el testador disponga se cumplan sin reducción alguna. (Sentencia de 22 de abril de 1978; ha lugar).

2. *Interpretación de unas notas privadas.* Su interpretación ha de atribuirse al Tribunal sentenciador de instancia y su criterio debe respetarse mientras no se demuestre, de manera clara y terminante, que resulta equivocado, ilógico o absurdo.

Captación de la voluntad del testador. Propósito y efectividad. Las expresadas notas vienen a integrar, única y exclusivamente, un propósito o proyecto de captar la voluntad del testador y éste es el único que ha de tenerse en cuenta, a tenor del artículo 1.228 del Código, mientras no se presenten otras pruebas que acrediten su puesta en práctica, pues una cosa es la pretensión captatoria de voluntad de una persona y otra que esa pretendida captación se hubiera llevado a efecto y alcanzase la finalidad perseguida, lo que no ha admitido como probado la sentencia recurrida.

Prueba de presunciones. Defecto del recurso. La infracción por violación del artículo 1.253 Código civil, al ampararse el motivo en el número 1º del artículo 1.692 Ley Enjuiciamiento Civil, supone combatir la precisión y rigor del proceso deductivo del juzgador, por lo que ha de partirse inexcusadamente de la relación fáctica que ésta declara probada, pues para impugnar éste debía haberse utilizado la vía del número 7º del citado artículo 1.692, única admisible al efecto.

Nulidad del testamento por dolo. Hay que rechazar la inaplicación alegada de los artículos 673 y 1.269 Código civil, puesto que no se ha probado la supuesta captación dolosa de la voluntad de la testadora, aparte de que el contenido de los testamentos impugnados viene a desvirtuar la existencia de toda maquinación fraudulenta.

Error de hecho en la apreciación de la prueba. Incapacidad mental de la testadora. No puede aducirse a estos efectos documentos que han sido examinados y tenidos en cuenta por la Sala de instancia, pues care-

cen por ello de la autenticidad precisa a efectos de la casación, además de que de ninguno de tales documentos se desprende que la testadora se encontrase incapacitada mentalmente. (Sentencia de 17 octubre 1977; no ha lugar.)

3. *Capacidad para otorgar testamento.* Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la estimación de la capacidad, al momento de otorgar testamento, es puramente una circunstancia deducida de los supuestos de hecho y, aunque se presume por regla general, aún avalada por la declaración del Notario autorizante y corroborada por los testigos intervinientes, se trata de una presunción "iuris tantum", que puede ser abatida por la prueba en contrario.

Prueba de la capacidad de la testadora. El Juzgador declara como probado, de la apreciación conjunta de la prueba practicada y muy especialmente de los dictámenes periciales, que el testamento fue otorgado durante un período de internamiento de la testadora, en la que ésta se encontraba somnolenta, onubilada y en tal estado de sopor que hacía imposible la exploración de su sensibilidad, porque en su estado psíquico carecía de capacidad para responder, sin admisibilidad de intervalos lúcidos.

Prueba pericial. Ha de ser apreciada por los Tribunales según las reglas de la sana crítica, es decir, de la lógica o del sentido común, por lo que hay que desestimar el motivo en que el recurrente no hace sino un análisis subjetivo e interesado de los dictámenes periciales que en especial valoró el Juzgador.

Falta de conocimiento de la testadora por un testigo. Si uno de los testigos instrumentales no conocía a la testadora con anterioridad al momento del otorgamiento, y así se prueba, hay que llegar a la conclusión de que el testamento es nulo, por aplicación del artículo 685, párrafo primero, del Código civil.

Cuestión nueva. La violación que se acusa de la doctrina legal, según la cual tiene carácter personal la acción de nulidad del testamento y la acción hereditaria, ha de dirigirse contra quien posea los bienes hereditarios, implica una cuestión que ni ha sido planteada ni discutida en la litis, ni en tal sentido resuelta en la sentencia, por lo que el motivo debe desestimarse.

Defecto del recurso. La violación que se denuncia de la doctrina legal que establece que cada heredero que actúe en nombre e interés propio no pueda demandar más que la parte de la herencia que le corresponde, parece olvidar que la acción que aquí se ejercita es la de nulidad del testamento, supuesto muy diferente al contemplado por aquella doctrina, que por tanto no puede haber sido violada.

Efectos de la declaración de nulidad. El artículo 1.303 del Código regula los efectos que lleva consigo la declaración de nulidad de las obligaciones, pero es acomodable a cualquier negocio jurídico anulado e impone que haya que restituir las cosas con sus frutos, por lo que en esta específica materia no son aplicables los artículos 434 y 451 y siguientes

del propio Código, en cuanto a la buena o mala fe del poseedor. (Sentencia de 27 junio 1977; no ha lugar.)

4. *Error de hecho en la apreciación de la prueba.* No puede aducirse, a estos efectos, a través de ciertas escrituras de compraventa que han sido objeto de un detallado análisis e interpretación por el Tribunal "a quo", por lo que carecen de autenticidad a los fines pretendidos.

Error de derecho en la apreciación de la prueba. Requiere indispensablemente que se acredite el desconocimiento por parte del Juzgador de Instancia de la eficacia en juicio que la ley concede —en este caso— a los documentos públicos: lo que aquí no ocurre, pues no se les ha negado el valor que los concede el artículo 1.218 Código civil, sino que han sido apreciados en conjunción con los demás elementos de prueba aportados a las actuaciones.

Donación disimulada bajo compraventa simulada. Declarado por el Tribunal "a quo" que las escrituras de compraventa discutidas encubrían donaciones disimuladas y al haberse aquietado los litigantes con tal pronunciamiento, la cuestión a resolver ahora se limita a determinar si tales donaciones son o no válidas, según lo que establece el artículo 1.276 del Código civil y la Ley 21 de la Compilación de Navarra, sin que, en modo alguno, puedan entenderse incluidas en las donaciones remuneratorias, según los hechos que han quedado probados.

Invalidez de donaciones disimuladas. Para que las mismas sean válidas precisan la concurrencia de cuantos requisitos enumera el artículo 1.261 Código civil, entre los que destaca la licitud de la causa, conforme a los artículos 1.275 y 1.276, y este requisito no concurre cuando su finalidad consiste en defraudar derechos hereditarios o en burlar, bajo la apariencia de una compraventa, los derechos del segundo llamado a una herencia, abusando de la facultad de libre disposición de los bienes que le confirió su consorte en un fideicomiso de residuo.

Interpretación de testamento de hermandad en Navarra. La cláusula que expresa que "ambos cónyuges se instituyen mutuamente únicos y universales herederos en pleno dominio y de libre disposición" y que "para después del fallecimiento de ambos testadores y sólo respecto a los bienes que entonces existan" designan conjuntamente heredera a una sobrina del esposo, no obliga, por su claridad, a concluir que el sobreviviente estaba facultado para disponer a título gratuito.

Interpretación de testamento. Hay que concluir, por el contrario, en aplicación del artículo 675 Código civil, que la idea que presidió la redacción de aquella cláusula fue la de que el supérstite pudiera disponer libremente por acto "inter vivos" y en su beneficio de cuantos bienes integraran el patrimonio de ambos consortes, pero no la de que pudiera alterar por transmisiones a terceros y a título lucrativo la designación de heredera contenida en el testamento, desgregando el caudal de la casa familiar, cuya continuación desearon mantener en todo momento; y así se infiere de la redacción del propio testamento, de los actos antecedentes, de que no se hiciera constar expresamente aquella facultad y del he-

echo de que el mismo supérstite, en lugar de donar directamente, acudiera al mecanismo de las ventas simuladas.

Interpretación de testamento. Está encomendada a la libre apreciación del Juzgador de instancia y debe respetarse su conclusión en casación, salvo que aparezca de modo manifiesto que es equivocada o errónea, por contradecir abiertamente la voluntad del testador.

Revocación del testamento de hermandad. En términos generales no puede ser revocado por uno de los testadores después del fallecimiento del otro, ni aun respecto de sus bienes privativos, como establece, siguiendo los antecedentes legislativos navarros y los proyectos forales, los primeros párrafos de las leyes 202 y 204 de la vigente Compilación; aparte de que el caso no encaja en ninguna de las excepciones de estas leyes, que deben interpretarse en sentido restrictivo y que, de admitirse, dejarían sin contenido el fideicomiso de residuo establecido en el testamento, lo que implicaría un verdadero abuso de derecho.

Aceptación de donaciones en Navarra. Es intrascendente para la decisión del proceso si la aceptación del donatario constituye o no un requisito indispensable para la validez y eficacia de las donaciones, puesto que se ha concluido que el sobreviviente no estaba autorizado para donar; y en todo caso, sean cuales sean las dudas de las fuentes romanas y de las disposiciones navarras, lo cierto es que hoy el apartado a) de la ley 171 de la Compilación indica tan sólo que, en tanto la aceptación no se produzca, la donación no es perfecta, pudiendo retractarse de ella el donante, al igual que ocurre con cualquier oferta antes de la aceptación, pero que una vez exteriorizada, la irrevocabilidad es absoluta. (Sentencia de 10 marzo 1978; no ha lugar.)

5. *Legitimación de coherederos para actuar aisladamente.* Una doctrina jurisprudencial unívoca proclama que, cualquiera de los coherederos viene legitimado para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, como es la resolución del contrato de arrendamiento y concretamente la extinción del contrato de colonato. La acción del coheredero administrador encaminada a la resolución del arrendamiento no pretende producir alteración en la cosa común que es lo que prohíbe el artículo 397 del Código civil, ya que el recabar el cultivo directo de la cosa arrendada no implica un cambio del uso a que se destinan los inmuebles, que es, en realidad, la alteración a que se refiere el citado artículo del Código civil.

Notificación hecha al colono. Transmisión de sus efectos a los herederos del arrendador. La notificación hecha al colono por el arrendador para dejar sin efecto la prórroga del arriendo, asumiendo la obligación de explotación directa, beneficia a los herederos, dispensándoles de reproducirla en su propio nombre.

Adición de herencia. Petición de declaración de herederos. La jurisprudencia conceptúa acto de adición de herencia, a los efectos del artículo 999 Código civil el hecho de pedir la declaración de herederos ab intestato, máxime si va seguido de la realización de operaciones participionales.

Recurso de revisión arrendatario rústico. Supuesta insuficiencia de poder de procurador. El tema de la falta de personalidad del Procurador

por insuficiencia del poder con que comparece sólo puede ser planteado en revisión por la vía del quebrantamiento de las formalidades esenciales, cuando hubieren producido indefensión. (Sentencia de 14 marzo 1978; no ha lugar.)

6. *Responsabilidad de los herederos. Honorarios de contadores partidores.* La norma del artículo 260 de la Compilación catalana que impone a los herederos la responsabilidad "ultra vires" como efecto de la sucesión, es precepto equivalente al artículo 1.003 del Código civil y los sujeta al pago de las cargas hereditarias, entre ellas los gastos causados por la partición y los honorarios o retribución de los albaceas, con lo que son excluidos los legatarios, máxime los de cosa determinada. Aunque los gastos han de deducirse de la herencia, si no se dedujeron pueden reclamarse a los herederos, que responden solidariamente en derecho común —artículo 1.084 Código civil— y mancomunadamente en Cataluña —art. 100 Compilación—. La viuda, si bien en los supuestos generales es una heredera más y obligada a soportar proporcionalmente los gastos particionales, ello acontecerá cuando participe de un derecho abstracto en la universalidad de bienes del difunto o en una cuota parte del mismo, pero, si en el caso concreto, se conceptúa al cónyuge como legatario de parte determinada y no de parte alicuota, ello le releva de la obligación de contribuir a los gastos de las operaciones divisorias.

Litis pendencia. Concepto y naturaleza. La litis pendencia es un remedio o excepción dilatoria para impedir la simultánea tramitación de dos procesos con igual contenido, institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada y que requiere las mismas identidades que la excepción perentoria de la cosa juzgada. No se da si son distintos los fundamentos de la pretensión, entendiéndose por tales los hechos y su calificación jurídica. Distinto supuesto es el de la coincidencia parcial de elementos generadora de una posible acumulación de autos a instancia de parte legítima. No se opone a la identidad de personas el que, en el segundo juicio, sean llamados al debates quienes figuran con intervención secundaria o accesoria —como es predictable de unos "concepturus"—. No hay identidad objetiva si en un pleito se postula el pago de retribución y gastos de albacea y en el otro la viuda pretende la corrección del inventario, la efectividad del legado de cosa específica y la no detracción de la cuarta falcidía.

Congruencia. Si bien no cabe resolver "extra petitum", el propio artículo 359 LEC exige hacer las declaraciones que las pretensiones deducidas requieran. Según reiterada jurisprudencia la congruencia no es conformidad rígida y literal con los pedimentos deducidos, sino adecuación a los hechos alegados y a la pretensión formulada. No es incongruente la sentencia que, en relación a una pretensión de pago de suma líquida, operando con determinados porcentajes, mantiene el mismo módulo porcentual, pero remite a la ejecución de sentencia la determinación del haber líquido herencial a los fines de hallar la retribución procedente, siempre con el límite máximo de las cantidades señaladas en la súplica de la demanda.

Casación. Acumulación de conceptos diversos. Es defectuoso el recurso en que se invocan conjuntamente dos conceptos diversos como son violación e interpretación errónea. (Sentencia de 24 enero 1978; ha lugar.)

7. *Error de hecho en la apreciación de la prueba. Documento auténtico.* El carácter de documento auténtico a que alude el número 7.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene determinado por el hecho de que reúna los requisitos intrínsecos y extrínsecos de su legitimidad, y por la circunstancia de que revele con claridad exenta de toda duda y, por tanto, sin tener que acudir a deducciones, interpretaciones, analogías o hipótesis, una consecuencia absolutamente contraria a la que haya llegado al Tribunal de instancia por el resultado de las pruebas aportadas al juicio.

Partición y heredero único. Hay que admitir tal error, reflejado en documento auténtico, en cuanto que el propio demandado-reconveniente afirma la innecesariedad de realizar la partición de herencia quedada al fallecimiento del testador, por no ser preciso al venir asignada legalmente en favor de su viuda, de conformidad con la legislación mejicana aplicable y para la que el demandado había sido designado contador partidor por la viuda y sus hijos; pues esa actitud implica una renuncia tácita al invocado cargo, máxime cuando no hay posibilidad de partir y "ad impossibilita nemotenetur".

Rendición de cuenta. La rendición detallada y justificada de cuentas pedida por los demandantes se ha adaptado a la obligación impuesta por el artículo 1.720 del Código civil a todo mandatario, desde el momento que se ha fijado un activo, un pasivo y un resultado con justificación.

Impugnación de las cuentas, abono de intereses y de daños y perjuicios. Suponen el ejercicio de acciones distintas de las ejercitadas en este pleito y que no pueden ser examinadas, por vedarlo los principios de rogación y de congruencia.

Honorarios de los Abogados. Si no como contador, tiene derecho a ellos por el ejercicio de sus actividades profesionales, y la cantidad de cinco millones de pesetas fijada por esta Sala es objetivamente procedente, en consideración a que los honorarios han de ser devengados, no teniendo en cuenta el aspecto genérico de la actividad desplegada, sino el específico revelado por las circunstancias, alcance y efectos concurrentes en lo realizado, así como sus consecuencias en el orden práctico, complejidades y dificultades que con anterioridad puedan producirse, aspectos que comprende y posibles definitivos resultados. (Sentencia de 22 abril 1978; ha lugar.)

8. *Sucesión troncal en Vizcaya. No alcanza al vizcaíno no aforado.* Al referirse la Compilación constantemente en la sucesión troncal a vizcaínos aforados y al no contemplar el posible caso de la pérdida de dicha condición por él llamado, la jurisprudencia de esta Sala ha llenado un vacío de la legislación foral y ha determinado que si la supervivencia de dicha institución se debe al deseo de que permanezca unida la explotación directa familiar, esta finalidad se frustra desde el momento en

que los bienes vengan a parar, por rescate (caso de la saca) o por herencia forzosa, a quien ha perdido la vecindad foral por no residir en territorio aforado y que, por tanto, no puede explotar el patrimonio familiar directamente: éste es el criterio que esta Sala confirma en su totalidad de la Sentencia de 6 de marzo de 1965.

Sucesión intestada en Vizcaya. Hijo adoptivo. No refiriéndose para nada la Compilación a la adopción, cuando se presenta un caso de ella en territorio foral, ha de aplicarse como supletorio, según el artículo 12 del Código, las disposiciones del mismo y, por tanto, al dar la legislación común en la herencia del padre adoptante un derecho al hijo adoptivo, dichas disposiciones han de ser respetadas al fijar el orden de suceder en la herencia intestada en Derecho foral, intercalando a los hijos adoptivos entre los llamados por los artículos 31 y 32 de la Compilación y siendo preferente, en concreto, el hijo adoptivo a un hermano del causante.

Adopción verificada con anterioridad a 1958 y con pacto sucesorio. No obsta a la aplicación de la anterior doctrina que la adopción se realizara antes del año 1958, pues las omisiones que el pacto sucesorio previsto en el antiguo artículo 177 del Código ofrecían han sido colmadas por la jurisprudencia, que ha resuelto, concretamente en las Sentencias de 19 de abril y 21 de mayo de 1915 y 30 de mayo de 1951 para hipótesis semejantes, que en el caso de no concurrencia de ascendientes ni descendientes el hijo adoptivo debe suceder al adoptante, cuando haya mediado pacto sucesorio inserto en la escritura de adopción. (Sentencia de 30 noviembre 1977; no ha lugar.)

III. DERECHO MERCANTIL

1. *Propiedad industrial. Nulidad de marca "Mini".* La palabra "Mini" en que consiste la marca comercial registrada no es susceptible de apropiación exclusiva dado su carácter genérico.

Usucapión. Nulidad "ab initio" por ir contra prohibición legal. La usucapión que concede el artículo 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial está sujeta a los requisitos de la buena fe y justo título, y al ser concedida la marca contra una prohibición legal, carecía de justo título, y era nula *ab initio* conforme al artículo 6.3 C. c. (Sentencia de 5 mayo 1978; no ha lugar.)

2. *Litis consorcio pasivo necesario.* Es, según reiterada doctrina de esta Sala, racional y obligada consecuencia de que, cuando por razón de la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida, no pueda pronunciarse una decisión sino con referencia a varias partes, hayan de ser demandadas éstas en el mismo proceso.

Litis consorcio pasivo necesario. Acción ejercitada por el endosatario. Reconocido en la sentencia recurrida que las pretensiones de los demandantes con relación a los demandados tienen su fundamento en la vinculación directa que entre ellos produce la causa subyacente que dio vida a

la letra de cambio, librada por el demandado a la orden de cierta sociedad y a cargo de otra sociedad, por consecuencia del endoso realizado por aquella entidad en favor de los demandantes, claro es que solamente éstos en el carácter de endosatarios y los demandados, el esposo como librador y la esposa a los solos efectos del artículo 144 Reglamento Hipotecario, vendrán afectados por la presente litis, sin que pueda afectar la sentencia que recaiga a las sociedades citadas.

Naturaleza del endoso. El endoso, superando el efecto que en principio tenía la letra de cambio de conferir su cláusula a la orden al portador de ella un simple mandato de cobro, da vida hoy a un valor que se desprende de los primitivos contratantes y es susceptible de indefinidas transmisiones, como si se tratase de una mercancía o dinero, convirtiéndose la cambiaria así en medio de pago.

Litis consorcio pasivo necesario. A mayor abundamiento su inexistencia se refuerza por el hecho de que la controversia entablada tiene su razón de ser, no en la eficacia o ineeficacia del contrato de arrendamiento concertado entre la sociedad tomadora y la sociedad librada, sino en la procedencia o improcedencia del abono por los demandados a los demandantes de las cantidades reclamadas por principal e intereses con base en la referida letra de cambio endosada.

Interpretación de contrato de arrendamiento. Su cláusula cuarta claramente y sin duda alguna previene, según se da por probado en la instancia y no ha sido combatido por la vía adecuada, que aquella cambiaria no podía ser puesta en circulación hasta la entrega del edificio objeto del arriendo; requisito de entrega que, conforme se ha probado, no ha sido cumplido, por lo que falta el elemento esencial para que la efectividad de la repetida letra de cambio pueda ser legalmente reconocida, toda vez que la entrega de la cosa arrendada, necesaria según el artículo 1.554-1.^º Código civil, no puede estimarse cumplida cuando el inmueble objeto de arriendo no reúne las adecuadas íntegras condiciones para su dedicación al destino pactado.

Buena fe del endosatario. Los efectos especiales transmisivos y legitimadores del endoso, con sus caracteres de autonomía y abstracción, son siempre sobre la base de sometimiento a un régimen jurídico especial en que el interés del endosatario queda sometido al interés del poseedor de buena fe, que es la esencia vivificante de toda normativa jurídica y de sus efectos.

Buena fe del endosatario. La abstracción de la causa, que desliga de las relaciones materiales entre endosante y endosatario produciendo efectos con absoluta independencia de tales relaciones, solamente puede favorecer, en consecuencia, al endosatario de buena fe, conforme a los artículos 433 y 1.950 del Código civil, aplicables supletoriamente según el artículo 50 del Código de comercio, y como ya viene expresamente reconocido en el Derecho extranjero por el artículo 74 de la ordenanza cambiaria alemana y por el párrafo 2.^º del artículo 16 de la Ley Uniforme, siendo aquí evidente que el endosatario, al tiempo del endoso, tuvo conocimiento de la cláusula cuarta del contrato y, en consecuencia, de no poder recabar la efectividad de la letra hasta la entrega del edificio.

Error de hecho en la apreciación de la prueba. No tienen el carácter de documentos auténticos, a efectos de la casación, los que han sido ya examinados, estudiados y contemplados por la Sala sentenciadora en la instancia.

Documentos auténticos. Las manifestaciones hechas por personas intervenientes en actas notariales no vienen provistas del carácter de documento auténtico, pues no tienen más alcance que el meramente testifical, sin valor probatorio, por no reunir las precisas garantías procesales exigidas para este medio de prueba; aparte de que aquellas manifestaciones lo único que revelan es una aislada ocupación temporal del inmueble, lo que en modo alguno cabe entender significativo de la entrega establecida en la precitada cláusula cuarta del contrato de arrendamiento. (Sentencia de 20 enero 1978; no ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

1. *Jurisdicción civil y jurisdicción contencioso-administrativa. Delimitación.* Las acciones sobre declaración de propiedad de una finca y de cancelación de determinadas inscripciones registrales son de carácter patrimonial estricto a dilucidar en la vía civil y ajenas a lo puramente administrativo, condición que no puede estimarse alterada por el hecho de que sean demandados el Estado y un Ayuntamiento. Tampoco tiene carácter administrativo la nulidad de un acta de supuesta reincorporación al patrimonio del Estado de la finca en cuestión, utilizada para producir una inmatriculación registral, ya que afecta a cuestiones de índole civil relativas al derecho de propiedad. (Sentencia de 22 octubre 1977; ha lugar.)

2. *Litisconsorcio pasivo necesario. Aplicación de la doctrina a las acciones de nulidad y rescisión de los contratos.* La doctrina legal en materia de litisconsorcio pasivo necesario es más rigurosa cuando se ejerce la acción de nulidad de los contratos o la declaración de su vigencia, pues la misma ha de dirigirse forzosamente contra todos los interesados en ello, entendiéndose que son interesados para estos efectos los intervenientes en el negocio que se ataca de nulo, los herederos, los que obtuvieron beneficios económicos de dicho negocio y los causantes de la nulidad, pues si así no se exigiera, como la cosa juzgada perjudica únicamente a los que litigaron y sus causahabientes —salvo en el supuesto del párrafo segundo del artículo 1.252 del Código civil—, se podría dar el contrasentido de que un negocio determinado pudiese ser nulo para uno de los interesados en él, y válido para otro, si éste no fuera llevado al proceso en que se obtuvo la declaración de nulidad, lo que iría contra todo raciocinio lógico que impide que un negocio jurídico sea válido y nulo al mismo tiempo. La misma doctrina es de aplicación al caso de rescisión del contrato, pues al establecer el artículo 1.295 del Código civil que la rescisión obliga a la devolución de las cosas y del precio con sus intereses, es ineludible la presencia en el juicio de todos los que percibieron el todo

o parte del precio abonado por la transmisión, cual sucede con el acreedor que, para resarcimiento de un crédito suyo, promovió la ejecución del proceso de cognición donde se efectuó la transmisión de cuya rescisión se trata. (Sentencia de 3 octubre 1977; ha lugar.)

3. *Simulación. Prueba.* No puede entenderse desvirtuada la conclusión de simulación a que llega el Juzgador por la impugnación que, en base a "error de hecho" realiza el recurrente recogiendo los datos para darles un sentido, alcance y resultado, conforme a su propio criterio personalista e interesado, sin tener en cuenta que es del conjunto de todos como el Juzgador llega a su conclusión, que no puede calificarse de ilógica.

Objeto del recurso. El recurso se da contra el fallo, y no contra los considerandos cuando éstos no son otra cosa que meros argumentos explicativos de aquél y no determinantes del mismo. (Sentencia de 10 abril 1978; no ha lugar.)

4. *Cosa juzgada. Peticiones no coincidentes. Subsanación en el segundo proceso de la falta de litisconsorcio pasivo necesario.* No es posible sostener la aplicación del principio de cosa juzgada porque, con independencia de que las peticiones no son absolutamente coincidentes ni en cuanto a los sujetos ni en cuanto a la causa de pedir —según requiere el artículo 1.252 del Código civil—, lo único que se juzgó en el proceso anterior fue sobre la existencia del mencionado defecto procesal, que es justo lo que se subsana debidamente en el segundo, por lo que tampoco puede decirse, como hace el Tribunal "a quo", que las bases de hecho no han cambiado, pues lo fueron totalmente. (Sentencia de 12 noviembre 1977; ha lugar).

Los antecedentes se recogen en el primer considerando de la sentencia. Habíase iniciado otro proceso por los actuales recurridos en nombre de varias comunidades hereditarias, solicitando la declaración de propiedad en su favor de parte de determinado monte incluido en el Catálogo de Montes Públicos; los entonces demandados pidieron reconvencionalmente de forma alternativa la declaración de su derecho, como dueños del vuelo, a hacer suyo el dominio del suelo indemnizando su valor o, en otro caso, su derecho a ser indemnizados por la plantación realizada de buena fe. El proceso terminó con sentencia del Juzgado de Primera Instancia que estimó la demanda principal y desestimó la reconvenCIÓN por falta de litisconsorcio pasivo necesario, en cuanto que no había sido dirigida contra todos y cada uno de los comuneros. La sentencia quedó firme. Luego de ello, el Estado (que fue uno de los allí demandados y reconvenientes) inició un nuevo procedimiento contra todos los comuneros y los "desconocidos herederos", reclamando el abono de los gastos de plantación o, en su defecto, la entrega de la finca previo pago de su valor. La sentencia de primer grado declaró haber lugar a la demanda, pero la de la Audiencia (que ahora es objeto de recurso), a pesar de que entra en el fondo denegando el derecho a indemnización porque las plantaciones fueron efectuadas de mala fe, termina diciendo que la excepción alegada fundamentalmente es la de "falta de litisconsorcio pasivo necesario" que había sido acogida en el proceso anterior al rechazar la reconvenCIÓN, sin que se hayan modificado las bases de hecho de la des-

estimación, por lo que "ha de acogerse ahora por la fuerza que se deriva de la *res iudicata*".

5. Cosa juzgada. Fundamento. Campo de aplicación. La cosa juzgada que se hace surgir en diversos sectores doctrinales de una ficción de verdad, de un contrato o quasi contrato judicial, del valor constitutivo de la sentencia, de la extinción de la acción o de la voluntad del Estado representada por la del órgano jurisdiccional, en cuanto produce el efecto de carácter procesal de que los Tribunales tienen la obligación de no juzgar cuando la función jurisdiccional se ha desenvuelto plenamente, no debe aplicarse más que a los juicios declarativos y sobre la base que la cosa juzgada en sentido material sólo puede derivar de sentencias pronunciadas en juicio contradictorio y no de desestimiento de la acción o de las resoluciones adoptadas en procedimiento para ejecución de sentencia; precisa la aplicación de la cosa juzgada, que la resolución de que derive hubiese alcanzado firmeza procesal, es decir, que no sea susceptible de recurso alguno.

Cosa juzgada. Necesidad de que se invoque como excepción. Facultades del Tribunal. El ordenamiento jurídico español, al igual que el francés y diferencia del austriaco y alemán, por entender que la cosa juzgada afecta sólo al interés privado conduce a que el instituto jurídico de la cosa juzgada no pueda estimarse de oficio por los Tribunales, debiendo ser propuesta, en forma de excepción, por la parte demandada, aunque tal orientación se contrae sólo a la alegación de su existencia, es decir, a la manifestación de la correspondiente alegación al respecto, pero no a la apreciación, en definitiva, de la sentencia que la origina, cuya apreciación incumbe al órgano jurisdiccional ante el que viene formulada la alegación de la cosa juzgada. (Sentencia de 17 diciembre 1977; ha lugar.)

NOTA: Tramitado un anterior juicio resuelto por sentencia firme y que dio lugar a una cuestión incidental resuelta ulteriormente, sostiene el Tribunal Supremo que, opuesta a la excepción, no es óbice a estimarla el que la cosa juzgada se basara en la resolución del juicio incidental y no en la sentencia inicial, si ésta, realmente, producía la excepción de cosa juzgada.

6. Casación. Defectos de formulación. Es defectuoso el recurso sin claridad en la formulación del motivo, al involucrar el error de hecho con el de derecho. Se incurre en falta de claridad y precisión, al denunciar conjuntamente la violación de los artículos 1.091, 1.253, 1.445 y 1.446 del Código civil.

Casación. Cuestiones nuevas. Las cuestiones que no han sido objeto de discusión en la litis, ni resueltas por la sentencia, merecen la calificación de nuevas y no son susceptibles de ser traídas al recurso de casación. (Sentencia de 21 noviembre 1977; no ha lugar.)

7. Error de derecho en la apreciación de las pruebas. Art. 1.248 del Código civil. La invocación de este artículo en casación es totalmente inoperante, según reiterada jurisprudencia.

Prueba pericial. Es de la libre apreciación de los juzgadores de instancia.

Documento ponderado con apoyo en la prueba pericial. El aserto de los juzgadores de instancia con apoyo en tal prueba es inatacable en casación.

Defectos del recurso. Cauce procesal inadecuado. El recurrente hace supuesto de la cuestión, estimando como probado lo que la sentencia no admite, sin atacar la apreciación probatoria de ésta por el cauce procesal adecuado, por lo que el motivo tiene que decaer.

Defectos del recurso. Invocación genérica del artículo 1.692 LEC. No especificando cuál de las vías impugnativas señaladas en dicho artículo se utiliza, el motivo debe ser desestimado. (Sentencia de 24 abril 1978; no ha lugar.)

8. *Casación por quebrantamiento de forma. Defecto de interposición.* Al no haber efectuado la recurrente el depósito preventivo en el párrafo último del artículo 1.698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se está en el caso de desestimar el recurso, por aplicación del artículo 1.751 de dicho Cuerpo legal adjetivo.

Consecuencias de esta desestimación. Es de mandar que se entreguen los autos a la parte recurrente, para que en el término preciso de veinte días, que empezará a correr desde el siguiente al de dicha entrega, formalice el recurso de casación por infracción de ley o doctrina, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.720, al haberse hecho la protesta expresa en el párrafo segundo del artículo 1.768, y todo ello a tenor de lo normado en el artículo 1.770 de la misma ley procesal. (Sentencia de 21 diciembre 1977; no ha lugar.)

9. *Quebrantamiento de forma. Falta de personalidad en el Procurador.* No existe tal vicio cuando no hay constancia de que, con anterioridad a la sentencia, se hubiese revelado, ante el órgano jurisdiccional, el fallecimiento del poderdante (art. 9, núm. 7 LEC), pues, como tiene declarado este Tribunal, las diligencias judiciales que se entendieron con el Procurador de un litigante después que éste muere, son válidas y eficaces mientras el fallecimiento no se haya puesto de manifiesto y justificado, dictándose resolución dando por terminada la representación.

Representación del Procurador. Persiste mientras la muerte del poderdante no se ponga en conocimiento del órgano judicial y dicte éste la oportuna providencia, como específica consecuencia de la regla general del artículo 1.738 del Código civil.

Petición de subsanación de la falta en segunda instancia. La falta de la preceptiva reclamación, ante la Sala de instancia, de subsanación de la falta procesal aducida (arts. 1.696 y 1.697 LEC) en el primer trámite procesal en que pueda hacerse, impide la viabilidad del recurso de casación. (Sentencia de 20 febrero 1978; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 2.400,— pesetas
Extranjero, 2.600,— pesetas
Número suelto: España, 700,— pesetas
Extranjero, 900,— pesetas