

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXI  
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE  
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 NUÑEZ LAGOS  
Notario de Madrid

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

RODRIGO URIA GONZALEZ  
Catedrático de D. mercantil y Abogado  
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

## Secretario:

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

## SUMARIO

	<u>Páginas</u>
<b>Estudios monográficos</b>	
LUIS DíEZ PICAZO: <i>Los efectos jurídicos de la gestión representativa.</i>	489
ALBERTO BALLARÍN MARCIAL: <i>Empresa comunitaria y sociedades agrarias</i> .....	509
<b>Estudios de Derecho Extranjero</b>	
JOSÉ E. GREÑO VELASCO: <i>Nuevo régimen jurídico de inversiones extranjeras en Argentina</i> .....	555

**Vida Jurídica**

Notas críticas .....	581
J. L. DE LOS MOZOS: <i>Derecho Civil Español I. Parte general. I. Introducción al Derecho civil</i> , por Carlos Vattier Fuenzalida .....	
<i>Análisis y comentarios críticos en materia de obligaciones y contratos. En torno a la obra Estudios de Derecho civil, obligaciones y contratos</i> , por Tobías Calvo Castillo .....	588

**Bibliografía**

Libros .....	609
<i>Estudios de Derecho civil, en honor del profesor Batllé Vázquez</i> , por José Bonet Correa.—HEGNAUER, CYRIL: <i>Droit Suisse de la filiation</i> , por Gabriel García Cantero.— <i>Le cour judiciaire supreme. Une enquete comparative</i> , por Gabriel García Cantero.—PIOTET, PAUL: <i>Les droits reels limites en general</i> , por Gabriel García Cantero.— <i>Seminario de Derecho foral</i> , por R.	

**Revista de revistas**

A cargo de José R. Antón Riesco .....	617
---------------------------------------	-----

**Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado**

A cargo de José María Chico Ortiz .....	633
---	-----

<b>Jurisprudencia</b> .....	667
-----------------------------	-----

**I Sentencias Comentadas**

1. <i>La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal</i> , por Antonio Cabanillas Sánchez.	667
2. <i>El pacto de variación de la renta en el arrendamiento de una industria de espectáculos</i> , por José Bonet Correa .....	681

<b>II Sentencias</b> .....	688
----------------------------	-----

# 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  
FASCICULO III

JULIO-SEPTIEMBRE  
MCMLXXXVIII



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1.º**

**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**

## Los efectos jurídicos de la gestión representativa

LUIS DIEZ PICAZO  
Catedrático de Derecho civil

### 1. *La eficacia de la gestión representativa: la distinción entre eficacia directa y eficacia indirecta.*

Los efectos jurídicos que despliegan los actos de gestión representativa pueden ser calificados como directos o indirectos. Aun cuando un importante sector de la doctrina científica ha sostenido y sostiene que sólo cuando se produce la llamada eficacia directa existe verdadera y propia representación, este punto de vista ha sido criticado con acierto y se ha establecido la conclusión cabalmente contraria. Existe representación siempre que el representante gestiona un interés del representado, aun cuando los efectos de la gestión sólo se produzcan para éste en forma indirecta. Existen dos formas básicas de actuación representativa, la inmediata o abierta y la mediata u oculta, y dos formas de producción de los efectos, la eficacia directa y la indirecta.

Aun cuando lo normal es que haya correspondencia entre las formas de actuación y las de producción de los efectos —a la representación abierta corresponde la eficacia directa y a la mediata la eficacia indirecta— ello no siempre ocurre necesariamente así.

Con el fin de puntualizar el tema, convendrá que analicemos en qué consisten esos fenómenos que se esconden tras las rúbricas de eficacia directa e indirecta de la representación.

### 2. *La eficacia directa como normal consecuencia de la gestión del representante en nombre del principal.*

La llamada eficacia directa de la gestión representativa se encuentra expresamente aludida en el párrafo segundo del artículo 247 y en el artículo 286 del C. de c. e implícitamente en los artículos 1.259 y 1.717 del C. c. Significa que los efectos del acto de gestión representativa se producen de forma inmediata en el patrimonio o en la esfera jurídica del representado. El acto recibe el mismo tratamiento jurídico que si hubiera sido realizado perso-

nalmente por el principal o *dominus*. El representante que actuó, desaparece de la escena de producción de los efectos. Ningún efecto se produce para él.

Por consiguiente, la declaración de voluntad emitida por el representante o emitida frente al representante se considera como declaración de voluntad hecha o recibida directamente por el representado. Del mismo modo, los comportamientos u omisiones del representante son jurídicamente considerados y tratados como comportamientos u omisiones del representado. Si el acto de gestión representativa es un negocio jurídico, los derechos nacidos del negocio son inmediatamente derechos del principal y las obligaciones pesan inmediatamente sobre el principal. El principal ostenta inmediatamente la condición de parte en la relación o situación jurídica creada por el negocio.

La eficacia directa es en sentido negativo una «no eficacia» del acto de gestión representativa en la esfera jurídica o en el patrimonio del representante que actuó. Ninguno de los efectos del acto de gestión se produce en dicho patrimonio o esfera jurídica.

Este tipo de eficacia que llamamos directa es la normal consecuencia de una actuación abierta del representante —alieno nomine— cuando, además, ostentaba un suficiente poder de representación o, en otro caso, su acto ha sido a posteriori ratificado.

Faltando al poder de representación suficiente o la ratificación, existirá o podrá existir un conjunto de consecuencias en la relación jurídica entre el representante y el tercero, pero ello no es propiamente eficacia directa de la representación, sino más bien de la falta de representación.

### 3. *La eficacia indirecta como forma de producción de consecuencias de la gestión representativa.*

Por paralelismo con la descripción anterior, la llamada eficacia indirecta se suele dibujar diciendo que las consecuencias del acto de gestión representativa —todos los derechos y todas las obligaciones derivadas de dicho acto— ingresan en el patrimonio o en la esfera jurídica del representante que actuó y, viceversa, ningún efecto se produce de manera inmediata en el patrimonio o en la esfera jurídica del representante o principal. Por tanto, como consecuencia del acto de gestión representativa, no se establece ninguna relación jurídica entre representado y tercero. A la inversa, la relación jurídica se establece entre representante y tercero.

Aunque nuestros códigos aluden a un sistema semejante de organización de los efectos jurídicos de los actos de gestión representativa, no lo hacen en forma tan matizada, sino de una manera más tenue. Así, el artículo 1.717 del C. c., al contemplar el fenómeno de lo que nosotros llamamos la eficacia indirecta, dice

que «el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante», añadiendo después que «el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado».

Aun cuando se utiliza *la idea de acción* parece, a primera vista por lo menos, que lo mismo puede decirse del derecho del que la acción deriva. Y aun cuando se habla únicamente de obligación del mandatario frente al tercero (la persona con quien ha contratado) lo mismo puede decirse de la obligación recíproca del tercero hacia el mandatario.

Una fórmula muy parecida utiliza el artículo 246 del C. de c., según la cual el comisionista «quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente ni éste contra aquéllas».

En una exégesis literal y primaria de estos preceptos parece preciso reconocer que si no se da ninguna «acción» entre el principal y el tercero, aun cuando con la palabra acción se designe probablemente la facultad de interponer una reclamación judicial o el *ius persequendi in iudicio*, tampoco puede existir ningún derecho que tenga por sujetos a tales personas, pues un derecho desprovisto de acción es algo que carecería de sentido. Y si del lado activo —derechos, acciones— pasamos al lado pasivo —deber, obligación— la conclusión tiene que ser la misma. Tanto el Código civil como el Código de comercio imponen la obligación al mandatario o al comisionista.

El Código civil califica la especie de obligación como obligación *directa* y, aunque ni uno ni otro código excluyan expresamente la obligación —¿indirecta?— del mandante o comitente, como quiera que la acción no se dé frente a ellos y «nulla obligatio est sine actio», prima facie parece resultar que ni uno ni otro están genuinamente obligados.

Lo que hemos descrito en las líneas anteriores es el sistema puro de la llamada eficacia indirecta. En la práctica sin embargo el sistema en su puridad se presenta muy escasas veces. Además, no explica suficientemente el deber del principal de cumplir las obligaciones contraídas por el representante, ni la forma de adquirir los derechos. Finalmente, presenta una serie de excepciones a las que habrá que hacer referencia.

Por ello, la doctrina más reciente ha procurado matizar más la exégesis del artículo 1.717 C. c., tratando de dilucidar qué es lo que verdaderamente preceptúa, sin suponer en él reglas implícitas procedentes del esquema dogmático puro de la eficacia indirecta.

Así al comentar el artículo 1.717 del C. c. Gullón Ballesteros, («Estudios en homenaje a Federico de Castro», vol 1º, pág. 761) llega a las siguientes conclusiones:

1.ª El artículo en cuestión sólo se preocupa de determinar quién puede accionar y contra quién, y niega *en principio* toda



acción al mandante en cuyo interés o por cuya cuenta obra el mandatario que adquiere.

2.<sup>a</sup> Sólo se preocupa de señalar quién es el *obligado a cumplir* las obligaciones para con el tercero que nacen del contrato.

Observa Gullón que el inciso 1.º del párrafo 2.º (el mandatario es el obligado directamente) debería haberse colocado en el párrafo 1.º, viniendo a continuación éste (quién tiene y quién no tiene acción) como una lógica consecuencia de aquella afirmación sobre la concreción de la persona obligada.

3.<sup>a</sup> El asunto gestionado por el mandatario es considerado *como si* «fuera personal suyo», pero esta consideración se produce en relación con el tercero y de ninguna manera se declara que el asunto *es* personal suyo frente al mandante y frente al tercero.

4.<sup>a</sup> La *denegatio actionis* entre mandante y tercero que contrata con el mandatario cabrá cuando se trate de cosas propias de aquel y no se especifique que el tercero debe tener conocimiento de esa cualidad de las cosas en el momento de la celebración del contrato.

Estas observaciones, que son exactas, ponen de relieve las dificultades a que conduce el esquema teórico-dogmático de la eficacia indirecta de la representación. Las dificultades se acrecientan al tratar de determinar el mecanismo del efecto traslativo, entre el mandante y los terceros, en el caso del llamado mandato para enajenar y del llamado mandato para adquirir.

#### 4. *El concepto de «cosas propias del mandante» como excepción a la regla de la eficacia indirecta.*

El inciso final del artículo 1.717 contiene una excepción a la regla de la eficacia indirecta, cuyo sentido no resulta fácil de determinar. Tras haber señalado que en la gestión *proprio nomine* no hay acción entre mandante y tercero y que el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo, nuestro Código dice: «Exceptúese el caso en que se trate de *cosas propias del mandante*». Este párrafo breve y lacónico, introducido en nuestro Código civil después de la redacción del Anteproyecto y sin claros precedentes, es sumamente equívoco. La expresión «cosas propias» puede ser entendida en sentido amplio como «asuntos propios» o en un sentido restringido como «cosas de propiedad» del mandante. La primera alternativa convertiría la excepción en regla general, pues, por hipótesis el asunto es propio del mandante. La identificación de las «cosas propias» de que habla el artículo 1.717 con «asuntos propios» sólo tendría sentido si se integrara el texto mediante el conocimiento por el tercero de dicho carácter —asuntos conocidamente propios del mandante—. Si así fuera, el artículo 1.717 estaría aludiendo a la hipótesis de la *contemplatio*

*domini tácita*. El representante ha actuado tácitamente en nombre del mandante. Sin embargo, esta interpretación se coloca en abierta contradicción con el punto de partida del artículo 1.717, que es un mandatario que actúa en su propio nombre y por consiguiente un supuesto en que no hay *contemplatio domini*, ni expresa ni tácita.

Se puede pensar por ello que la excepción del artículo 1.717 alude a cosas que pertenecen en propiedad al mandante (cfr. S.T.S. 10 de julio de 1946) y la excepción a la eficacia indirecta se produce cuando en la gestión no ha existido *contemplatio domini* ni expresa ni tácita. Sin embargo, las dificultades de interpretación del artículo 1.717 no terminan aquí. Restan todavía dos puntos por dilucidar para situar la norma en su verdadero marco. El primero consiste en esclarecer en qué manera estas «cosas de propiedad del mandante» se insertan en el negocio concluido por el mandatario y el tercero. El segundo punto es el relativo al alcance de la excepción.

Según el artículo 1.717 la excepción funciona en un caso en que «*se trate de cosas propias del mandante*». ¿De qué manera las cosas propias del mandante se insertan en el trato?

Cabe pensar por lo menos tres alternativas posibles. El negocio constituye una obligación cuyo objeto es una *datio* traslativa de las cosas de propiedad del mandante. Dicho de otro modo, por virtud del negocio el mandatario se obliga a transferir la propiedad de cosas del mandante. Bajo este punto de vista, el artículo 1.717, párrafo 2.º *in fine* contempla como excepción a la eficacia indirecta la hipótesis de un mandato para enajenar a que enseguida nos referiremos. En un sentido hasta cierto punto similar aunque más amplio, el negocio crea en favor del tercero un derecho que debe hacerse efectivo en las cosas de propiedad del mandante (v. gr., un derecho real de disfrute, un derecho arrendaticio, etc.). Cabe todavía pensar que el negocio concertado por el mandatario y el tercero constituye una obligación de dar o de hacer del tercero que ha de recaer o de referirse a las cosas de propiedad del mandante. Por ejemplo: el mandatario contrata en su propio nombre un contrato por virtud del cual un tercero se obliga a reparar o a custodiar una cosa de propiedad del mandante. O bien el tercero asegura los daños que las cosas de propiedad del mandante puedan sufrir.

Decidir a cuál de las diferentes opciones interpretativas, que el artículo 1.717, pár. 2.º, *in fine*, ofrece, se encuentra en función de la solución que se dé al segundo de los problemas antes planteados. El texto que analizamos indica que el supuesto en él comprendido —el caso en que se trate de cosas del mandante— debe quedar exceptuado. Ahora bien, ¿exceptuado de qué? ¿Exceptuado de la totalidad del precepto? ¿Exceptuado sólo del párrafo segundo del que el precepto forma parte? Si fuera lo primero, habría que entender que el hecho de que un negocio recaiga sobre cosas

de propiedad del mandante excluye la eficacia indirecta e impone una eficacia totalmente directa, con la consecuencia de la no-vinculación del mandatario. Si fuera, en cambio, lo segundo se incidiría en una evidente antinomia, pues subsistiría la regla de la falta de acción directa entre mandante y tercero.

La excepción tiene que matizarse. El hecho de que se trate de cosas propias del mandante impone una obligación directa a éste y, por consiguiente, crea una acción también directa entre tercero y mandante. Esto es perfectamente claro si la obligación era una obligación de transmitir o de constituir un derecho limitado. Queda directamente obligado el mandante-propietario y el tercero puede dirigirse contra él. En reciprocidad, el mandante adquiere directamente el derecho al precio o contraprestación. En cambio, la existencia de obligación del mandante, ¿es por sí sola inexistencia de obligación del mandatario? Parece que por sí sola, no.

Mas sea de ello lo que fuere, el panorama no queda completo si no se procede a un análisis detenido de las hipótesis de mandato para enajenar y mandato para adquirir.

##### 5. *La representación indirecta «ad alienandum» o mandato para enajenar.*

El tema fue hace años estudiado por Jordano Barea (ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1951, 4, págs. 1458 y ss.), quien planteaba el problema con gran exactitud cuestionando de qué modo el mandatario que obra en nombre propio puede enajenar los bienes de su mandante. ¿Cuál es el fundamento técnico jurídico del mandato para enajenar? Las diferentes explicaciones teóricas que han sido dadas se pueden agrupar en dos grandes líneas. La tradicional se atiene rigurosamente a los esquemas antes señalados de la representación indirecta —no hay nunca ningún efecto jurídico directo entre el *dominus* y el tercero—. Por ello, la única explicación satisfactoria de la eficacia real del negocio hay que encontrarla en el previo traspaso de la propiedad del mandante al mandatario encargado de enajenar. El tercero adquiere de forma indirecta del mandante y de forma directa del mandatario. Hay, pues, una doble transmisión de la propiedad. Sin embargo, esta doble transmisión de la propiedad o vía oblicua, plantea no pequeñas dificultades. No es la menor de ellas el hecho de que, durante algún tiempo, por breve que éste sea, los bienes tendrían que ingresar en el patrimonio del mandatario y, por consiguiente, ser objeto de una eventual y posible agresión de los acreedores de éste (v. gr., embargo, etc.), lo cual es especialmente importante en los casos de quiebra del mandatario. La segunda dificultad radica en explicitar en virtud de qué causa jurídica se produce la transmisión dominical al intermediario, pues no es posible olvidar que en nuestro Derecho la transmisión de la propiedad es consecuencia

de ciertos contratos, idóneos para conseguir ese fin, mediante la *traditio ex* artículo 609 C. c. ¿Qué tipo de transmisión es ésta que nos ocupa? Podría tratarse de una transmisión abstracta, pero en nuestro Derecho positivo no aparece admitida. Si fuese una transmisión causal, a falta de un contrato típico, el instrumento para articularla tendría que ser una necesaria simulación. De esta suerte, la conclusión a la que llega una parte de los sostenedores de la línea de pensamiento que analizamos es que hay una causa atípica de transmisión, la *causa mandati*, que tiene virtualidad para operar por sí sola una transferencia de propiedad inter partes. Para eludir las dificultades prácticas de estas premisas, se limitan las conclusiones y se sostiene, que si bien la *causa mandati* es atípica y puede producir la previa y necesaria adquisición del mandatario, se trata de una adquisición puramente instrumental, que no se realiza en el momento del traspaso posesorio de mandante a mandatario, sino cuando en ejecución del mandato el mandatario transfiere al tercero. Es un momento fugaz: adquiere cuando transmite.

De este modo, se salvan las dificultades teóricas a cambio de entrar en el reino de la ficción. La transmisión es instrumental. Existe porque necesitamos pensarla. No se produce hasta el mismo momento en que el mandatario vuelve a transmitir. No guarda relación con ninguna causa y tampoco está conectada con la *traditio*.

Para superar todas estas dificultades Jordano, desarrollando alguna idea anterior de Pugliatti, ha entendido que el negocio traslativo causal, que se opera entre mandante y mandatario, está fundado en una *causa fiduciae*. Sería, de este modo, una especie de negocio fiduciario, en virtud del cual el gestor adquiere fiduciarmente la propiedad. El mandatario se encuentra en una situación fiduciaria, libremente elegida por el fiduciante, con todas sus ventajas de tipo práctico, pero con los peligros de abuso que son propios de esta situación. La configuración de la situación del mandatario como fiducia permite resolver el más grave de los problemas prácticos (derecho de separación en caso de quiebra), pero deja abierta la posibilidad de abuso —con la única consecuencia de una acción de enriquecimiento si el mandatario como fiduciario se excede en el cumplimiento del mandato (p. ej., enajenando a bajo precio o disponiendo a título gratuito).

Las dificultades a que conduce la tesis de la vía oblicua o indirecta han hecho que la mayor parte de la doctrina haya preferido seguir el camino de la transmisión *recta via*. En virtud del acto dispositivo del mandatario, la propiedad pasa, sin rodeos, inmediatamente, desde el patrimonio del mandante al tercero adquirente. Esta línea de pensamiento se ha seguido entendiendo que el mandante no necesita transferir la propiedad al mandatario, sino únicamente cederle la facultad dispositiva o *ius disponendi* o una especial autorización, que se considera como negocio atributivo del poder dispositivo o como una forma de extraordinaria legitimación.

A esta construcción se le han opuesto dos reparos. Por una parte que se asimilan en sus resultados la representación directa y la representación indirecta. Y en segundo lugar que no se explica cómo se puede legitimar para disponer a quién es *non dominus*, contra las normas objetivas, pues la regla general ex artículo 348 es que el poder dispositivo corresponde siempre al propietario.

Que se asimilan en cuanto al resultado traslativo la representación directa y la representación indirecta, parece que es claro, pero ello no puede constituir una seria objeción. La objeción sólo es posible si se parte del postulado de otorgar valor absoluto a las ideas de actuación en nombre ajeno igual a representación directa y actuación en nombre propio igual a representación indirecta, cuya crítica nosotros hemos realizado ya muchas veces. Por otra parte, el hecho de que sea directo el efecto traslativo, no significa que tengan que serlo el resto de las consecuencias del negocio de enajenación (p. ej., pago del precio, etc.), en que la eficacia indirecta puede en parte subsistir.

La identificación entre titularidad del derecho y poder dispositivo no puede constituir una objeción seria, ya que en rigor quiere decir sólo que por regla general no hay disposición o efecto dispositivo sin la voluntad del titular del derecho.

Por último, se ha señalado que la recta vía choca con la imposibilidad material de consumación en todos aquellos casos en que el negocio traslativo exige la inscripción en un Registro Público. Si se observa el mecanismo propio de la representación indirecta y no se revela el nombre del mandante, no hay forma de dar entrada a la adquisición del tercero en el Registro Público toda vez que en él la inscripción del transmitente debe enlazarse con la del adquirente en virtud del principio del tracto sucesivo. Sin embargo, frente a ello se ha argüido que las dificultades de registración son adjetivas o formales y que en ningún caso pueden alterar los mecanismos del derecho sustantivo.

#### 6. *Mandatario que compra o adquiere en su propio nombre.*

Esta hipótesis, que es un poco el reverso de la medalla de la anterior y plantea unos problemas muy similares, ha sido últimamente estudiada por Gullón Ballesteros (ob. y loc. cit., págs. 761 y ss.). Dice Gullón que en nuestra doctrina parece mayoritaria la tesis, derivada de las ideas de mandato sin representación o de representación indirecta, según la cual el mandatario es quien adquiere y el mandante sólo será propietario cuando aquél cump!a la obligación de transferirle las cosas expresamente adquiridas por él. Núñez Lagos (*Mandatario sin poder*, «Revista de Derecho Privado», 1946, pág. 618) ha desarrollado este esquema de un modo completo y riguroso. Hay una adquisición verdadera y real a favor

del comprador, que es quien en el contrato de compraventa figura como tal comprador, pues es mandatario sólo secretamente o *sub pectore*. Su posición real de propietario es absoluta. La relación obligacional de mandato no destruye, ni limita el derecho de propiedad adquirido. Únicamente le constituye en deudor de una obligación. Esta obligación es de hacer y consiste en celebrar un negocio jurídico de transmisión en favor del mandante. No es una obligación de dar, pues el mandato no pertenece a los «ciertos contratos» que transmiten una propiedad mediante la tradición, según el artículo 609 C. c. En la clásica teoría del título y el modo no se decía que el mandante tuviera un *ius ad rem* sobre las cosas compradas por el mandatario. El mandato no limita objetivamente el derecho de propiedad sobre las cosas compradas o adquiridas por título oneroso por el mandatario. Limita únicamente de manera indirecta y subjetiva los efectos de ese dominio, en la medida en que constituye un futuro destino de la propiedad mediante una responsabilidad del mandatario. Las cosas compradas ingresan en el patrimonio del mandatario en concepto de libres, sin vinculación objetiva, y aumentan el activo de ese patrimonio. Al mismo tiempo, aumenta igualmente el pasivo con una obligación, que produce un crédito en favor del mandante. Por eso la tercera que en su caso pueda entablar el mandante no será nunca una tercera de dominio, sino, en su caso, de mejor derecho.

Gullón critica estas conclusiones señalando el carácter injusto y el peligro de las consecuencias a las que conduce la teoría de la adquisición por el mandatario. El mandante carecería de acción reivindicatoria para obtener la cosa adquirida, disponiendo únicamente de una acción personal para obligar al mandatario a que cumpla su obligación de transferirle la misma. Es indiferente que el tercero conozca su cualidad de mandatario; basta sólo con que no utilice el nombre del mandante; si el mandatario dispone de la cosa en favor de terceros, éstos quedan protegidos siempre, por adquirir de un verdadero propietario, aunque conozcan la existencia de un mandato para obrar en nombre propio; la adquisición de la propiedad por el mandatario se produce pese a que la contraprestación satisfecha no provenga de su patrimonio sino del del mandante; y en fin en el supuesto de quiebra carece el mandante de todo derecho a obtener la separación de las cosas, porque se parte de la premisa de que él no es el propietario.

Incluso olvidando todos estos inconvenientes, la teoría se mete en un verdadero callejón sin salida a la hora de explicar a través de qué cauce jurídico se realiza la transferencia de las cosas adquiridas del mandatario al mandante. No es posible sostener que la transmisión tenga su causa en el contrato de mandato, puesto que como ya se ha dicho, el mandato no pertenece al género de contratos que son aptos para transmitir el dominio. Por ello, no parece que quede más cauce, si hay que hacerlo así, que el de una compraventa simulada.

Los fundamentos últimos de la teoría de la adquisición directa por el mandatario son básicamente dos y son también inexactos: uno, de carácter positivo, es el texto del artículo 1.717 y otro, de carácter dogmático, es un particular concepto de la representación. Sin embargo, el artículo 1.717 no establece más consecuencia que la de *denegatio actionis*, como más arriba recordamos; y el concepto dogmático de la representación se demuestra inexacto. Como se parte del postulado de que la representación indirecta no es verdadera representación, hay por ello que negar dogmáticamente que produzca unos efectos similares a los de la auténtica y genuina representación.

Tras estos planteamientos y con un fuerte apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo, Gullón llega a las siguientes conclusiones, que nosotros consideramos aceptables:

1.<sup>a</sup> La propiedad de lo adquirido pertenece directamente al mandante. No es necesario un nuevo negocio de transmisión entre mandatario y mandante. El mandatario nada tiene que transmitir, porque nada ha adquirido para sí.

2.<sup>a</sup> Como la propiedad es del mandante *ab initio*, desde la celebración del negocio adquisitivo, la obligación del mandatario, derivada del contrato de mandato ex artículo 1.720, es transmitir la posesión y otorgar una escritura pública de *reconocimiento* de la propiedad del mandante. Este reconocimiento debe apoyarse, haciéndolo constar así, en el contrato de mandato.

3.<sup>a</sup> En este último acto se admite siempre la sustitución de la voluntad del mandatario por la del Juez.

4.<sup>a</sup> Cuando se trate de bienes inmuebles la acción del mandante para que se declare su derecho de propiedad, lleva aparejada la rectificación del registro, si en él el inmueble apareciera inscrito a nombre del mandatario o del transmitente.

Señala Gullón que esta rectificación registral en todas las sentencias por él estudiadas se produce en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 L. H., por entender que hay una inexactitud registral al figurar como propietario quien no lo es. Lo cual indica con toda claridad que el mandante no es nunca causahabiente del mandatario (como tendría que serlo de acuerdo con los esquemas de la eficacia indirecta), pues si así fuera no podría alegarse el artículo 38, ya que no había ninguna inexactitud que corregir. Según la jurisprudencia, la inscripción en favor del mandatario *contradice* el dominio que ostenta el mandante y permite que éste solicite que se declare que él ha sido siempre el propietario en virtud de la adquisición efectuada a través de su mandatario.

5.<sup>a</sup> El mandatario que posee los bienes adquiridos no es poseedor en concepto de dueño.

6.<sup>a</sup> El mandatario no puede oponer a la acción del mandante la prescripción adquisitiva ordinaria por falta de posesión en con-

cepto de dueño y únicamente puede oponer la extraordinaria si justifica adecuadamente la inversión de su título posesorio.

Todo ello lleva inevitablemente —concluye Gullón— a pensar que en las relaciones entre mandante y mandatario se producen los mismos efectos que en la representación directa, si bien con un plus, que es la necesidad de poner en consonancia la realidad de la adquisición del mandante con su exteriorización o apariencia, incluso en el Registro de la Propiedad.

### 7. La representación indirecta y el Registro de la Propiedad: el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

El artículo 20 de la L. H. establece lo que en la jerga inmobiliaria-registra<sup>l</sup> se denomina el principio de tracto sucesivo. Para inscribir un título en el Registro es preciso que conste previamente inscrito el derecho del otorgante. Los asientos del Registro deben formar una cadena en cuyos eslabones no aparezcan quiebras ni fallas. El principio del tracto sucesivo produce como consecuencia la denegación de la inscripción cuando el derecho resulte inscrito a favor de persona distinta de aquella que otorgó el negocio dispositivo. El artículo 20 de la L. H. contiene sin embargo una serie de excepciones al llamado principio del tracto sucesivo, algunas de las cuales determinan lo que se ha llamado un tracto comprimido o abreviado. Aquí nos interesa de manera especial el párrafo 4.º del artículo 20, según el cual «no será necesaria la previa inscripción o anotación en favor de mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas, y demás personas que con carácter permanente actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las Leyes». El párrafo transcrito alude de manera directa a mandatarios y representantes. Puede pensarse —y de hecho así lo ha pensado un amplio sector de los comentaristas— que el precepto se está refiriendo a mandatarios y representantes que actúen en virtud de un fenómeno de representación directa o abierta. Sin embargo, este modo de entender el precepto está a nuestro juicio reñido con la lógica y significa además ponerlo en contradicción con la regla general o principal del párrafo 1.º del artículo 20. Porque el párrafo 1.º del artículo 20 dice que para inscribir o anotar los títulos... «deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». En ese último inciso («en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos») está ya contemplado el fenómeno de la representación directa. La previa inscripción debe existir en favor del principal o *dominus negotii*, a cuyo nombre son otorgados los actos dispositivos y el hecho de que un representante actúe en virtud de representación directa no modifica en absoluto la cuestión. Por ello, pensar que cuando la regla 4.ª menciona a los «mandatarios y



representantes» está diciendo lo mismo, no pasa de ser una incongruencia, porque estaría exceptuando de la regla general algo que la regla general contiene y que se encuentra explícitamente regulado en ella. Por consiguiente, hay que pensar que cuando la regla 4.<sup>a</sup> dice «mandatarios y representantes» no se refiere a los mandatarios y representantes que actúen con representación directa o abierta. Lo corrobora la propia regla 4.<sup>a</sup> que habla de órganos de representación que «dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes». Y esta forma permitida por las leyes no es sólo la forma de representación directa o abierta, sino también la actuación *proprio nomine* o representación indirecta.

#### 8. *El cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de representación indirecta.*

En las páginas anteriores hemos tratado de comprobar cómo el esquema genérico de la eficacia indirecta (eficacia exclusiva entre mandatario y tercero, doble trama de efectos o vía oblicua y ningún efecto directo en favor del mandante) quiebra notablemente las adquisiciones de derechos y en los negocios traslativos. ¿Cómo se resuelve la cuestión en materia de obligaciones? ¿Qué pasa con las obligaciones contraídas con el tercero por el mandatario cuando éste ha actuado en su propio nombre? Ciertamente, el párrafo 2.º del artículo 1.717 C. c. dice que «en este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo». La letra en principio es clara. Es verdad que al decir que el mandatario es el obligado no se está excluyendo que pueda haber también otro. Sin embargo la utilización del artículo determinado «el» (el obligado) connota evidentemente la idea de exclusión y parece querer decir el único obligado.

Poco después el artículo 1.727 dice que «el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato». Obsérvese que el artículo 1.727 enuncia el deber del mandante, con tal que el mandatario haya obrado «dentro de los límites del mandato», sin exigir que este último haya actuado en nombre de aquél. No se puede, pues, en absoluto decir que el artículo 1.727 funciona sólo cuando el mandatario ha actuado *alieno nomine*. Desde el punto de vista literal no hay ninguna dificultad en aplicar el artículo 1.727 aunque la gestión del mandatario hubiere sido *proprio nomine*. Cabría argumentar, que el artículo 1.717 ha regulado ya esta hipótesis, por lo que una interpretación del 1.727 como la propuesta, al dar lugar a una antinomia, conduce al absurdo. No obstante, ya hemos destacado que el artículo 1.717 por sí solo no ha excluido esa consecuencia. Obliga al mandatario —directamente—, pero no excluye de una manera expresa la obligación del mandante. Por último, no puede

olvidarse que a la hipótesis del párrafo 1.º del artículo 1.727 —«dentro de los límites»— y sin expresa referencia a la forma de actuación —*proprio* o *alieno nomine*— equipara el párrafo segundo las hipótesis de exclusión de la actuación siempre que haya habido ratificación.

En un sistema puro de eficacia indirecta, el mandante no puede nunca ser deudor del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el mandatario. El deudor de estas obligaciones es el mandatario, que las ha contraído en su propio nombre. El mandante es deudor de otra obligación distinta, que es una obligación que se produce en el marco interno de sus relaciones con el mandatario y que consiste en proveerle de fondos para que realice el pago o en resarcirle de las consecuencias del cumplimiento que él haya realizado frente al tercero, al que únicamente él está obligado.

La rigurosa aplicación de este sistema puro de eficacia indirecta y el juego de los conceptos impone la necesidad de reducir el ámbito de aplicación del artículo 1.727 —el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído— limitándole a las obligaciones contraídas por el mandatario en nombre del mandante. Sin embargo, una vez más hay que decir que desde el punto de vista de la letra y del espíritu del Código esta conclusión parece perfectamente arbitraria.

¿Cómo se concilia entonces el artículo 1.727 —el mandante debe cumplir las obligaciones contraídas por el mandatario— con el artículo 1.717 según el cual no se da acción alguna entre el mandante y los terceros o entre éstos y el mandante? Parece que si el mandante está obligado, la acción tendrá que darse, ya que el tercero es acreedor por hipótesis de la obligación y el mandante, según la interpretación que se propone, tendrá que resultar deudor de ella.

En este punto el análisis debe hacer hincapié en dos temas: la conexión entre «acción» y «obligación», que acabamos de dar por supuesta y el alcance de la falta de acción o *denegatio actionis* que establece el artículo 1.717.

a) El artículo 1.717 dispone efectivamente que el tercero no tiene acción contra el mandante. Dicho de otro modo, el tercero no puede demandar y traer a juicio al mandante. Más adelante volveremos sobre lo aceptable de esta proposición. Ahora nos interesa otro punto. Demandado el mandatario por el tercero, ¿puede aquél reclamar que sea emplazado el mandante, justificando que él contrató la obligación en su interés, por su cuenta y dentro de los límites del mandato? Se trataría de una *laudatio auctoris* semejante a la que establece el artículo 1.482 que ciertamente no aparece recogida en ningún precepto legal, pero que tampoco se ve razón suficiente para excluir. Aunque sólo sea por razones de economía procesal, no se ve por qué el mandatario debe de soportar el pleito que el tercero inicie, esperar a que termine y luego iniciar un nuevo pleito él contra el mandante. El mandante puede

estar en mejores condiciones que el mandatario para llevar a cabo las alegaciones o utilizar los medios de defensa. Por ejemplo, el tercero reclama el pago del precio de una compraventa y se le puede oponer el carácter defectuoso de la cosa, que en la hipótesis no se encuentra en poder del mandatario, sino del mandante. Traerle a juicio en virtud de *laudatio*, aunque no haya sido demandado en la acción del tercero, precisamente porque hay una obligación suya, parece que no es un mecanismo disparatado. Lo que demuestra por otra parte que no hay absoluta coincidencia entre los términos de acción y de obligación. El tercero no tiene acción directa contra el mandante. Su acción sólo puede llegar demandando al mandatario.

b) Todo ello nos lleva de manera ineludible a la necesidad de puntualizar cuál es el alcance de esa *denegatio actionis* o falta de acción —no tiene «acción»— que el artículo 1.717 predica. Esta falta de acción, ¿se refiere a todas las posibles consecuencias de la gestión representativa o se refiere sólo a la acción típica nacida del negocio de gestión y dirigida a reclamar el cumplimiento del mismo? Dicho de otro modo, la expresión «no tiene acción», ¿significa no que no tiene ninguna acción o significa que no tiene la acción típica? Supuesto un contrato de compraventa en el que el tercero fuera vendedor, ¿significa que no tiene ninguna acción contra el mandante comprador real o significa que lo que no tiene es la *actio venditi*?

Ante todo, conviene no perder de vista que la denegación de acción, en un sistema procesal regido por el principio dispositivo es un medio de defensa del demandado y nada más, pues nunca podrá ser utilizado de oficio por el Juez. Significa que el demandado —el mandante o el tercero— puede enervar la demanda esgrimiendo la falta de acción contra él del actor. Sin embargo, si el demandado omite poner en juego dicho medio de defensa —y es para ello el árbitro absoluto— y el litigio se traba sobre el fondo de la relación debatida, no cabe duda que las partes habrán admitido que esta relación de alguna manera existe entre ellas. Su comportamiento procesal no es un hecho modificativo o novativo, dicho en términos de Derecho sustantivo, de la anterior situación jurídica, sino simplemente que ha sido revelado el carácter representativo que la gestión tuvo.

Más si admitimos, y nos parece evidente, que la *denegatio actionis* es un medio de defensa del demandado, parece también que este medio de defensa sólo podrá ser ejercitado, de conformidad con la buena fe y en atención al juego de razones por las cuales aquel medio de defensa se confirió. La *denegatio actionis* puede tener sentido para dejar inmune al mandante de posibles reclamaciones de personas cuya entidad ignora, porque en un reclamado puede incluso ignorar los negocios que el mandatario en su propio nombre haya realizado. Por ello, cuando el contrato celebrado por el mandatario ha sido de algún modo —en sí mismo o en

sus consecuencias— aceptado por el mandante proponer la *denegatio actionis* puede resultar en muchos casos abusivo.

### 9. *Fiducia y representación indirecta.*

El establecimiento de las diferencias entre fiducia y representación indirecta es cuestión que no resulta fácil. Al describirse la fiducia se supone siempre que el fiduciante, que es propietario de una cosa o titular de un derecho, lleva a cabo una transmisión en favor del fiduciario. Por consiguiente, el fiduciante era con anterioridad un propietario y el fiduciario pasa a serlo, plenamente hacia el exterior y limitadamente en las relaciones internas entre las partes.

En estos términos, el enlace entre fiducia y representación indirecta se puede producir de dos modos. El primero de ellos es el intento de explicación del mandato para enajenar, al que nos hemos referido en páginas anteriores y en el que, a nuestro juicio, el recurso a la figura de la fiducia no es necesario. La segunda forma de enlace entre las dos instituciones se puede producir cuando la fiducia es *cum amico*, por obedecer en la esfera interna a finalidades de gestión. En este caso el principal o mandante inviste a su representante con la cualidad de propietario o titular del derecho, a fin de que pueda consumir, en su propio nombre, una actividad de gestión por cuenta o en interés de aquél. Por ejemplo: se transmiten fiduciariamente las acciones de una sociedad anónima para que el fiduciario pueda concurrir a la junta general y votar en ella de acuerdo con las instrucciones o con los intereses del fiduciante. En las hipótesis de fiducia *cum amico* confluyen las dos relaciones de fiducia y de representación indirecta. La fiducia es el mecanismo instrumental utilizado para hacer innecesaria la representación abierta, porque, por las razones que sea, interesa que el carácter representativo de la actuación quede oculto. Se trata por hipótesis de casos en que la necesidad de la titularidad fiduciaria es pasajera o transitoria y las cosas vuelven al principal, de quien procedían.

Existe, sin embargo, otro terreno en el cual la distinción entre fiducia y representación indirecta no se presenta con tan especial nitidez. Cuando una persona, cumpliendo instrucciones o pactos establecidos con otra, adquiere para esta última una cosa de un tercero ajeno por completo, parece en principio que el esquema negocial pertenece de lleno al campo de la llamada representación indirecta y que no tiene nada que ver con la fiducia. Sin embargo, en la hipótesis pura de representación indirecta, según las doctrinas dominantes el representante está obligado a transmitir inmediatamente al representado los derechos nacidos del negocio representativo y, según las conclusiones a las que nosotros hemos

llegado más arriba, se ha producido una adquisición directa en favor del representado.

Estos datos permiten diferenciar la pura representación indirecta o mandato para adquirir de las hipótesis de carácter fiduciario en que la representación indirecta se encuentra teñida de fiducia o involucrada con esta última. Así, puede ocurrir que de acuerdo con las estipulaciones existentes entre las partes, el representante deba o pueda no sólo adquirir, sino también conservar las cosas o derechos en su titularidad o a su nombre, durante un cierto tiempo hasta que se cumplan las finalidades internas. Por consiguiente cabe deslindar frente al puro mandato de adquisición o genuina comisión de compra, llevada a cabo en forma de representación indirecta, un tipo de negocio, en el cual el adquirente no se limite a ejecutar el negocio adquisitivo, sino que es menester que conserve la titularidad adquirida durante algún tiempo.

No basta, sin embargo, el puro factor externo de mantenimiento temporal de la titularidad formal. Si así fuera, creo que continuaría existiendo simple comisión o mandato. Para que haya fiducia es preciso que la titularidad que el representante adquiere y que formalmente ha de conservar en su poder por cierto tiempo quede afectada o destinada a una finalidad específicamente fiduciaria (garantía, gestión, etc.).

En los casos así descritos, parece que hay un mecanismo complejo que opera mediante una yuxtaposición de ambos institutos: hay representación indirecta en el acto adquisitivo y hay fiducia en los momentos posteriores. El pacto fiduciario, en tales casos excluye la producción de los efectos directos del mandato y crea una situación idéntica a la llamada de «propiedad fiduciaria».

#### 10. *La representación indirecta y la quiebra del representante.*

La aplicación rigurosa de la teoría de la representación indirecta, de la completa falta de producción de efectos del acto representativo entre principal y tercero y de la inmunidad de uno y otro a posibles acciones entre sí, lleva como hemos visto a cuestionar que los derechos ingresen de uno u otro modo en el patrimonio del representante, tanto si es representación *ad alienandum* como si lo es *ad acquirendum*, de manera que si el representante fuera declarado en quiebra, al quedar en ese momento cristalizado su patrimonio en beneficio de sus acreedores, los bienes responden de sus obligaciones y el principal no es más que un acreedor en pie de igualdad con todos los demás.

A través de caminos muy diversos, la doctrina se ha resistido siempre a semejante conclusión, sosteniendo, por una u otra vía, la existencia de un derecho de separación en favor del principal.

Aún cuando los preceptos de nuestro Derecho positivo no son

a estos efectos todo lo claros que sería de desear, parece que a una conclusión semejante se puede llegar a través del artículo 909 del C. de c. Entre las cosas que se excluyen de la masa de la quiebra se mencionan los «bienes y efectos que el quebrado tuviere en administración», las «mercaderías que tuviere en su poder por comisión de compra o entrega», los títulos valores que se le hubiesen remitido para gestión de cobro y los caudales que hubiese recibido para entregar a personas determinadas. Se trata como se ve de una serie de hipótesis probablemente casuísticas en las cuales no parece necesario entrar ahora a hacer una exégesis más detenida. Por otra parte puede señalarse que el fundamento del derecho de separación del principal no se encuentra tanto en la casuística enumeración del artículo 909 como en la regla más principal del artículo 908: mercaderías, efectos y cualesquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiera transferido al quebrado por un título legal e irrevocable. Estos bienes se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de su legítimo dueño.

11. *Los efectos jurídicos de la gestión «proprio nomine» del representante y la diferente posición del representante, principal o tercero en la representación indirecta.*

Las conclusiones a las que hemos tratado de ir llegando en los apartados anteriores, rompen, como ya hemos dicho varias veces, el absoluto paralelismo o la absoluta simetría entre representación abierta y efectos directos por una parte y por otra parte, representación mediata y efectos indirectos. En general, puede decirse que a una representación abierta corresponden unos efectos directos. Sin embargo, en la representación mediata o en la gestión *proprio nomine* del representante, será necesario examinar con exquisito cuidado el carácter directo o indirecto de los efectos que se deben producir. Si bien podemos partir de la regla de la inmunidad de principal y de tercero a las respectivas acciones nacidas del negocio operado en su propio nombre por el mandatario, que obligan, por consiguiente, a que cualquier acción se centre en este último y se concrete con él, de aquí no puede seguirse una regla de total exclusión de los efectos directos. Hemos visto en las líneas anteriores un muy numeroso elenco de hipótesis en las cuales los efectos directos se dan entre principal y tercero, no obstante ser *proprio nomine* la gestión representativa.

Ese elenco no es sin embargo un repertorio de excepciones, pues los supuestos pueden todavía ampliarse. Lo que dice el artículo 1.717 C. c. y lo que dicen los artículos 246 y 284 del C. de c. es que, al actuar *proprio nomine*, el mandatario-comisionista ha adquirido unas obligaciones con el tercero, pero no se está en modo alguno excluyendo que no tenga obligaciones el principal

y que no tenga obligaciones el tercero. Al fijar esta regla se supone que el tercero desconoce el carácter representativo de la gestión y que actúa en la creencia de que la persona con quien él ha contratado obraba por sí y para sí. Ello no ocurre siempre necesariamente así, porque pueden darse además estas dos hipótesis: una que la persona con quien él ha tratado no haya ocultado su carácter de gestor, sino simplemente la persona por quien actuaba; y otra que haya revelado su carácter gestor e incluso la persona por quien actuaba; pero que, por especial conveniencia se haya decidido celebrar el negocio como si lo hiciera el mandatario en su propio nombre.

Aun cuando el tercero ignorara al contratar el carácter representativo de la actuación de la persona que trató con él, es claro que este carácter puede ser revelado a posteriori e incluso plenamente justificado, supuesto en el cual no es enteramente justo dejar al tercero desprovisto de toda clase de acciones contra el mandante o al mandante frente al tercero. A nuestro juicio, las acciones se deben dar, pero debe tratarse de acciones y de procedimientos judiciales en los cuales intervenga siempre el mandatario, puesto que él es el punto de sutura entre ambos.

Para entender lo que queremos decir, pensemos en los siguientes supuestos:

a) El mandatario ha concertado en su propio nombre un contrato de compraventa y ha dejado sin pagar el precio. Posteriormente la cosa ha ido a parar, sana y entera, a manos del mandante, que no había hecho provisión de fondos para el pago al mandatario. A nuestro juicio, es claro que en tal hipótesis hay una obligación de pago del mandante al tercero y que ésta es una obligación nacida del negocio de gestión y no simplemente de la posible aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa. Desde luego lo que parece fuera de duda es que en tal caso no se le puede reducir al tercero a ostentar un simple derecho de crédito contra el mandatario, que puede, v. gr., ser insolvente.

b) En la misma hipótesis anterior, es decir, un contrato de compraventa concertado por un mandatario en su propio nombre, una vez trasladadas las cosas a poder del mandante, las acciones dimanantes del contrato de compraventa, v. gr., por evicción o por vicios ocultos hay que entender que las tiene directamente el mandante, que es el comprador frente al tercero que es el vendedor.

Estas conclusiones aparecen, sin embargo, algo más desvaídas en algún otro tipo de contrato. Si pensamos en un contrato de arrendamiento, en principio parece claro que, aunque el mandatario haya obrado en su propio nombre como arrendador, el contrato obliga al mandante probablemente por aplicación de la excepción del artículo 1.717 (tratarse de cosa propia del mandante).

No ocurre sin embargo lo mismo si quien tomó en arrendamiento en su propio nombre fue el arrendatario, que luego resul-

tará ser mandatario de un tercero. La revelación a posteriori de ese carácter no puede modificar la relación antes establecida.

Lo cual probablemente significa que hay de algún modo que distinguir, en las operaciones *proprio nomine*, según que el negocio jurídico sea de ejecución inmediata (p. ej., compraventa y en general negocios traslativos) y aquellos otros llamados a determinar una relación jurídica de carácter diferido, donde es evidente que la revelación del carácter representativo de la actuación no basta para que se produzca una modificación en los efectos de tales relaciones jurídicas.





# Empresa comunitaria y sociedades agrarias

ALBERTO BALLARIN MARCIAL

Notario de Madrid

SUMARIO: I. Introducción: 1. El tema básico de la empresa. 2. La empresa comunitaria de *lege lata* y de *lege ferenda*.—II. Aparición histórica del problema de la empresa comunitaria: 1. La rectificación del capitalismo. 2. Antecedente mejicano: el ejido colectivo. 3. La reforma agraria republicana. 4. Las dos posiciones del reformismo: empresa colectiva, empresa comunitaria. 5. La superación de la empresa familiar en la Europa de la C.E.E. 6. La doble solución reformista en Iberoamérica. 7. El movimiento asociativo agrario en España.—III. El núcleo esencial de la empresa comunitaria: 1. La comunidad de trabajadores.—IV. La doble vía para la empresa comunitaria: 1. La aportación laboral. 2. La empresa comunitaria, sociedad civil o sociedad cooperativa. 3. Reconocimiento legal de la empresa comunitaria. 4. Diferencias entre sociedad civil agraria y cooperativa de producción agraria. 5. Normas comunes aplicables. 6. Los tipos económicos sociales de empresa comunitaria.—V. Comunidad de trabajo y sociedad laboral agraria. Comunidad societaria: 1. Comunidad y sociedad. 2. La comunidad societaria.—VI. La Constitución de la empresa comunitaria. Régimen de las participaciones: 1. Forma constitutiva. 2. Elementos personales. 3. El cultivo directo y personal. 4. Las aportaciones. 5. La aportación mixta. 6. La transmisión de participaciones. 7. La baja del socio.—VII. Incidencia de la empresa comunitaria sobre la propiedad. La propiedad limitada: 1. El impacto en la propiedad. 2. La solución posesoria. 3. La nueva propiedad. 4. El "interés comunitario" en la gran empresa capitalista. 5. Conclusión. La solución pluralista.

## I. INTRODUCCION

1. *El tema de la empresa ha constituido la base de mis preocupaciones político sociales y de mis estudios jurídicos, desde el trabajo inicial que le dediqué en 1954 (1).*

---

(1) *La formación, concepto y fines de un Derecho agrario de la empresa*, recogido en "Atti", del I Congreso Internacional de D. a., Firenze, 1954, pág. 73.

El esfuerzo que realicé más tarde para centrar el Derecho agrario (en adelante D. a.) sobre el concepto de empresa, revelaba a las claras que yo daba la máxima importancia a que en el seno de este microcosmos tuviera lugar el conflicto entre capital y trabajo característico de nuestro tiempo (2). Adelantándome a la acusación de algunos críticos que iban a identificar D. a. de la empresa con D. a. capitalista viendo en ello una «mercantilización» de la agricultura, dejé allí bien sentado que «en mi concepción del D. a. aparece éste como netamente distinto del D. mercantil» (3). Antes bien yo entreveía un camino para superar el dualismo actual —Derecho civil, Derecho mercantil— en «un derecho general de las empresas, en el que se utilicen materiales del D. a., del D. del trabajo y del D. mercantil, para reconstruir, con arreglo a un nuevo humanismo, la célula social que es la empresa» y agregaba: «predominará la concepción institucional de la misma propia del D. a. y del D. del trabajo. A mí no me cabe duda de que el D. a. se irá acercando cada día más a este último, con el que tiene de común el sentido o inspiración «social» en lugar de sucumbir frente a la invasión mercantilista» (4).

El planteamiento que hoy pretendo de la agricultura asociativa y, dentro de ella, del tema más específico de la empresa comunitaria (en adelante e. c.) responde a esa línea de pensamiento.

2. *Hay, ante todo, una realidad legislativa, la del artículo 21 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (en adelante LRDA) (5) en la cual se reconoce a la e. c. como una alternativa a la explotación familiar, regulándose, luego, en los artículos siguientes su núcleo esencial de requisitos. Ese reconocimiento legislativo vino a ser la culminación de un proceso surgido en la propia realidad agraria desde que, a partir de los años cincuenta, fueron creándose por los agricultores «grupos sindicales de explotación en común» y «cooperativas de explotación en común», si bien la doctrina jurídica no les prestara apenas atención por considerarlos un pro-*

---

(2) Me refiero a mi libro *Derecho agrario*, Madrid, 1965.

(3) Pág. 387.

(4) Págs. 389, 390.

(5) "1. Las tierras adquiridas por el Instituto serán aplicadas por éste a los fines siguientes:

a) Constituir o completar Explotaciones Familiares con el régimen peculiar establecido para ellas en este libro o, a solicitud del titular, Patrimonios Familiares.

b) Constituir explotaciones comunitarias.

c) Establecer huertos familiares para trabajadores, preferentemente para los empleados en explotaciones agrarias.

2. Excepcionalmente, el Instituto podrá retener o ceder a entidades oficiales, sindicales o del Movimiento las tierras precisas para atender fines generales, y en especial los de carácter educativo, de mejora, demostración o experimentación agraria, dentro de las orientaciones que señale el Instituto".

ducto poco refinado de la Organización Sindical consustancial al régimen político anterior.

El momento social y político en que nos hallamos me confirma la necesidad de verificar este estudio. Hemos elaborado una nueva Constitución en las actuales Cortes. Ello nos ha forzado a tratar en su articulado algo tan importante como es la propiedad y, concretamente, la propiedad de la tierra. Nos hemos planteado igualmente la cuestión de la empresa, pues resolver la tensión dialéctica entre propiedad y empresa sigue siendo la clave para organizar la sociedad industrial avanzada en que vivimos.

España tiene pendiente una reforma de su agricultura. Será preciso constitucionalizar, junto al derecho de propiedad, el principio de la función social y el de la «reforma» como lo han hecho las constituciones de países en situación similar a la nuestra (6).

La cuestión de la e. c. surge, pues, ante el jurista no ya sólo referida a la situación actual del D. a. que la tiene plenamente reconocida, sino en la perspectiva de la reforma constitucional y, por tanto, de la reforma de la agricultura.

El agrarista ha de hacer obra de prospectiva. No contento con interpretar los textos actuales, ha de contribuir, desde su singular posición, a inventar el futuro (7). Y de cara al mañana, surge la cuestión fundamental, ¿será o debería ser la empresa capitalista la que impere como ha venido imperando hasta hoy? En el caso de que pretendamos superarla, ¿cuál será el camino a seguir por el D. a. reformador? Estas preguntas envuelven en realidad toda la «cuestión social» como se decía en otros tiempos. Apuntan al modelo futuro de sociedad, capitalista, socialista, comunista, personalista, pluralista...

Un jurista constructivo, en esta hora «constituyente», no puede propugnar un modelo dogmáticamente cerrado. Aun cuando fuera partidario de la empresa capitalista o de la socialista —y si somos sinceros con nosotros mismos y con los demás, confesaremos hasta qué punto actúan en los trabajos doctrinales las íntimas preferencias políticas— tendría que relativizar su postura para dejarla abierta a una posible evolución así como a la vigencia, en aras de la libertad, de un amplio pluralismo de fórmulas (8).

(6) Me remito al ejemplo italiano, Constitución de 27 de diciembre de 1947, V. artículo 44 y también 41, 42, 43, 45 y, en especial, el 46, según el cual "con el fin de lograr la elevación económica y social del trabajo y en armonía con las exigencias de la producción, la República reconoce el derecho de los trabajadores a colaborar, del modo y con los límites establecidos en las leyes, en la gestión de las empresas (aziende)".

Cuando este trabajo se publique estará ya fijado el contenido del artículo 32 de la Constitución sobre la propiedad. No se ha afrontado directamente la reforma agraria, aunque si indirectamente, proporcionando una base constitucional para realizarla.

(7) Cfr. mi postura metodológica sobre la misión del agrarista en "Estudios de D. a. y Política a.", Madrid, 1975, pág. 23.

(8) Me atengo, pues, a las indicaciones hechas en tal sentido por un constitucionalista que se declara socialista, José Félix Tezanos, el cual, en

Precisamente por ello reviste hoy tanto interés la e. c. puesto que al tratar de ella estaremos en realidad abordando el gran tema socialista de la «autogestión».

3. Lo que nos puede preocupar como juristas que hemos bebido en una formación tradicional, es la suerte futura de la propiedad (9). Hay algo más concreto. Como consecuencia de la «reforma sindical» operada por virtud del Decreto Ley de 2 de junio del corriente año, procede sustituir la actual regulación de los Grupos Sindicales de Colonización por otra nueva de corte democrático.

Pues bien, si aquellas normas sindicales habían dado lugar en España, como vamos a verlo, a numerosas e. c. que ahora tendrán que adaptarse a otro ropaje jurídico representado por el futuro Decreto regulador de las sociedades, podemos calibrar la importancia y la actualidad que reviste el tema (9 bis).

En el caso de las cooperativas de explotación en común de tierras y ganados, la situación de regulación inmediata es análoga (V. Disposición final 5.<sup>a</sup> de la Ley General de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974 que prometían para dentro de un año una regulación de las cooperativas de explotación en común de tierras y ganados). La verdad es que al no haberse dictado ni siquiera el Reglamento de Cooperación y no haber por ello entrado en vigor la Ley General mal podíamos esperar contar con aquella normativa que sin embargo continúa pendiente.

Es evidente, como lo entreviera el mismo Marx para todo el conjunto de la economía, que la producción agraria será cada día más «social». ¿Quiere ello decir que la propiedad individual y la explotación familiar característica del sector agrario en una España con casi dos millones de explotaciones de menos de cinco hectáreas de superficie, haya de desaparecer para dejar paso a

---

su artículo "Ante la necesaria apertura de un proceso constituyente en la España actual", Sistema, núm. 17-18, abril 1977, pág. 10, señala: "es importante que nuestra futura constitución asegure la efectiva protección y realización de los derechos económicos y sociales creando los cauces y vías para una eventual política de socialización y nacionalizaciones. Sólo si nuestra futura Constitución está abierta a las posibilidades de cambio de las estructuras socioeconómicas tendremos garantizada la estabilidad del sistema Constitucional (el subrayado es nuestro).

(9) Una prueba de que, en el fondo, éste es el problema nos la proporciona el libro de Valdés Dal-Re *Las cooperativas de producción*, Madrid, 1975, en el cual se estudia, desde un punto de vista jurídico, la "autogestión" yugoslava. También podríamos citar el programa agrario del Partido Socialista Obrero Español, en el cual se habla de la "empresa comunitaria autogestionada" como del ideal máximo a conseguir. V. el libro de Baldrich *Los programas agrarios de los partidos políticos*, Madrid, 1976. ¿Qué es para los socialistas la empresa comunitaria? ¿Es lo mismo que la autogestionada? ¿Cómo quedaría configurada la propiedad de la tierra? He aquí unas preguntas importantes de cara al futuro.

(9 bis) Los Pactos de la Moncloa, en su Título VIII, ap. D), propugnan para antes del 30 de junio de 1978 un "Proyecto de Ley sobre Entidades Asociativas, Cooperativas Agrícolas y Ganaderas y Sociedades de Transformación..."

formas colectivas de cultivo mucho más igualitarias y racionales...? ¿Exige la forma «social» que la propiedad se esfume pasando al pueblo, al Estado? ¿Cuál es el impacto que la asociación entre pequeños propietarios produce sobre la propiedad? No cabe duda de que toda asociación con los parientes o vecinos hace surgir una empresa independiente que se afirma a expensas de las propiedades individuales, ¿hasta dónde llega ese proceso? Por otra parte, en la explotación grande y en la media —de notable importancia en nuestro país— se tiende a que participe el personal, ¿cómo puede lograrse?

En conclusión, pues, tanto de *lege lata* —a la vista de los artículos 21 y siguientes de la LRDA y de la realidad que representan en España las cooperativas de explotación en común y los grupos sindicales de colonización (10) —como de *lege ferenda*, el tema de la e. c. reviste la mayor importancia.

## II. APARICION HISTORICA DEL PROBLEMA DE LA E. C.

1. *La aparición histórica del problema de la e. c. y su progresiva afirmación, primero, doctrinal y, luego, legislativa, se halla ligada a la rectificación del capitalismo y al intento de superarlo por otro sistema económico social.*

Quizá sea conveniente para entendernos, recordar que la empresa capitalista es aquella en que tanto el poder de mando o dirección como los beneficios corresponden íntegramente al dueño o dueños del capital. Todo lo que venga a rectificar o a subvertir este principio podrá ser considerado, en realidad, como favorable a la e. c. ya que ésta podría ser definida, en principio y del modo más amplio posible, como aquella en que juega un «interés común» a capital y trabajo manifestado jurídicamente en que, al menos, haya limitaciones efectivas al monopolio sobre el complejo de propiedad-control-beneficios (10 bis).

(10) Se puede calcular en un número de 6.000, más o menos, los Grupos Sindicales de Colonización de explotación en común, y de 100 las cooperativas que siendo menos numerosas revisten gran importancia por abarcar pueblos enteros. Pero esa cifra se reduce notablemente si buscamos los “grupos” verdaderamente comunitarios.

(10 bis) Para una adecuada visión del problema que nos preocupa —e. c. como superación de e. capitalista— conviene tener en cuenta que no puede confundirse la idea de “propiedad” con el sistema “capitalista”.

El capitalismo —dice Vallet de Goytisolo— estructurado en torno a la figura jurídica de la sociedad anónima, como instrumento de su desarrollo, ha dado lugar al fenómeno de la “economía al revés”..., es decir, a una economía orientada primariamente, más que a la mejor satisfacción de las necesidades humanas, a la mayor producción. A su incremento indefinido, que ha dado lugar a la llamada *sociedad de consumo*, que debidamente trabajada por la *manipulación propagandística*, tiene, como función propia, la de consumir todos los excedentes de la *producción en serie*, como si fuera un inmenso saco elástico. En ella, innumerables individuos

2. Si prescindimos de los proyectos anarquistas, socialistas, comunistas o simplemente colectivistas, utópicos o científicos, que desde luego no vamos a tratar aquí (11) para atenernos a realidades legislativas de algún modo próximas a nosotros, quizá podríamos citar como un primer antecedente de la e. c. el de los ejidos colectivos mejicanos surgidos al amparo de la Constitución de Querétaro de 1917, cuyo famoso artículo 27 preveía que «los pueblos, rancherías y comunidades que carezcan de tierras y aguas o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrían derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad». De ahí surgió el llamado «ejido colectivo», es decir, una nueva figura de propiedad y de empresa característica de la legislación mejicana (12).

El cambio operado lo resume Ramón Fernández y Fernández: «en la lucha secular de propiedad privada *versus* propiedad comunal que caracteriza a la historia de México, la reforma agraria iniciada en 1915 representa una gran resurrección de la propiedad comunal que había venido perdiendo terreno casi constantemente desde la época precolonial y desde principios de la colonia. La colonia, al trasplantar a México formas españolas que coincidieron casualmente con las aztecas, significa un robustecimiento de la propiedad comunal. Pero pronto se inició la decadencia de ésta que llega maltrecha y disminuida, aunque no extinguida, al año 1910... Culmina en 1940 la nueva propiedad comunal que ahora llamamos ejidal y ya en 1950 encontramos su proporción notablemente disminuida» (13).

forman "el tipo de ser humanos exigido por los objetivos del sistema industrial". *Datos y notas sobre el cambio de estructuras*, Madrid, 1973, página 7.

Precisamente, la e. c. es una figura jurídica que se apoya en la propiedad, pero no se corresponde con el sistema capitalista, sino con el que muchas veces he llamado "personalista" puesto que la persona —su capacidad de trabajo, sus necesidades— dan la medida de la propiedad. La construcción, pues, que vamos a hacer responde perfectamente a la distinción formulada por Vallet entre "propiedad" y "sistema capitalista".

(11) Me remito a la fundamental obra de COLE, *Historia del pensamiento socialista*, F. C. E., 1975, T. I. Podríamos remitirnos también a la obra de BEAUDIN. *El socialismo de los incas*, o a referencias de autores latinoamericanos sobre precedentes colectivistas. V. EKSTEIN, *El ejido colectivo en México*, F. C. E., 1966, págs. 9 y ss. Prescindo de citar la literatura jurídica sobre propiedad colectiva.

(12) Véase el artículo 27 citado y sus antecedentes, SILVA HERZOG, *El agrarismo mexicano y la reforma agraria*, México, 1959, págs. 247 y ss.

(13) Prólogo a la obra de EKSTEIN, *El ejido colectivo en México*, México, 1966, pág. IX. V., en esa obra, los sistemas de tenencia de tierras antes de 1910 y, en conclusión, la relativa importancia de los ejidos colectivos, muy apoyados en la época de Lázaro Cárdenas, 1934-1940, pero que no llegan a representar más del cinco por ciento de todos los ejidos de México en 1953 (pág. 486). Con todo, el autor sostiene que en regiones de rentas elevadas la explotación colectiva ha dado buenos resultados y

Retengamos del caso mejicano que la e. c. renace sobre precedentes indígenas y coloniales. Este fenómeno habrá de repetirse después en otros lugares de Hispanoamérica, singularmente en Perú. Por otra parte, el precedente mejicano no es para nosotros pura curiosidad. Su influencia habría de dejarse sentir en la reforma agraria (en adelante r. a.) española de 1932, bien de modo directo, bien por la inspiración de una cultura común (14).

3. En términos generales cabe decir que el reformismo español siguió hasta 1932 el camino de la moderación lo mismo en los diversos proyectos formulados que en el campo legislativo, por lo cual la e. c. no tuvo la menor vigencia. En cambio la Ley de Bases para la r. a. de 1932 adoptó un criterio radical contrario a la propiedad privada en las asignaciones de tierras hechas por el Instituto de Reforma Agraria sentando, además, la preferencia del aprovechamiento colectivo para el aprovechamiento agrícola y forestal (Base 21) por más que se reconoció a las comunidades, una vez posesionados de las tierras, el acordar por mayoría de votos la forma individual o colectiva de su explotación (Base 16).

Así, pues, nos encontramos en 1932 con la consagración legislativa del colectivismo agrario, por lo cual, basándonos en esa negación de la propiedad privada de la tierra, *podemos distinguir ya la empresa colectivista de la que llamamos desde ahora empresa comunitaria (en adelante e. c.). En aquélla, los trabajadores de la tierra tienen nada más que su disfrute, sea en forma individual, sea colectivamente. En la segunda, disponen de un verdadero derecho de propiedad, aun cuando esté ligado funcionalmente al trabajo, es decir, al cultivo por la familia.*

Ahora bien, para tener ideas claras en este punto hay que dar más explicaciones. De un lado, parece evidente que en los ejemplos históricos de colectivismo, los agricultores no han sido propietarios. Así en el ejido mejicano, en el kolkhos soviético, en el kibbutz israelita o en la empresa autogestionaria yugoslava.

Pero nada se opone en teoría a un colectivismo con propiedad en común de la tierra y de los instrumentos de trabajo. Frente al

---

que en esta materia no procede ser dogmáticos ni convertir el sistema colectivo en un programa que se desee implantar universalmente, sino atenerse a las ventajas económicas y a la viabilidad social (pág. 488).

(14) En este sentido es fundamental la obra de MAGARIÑOS TORRES, *El problema de la tierra en México y la Constitución socialista de 1917*, Madrid, 1932, en la cual se fundamenta el artículo 27 citado, no sólo en los precedentes aztecas, sino en las Leyes de Indias —como Fernández y Fernández, antes cit.— y en los pensadores españoles a partir de Luis Vives, llegando a resumir así su posición: “estableciendo garantías jurídicas para consagrar un derecho agrario de naturaleza progresiva y cuyas orientaciones fueron:

1.º Propiedad fundada en el trabajo.

2.º Reparto equitativo de tierras.

3.º Mentalización de las causas que influyen en la concentración viciosa de la propiedad del suelo y las que originan la especulación y el derecho de abusar de ellas dejándolas sin cultivo (pág. 178).



colectivismo «socialista» y en especial «marxista» que niega la propiedad hay otras formas, como las aparecidas en la zona republicana durante la guerra civil española, más bien influenciadas por el anarquismo ibérico tradicional. Al surgir de modo espontáneo en un ambiente de debilidad del Estado, la propiedad no pasaba a éste, según se puede deducir, por ejemplo, de los Estatutos de la colectividad de Pina de Ebro, 1937 (15).

Sin embargo, no cabría sostener que en la práctica existiera un derecho de propiedad de la cuota por parte del agricultor con posibilidad de poder libremente disponer de ella. Esta es en realidad la piedra de toque, el punto que separa desde un punto de vista jurídico la e. c. de la e. colectivista. Y desde luego, puede

(15) E. Malefakis nos revela en una entrevista suya con P. Carrión, que fue decisiva para la instauración del colectivismo agrario por la Ley de 1932 la influencia de los países del Este de Europa, así como los brillantes textos del Colectivismo agrario de J. COSTA. *Reforma agraria y revolución campesina en la España del siglo XX*, Barcelona, 1970, página 232, nota 29.

En realidad, cabría citar como lo hace Magariños en la obra antes reseñada, a toda una línea de pensadores españoles, desde Luis Vives a J. Costa, pasando por los reformadores de Carlos III. Todos ellos venían a negar la propiedad privada de la tierra. Aunque estos últimos no fueran tan radicales en sus planteamientos, proponían asignar tierras en censo enfiteútico. Jovellanos fue más moderado.

A favor del colectivismo se había manifestado también el anarquismo, la CNT. La posición socialista fue afirmándose con más retraso y, también, con más ambigüedad. V. MALEFAKIS, ob. cit., págs. 182 y ss.

Otro reformador que no dejó de influir fue el notario Blas Infante, partidario de la nacionalización de la tierra, siguiendo a Henry George y, por tanto, de sustituir el derecho de propiedad por la tenencia continuada ligada, claro está, al trabajo. V. *El ideal andaluz*, Madrid, 1976. La 1.<sup>a</sup> edición data de 1915 en español, págs. 155 y ss. En la misma línea socialista georgista que J. Costa y que Blas Infante se situó el otro notario agrarista Julio Senador Gómez, igualmente partidario del "impuesto único", v. *La Canción del Duero, Madrid, 1932*.

Resumiendo, yo diría que el colectivismo agrario español responde a cuatro influencias: 1. La autóctona de la "escuela española de tradición social" que revitaliza y sigue J. Costa coincidiendo con el anarquismo. 2. La del ejido colectivo mejicano. 3. La del socialismo georgista, que no era en sí colectivista, pero que Blas Infante combina con lo español. 4. La del federalismo social anarquista y la del socialismo marxista. Más tarde se sumaron a estas influencias la del "comunitarismo" social cristiano. En cuanto a datos, siguiendo a Frank Mintz podemos decir que la r. a. iniciada en 1932 y limitada a ciertas provincias sólo tuvo efectividad en el primer semestre de 1936, cuando los campesinos tomaron las tierras sin esperar a las normas legales. El hecho principal es que varios centenares de colectividades funcionaban bajo la influencia socialista. Esto, añadido al vigor del cooperativismo en el mismo periodo nos indica que varias corrientes "colectivas" preparaban el terreno, como caldos de cultivo, a la colectivización. *La autogestión en la España revolucionaria*, Madrid, 1977, pág. 36. V. también GASTÓN LEVAL, *Colectividades libertarias en España*, Madrid, 1977, pág. 507. Otras referencias: *Autogestión obrera i altres temes*, de ALBERT PÉREZ BARÓ, Barcelona, 1974; *Las colectividades campesinas 1936-1939*, Barcelona, 1977; *Colectividades libertarias en Castilla*, Madrid, 1977.

decirse que en ningún ejemplo de colectivismo agrario, ni en el peruano que ha sido el más moderado, ha existido tal derecho de propiedad disponible.

Debemos remachar esta postura con referencia al Derecho de los países de economía central planificada, al cual se ha referido últimamente G. Crespi Reahizi comentando las disposiciones del nuevo Código civil de la República Democrática Alemana, el *Zivilgesetzbuch*. Según este autor italiano, en la R. D. A. «los tipos de propiedad socialista son tres y no dos, de conformidad con el modelo soviético. A la propiedad del pueblo («propiedad popular de toda la sociedad» según el texto constitucional) y a la propiedad de las cooperativas socialistas («propiedad común cooperativa de los colectivos de trabajo», como lo definía la Constitución en la redacción originaria de 1968) se adosa la propiedad de las Organizaciones sociales de ciudadanos («propiedad social» según la dicción soviética de 1961, ahora acogida en el nuevo texto constitucional de la URSS).

Pero veamos cómo en esos países se llama «propiedad» a algo que nosotros no entendemos como tal. G. Crespi añade, en efecto, lo siguiente «el Estado ejerce la propiedad de los bienes populares por medio de las empresas. La empresa no es propietaria de los medios de producción, sino que posee y disfruta de las cosas de propiedad estatal para lograr los fines que le han sido asignados y dispone de ellos en armonía con el plan. Las mismas observaciones valen mutatis mutandi para los entes cooperativos y sociales, los cuales, sin embargo, a diferencia de las empresas, son —como en la URSS— «propietarios socialistas» (16).

La Ley de Bases de reforma agraria de nuestra República resulta del mayor interés como antecedente de lo que hoy llamamos «agricultura de grupo» o «agricultura asociativa» puesto que en ella y, por primera vez, se reconoce el derecho a ser asignatarios a las «sociedades» o «asociaciones obreras» a las «organizaciones», «organismos netamente obreros» o «de campesinos», es decir, a los sindicatos o a las asociaciones o sociedades de derecho común» (Base 11, ap. b), c), Base 12, ap. a), c), i) donde se habla de «Asociación de trabajadores»). En cambio, la cooperativa se contempla en otro nivel, no en el estrictamente productivo sino en el de los servicios (Base 17 que facultaba al Instituto de Reforma Agraria para fomentar las «Cooperativas en las comunidades de campesinos» con auxilios e inspección del IRA. V. también Base 23 sobre fomento de la práctica de la cooperación) (16 bis).

---

(16) R. D. A. 1977, n. 2. El nuevo Código civil de la República Democrática alemana.

(16 bis) No vamos a profundizar, sin embargo, en el problema de la naturaleza jurídica del «asentamiento», institución establecida por la Ley de 1932 que, según Felipe Sánchez Romás, el civilista de la reforma, debía ser considerado como un nuevo tipo de derecho o relación *sui generis* con la tierra. Así, en un Curso de conferencias, inédito, dado

Los dos principios básicos de estas empresas colectivas eran uno estructural, el de la igualdad económica entre todos los miembros, expresamente reclamado por la Base 16, según la cual ello había de lograrse «teniendo presente la clase de terreno, la capacidad de las familias campesinas y las demás condiciones» y otro funcional, el de que el cultivo había de ser personal, sin incurrir en abuso o negligencia, y correcto, o sea, «según las prácticas culturales que aseguren la normal productividad y completa conservación de las plantaciones que en ellas existan». El control de tales requisitos quedaba confiado a la «comunidad» la cual había de regular además la utilización de las casas y demás edificaciones que existieren en las fincas ocupadas, así como las reparaciones y mejoras de las mismas y la construcción de nuevos edificios.

Podríamos decir que el dominio quedaba así dividido, reteniendo el Estado el directo, entregando a las comunidades el útil, aunque ello deba matizarse, pues tampoco se daba un encaje perfecto con las figuras censales. Lo importante es señalar cómo entre el Estado y el cultivador se interponía la Comunidad Campesina (17).

Un rasgo importante de esa reforma, aquella que la hace ser «colectivista» fue esa retención de la propiedad por parte del Estado. Contra ello levantó una dura crítica el catolicismo social y político de la época (18).

Procede citar aquí otra manifestación de la e. c. debida también a la legislación de la II República pero que fue de origen social cristiano. El Ministro de Agricultura Giménez Fernández introdujo la figura del arrendamiento colectivo para el aprovechamiento popular de tierras municipales pertenecientes a la Hacienda pública o al Estado (artículos 32-41 de la Ley de 15 de marzo de 1935 que aún se encuentra en vigor).

La regulación de esa figura que respondía al catolicismo avanzado de su autor, no dio entonces ni ha dado hasta ahora resultados prácticos, lo que prueba, una vez más, las dificultades naturales con que topa el colectivismo agrario. Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente jurídico reviste gran interés para nosotros la normativa sobre el requisito de cultivo directo y personal (art. 39 de aquella ley).

4. *En la historia del reformismo agrario hay dos posiciones, la colectivista que acabamos de ver, ligada al asentamiento posesorio y la «propietarista» que defiende la distribución de la propiedad. Si aquélla podía relacionarse con la revolución mejicana y con la soviética (19), la otra venía a entroncar con la reforma*

---

en Madrid, 1933, sobre los aspectos jurídicos de la reforma. Lo que es claro es que el asentamiento no comporta "propiedad".

(17) Así lo hace MALEFAKIS, ob. cit., pág. 272.

(18) MALEFAKIS, ob. cit., pág. 273.

(19) Atti de la I Asambla di Diritto Agrario. Milán, 1954. Ponencias de los juristas soviéticos.

irlandesa que consistió en un acceso masivo a la propiedad por parte de los arrendatarios (20), así como con todas las reformas agrarias operadas después de la primera Guerra Mundial y que se engloban bajo la expresión «revolución verde». Según Wauters (21) «el cuidado de los hombres de Estado que han redactado y aplicado las leyes agrarias ha sido siempre crear explotaciones independientes»... «siempre se advierte la preocupación de permitir que tal propiedad se baste a sí misma sin empleo de asalariados... El ejemplo del Homstead se siguió más o menos en todas partes y especialmente en Francia». Esta observación me parece particularmente importante. En el fondo de todo el movimiento reformista no colectivista se halla lo que podemos llamar el modelo norteamericano del «homstead» o patrimonio familiar, la extensión cultivable por una familia con su sola fuerza de trabajo —los 120 acres—. Con esta institución se llevó a cabo la colonización de Nueva Inglaterra y, luego, la marcha hacia el Oeste, creándose la base de la democracia estadounidense, según resulta del testimonio autorizado de Jefferson, el cual viene a decir lo mismo que Aristóteles: la mejor sociedad democrática es la constituida por agricultores pequeños propietarios.

Cabe hablar, en conclusión, de dos tipos fundamentales de reforma: la individualista, ligada a la propiedad del cultivador, y la colectivista, ligada a la posesión, en términos generales, y con no pocas matizaciones, podría decirse que ésta corresponde a la ideología socialista y la primera al reformismo no socialista, especialmente al social cristiano.

Buena prueba de ello lo sería a) el ejemplo de la última reforma agraria italiana de 1950 debida a De Gasperi que se ha encaminado a crear nuevos propietarios, b) el reformismo español después de 1939, que por reacción contra el colectivismo republicano, se orientó también hacia el patrimonio familiar, siguiendo así la línea reformadora que arranca de la creación del Instituto de Reformas Sociales de 1903 y que continúa luego por la Ley Besada de 1907 y proyectos de don Eduardo Dato. Lizárraga y Alba.

Conviene, sin embargo, recordar para comprender el planteamiento actual del tema de la e. c. que *la línea individualista propietarista siempre insistió en la conveniencia de asociarse a los pequeños propietarios a fin de lograr las ventajas de la gran explotación. Uno de los primeros en señalarlo fue Stuart Mill, según el cual, la pequeña propiedad es una etapa hacia la asociación* (22).

---

(20) V. Atti cit. Ponencia irlandesa.

(21) WAUTERS, *La reforma agraria en Europa*, Madrid, 1931, pág. 115.

(22) Cit por WAUTERS, ob. cit., pág. 136, “la finalidad del progreso no es solamente poner a los seres humanos en situación de que puedan pasarse los unos sin los otros, sino permitirles trabajar juntos en relaciones que no sean de dependencia”.

El mismo Wauters es un decidido partidario de superar las pequeñas propiedades, las cuales «se resenten del empeño progresivo, del instrumental insuficiente, de la ignorancia técnica y de su incapacidad para competir con el gran cultivo industrializado» (23). Para él la solución, empero, no estaría en el colectivismo soviético, sino en la cooperación voluntaria confiando en que «sus beneficios se presentaran con tal evidencia que no tardaran en borrar en el espíritu de los campesinos la idea casi mística de la posesión individual de la tierra» (24).

Ahora bien, eso es justamente lo que no se ha producido. Resulta curioso constatar cómo casi todos los reformadores agrarios no marxistas han recomendado incesantemente la asociación cooperativa o simple entre agricultores, pero ¡cuán escasos han sido los frutos obtenidos!

5. *Por los años 60, como consecuencia de una mayor tecnificación de la agricultura en Europa vuelve a plantearse la necesidad de superar la explotación familiar.* Esta, complementada por cooperativas de comercialización-industrialización, había sido el ideal de los reformadores no socialistas, según lo vimos. Pero he aquí que ahora *aparece en las leyes de reforma el doble objetivo: 1) explotación familiar, 2) la explotación asociativa, basadas ambas, y aquí reside el nudo de la cuestión, en el derecho de propiedad* (25).

Veamos con más detalle este proceso evolutivo. «Después de 1960 el mundo rural evolucionó en Francia más que entre 1900 y 1959» (26). La Ley de Orientación Agrícola de ese mismo año sentó las bases para una nueva política que fuera capaz de superar el individualismo absorbiendo el progreso técnico.

Una respuesta a ello fue «l'agriculture de groupe» como fórmula para crear empresas plurifamiliares modernas. Según lo dijo

(23) Ob. cit., pág. 123.

(24) Ob. cit., pág. 122.

(25) El artículo 23 del Estatuto de la Tierra brasileño, de modo semejante a nuestro artículo 21 LRDA, enumera las finalidades únicamente admisibles de la distribución de tierras:

I. Propiedad familiar.

II. Complemento de explotaciones familiares insuficientes.

III. Explotaciones extensivas por asociaciones de agricultores organizadas en régimen cooperativo.

IV. Realización a cargo de los Poderes públicos de sociedades educativas.

V. Repoblación y conservación forestal.

En este lugar queremos destacar que el colectivismo "collective farming" no es un monopolio de los países socialistas. Representa un medio racional para incrementar la producción agrícola y crear una sociedad menos deprimida en países subdesarrollados. La forma colectiva de explotación puede coexistir con la forma individual o familiar. V. *Man and Land*, ERICH JACOBY, BARLOTTE JACOBY, New York, 1971, pág. 291. Estos autores se muestran muy partidarios del colectivismo.

(26) Son las palabras de un agricultor francés, CLAUDE MICHELET, *J'ai choisi la terre*, París, 1975, pág. 117.

el ministro de la época, Pisani: «más allá del apego legítimo del hombre a la explotación familiar se plantea el problema de la viabilidad y de la rentabilidad de este tipo de explotación. Permitiendo también la puesta en común de medios humanos, medios de producción, medios financieros de diversas explotaciones, la agricultura de grupo aporta una solución a este problema capital» (27).

No cabe duda de que su aparición es saludada en Francia como una victoria de la *empresa* sobre la propiedad, como una superación de la propiedad individual que había colmado el afán de libertad y de seguridad del antiguo campesino, mientras que ahora se trataría de liberarlo en lo económico alcanzando la *paridad* con los demás sectores, organizando el trabajo *en grupo* para hacerlo más productivo, más enriquecedor desde el punto de vista humano (28).

---

(27) *Politique agricole de groupe*, Revue Française de l'agriculture, 1965, pág. 8.

Bogulaw Galeski ha estudiado las diversas formas de organización productiva agraria con una perspectiva de sociólogo rural: "Como en el pasado, hay dos formas principales en la época contemporánea: la explotación familiar es una, la otra es la gran empresa que hoy se asemeja a la industrial, basada en una unidad de trabajadores que no constituyen una familia. Prescindiendo de formas residuales como las "tribales" o los "grupos de consanguinidad", así como de los grupos basados en lazos ideológicos, realizar una misión religiosa, social, política o nacional, entre las cuales debería destacarse el "kibbutz", surgen los siguientes fenómenos y tipos:

1. La integración del latifundio en una parte considerable y la emergencia de explotaciones familiares como una consecuencia de la reforma agraria.
2. La transformación de éstas en "multi-family collective peasant farming", o sea, la agricultura de grupo.
3. La transformación de la explotación familiar tradicional en una moderna empresa con trabajo familiar.
4. La emergencia de empresas semejantes a las industriales basadas en trabajo asalariado.

El esquema es del mayor interés y me parece en gran parte cierto. Me permito señalar dudas sobre la gran empresa como meta final obligada o deseable en todo caso. Creo que la persistencia de las explotaciones familiares en agriculturas tan evolucionadas como la norteamericana, inglesa u holandesa, prueban que quizá cabe una coexistencia de grandes empresas con otras pequeñas o medias. Ahora mismo se está abriendo paso en los EE.UU. la idea de que la explotación familiar no es polucionante, lo cual la dota de un argumento formidable para subsistir. En este sentido, el Programa 1977 de la poderosa Asociación de granjeros norteamericanos "Farm Bureau".

Las citas de GOLESK las tomo de su artículo *Social organization and rural social change*, recogido en "Peasant and peasantry societies", Penguin Edition, 1975, pág. 115.

(28) V. aquel folleto antes citado donde se analiza el paso de la "agricultura de subsistencia" a la "edad técnica de la agricultura", del campesino de la naturaleza al de la energía, del campesino aislado al organizado, pero "defendiendo al hombre en el proceso de concentración y socialización".

Es más o menos en 1960 cuando por influencia de la Jeneusse Agricole Catholique, un dato que no debemos olvidar, se inicia en el país vecino este movimiento de la «agricultura de grupo» que había de conducir a la regulación de los G. A. E. C. por la Ley de 8 de agosto de 1962 (28 bis).

*La culminación de esa tendencia puede verse con referencia a todos los países de la C. E. E. en el Informe o Plan Mansholt de 1969 sobre un «Programa agrícola 1980» en el cual se plantea como estrategia una reducción drástica del número de activos dedicados a la agricultura, lo cual llevaría a crear «Unidades de Producción» y «Empresas Agrícolas Modernas» de base asociativa y, por supuesto, de carácter voluntario (29).*

6. *También a partir de esos años se legisla en Iberoamerica esta que yo llamo la doble solución en todos los casos de r. a. integral, empezando por la venezolana de 1969 que, en su artícu-*

(28 bis). La relación que existe entre el espíritu religioso y el colectivismo o el comunitarismo es evidente. Empezó a manifestarse en el monaquismo agrario, como el benedictino y hasta nuestros mismos días se mantiene reforzado por la reciente filosofía comunitaria de fuerte inspiración cristiana.

Se da así el caso curioso de que muchas explotaciones comunitarias han sido debidas a curas rurales promotores de un nuevo estilo de vida (caso de Zúñiga). Existe incluso un movimiento de apostolado llamado EKUMENE con la finalidad de crear “empresas sociales” y de hecho ha creado ya algunas de tipo agrario. Sus miembros perciben nada más que lo necesario y el excedente se dedica a la creación de nuevas empresas.

En la vega de Granada hay, por otra parte, un ejemplo muy próspero de explotación agraria y de vida en común basado en una mística religiosa cristiana, el de los “Pastoreros”.

El ejemplo israelita del “kibbutz” se halla en esta misma línea, igual que las numerosas y a veces muy productivas comunidades norteamericanas, como la de los Mennonitas.

Precisamente ello nos ayuda a comprender las dificultades del colectivismo agrario: es un estado de perfección que requiere grados muy elevados de renuncia individual, basada en una idea religiosa o humanitaria.

(29) V. *Le plan Mansholt*, Seclaf, Paris, 1969, párrafos 90, 91, 92, donde se configuran como “realizaciones multifamiliares”, dándose por supuesto que serán los mismos dueños quienes cultiven siendo evidente que no se querían llevar en todo caso a las formas mercantiles ni cooperativas tradicionales, pues en el párrafo 93 se propugnaba “al lado de las fórmulas jurídicas nacionales actuales, una fórmula jurídica de tipo europeo”. Esta fórmula asociativa agraria europea está justamente por crear, del mismo modo que se ha creado ya un estatuto de la anónima europea. El presente trabajo aspira a contribuir a esa obra pendiente que nos incumbe a los agraristas europeos. Ello es urgente, por cuanto el Consejo de la C. E. E., acogiendo en buena medida esas indicaciones de Mansholt, ha emanado tres “directrices”, respectivamente, números 72/159, 72/160, 72/161, que obligan a los Estados miembros a mejorar la estructura. La ley italiana para su aplicación, de 9 de mayo de 1975, núm. 153, ha dispuesto que las medidas de modernización y desarrollo “deberán aplicarse con preferencia a las empresas familiares de cultivo directo y personal—impreses familiares coltivatrici— aisladas o asociadas”. He aquí, pues, cómo en el Derecho Agrario europea comunitario se ha impuesto la “doble solución”.

lo 67, dice: Las adjudicaciones serán hechas *en propiedad...* en favor de campesinos sin tierra o que las posean en cantidad insuficiente. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución del Estado, *gozarán de la misma preferencia las Comunidades Campesinas, así como las Cooperativas y las Sociedades Agrícolas de interés social*».

Obsérvese: 1.º Que las adjudicaciones se hacen siempre en propiedad, luego queda el sistema perfectamente diferenciado del mejicano y el de nuestra Ley de r. a. No se trata de colectivismo, sino de comunitarismo.

2.º Que se colocan en pie de igualdad las explotaciones familiares y las comunitarias, mientras que en el sistema anterior —el italo español de los años 50— toda la tierra expropiada había de dedicarse a la creación de explotaciones familiares, según lo decía la Ley española sobre el Patrimonio familiar de colonización —de 15 de julio de 1954—.

7. *En España, si bien la legislación de reforma excluyó todo fomento del colectivismo agrario fue surgiendo en la praxis un movimiento asociativo agrario* amparado en normas de rango inferior y en el impulso de la Organización Sindical, la cual pretendía hacer obra paralela a la del Estado, creándose la Obra Sindical de Colonización como contrapunto al Instituto Nacional de Colonización.

Se dio el curioso fenómeno de que partiendo de figuras de consorcio real —agrupación de propietarios para mejoras comunes— regulada por una simple orden ministerial de 11 de junio de 1941 desarrollando la Ley de Colonizaciones de Interés Local de 25 de noviembre de 1940 habría de llegarse, más adelante, a figuras societarias en los grupos de explotación en común, surgiendo así un movimiento comunitario que, en los años 60 y 70, pasaría a ser el más importante de la Europa occidental.

No se trata, ahora, de analizar con detalle la normativa de tales grupos, derogada por el Real Decreto Ley de 2 de junio de este año. Sentaré, sin embargo, las siguientes conclusiones de carácter general sobre las características y logros del movimiento asociativo español:

1.º *No se llegó nunca a configurar en nuestro país con rango de ley un nuevo tipo de sociedad agraria, a diferencia de lo ocurrido en Francia con los G. A. E. C.*

2.º *Se partió, pues, de la amplísima libertad de pacto reconocida por el legislador civil en el artículo 1.665 del Código y por vía de estatutos-tipo, circulares, etc., se forzó indirectamente una cierta tipología de grupos y de «empresas».*

3.º *El movimiento asociativo recibe un gran impulso por la filosofía desarrollista de los años 60.* Es en 1963 cuando yo lanzo



la expresión y el lema de la agricultura asociativa (30). Es en 1 de enero de 1964 cuando empieza a regir el I Plan de Desarrollo y es en el Decreto de Ordenación Rural de ese mismo mes y año cuando se cita por primera vez el ideal asociativo como meta de la reforma de estructuras, lo que supuso un cambio de orientación importante, ya que hasta entonces no había existido más objetivo que el del patrimonio familiar. Así, el Derecho agrario se hacía eco de una nueva realidad sociológica. En 1958 faltó, por primera vez en nuestra historia, mano de obra campesina. A partir de entonces, la reforma de estructuras no perseguía el antiguo objetivo de asentar al mayor número de «colonos», sino, por el contrario, el de agrandar las unidades para hacerlas mecanizables y el permitir el éxodo rural —millón y medio de agricultores se fueron a la ciudad en algo más de una década— logrando al mismo tiempo aumentar las producciones agrarias y mejorar las rentas. Esta era la filosofía desarrollista.

4.º *Dejar en libertad a los agricultores para regular su colaboración ha dado buenos frutos.* Cabría comparar el fenómeno con el de la sociedad de responsabilidad limitada, obra, también, de la práctica jurídica.

5.º *El relativo éxito de estos «grupos» en España se ha debido a las ventajas fiscales, crediticias, de subvenciones, etc. (31), así como al impulso de la antigua Organización Sindical.*

(30) Conferencia en el I. E. P. sobre "Aspectos jurídicos de la agricultura española, publicada ese año. Tal denominación del fenómeno resultó acogida en el libro de HERRERO ALCÓN, *Agricultura asociativa en España*, Madrid, 1971.

(31) V. sobre todo ello la obra de Herrero Alcón y las numerosas publicaciones de la Obra Sindical de Colonización, en especial, las de JUAN JOSÉ ALVÁREZ-SALAS MONÍS y GARRO QUIROGA. Del primero: *Nuevas formas de empresa agrícola. Grupos Sindicales de Colonización*, Ed. O. S. C., 1965. *Nuevas fórmulas de Asociación Agraria*, Madrid, 1967. *Tratamiento fiscal asociativo agrario*, Madrid, 1973. *Grupos Sindicales de Colonización*. Conferencia en Zaragoza, 1974, inédita. *El Grupo de Colonización como empresa agraria*, Ed. O. S. D., 1974. De GARRO QUIROGA: *Los Grupos Sindicales de Colonización en el desarrollo agrario español*. Ed. O. S. C., Madrid, 1966. *Los G. S. C. como instrumento de reforma agraria*, Madrid, 1968.

En general, puede verse el conjunto de las publicaciones de la Obra Sindical de Colonización, como los "Manuales".

Citaré también, de BAZ IZGUIERDO, *La agricultura de grupo como instrumento de la estructura agraria*, Boletín del Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1964.

Ha habido dos economistas que les han prestado especial atención: GARCÍA DE OTEYZA, en *La explotación agraria cara al futuro*, Ed. O.S.C., 1968; MIGUEL BUENO, *Agrupaciones para el cultivo en común de tierra y explotación de ganados en España*, Berlín, 1974.

No cito, porque sería farragoso, el conjunto de aportaciones que se contienen en la Revista de Estudios Agro-Sociales y en la Revista "Comunidades", editadas, la primera por el Instituto de Estudios Agro-Sociales, y la segunda por el de Estudios Sindicales.

El ejemplo español también confirma la relación existente entre colectivismo agrario y organización profesional y política. Tema que jurídicamente se plantea como relación entre «sociedad» y «asociación» de una parte y el Estado, de otra. El control del Estado, cuando éste no es plenamente democrático, se ejerce sobre el «grupo» porque se le teme como núcleo de organización político profesional. A ello respondía la intervención de la Organización Sindical española en esta materia y en la de cooperativas.

6.º No obstante, *el fenómeno asociativo no llega a tener en España importancia decisiva, salvo en algunas regiones*, como la castellana de Tierra de Campos —la de los antiguos Vaceos colectivistas— o en la provincia de Burgos, donde una tercera parte más o menos de la superficie cultivada lo es en régimen de agricultura asociativa.

Se confirma su mayor aplicación al secano cerealista que al regadío, el cual sigue siendo abrumadoramente individualista, sobre todo cuando hay árboles o viñedos.

Del mismo modo, puede comprobarse la mayor facilidad asociativa en la ganadería que en el cultivo, así como el desarrollo ganadero que conlleva la asociación, pues al liberarse mano de obra, ésta ha de buscar nueva ocupación, como lo demuestra el modelo del Grupo Sindical de Esquedas (Huesca) y los ejemplos citados por Sanz Jarque (32).

La agricultura asociativa, pues, es elemento de gran importancia para lograr el equilibrio agroganadero de la explotación. Se transforma no sólo la estructura de ésta, sino también su orientación productiva y la mentalidad del agricultor, el cual se hace más empresario. Justamente de lo que se trata es de ver el impacto que el fenómeno tiene en el espíritu del propietario y en la propiedad como tal.

7.º También debe decirse que *la experiencia española demuestra la resistencia del agricultor a perder la propiedad de su tierra aportándola en pleno dominio al Grupo*. La inmensa mayoría prefieren aportar nada más que el disfrute, guardando la escritura de dominio en el arca de la casa como el último reducto de su independencia personal y económica.

8.º *Igualmente prueba la aspiración de estas sociedades a la personalidad jurídica*. No bastan ya las antiguas comunidades romanas o germánicas. La realidad de la empresa, sobreponiéndose a la propiedad, tiende a personalizarse. La personalidad es necesaria para relacionarse, no sólo con los terceros, lo cual es cada día más complejo, sino con la Administración, dispensadora de ayudas a la e. c. En España, los Grupos Sindicales de Colonización que surgieron sin creación legal, acabaron por lograr su recono-

---

(32) *Cooperación*, Valencia, 1974.

cimiento como personas jurídicas. Hoy día las compras de fincas que realizan se inscriben normalmente en el Registro de la Propiedad.

9.º *La naturaleza de estos G.S.C. es, desde luego, la de sociedades civiles agrarias, pero tendiendo a una aproximación respecto de la cooperativa, pues se establece en los estatutos el principio un hombre - un voto que, luego, se corrige con el capitalista.*

### III. EL NUCLEO ESENCIAL DE LA E. C.

1. En la doctrina hispanoamericana, se ha venido desarrollando la teoría de la «propiedad comunitaria» como una figura nueva, a la que se llegaría por evolución desde la propiedad individual (33). Un autor que debe destacarse en esta línea es Lino Rodríguez Arias, el cual señala con pleno acierto que *la médula de la propiedad comunitaria es la comunidad de trabajadores* (34). En efecto, este rasgo es aquel que la eleva a fenómeno nuevo, contrapuesto a la empresa capitalista, la cual es una comunidad de capitales, desde el punto de vista objetivo, y una comunidad de inversores, desde el subjetivo. *Incluso en las sociedades llamadas personalistas y, por supuesto, en la sociedad civil, nuestros códigos toman en consideración el capital, aunque no deja de trascender el intuitu personae.* Por ninguna parte se proclama para esos tipos de sociedad, como no lo está para la anónima, ni para la sociedad de responsabilidad limitada, el deber de trabajar del socio como algo exigible que condiciona todas sus relaciones con los demás socios y con la sociedad. Es bien significativo que, según el artículo 1.683 del Código civil, el socio industrial debe a la sociedad «las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirve de objeto a la misma», es decir, no viene obligado a trabajar, sino a entregar un producto logrado bajo su iniciativa o dirección, haya o no participado él activa o personalmente en el trabajo, apreciación que se confirma si tenemos en cuenta que, según el artículo 1.700, núm. 9, la sociedad se extingue por muerte natural, interdicción civil o insolvencia de cualquiera de los socios y en el caso previsto en el artículo 1.699, o sea, que no se contempla la hipótesis de incapacitación para el trabajo, como causa de extinción de la sociedad, lo cual nos demuestra que *la figura del «socio industrial» no puede equipararse a la del «socio laboral».* Quizá es esta la idea que está latente en la expresión

---

(33) Es significativo al respecto el título de la obra de LINO RODRÍGUEZ ARIAS, *De la propiedad privada a la propiedad comunitaria*, Caracas, 1971. Ver del mismo autor, *Alternativa ideológica. Comunitarismo, Mérida*, 1970, donde se refiere a la e. c. distinguiéndola de la autogestión yugoslava por lo que llama «propiedad trabajo», págs. 261 y ss.

(34) *De la propiedad privada*, cit., pág. 127.

utilizada en el artículo 1.675 del mismo Código civil: «la sociedad universal de ganancias comprende todo lo que adquieran los socios por su industria o trabajo». Claramente vemos aquí distinguida la hipótesis de la industria de la hipótesis del trabajo.

*La característica esencial de la e. c. es, pues, la de ser una comunidad de trabajadores directos y personales del campo. Es una sociedad laboral, no de industriales, no de meros empresarios.* Este requisito queda bien claro, en cuanto no cabe emplear mano de obra ajena más que excepcionalmente, como veremos. La e. c., pues, elimina al empleador como intermediario interpuesto entre el trabajador y aquel que recibe el beneficio. La e. c. logra la fusión de los dos conceptos empresario y trabajador, si bien surja en ocasiones la sociedad civil o la cooperativa persona jurídica, que técnicamente hablando, será el «empresario». Mas como la titularidad de la sociedad corresponde a la comunidad de trabajadores, la fusión se mantiene, y ésta —repito— es la nota esencial de la e. c.

Así, pues, la e. c. no es más que otro de los grandes efectos jurídicos producido por el fenómeno del «cultivo directo y personal». En materia de arrendamientos, hizo que surgiera un nuevo tipo legal de contrato llamado «especialmente protegido» (artículos 91 a 109 del vigente Reglamento). En el D. a. de la reforma de estructuras, aparece el cultivo directo y personal como un requisito insoslayable para ser adjudicatario (artículos 21 y ss. de la LRDA). En materia de Seguridad Social Agraria se exige ello igualmente para ser calificado como «trabajador por cuenta propia» comprendido en el Régimen Especial Agrario (artículo 5 del Reglamento de 23 de diciembre de 1972). Hay, pues, algo así como un D. a. especialmente aplicable a los cultivadores directos y personales, considerados como los empresarios que más merecen la protección legislativa. Ahora bien, en cuanto la agricultura asociativa lleve consigo esa misma finalidad protectora, se comprende que el requisito del cultivo directo y personal alcance en ella gran trascendencia. En definitiva, se va configurando un D. a. personalista de base profesional.

#### IV. LA DOBLE VIA PARA LA EMPRESA COMUNITARIA

1. *No hay duda de que la aportación de trabajo se admite de modo expreso para las sociedades de personas* (artículo 1.665 del C. c.). Ahora bien, ¿cuál es su carácter y trascendencia jurídica? Como dice Ghidini, «la prestación de actividad laboral no puede venir comprendida en la figura de la inversión, en sentido amplio. Impone un sacrificio al socio, que podría desarrollarla en otra parte y, correlativamente, una utilidad, un valor que aprovecha a la sociedad, permitiéndole ahorrar el costo de la mano

de obra de un trabajador dependiente, o de un trabajador autónomo, llamado a proporcionar una actividad de trabajo, o un determinado resultado útil, por un precio... la aportación de obra, sin embargo, no puede indentificarse con la colaboración entre los socios». «En estos casos, continúa Ghidini, de acuerdo con la doctrina prevalente, no hay una aportación de capital, sino de patrimonio. Aquella aportación no puede ser utilizada para determinar la medida o cifra del capital social, y no dará derecho a reembolso del mismo» (ver sobre este punto artículo 1.710 del C. c. español que si bien se refiere al socio industrial, puede entenderse aplicable al socio laboral).

*¿Cabe que todas las aportaciones sean laborales?* Este es un punto de gran importancia, pero resulta pacífico en la doctrina que así debe entenderse (35).

*Quede, pues, establecido que la e. c. agraria puede encuadrarse, ante todo, en el género sociedad civil —artículo 1.665 del C. c.— que Girón Tena interperta en sentido favorable a la admisión de la aportación laboral, y nada se opondrá, digo yo, a que todos los socios no realicen más que aportaciones de ese mismo tipo (arg. ex. artículo 1.675).*

2. *¿La e. c. será siempre sociedad civil o podrá ser asimismo sociedad cooperativa? Digamos, ante todo, que está excluida la forma anónima o la limitada, por cuanto, si bien los agricultores pueden acudir a esas «formas» (artículo 2 de ambas leyes, que les permite tener cualquier objeto), en ellas, la prestación laboral sería accesoria de la capitalista, y, además, por definición, se requiere en ambas la existencia de un capital.*

Esa obligación de realizar servicios más o menos directos y personales en favor de la sociedad, podrá establecerse en los estatutos sociales de la sociedad de responsabilidad limitada, y también, con más limitaciones, en los de la sociedad anónima, pero siempre como «prestación accesoria», es decir, como algo cuyo incumplimiento no afectará de modo decisivo, resolutorio o excluyente a la posición del socio en la sociedad. *Ahora bien, en la e. c. la prestación de trabajo no es accesoria, sino principal.*

La e. c. que aquí nos interesa es la comunidad de trabajo agrario, no la comunidad industrial o mercantil, que podrá, ciertamente, acudir a las formas de sociedad de personas. Entiendo que debemos excluir la forma colectiva y la forma comanditaria por razón del objeto, ya que, tratándose de una finalidad agraria, no encaja en estos tipos de sociedades reservados a comerciantes e industriales para las actividades que les son propias.

*Es evidente que otra vía de desarrollo de la e. c. seguida por*

---

(35) *Società personali*, Padova, 1972, págs. 128 y ss.

la moderna evolución jurídica, es la de la cooperativa de trabajo asociado, estudiada entre nosotros por Valdés Dal-Re (36).

La cuestión que podría plantearse incluso en vista de la regulación legal representada por la actual ley general de cooperativas del 19 de diciembre de 1974 sería ésta: *¿cabe una e. c. que no sea precisamente cooperativa de trabajo asociado?* El mismo Valdés en un pasaje de su importante estudio dice: «las empresas económicas combinan en su seno los factores de producción: capital y trabajo. Esta combinación origina dos tipos de organización: la capitalista, en la que es el capital el que participa directamente en la producción, y la cooperativa, en la que el trabajo es el que participa directamente en esa producción» (37).

Estimo que, entre ambos extremos, queda una zona amplia para las sociedades de personas que, por la vía del pacto, en tanto no se regule el nuevo tipo de la e. c. pueden crear una auténtica empresa de este tipo, es decir, que *no toda e. c. ha de acudir necesariamente a la forma cooperativa*, conclusión que, por otra parte, parece compartir el mismo Valdés en alguna parte de su libro.

Prescindo, por ahora, del interesante tema de las relaciones entre la sociedad civil y sociedad cooperativa, así como del tema de la tipicidad (38). De lo que no hay duda es de que *en la amplísima libertad de pacto característica de la sociedad civil española cabe la «agraria laboral»* (artículos 1.665 que la define como «contrato», 1.670 que permite revestirla de forma mercantil, 1.674, 1.680 y, sobre todo, 1.689 que confía al pacto el reparto de pérdidas y ganancias de donde se deduce, a mi juicio, que *podría establecer el principio del interés fijo* al capital, propio de la sociedad cooperativa, sobre todo, en la hipótesis que venimos contemplando de la comunidad de trabajo (artículos 1.690, 1.691, 1.695, 1.696, 1.697, 1.698, 1.700, 1.702, 1.703, 1.704, 1.705, 1.706, 1.707, éstos últimos, de notable importancia para el supuesto de sociedad agraria laboral).

3. *Reconocimiento legal de la e. c.* Correspondió al D. a. desarrollar esta nueva figura de la e. c. Primero se hizo ello en la práctica (al amparo de la libertad de pacto y por el impulso sindical y fiscal como vimos supra), pero *la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario recogió el fenómeno en su artículo 26*, según el cual «las explotaciones comunitarias constituidas por el Instituto, deberán tener una estructura social adecuada y la magnitud sufi-

---

(36) *Las cooperativas de producción*, Madrid, 1975. Su postura inicial es estimar la cooperación no como un sistema económico, sino como una de las formas que puede revestir la empresa económica. Cfr., páginas 92 y 98, especialmente.

(37) Pág. 117.

(38) V. *Derecho de Sociedades*, T. I, Madrid, 1976, GIRÓN TENA, páginas 56 y ss.

ciente para ser económicamente viables, pero sin que los ingresos previsibles para cada uno de sus miembros, sumados a los que perciba por la propia explotación, rebasen en el momento de la constitución los que proporcionaría en la zona una explotación familiar». Ahí vemos cómo *la e. c. se contempla en cuanto empresa plurifamiliar*, guardando el límite liciniano de las necesidades de la familia y del cultivo directo y personal, requisito que se remacha en el número 2, según el cual, *«las e. c. se adjudicarán a cooperativas, grupos sindicales u otras agrupaciones de agricultores que hayan de explotarlo en común, constituidas en el seno de la Organización Sindical. Estas entidades asociativas estarán formadas por agricultores que cultiven personalmente unidades inferiores a las explotaciones familiares, o por trabajadores agrarios. Se dará prioridad a las constituidas por jóvenes con formación profesional»*.

A mayor abundamiento, igual que la ley de r. a. republicana utilizaba a la comunidad como mediadora entre el Estado y el asentado, se insiste en el número 3 sobre el requisito de cultivo personal, al dejarlas sometidas al mismo régimen que las explotaciones familiares respecto a sus titulares, *quedando obligada la entidad concesionaria a que el cultivo se haga personalmente por sus miembros o socios*.

De esta regla se deduce la claridad con que *la obligación de cultivo directo y personal se contrae por la e. c. frente al Instituto concesionario y ello comporta la obligación de cada socio frente a la e. c.* Si uno cualquiera no cumple, será excluido de la comunidad, expulsado de la sociedad civil en cuestión. Si en lugar de ser un socio, fallara la comunidad de trabajo como tal, caducaría la concesión, según el artículo 33 de la misma ley, que expresamente cita el incumplimiento de la obligación del artículo 30.

*Entiendo que el deber de cultivo directo y personal subsiste después que la concesión se transforma en propiedad.* Aunque ello no se diga claramente en la Ley, para mí no ofrece duda que el dominio recibido del IRYDA está condicionado a ese requisito, lo cual habrá de expresarse en la escritura (argto. ex. artículos 36 y siguientes de la Ley que, aun referidos al patrimonio familiar, tienen aplicación general, dada la causa económico-social de la asignación que es idéntica, la de crear propietarios-trabajadores).

Digamos, para terminar, que *esta creación por el D. a. español de la e. c. se corresponde con la regulación francesa de los GAEC, «groupements agricoles d'exploitation en commun»* que arranca de la Ley de orientación agrícola de 5 de agosto de 1960, y encuentra su primera configuración con la Ley de 8 de agosto de 1962 (39).

Me interesa destacar que el GAEC viene considerado no como una sociedad capitalista, sino «travailleste» (terminología bárbara,

---

(39) Me remito al excelente libro de JEAN ROZIER, *Les groupements agricoles d'exploitation en commun*, París, 1971.

dice Rozier, pero bien expresiva de que el capital no hace la ley; se trata de una fórmula nueva que, en cierta medida, se halla emparentada con la cooperativa). La diferencia esencial con la sociedad civil o mercantil en la que haya realización de trabajo en común reside, según el mismo agrarista, en que éste se presta dentro del GAEC de la misma manera que en la explotación familiar (40). Como vemos, pues, se llega a una conclusión idéntica en D. a. francés y español, bien que en éste tengamos muy claramente definido el concepto de cultivo directo y personal.

4. *Diferencias entre e. c. sociedad civil y e. c. cooperativa de producción.* La sociedad civil como «grupo de colonización» y las cooperativas de explotación en común de tierras y ganados (41) vienen a satisfacer diversas necesidades. Yo diría, en términos generales, que el «grupo» es más pequeño, más íntimo y familiar, es una empresa plurifamiliar. *La cooperativa parece contemplar una mayor dimensión, quizá un pueblo entero, como en el caso tan conocido de la de Zúñiga (42) y, desde luego, ofrece mayor complejidad desde el punto de vista legal, contable, social, etc.*

En efecto, se requieren siete socios como mínimo (artículo 7 LGC), un capital mínimo (artículo 13, 2 «no podrá constituirse cooperativa alguna que no tenga su capital suscrito totalmente y desembolsado, al menos en un veinticinco por ciento») y el núm. 3 aclara que «en ningún caso integraran el capital social las entregas y pagos efectuados para obtención de los servicios cooperativos» de donde puede argumentarse que las prestaciones laborales propias de la e. c. no pueden integrar el capital. Como lo ha escrito magistralmente Romagnoli «il capitale uomo non passa mai a far parte del patrimonio sociale»). Está claro que la sociedad agra-

(40) Conviene señalar en este punto que el principio un hombre un voto, si bien sea característico de la sociedad cooperativa no choca con la regulación de la sociedad civil en el Código español si en el pacto se establece la comunidad de trabajo personal como medio para lograr el fin social, aunque haya aportaciones de capital, pues en ningún precepto se proclama el principio de las mayorías de capital del artículo 48 de la Ley de Sociedades Anónimas o del artículo 398 propio de la comunidad de bienes, el cual, por otra parte, rige en defecto de pacto (art. 392).

(41) Cfr. el interesante libro dirigido por el profesor SANZ JARQUE, *Curso de Cooperación*, cit., pág. 449 y, en especial, pág. 346, donde dice: «Las dos fórmulas jurídicas al amparo de las que se han constituido en España la casi totalidad de las agrupaciones de explotación en común han sido el grupo sindical de colonización y la cooperativa». Allí ejemplos tomados de la realidad, tanto de cooperativas, como de grupos sindicales de explotación comunitaria.

(42) V. DE BUENO GÓMEZ y CRUZ CONDE la monografía del SNCPOR consagrada a ese caso con el título *Estudio de la primera Cooperativa de Producción, constituida en una zona concentrada*, Zúñiga, 1954-1959. Monografía núm. 2. También en esa Colección *Las Asociaciones profesionales agrarias y la Agricultura de Grupo*, núm. 10; *Explotación en común de la tierra y Concentración Parcelaria*, BUENO GÓMEZ, LAMO DE ESPINOSA, BAZ IZQUIERDO, núm. 13.



ria laboral puede constituirse tan solo con aportaciones de trabajo, como lo sostuvimos antes siguiendo a Girón Tena (43). He ahí, pues, otra diferencia no poco importante entre la sociedad laboral agraria y la cooperativa de trabajo asociado. En ésta, tanto Valdés como el maestro Verrucoli, se ven obligados a configurar la aportación de trabajo como prestación accesoria (44).

En cambio, para nosotros está claro que la aportación es principal en la sociedad laboral agraria. Incluso cuando haya habido, al mismo tiempo, aportación de fincas que integran el capital social, no creo yo que pueda hablarse de accesoriadad, sino que una y otra se hallarán en el mismo plano por lo que se refiere a las consecuencias de su incumplimiento y en general. Empero, habrá que matizar más adelante cómo juega la doble aportación.

Otras diferencias con la cooperativa vendrán de la aplicación a éstas de los llamados principios cooperativos, enumerados ahora en el artículo 2 de la LGC (45).

En la cooperativa hay interés fijo al capital, lo cual no es necesario que ocurra en la sociedad laboral agraria (46).

La no existencia de «retornos cooperativos» en las sociedades agrarias viene a simplificar las cosas haciéndolas más comprensibles a los agricultores que no siempre entienden aquella expresión (47).

(43) VALDÉS cita en este sentido a VÁZQUEZ SÁNCHEZ, ob. cit., página 818, para las sociedades personalistas y a mí no me cabe duda de que la llamada por mí sociedad civil agraria laboral es "personalista", la más "personalista" que cabe imaginar, pero ¿cabrá una cooperativa de producción sin aportación ninguna siquiera fuera accesoria de capital? Valdés parece dudar al responder, pero concluye que no cabe el que "la cooperativa de producción se constituya con un fondo de trabajo", al tiempo que niega "que el trabajo que presten los socios puede ser objeto de capitalización" (pág. 183) y subraya que en la nueva LGC se ha potenciado la función del capital en la cooperativa, "no sólo como instrumento de financiación, sino también y fundamentalmente como instrumento de garantía frente a terceros" (pág. 182).

(44) Cfr. para el primero la obra que venimos citando, pág. 277, y para el segundo *La société cooperativa*, Milán, 1958, pág. 271, donde distingue la prestación accesoria que es connatural a la participación y que concierne a todos los socios del caso en que es prevista como meramente accidental y puede afectar tan sólo a algunos socios. Valdés, por su parte, distingue la prestación accesoria de la sociedad de responsabilidad limitada—accidental—de la propia de una cooperativa de producción en la cual es esencial, pág. 281.

(45) Esta diferencia es destacada por SANZ JARQUE, ob. cit., pág. 346, nota 20.

(46) Precisamente en este punto cabe una distinción con los GAEC franceses, que muestran una posición intermedia o próxima al cooperativismo. Cfr. ROZIER, ob. cit.

La gama de posibilidades que ofrece el Derecho español se ha visto por el economista francés De Farcy como más favorable a la necesidad de movilidad social que la rigidez del sistema francés. Cita en BASTOS NOREÑA, *Agricultura socializada*, Madrid, 1973, pág. 310, nota 102.

(47) Para una explicación del concepto en las cooperativas de producción pueden verse las atinadas páginas de VALDÉS, ob. cit., pág. 208,

Tampoco será la sociedad agraria una sociedad abierta, de capital variable (48). No es una «sociedad de categoría» en el sentido que dan a esta expresión los juristas que tratan de la sociedad cooperativa como Verrucoli. Antes bien, *la sociedad laboral agraria es cerrada, basada en el intuitu personae, confianza que recíprocamente se inspiran los socios casi siempre ligados en la práctica por lazos de parentesco y vecindad*. La verdad es que para nada se exige tanta amistad como para trabajar en común. La quiebra del colectivismo agrario coactivo o indirectamente forzado viene precisamente de que careciendo de ese elemento de confianza surge en el grupo la sospecha o la convicción de que yo trabajo más que tú, ¿acaso no es verdaderamente difícil, por no decir imposible, trabajar por igual? El colectivismo, igual que la vida monástica o la conyugal exigen la convivencia durante bastantes horas y, ¿qué hay más difícil que convivir con los otros en el círculo cerrado de una empresa común? Igualar los capitales es una operación mecánica, igualar la aportación de trabajo es otra cosa...

No habrá en la sociedad agraria «exclusividad», es decir, la prohibición que tienen las cooperativas de realizar operaciones con terceros distintos de los socios. También serán distintos el régimen de responsabilidad, administración y modos de extinción porque las normativas legales difieren notablemente.

Lo mismo podríamos decir de los fondos sociales, obligatorios exigidos por la LGC (artículo 17) y su destino a obras sociales en caso de disolución en la medida prevista por los artículos 17 y 20. Todo ello resulta extraño a la mentalidad de unos cuantos agricultores que se asocian.

Queda aún el requisito de la escritura pública y de la inscripción (artículo 41 LGC) pero llegados aquí vamos a entrar en una problemática más amplia para la hipótesis de sociedad agraria que venimos contemplando, una vez que la hemos dejado claramente distinguida de la cooperativa.

5. *Las normas comunes aplicables a la e. c.* La LRDA reconoce la realidad de la e. c. y pretende aprovecharla para la reforma de estructuras superando el antiguo criterio único del patrimonio familiar, pero la normativa que establece, con ser verdaderamente importante, no basta. No era ciertamente misión de la LRDA regular las cooperativas y los grupos de explotación comunitaria. ¿Qué

---

donde sostiene que en las sociedades, al amparo de la libertad de pacto y salvando la prohibición de excluir a uno o más socios de "toda parte en la ganancia" art. 1.691 C. c.), se pueden haber estipulado reglas de reparto que materialmente se acerquen a las del retorno cooperativo. Como vamos viendo la libertad de pacto puede construir perfectamente el híbrido de sociedad civil y sociedad cooperativa que, en muchos casos, será preferido por los interesados.

(48) Sobre el significado exacto de estos principios en la actualidad, me remito una vez más a la excelente exposición de Valdés.

normas podremos invocar para tratar de resolver su problemática? ¿De qué realidad habrá de partir el futuro legislador en orden a una regulación definitiva?

De acuerdo con lo antes expuesto, *serán aplicables, ante todo, los preceptos del Código civil en materia de sociedades civiles y los de la legislación cooperativa, según cual sea la forma adoptada por los particulares*. Digamos ya que dentro de la LRDA deberán tenerse en cuenta todos los preceptos, además del artículo 28 del Título II del Libro II que trata del «régimen de las tierras y de las explotaciones familiares adjudicadas o constituidas por el Instituto», pues aunque sólo se aluda en este epígrafe del Título II del Libro II a las «familiares» la verdad es que se contemplan, tanto éstas, como las comunitarias, las cuales ya sabemos que son «plurifamiliares». Ello se ve claro, por ejemplo, en el artículo 29 expresivo de que «las tierras destinadas a constituir Explotaciones Familiares o Comunitarias se adjudicaran siempre por el Instituto en concepto de concesión administrativa».

*Las obligaciones que se enumeran para el concesionario (artículo 30) el régimen de enajenación (artículo 31) de sucesión (artículo 32) de caducidad (artículo 33) el de las adjudicaciones en propiedad (artículos 34, 35) serán aplicables mutatis mutandi a la participación del socio en la e. c.*

*Dado que el requisito esencial de la e. c. es el cultivo directo y personal por parte de todos los asociados, serán aplicables las diversas normas que se ocupan de ese extremo, nada fácil de perfilar, en nuestro D. a. empezando por la más antigua, el precepto de la legislación de arrendamientos que hoy aparece recogido en el artículo 83, núm. 4 del RAR, por supuesto, los de la LRDA sobre cómo debe cumplirse este requisito en las cooperativas de trabajo asociado (singularmente, el artículo 48, 3).*

Dado que, según Ghidini y Girón Tena, la relación del socio con la sociedad laboral no es la de dependencia típica del contrato de trabajo, parecería lógico excluir la aplicación de la normativa laboral (49). Sin embargo, *la legislación laboral no sólo en el aspecto del contrato de trabajo, sino en el tuitivo, Seguridad Social, habrá de ser tenida muy en cuenta (50).*

---

(49) "El socio aportante no es un trabajador subordinado, sino *socio al pari degli altri e a diritto soltanto alla partecipazio agli utili. Società personale*, Padova, 1972, págs. 128 y ss. En cuanto a GIRÓN TENA, v. loc. cit. También VALDÉS DAL-RE, con referencia a la cooperativa de trabajo asociado afirma que no existe relación de dependencia. "En la práctica pueden coexistir dos categorías de operarios dentro del conjunto de trabajadores que componen el personal: los socios trabajadores y los trabajadores asalariados o por cuenta ajena", ob. cit., pág. 223.

(50) Así, pueden obtener préstamos "los socios trabajadores de cooperativas... de producción industrial, pesquera, agrícola o artesana", según el artículo 64 de la O. M. de 19-1-1974, cit. por Valdés Dal-Re. El artículo 5,3 del Rt.º citado sobre Seguridad Social agraria considera cultivadores directos y personales a los socios de e. c.

En general, cabe adelantar que la e. c. no podrá ser utilizada en ningún caso para defraudar las normas obligatorias de índole laboral o las de Seguridad Social y que, desde luego, toda protección establecida para el trabajador por cuenta ajena resultará aplicable al socio de la e. c.

*La legislación laboral resultará indispensable para valorar el cumplimiento por el socio del deber de cultivo directo y personal, capacidad para contratar, suspensión del deber por enfermedad, incapacidad, cesación, etc., etc.* Habrá, pues, de tenerse en cuenta, de modo especial, la Ordenación Laboral de Trabajo en el Campo, aprobada por Orden de 2 de octubre de 1969.

6. *Los tipos económico sociales de e. c. y asociativa.* La cuestión de los tipos de e. c. del mayor interés. A propósito de la misma veremos destacarse la especialidad del D. a. que utiliza criterios distintos del D. mercantil. Para éste lo decisivo es la responsabilidad frente a terceros a fin de distinguir sociedades personalistas y capitalistas, aunque ello comporte grandes diferencias de organización. Para el D. a., en cambio, ese aspecto no reviste gran importancia, pues aunque la empresa agraria se relaciona con otros sujetos —proveedores, consumidores— lo verdaderamente básico en ella es la relación hombre-tierra y, por tanto, la tensión propiedad-trabajo (51).

Con este criterio en la mano, cabría distinguir hoy tres tipos sociológicos fundamentales que cumplen en la realidad —y, sobre todo, cumplirán en el futuro— tres funciones sociales bien distintas:

a) *La e. c. laboral, sin más aportación que el trabajo de los socios.* Es el caso del Grupo Sindical de Lanaja (Huesca) formado en 1975 por quienes carecían de tierra, para recibir en arrendamiento tierras municipales. Estamos ante un supuesto perfecto de autogestión, puesto que no hay adjudicación en propiedad lo que puede encajar tanto en la filosofía socialista, como en la socialcristiana, pues se trata de uno de aquellos arrendamientos «colectivos» prescritos en 1935 por Giménez Fernández que ahora se otorga a favor de la persona jurídica. De la comunidad hemos pasado a la sociedad.

Esta puede ser por la vía de la sociedad civil o de la cooperativa una fórmula de la mayor importancia para movilizar en España el inmenso caudal de tierras comunales y públicas y buena prueba de ello es que la Ley de Montes en Mano Común de 1968 ha previsto su explotación por Grupos Sindicales de Colonización, lo que prueba una vez más que la propiedad de tipo germánico no es operativa. Hay que ir a la sociedad laboral agraria.

---

(51) Por supuesto, yo estimo, como lo estimaba en 1965 al escribir mi libro D. a., que la nota esencial de éste es la relación con el problema de la tierra. No comparto las tesis “biologistas” que han querido ver otro fundamento.

b) *La e. c. de explotación en común. En este caso se aportan a la sociedad no sólo trabajo, sino fincas, dinero, etc.*

Es fuerza reconocer que en la mayor parte de los Grupos Comunitarios constituidos no se exige, por regla general, la obligación de trabajar a los socios, sino más bien el derecho a hacerlo como un obrero fijo. Ahí, pues, empiezan las desviaciones de la comunidad de trabajo que, según hemos visto, era el núcleo esencial de la e. c. Aquí surge una comunidad de explotación, no una comunidad de trabajo y estamos en un terreno mixto de capitalismo y personalismo.

Tomemos los estatutos de un Grupo que ha tenido gran éxito en la práctica, el de Esquedas (Huesca), pues yo no puedo dejar de ajustarme a la realidad agraria. En esos Estatutos que han servido de modelo para otros Grupos como el de Vicien (Huesca) vamos a contemplar a toda una comunidad rural, un pueblo, asociándose para explotar en común. Según el artículo 3.º «podrán ser socios todos los agricultores que lo soliciten y aporten tierras a los fines establecidos, en su calidad de propietarios, arrendatarios o aparceros.

De igual forma, también podrán ser socios los trabajadores agrícolas y las personas o entidades que solamente aporten capital». He ahí, pues, una norma extraordinariamente flexible, de aquella que alababa De Farcy y que explica en buena parte el éxito del Grupo.

De gran interés resulta el artículo 10, según el cual: «es derecho de los socios... el trabajar en la explotación en análogas condiciones a las de un trabajador en régimen laboral, percibiendo el salario justo y todos los beneficios derivados de la Seguridad Social. Ello se refiere preferentemente a aquellos socios que hayan de ser trabajadores de la explotación cuyo número se determinará de acuerdo con las necesidades por la Junta Rectora». Se contempla, pues, no como deber, sino como derecho (en el artículo 11 al enumerar las obligaciones de los socios, sólo se contiene una referencia genérica a «efectuar dentro de los plazos que establezcan las aportaciones obligatorias que se señalen», lo que me parece referido más bien a la aportación de capitales).

Idéntico sistema es el que cabe hallar en las cooperativas de explotación en común que rara vez dibujan con nitidez el tipo de cooperativa de trabajo asociado contemplado por la LGC (52).

---

(52) No voy a extenderme en citas, pero sí puedo demostrar las afirmaciones anteriores con base en un estudio comparativo de estatutos de varias cooperativas vizcaínas, gallegas y navarras, debido a LORENZO MONTSERRAT BERMEJO, sin publicar. Podría citar, además, los estatutos de las cooperativas de San Bernabé de Vilarchao y Furés de Abajo, los de la Cooperativa de Chataen, cuyo ámbito se extiende a los pueblos de Chantada, Taboada y Carballedo (Galicia). En todas ellas se dice que para ser socio se requiere: 1.º, ser ganadero o agricultor en concepto de pro-

Con los ejemplos citados nos basta para concluir que la práctica no va hacia las formas de autogestión, hacia la e. c. pura, la cual queda de hecho reservada a las adjudicaciones hechas por el IRYDA (el Grupo de Lanaja fue promovido desde ese Instituto y ayudado por él con adjudicaciones complementarias) sino que *los agricultores espontáneamente eligen las formas societarias mixtas y flexibles con amplia libertad de pacto y de movimientos.*

La observación de este impulso comunitario nos muestra que para superar las grandes dificultades psicológicas del trabajo en común, lo que se hace es contratar varios trabajadores fijos que prestan su actividad igual que lo harían en una empresa capitalista pura, por más que, a la vez, sean socios lo que les da derecho a participar en beneficios y quizá les estimule en el trabajo.

Está claro de dónde vienen las diferencias: si hay asignación de tierras por un Instituto, como el IRYDA español, surgirá la e. c. pura o comunidad de trabajo, como ocurrió en el ejemplo muy interesante del grupo de Villa de don Fadrique (Toledo) ya que, precisamente, se les asignó tierra a los interesados por cuanto carecían de ella, valorándose su capacidad de trabajo. En cambio, cuando sean los agricultores ya establecidos quienes se agrupen para explotar en común surgirá la forma impura, como en la inmensa mayoría de los grupos y cooperativas de este tipo existentes en España.

c) *El tercer tipo que voy a examinar se aleja todavía más de la e. c. pura: es la que yo llamé en 1966 (53) empresa de integración laboral, o sea, una empresa inicialmente capitalista de un individuo o de una sociedad que practica la participación en beneficios de los trabajadores (54).*

Yo distinguiría dos tipos de integración: aquella en que la participación es accesoria de la retribución fija —caso del Convenio Colectivo del Torbiscal— aquella otra en que la participación es lo más importante funcionando el salario como un mero anticipo mensual. Cabe el caso de una explotación en que se destine a retribución del personal la tercera parte del valor de la producción agraria deducida la tercera parte de los gastos de producción incluidas las amortizaciones, pero no la renta de la tierra.

Ese criterio que se inspiraría en antiguas formas de arquería

pietario, arrendatario, aparcerero (para estos casos se exige luego consentimiento de la propiedad) o censalista referencia justificada por la realidad gallega de los foros).

2.º Hallarse en pleno goce de los derechos públicos (pero no se pide capacidad física de trabajar).

3.º No formar parte de otras sociedades en el mismo ámbito de igual actividad.

(53) Ponencia a la I Asamblea de Trabajadores del Campo, recogida en mi libro *Estudios de D. a. y Política agraria*, cit.

(54) Un ejemplo nos lo proporciona el convenio de empresa de "El Torbiscal", 1962, publicado en enero de 1964, artículo 76.

«al tercio» practicadas en diversos lugares de España para cultivos con mucha mano de obra puede ser orientador de caña al futuro.

En resumen, no cabe referir a la e. c. pura el movimiento asociativo agrario de los pequeños y medianos propietarios o empresarios agrícolas en España, ni tampoco la participación practicada por los grandes.

Justamente por ello he titulado yo este trabajo E. c. y sociedades agrarias, pues como vamos viendo, aquella no es más que un tipo de sociedad civil o de cooperativa, mientras que a nosotros nos interesa contemplar el fenómeno en toda su amplitud y la experiencia demuestra que son más frecuentes y más productivos los tipos híbridos, igual que ocurre en el caso de muchos cultivos de nuestro campo.

## V. COMUNIDAD DE TRABAJO Y SOCIEDAD LABORAL AGRARIA. COMUNIDAD SOCIETARIA

1. *El problema es, también aquí, aquel que ha torturado a tantos juristas, el de distinguir comunidad y sociedad.*

Porque, en efecto, hay hipótesis reales de simples comunidades de trabajadores que no son titulares de una explotación por vía de arrendamiento, concesión, etc., sino que se limitan a realizar alguna faena agrícola como las antiguas cuadrillas de segadores.

La Ordenanza General de Trabajo en el Campo se refiere a ellas en estos términos «cuando el empresario dé trabajo en común a un grupo de trabajadores conservará, respecto de cada uno individualmente, sus derechos y deberes».

Ahora bien, digamos que mientras no haya titularidad de explotación y se trate de faenas aisladas realizadas por precio alzado o a la parte nos hallaremos en el campo del Derecho del Trabajo. El paso a nuestro terreno de agraristas requiere asumir esa titularidad, pues lo que nos concierne es aquello que tenga por objeto la empresa agraria como tal.

2. Lo que ocurre es que *puede darse en la práctica una empresa desarrollada por un grupo de personas que no hayan constituido sociedad, es decir, ni grupo sindical ni cooperativa.* El primer supuesto a considerar, dada su importancia es el de la comunidad familiar y la pregunta, siempre la misma, ¿comunidad, sociedad civil o comunidad societaria?

Si suponemos que varios herederos deciden explotar en común, lo que podrá ocurrir en el caso de la sociedad conyugal continuada, previsto en la Compilación foral aragonesa, ¿estaremos en la hipótesis de la comunidad o de la sociedad? Desde luego, el planteamiento es distinto para el D. a. que para el D. mercantil. Girón-Tena tiene seguramente razón al decir esto: «cuando se trata de

conservar la aplicación del concepto de Comunidad, lo que realmente es la permisión de la voluntad negocial contra los preceptos de *ius cogens* implícitos en la aplicación general al tráfico mercantil de la Sociedad colectiva. Esas normas de Derecho necesario son las referentes a la responsabilidad y al rigor en materia de representación. No puede, pues, admitirse tanto por razones conceptuales como de política jurídica que las formas de Comunidad actúen en el tráfico mercantil (55).

Ya dijimos que en D. a. el tema de la responsabilidad es secundario lo mismo que el de la representación, pues ambos están dominados por la preocupación que a los mercantilistas produce la masa de contratación con terceros esencial en la empresa mercantil.

Para el D. a. juegan otros intereses, ante todo el de fomentar la agrupación de esfuerzos simplificando los trámites de formalización, amén del juego de instituciones tradicionales como la aragonesa, el ambiente familiar que suele envolver a la explotación agraria, etc.

En definitiva, quizá para el D. a. sea perfectamente aplicable el concepto de «comunidad societaria» elaborado por nuestra Jurisprudencia (56) por esta simple razón: los herederos no entienden haber constituido una sociedad —palabra que en sí misma es bastante extraña a la mentalidad campesina— ni tampoco creen hallarse en un mero proindiviso. Ellos piensan que «llevan en junto» una finca y estamos pues ante una comunidad societaria ya que no suele haber formalidad alguna constitutiva, ni escritura ni inscripción, sino pura actividad de hecho que continúa en muchos casos una explotación unitaria anterior, en vida del padre y estará clara seguramente la finalidad típicamente societaria de obtener beneficios partibles entre los comuneros.

Tras esta toma de posición trataremos de la empresa familiar en relación con la idea de e. c. Desde luego, la empresa familiar suele ser la más típica e intensa, la más viable forma de comunidad de trabajo. Los dos cónyuges, junto con sus hijos que suelen prestar ayuda desde muy temprana edad, especialmente allí donde hay ganadería como suele ser el caso en la mayoría de las actuales explotaciones familiares, integran una auténtica e. c. que muchas veces no es sólo comunidad de trabajo, sino de bienes, los de la esposa, el esposo y los gananciales.

Hay una distinción en Ghidini, que me parece muy pertinente para resolver el problema de política legislativa sobre la compensación debida a los diversos componentes de esa comunidad.

Está claro el tema para los cónyuges a través de los regímenes económico matrimoniales de comunidad que predominan netamente en el campo, pero no lo está para los hijos, los cuales viven

---

(55) Ob. cit., pág. 84.

(56) Citas en GIRÓN TENA, loc. cit., nota 39.



y trabajan hoy día en España confiados al buen criterio que sus padres emplearán el día que hagan testamento o repartan de hecho sus bienes, lo que no basta ni mucho menos por cuanto a) muchos padres mueren *ab intestato* y todos los hijos entran por igual a heredar, lo mismo aquellos que trabajaron en la casa que los demás, b) desigualar a los hijos en un testamento se mira con mucha prevención y pocos son los padres que se atreven a hacerlo, lo mismo en Castilla que en las regiones de heredero único, donde esta institución está sometida a decadencia por chocar contra ese espíritu igualitario que hoy empapa la vida social y familiar. Es un problema, pues, a resolver este del salario o compensación de los hijos que han trabajado para la casa (57).

Estimo que este hijo no se siente en ningún momento «salarinado» del padre ni éste lo trata como tal. No me parece acertado el planteamiento francés del «salario diferido». Lo que sienten ambos es la existencia entre ellos de una comunidad societaria y cuando el hijo se vaya o se aparte de la herencia habrá que indemnizarle, no con un salario, sino contemplando el valor actual del patrimonio social ponderando lo que el esfuerzo de aquel hijo trabajador ha contribuido a crearlo o a aumentarlo, es decir, se le indemnizará como al socio que se separa, no como al obrero que se despide.

*Ghidini hace una distinción a propósito del trabajo familiar, entre el que se presta affectionis causa, non ex contractu que no da derecho alguno de orden patrimonial más que al mantenimiento del trabajador. Cuando el pariente es socio de la sociedad familiar, entonces se presupone que existe un contrato, bien que tácitamente estipulado, por el cual el socio tiene derecho a la rendición de cuentas y al beneficio anual, así como, en el caso de disolución de la sociedad, a una cuota parte del residuo neto (58).*

En efecto, habrá que estar a lo tácita o expresamente convenido: cuando se trate de un hijo mayor de edad que trabaje al lado de un hermano también mayor, sobre todo, estando el padre retirado, ¿qué duda puede haber de que allí una e. c. familiar, una verdadera comunidad societaria? Aunque todos los bienes sigan a nombre de los padres podemos quizá considerar que ha existido una aportación de goce...

*En definitiva, habrá que estar a lo pactado o sobreentendido,*

---

(57) V. Programa de política agraria de la Asociación Regionalista Agraria, donde se plantea que "las unidades económicas podrán atribuirse íntegramente por el testador a un solo heredero, profesional de la agricultura, mediante compensaciones, calculadas por el valor en renta, a los demás herederos o bien constituir sociedades familiares con indivisibilidad de la explotación.

Si el testador no hiciera la atribución podría pedirla el heredero que fuera profesional de la agricultura, indemnizando como queda dicho a los demás".

(58) Ob. cit., pág. 137, nota 62.

como se deduce de la Ordenación General citada que excluye del trato de trabajo el de los familiares «siempre que los que trabajen no se consideren asalariados» y la presunción debe ser favorable a la existencia de esa comunidad societaria.

Esta parece ser la postura del Rto. de la Seguridad Social Agraria en cuanto su artículo 4 declara que no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena «el cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive, ocupados en su explotación agraria, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo, a no ser que se demuestre su condición de asalariados, sin perjuicio de que puedan tener la condición de trabajadores por cuenta propia, de acuerdo con lo que establece en el presente capítulo».

## VI. LA CONSTITUCION DE LA E. C. REGIMEN DE LAS PARTICIPACIONES

1. *Forma.* Según el artículo 1.667 la sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública y un inventario de aquéllos (artículo 1.668). Dado que la aportación de goce, no implica aportación de derecho real, pues el arrendamiento sigue no siendo «derecho real» en nuestro sistema, los agricultores disponen de una gran libertad de forma para crear e. c. y sociedades en general con personalidad jurídica y así se explica que ésta se haya reconocido a los grupos y cooperativas constituidas en documento privado porque, en general, las aportaciones han sido de goce. Además, esas e. c. alcanzaban publicidad a través del Registro Sindical.

*De lege ferenda será interesante que continúe el sistema de unos estatutos tipo a rellenar tan sólo por los interesados o, aún mejor, que acudan al Notario y se regule la inscripción en el Registro mercantil convertido en Registro de empresas, de acuerdo con la orientación que prevalece. De lo que va a tratarse en esta etapa democrática es de privatizar totalmente estas sociedades y en materia de cooperativas la experiencia nos ha enseñado los defectos que ha traído consigo el vivir esas sociedades fuera del campo de la fe pública y del control registral, lo que ha motivado la reforma legal en este punto.*

2. *Elementos personales.* Pueden constituir la e. c. todos aquellos que pueden constituir una sociedad civil. En el caso de la aportación de trabajo podrán comprometerse a ello los mayores de dieciocho años con el consentimiento del padre, madre o tutor (artículo 8 de la LGC, igualmente aplicable al caso de la mujer mayor de dieciocho años).

Este tipo de aportación laboral, en cambio, no podrá realizarse más que por personas físicas, lo mismo que la mixta de fincas y trabajo. En cambio la de capital sí que podrá verificarse, como lo dicen expresamente los estatutos del grupo de Esquedas, por cualquier persona o entidad, aunque el tema puede ser polémico (59) por cuanto la e. c. es una sociedad eminentemente personalista y según una doctrina autorizada no cabe que las personas jurídicas sean socios (60). En efecto, si en ellas juega el *intuitus personae* y si para la admisión del socio, como dicen todos los estatutos que hemos examinado, se precisa presentación por otros socios y consentimiento, *no se ve cómo podría jugar la consideración del intuitus personae respecto de una entidad cuyos socios, personas físicas o administradores pueden cambiar*. Si esto puede sostenerse en el ámbito mercantil mucho más en el agrario donde la e. c. aparece generalmente como una auténtica comunidad de vida asentada sobre lazos de parentesco o de vecindad intensamente personalizados.

Un argumento a favor de la solución permisiva podría derivarse ahora del artículo 6 LGC que admite a las personas jurídicas como socios de la cooperativa, pero ese principio quiebra en la hipótesis de la cooperativa de trabajo asociado como quiebra claramente en la sociedad laboral pura, es decir, en la e. c. *strictu sensu*. Pero es que, incluso en la hipótesis de la sociedad de explotación en común, yo encuentro grandes dificultades para admitirlo, por lo ya dicho (61).

*Pueden, sin embargo, darse dos excepciones: que el propio IRYDA sea socio al amparo de lo previsto en el artículo 6,3 ya que cumplirá una función financiera y de asesoría digna de la mayor estima (62).*

*También pueden las personas jurídicas ser socios de una e. c. cuyo objeto sea el mejor aprovechamiento de los bienes municipales patrimoniales, ya sean de propios o comunales, puesto que así lo disponen los artículos 134 y 135 de la LRDA que de modo especial contemplan la participación del Ayuntamiento (artículos 136 y 137) si bien en la práctica no han llegado a surgir, lamentablemente, este tipo de empresas mixtas.*

(59) Serán aplicables las reglas del GAEC: el menor no emancipado y el interdicto no pueden entrar, pero al tutor le será dado comprometer su capital. Para la mujer casada no hay impedimento alguno, ROZIER, ob. cit., pág. 29.

(60) GHIDINI, ob. cit., pág. 92.

(61) V. las ingeniosas argumentaciones de GHIDINI, loc. cit.

(62) Se ha dicho que una de las causas del éxito de las cooperativas de la r. a. italiana fue la participación en ellas durante el tiempo de puesta en marcha, de los Entes de Colonización y justamente no haber hecho lo mismo el IRYDA en España explica la falta de un adecuado desarrollo cooperativista en las zonas de interés nacional.

Como lo vamos viendo, será el tipo de aportación el que determinará la naturaleza de la empresa asociativa haciendo que sea pura o impura, es decir, comunitaria en el sentido ya expuesto de comunidad de trabajadores, o simplemente asociativa, como en la hipótesis contemplada por el artículo 132 de la misma LRDA que se refiere, para favorecerlas, a las sociedades de todo tipo, incluso mercantiles, siempre que cumplan los requisitos allí establecidos entre los que figura el que «unó o varios socios de la Empresa participen directa y personalmente en el trabajo de la explotación», así que en la hipótesis de sociedad de responsabilidad limitada o de anónima bastará con que ello se haya establecido en los estatutos como prestación accesoria a cargo de un asociado.

En definitiva se comprueba una vez más que el requisito del cultivo directo y personal es exigido para otorgar beneficios legales cuya importancia es directamente proporcional a la mayor o menor generalidad con que se exige (63).

3. *La evolución producida en el requisito del cultivo directo y personal nos ha llevado desde la idea de trabajo manual en el RAR: «ejecución material de las operaciones agrícolas», como dice el artículo 83, hasta la idea de participación personal en la explotación, bien en el plano de la realización de faenas, bien en el de la dirección, contabilidad, asesoría técnica, etc. Es decir, del agricultor normal —del campesino— se ha pasado al agricultor profesional.*

Cierto es que el artículo 27 de la LRDA promete que se determinaran por Decreto las circunstancias que han de concurrir en los trabajadores agrícolas por cuenta ajena, autónomos y empresarios agrícolas, para ser considerados como agricultores profesionales a efectos de la Ley, cierto que en los Decretos de agosto de 1974 declarando de interés nacional las zonas del Campo de Cartagena y de Genil Cabra se contemplaron entre los futuros concesionarios a las empresas técnico laborales, pero no se han publicado las normas prometidas, por lo cual hemos de recurrir a la tantas veces citada Ordenanza del Trabajo en el

---

(63) Así, en el artículo 158 de la misma LRDA se prevé que las fincas mejorables sujetas a arrendamiento forzoso serán cedidas en tercer lugar —tras los arrendatarios o aparceros de las mismas— a “las entidades sindicales de tipo asociativo de agricultores y ganaderos y cooperativas de explotación comunitaria cuyos socios participen directa y personalmente en el trabajo de la explotación, dando prioridad a las constituidas por jóvenes trabajadores agrícolas con formación profesional adecuada”.

Ese precepto, así como los contenidos en los artículos 26 y ss., nos lleva a plantearnos si entre los requisitos para ser socio de la e. c. cabe exigir el de formación profesional. No parece que pueda ello sostenerse, pero sí que este hecho tendrá consecuencias jurídicas. En primer lugar, determinará la prioridad proclamada tanto por el artículo 158 como por el 26.1. En segundo lugar, la formación y la titulación técnica podrán determinar unas jerarquías en el seno de la comunidad laboral, sometida en principio a la regla de la igualdad.

Campo que distingue «el directivo, del técnico, administrativo, capataces, especialistas, guardas, caseros, de oficios clásicos y los no cualificados» (64).

Y aquí procede una observación importante: partiendo de la jerarquía antes citada podrá establecerse en el seno de la e. c. una desigual distribución de los beneficios, pero sin que ello implique lo que pudiéramos llamar una defraudación del Derecho laboral.

4. *Las aportaciones a la e. c. La aportación de trabajo es la que plantea problemas específicos, como lo prueba el hecho de que la LGC los haya tenido que tratar en su artículo 48 que nosotros estimamos aplicable a toda hipótesis de e. c. dada la identidad de la materia y el carácter obligatorio que debemos reconocer a la legislación laboral en cuanto protectora del trabajador.*

Digamos, ante todo, que ha de tratarse de un cultivo directo y personal, ¿cuáles son los requisitos de este cultivo en el actual D. a.? Ya vimos anteriormente que ha de tratarse de un «cultivo efectivo» más bien que de un cultivo manual, siendo cuestión de hecho apreciar, caso por caso, cuándo existe tal efectividad, lo que no resultará difícil.

*Lo característico de esta aportación laboral agraria es que puede ser realizada no sólo por el socio strictu sensu, o sea, el titular que figure en la sociedad, sino por los parientes que con él convivan bajo su dependencia económica, tal como se deriva del artículo 83 RAR y del que acabamos de citar del Reglamento de Seguridad Social en el cual se pone tope del tercer grado seguramente para evitar fraudes por lo cual estimamos aplicable la expresión ya clásica del artículo 83. ¿Será preciso recordar la fina observación de Rozier a propósito del GAEC francés según la cual, característica de éste es que en él se presta el trabajo igual que en la explotación familiar? Es en realidad la e. c. una empresa plurifamiliar y en el campo ya se sabe que es la familia la que cuenta, salvo como es lógico que se hayan designado unos trabajadores fijos de entre los socios por la Cooperativa o Grupo sindical tal como se prevé en los estatutos de muchos de ellos o que se hayan tenido en cuenta determinadas condiciones, habilidades o formación profesional de un agricultor, técnico, especialista, capataz, obrero cualificado, como un ingeniero, un contable, un gerente de empresa, un podador, un pastor, etc. En estas hipótesis no procederá ciertamente la sustitución personal en la prestación del trabajo.*

---

(64) Puede decirse que éste es el criterio europeo que resplandece, por ejemplo, en la legislación francesa sobre arrendamientos y en la propia de los GAEC, que habla de "trabajo efectivo", dejando a cargo de los comités de homologación de esos grupos las condiciones de tal participación efectiva. V. ROZIER, ob. cit., pág. 23.

Entiendo que los estatutos habrán de aclarar estos extremos tal como lo impone el primer punto del artículo 48,5 de la LGC.

*Considero aplicable la legislación laboral en cuanto a duración de la jornada, etc., pues repito que, a través de una e. c., no puede organizarse hoy día una forma inhumana o ilegal de trabajar. Será aplicable a todas las e. c. la norma del artículo 9 LGC, según la cual «si los Estatutos preceptuaran el condicionar en las cooperativas de trabajo asociado la admisión a un periodo de prueba, éste no podrá ser superior a seis meses».*

Por lo que se refiere a la percepción periódica de anticipos, ello estará naturalmente en función de las posibilidades reales de la e. c. Tratándose de la e. c. societaria no cooperativa, si no fuera posible dar esos anticipos habría no una descalificación, sino un derecho a pedir la disolución o la separación si los demás asociados decidieran continuar.

Dicho cuanto antecede debo mostrarme totalmente de acuerdo con Valdés cuando sostiene que *la obligación de trabajar del socio deriva de su condición de socio y de ninguna manera de una relación laboral*. Este tema fue ya aludido supra, pero no está de más remacharlo en este punto, pues se trata de la naturaleza misma que tiene la aportación (65).

Características de la aportación laboral es la de ser continua. Ha de mantenerse durante la duración de la e. c. y de ello derivan no pocos problemas que el legislador agrario aborda en la LRDA, artículos 25 y siguientes.

¿Cuándo y cómo se producirá la pérdida de la calidad de socio por incumplimiento de la obligación de trabajar? ¿Cuáles serán las causas justificadas del incumplimiento? (66).

*Las excusas de incumplimiento serán la de imposibilidad del socio por edad, sexo, enfermedad y ausencia o prohibiciones legales (argumento ex artículo 37 LRDA. También ex artículo 33 que se refiere a la «falta de aptitud para el ejercicio de la empresa agraria» lo que equivale a la idea de imposibilidad y también ex artículo 5 del Reglamento de Seguridad Social que alude a la «imposibilidad para el trabajo del titular de la explotación» y a la «viudedad de la mujer o a estar imposibilitada para el trabajo» siempre que en ambos casos, no haya hijos o parientes varones, mayores de dieciocho años que convivan con la familia» (67).*

---

(65) Ob. cit., pág. 267: "se puede mantener y sostener que la obligación de trabajar que pesa sobre el socio nace del vínculo asociativo, se asume en el momento constitutivo de la relación social, quedando integrada en ella".

(66) VALDÉS no trata de este problema capital, por cuanto la LGC no lo regula, pero una normativa cabe deducirla de otros preceptos, en especial de la LRDA.

(67) En el régimen de los GAEC franceses se contemplan las hipótesis siguientes en que no hay deber de trabajar: 1.º, el conyuge y los herederos del socio fallecido; 2.º, los enfermos; 3.º, las personas de

*En esta hipótesis cabrá sustituir el trabajo del socio y de sus parientes por asalariados. Ahora bien, ¿cabe el empleo accesorio de asalariados en la e. c.? Si nos atenemos a las normas de arrendamientos para invocarlas por analogía dado que en ellas se define el cultivo directo y personal, sólo podríamos admitirlas con carácter circunstancial por las exigencias estacionales del cultivo (68). Si siguiéramos los criterios de la LRDA ni siquiera esos trabajadores eventuales serían admisibles. Pero ni uno ni otro me parecen aplicables ya que responden a un rigor especialmente necesario para justificar unas prórrogas legales o la asignación de un explotación familiar por el IRYDA.*

*La norma que me parece aplicable, por una perfecta analogía es la del artículo 48 de la LGC el cual admite que un diez por ciento del total de socios puedan ser trabajadores asalariados fijos de plantilla. Dada pues esa accesoriedad, la e. c. no pierde su carácter mientras que así se logra una flexibilidad necesaria para adaptarla a las variadísimas situaciones que la realidad nos ofrece.*

Tal como lo vamos viendo, el rigor es máximo en la e. c. adjudicataria de tierras al IRYDA, mientras que en la hipótesis de e. c. corriente, no adjudicataria podrá modelarse por los estatutos hoy y por el legislador mañana en la que hemos llamado empresa cuasi o semicomunitaria, según queramos alejarla más o menos de la empresa capitalista (69).

Ya se comprende que *el incumplimiento de la aportación llevará a la exclusión del socio* (argumento ex artículo 1.707 del C. c. y sobre todo ex artículo 11 LGC, el cual decreta la baja del socio por la «insuficiente participación en las actuaciones de la cooperativa, apreciada según los módulos estatutarios fijados al respecto». Efectivamente, en esta materia los estatutos suelen ser

---

edad. Los derechos del asociado que no trabaja pueden quedar estatutariamente limitados en relación con los de quienes trabajan. ROZER, ob. cit., página 23. He aquí un punto interesante, pues algunos investigadores españoles han constatado que en las cooperativas españolas de producción en común se tiende a pagar nada más que una renta a quienes aportan sus fincas, pero no su trabajo, lo cual podría llegar a ser un principio normativo en la organización de la e. c., a fin de evitar su derivación hacia formas capitalistas, en los que se vulneraran las leyes de arrendamientos y aparcería. Cfr. la monografía núm. 13 del SNCPOR *Explotación en común de la tierra y Concentración parcelaria*, de BUENO GÓMEZ, LAMO DE ESPINOSA y BAZ IZQUIERDO.

(68) (Artículo 83 del RAR. La materia fue estudiada por mí en un artículo de la Revista de Derecho Privado, ahora recogido en el libro *Estudios de D. a. y Política agraria*, cit.

(69) La misma flexibilidad presidida por la accesoriedad se aplica en la regulación de los GAEC, ob. cit., pág. 24, "los normalmente empleados en las explotaciones familiares de la región", solución óptima que parte de una idea más amplia que la española en cuanto a la explotación familiar. Esta no pierde su carácter por el hecho de que haya trabajadores asalariados siempre que siga siendo principal el trabajo de los familiares. Para superar nuestro minifundismo, nosotros hemos de encaminarnos hacia el concepto europeo.

explícitos dada su delicadeza personal y la complejidad que comporta en lo jurídico y en el económico (70).

5. *La aportación mixta.* La aportación de un socio comprensiva de su tierra o explotación y de su trabajo no deja de ofrecer también una problemática específicamente agraria que es justamente la que aquí nos interesa.

Ya vimos que sólo la primera habrá de valorarse, pero, ¿hay aportación principal y aportación accesoría? ¿Quid en el caso de incumplimiento de una u otra obligación, en especial de la laboral?

Creo haber afirmado supra que en mi opinión y, al menos en el caso de la e. c. no cooperativa, no cabe configurar la aportación laboral como prestación accesoría, pues ello nos llevaría al terreno de las sociedades de capitales, siendo así que en la e. c. no cooperativa ni siquiera hay la exigencia legal de un capital mínimo. Hay que ponderar el carácter eminentemente personalista de la e. c. que supone lógicamente la revalorización del factor trabajo. Cabe suponer, además, que para los socios más importante que el capital aportado por su compañero es su personalidad de colaborar. El *intuitu personae* domina, en efecto, este tipo de asociación campesina. No hay duda, pues, de que *incumplida la obligación de trabajar procederá la exclusión del socio*, el cual tendrá derecho a llevarse consigo la explotación aportada, salvo que otra cosa dispongan los estatutos, pues sería exorbitante castigarle con la pérdida de aquello que efectivamente aportó y que normalmente constituye su instrumento de trabajo, quizá su único medio de vida.

*De la misma manera, incumplida la obligación de aportar la tierra o explotación, aun cuando el socio trabaje, procederá el derecho a excluirle*, pues fallará la base económica para absorber tal trabajo y obtener beneficios. Hay una correlación inicial entre tierra y mano de obra que no puede alterarse sin grave perjuicio para la empresa asociativa.

Otra sería la solución si lo prometido por el socio trabajador fuera un pequeño capital o algún instrumento de trabajo. La imposibilidad de aportarlos o su pérdida posterior sobre todo aquella no debida a su culpa, no parecen justificar la exclusión.

El tema de la aportación mixta ofrece un problema interesante de interpretación en la cooperativa de explotación en común, ya que en el artículo 6,4 de la LGC se establece que «nadie podrá pertenecer a una cooperativa a título de empresario capitalista, contratista y otro análogo respecto de la misma o de sus socios como tales, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final quinta». En ésta se limitó el legislador a prometer una «adaptación del régimen jurídico de la LGC a las cooperativas cuyos so-

---

(70) En el GAEC un propietario que tenga administrador o gerente de su empresa no puede entrar como socio, ob. cit., pág. 25.



cios fueran poseedores, cualquiera que sea su título jurídico básico, de tierras o ganados y cuyo objeto social sea la explotación en común del campo y actividades conexas».

Pues bien, aparte de admitirse ahí las aportaciones de goce, coherentemente con la regulación de la sociedad civil —artículo 1.687— surge el problema del sentido que pueda tener, de *lege lata*, la excepción al principio cooperativo, según el cual no puede haber en la cooperativa socios capitalistas.

Yo entiendo que para facilitar la movilidad social así como la ampliación de la superficie agrícola a trabajar por unidad de mano de obra, lo que constituye una exigencia de la política agraria española, *habremos de admitir que en una e. c. cooperativa haya socios meramente capitalistas si aportan tierra que pueda ser cultivada por los otros socios y que, incluso, esa aportación pueda ser retribuida con un dividendo ya que, de no ser así no habría tal socio capitalista*. Es significativo al respecto que en los estatutos del grupo de Esquedas, digno de citas repetidas por su valor modélico, se disponga en su artículo 4 esto: «para que los cultivadores directos, pero no personales, puedan ingresar en el Grupo será requisito obligatorio que la superficie de la tierra que aporten pueda ser cultivada por los trabajadores del Grupo». Ahí se ve claramente expresada la necesidad sentida por ampliar la superficie cultivable dándose a entender que en base a ello se dispensa la obligación del cultivo directo y personal (71).

#### 6. La transmisión de participaciones.

Tal como se confirma con la lectura de los estatutos antes citado *la cesión inter vivos de la cualidad de socio requiere el consentimiento de la sociedad con arreglo a los estatutos, en los cuales podrán establecer toda clase de restricciones a la libre transmisibilidad, más no eliminar toda posibilidad de la misma*, aunque sí, como queda dicho, establecer la cláusula «di gradimento». Ahora bien, el juego de éste supone que la e. c. tenga la obligación de reembolsar al asociado su valor pues de otro modo se frustraría por completo su derecho (72).

*En cuanto a la transmisión mortis causa habrá que estar igualmente a los estatutos* teniendo en cuenta el *intuitu personae* por lo que serán válidos los pactos previstos en el artículo 1.704 del C. c. para las sociedades, o sea, el de continuación entre los sobrevivientes o el de continuar con los herederos del socio fallecido, sin perjuicio de aplicar también el artículo 14 de la LGC en el cual se establece que en el caso de no continuar los herederos «tendrán

(71) Por otra parte, ya vimos *supra* la gran flexibilidad de la práctica cooperativa española en cuanto al principio del interés fijo al capital y las alabanzas de De Farcy a nuestro sistema más liberal que el del GAEC.

(72) Esta es la solución francesa, ob. cit., pág. 81 y, entre nosotros, cabe deducirla de la normativa general aplicable a las sociedades.

derecho a la liquidación del crédito que represente la parte social transmitida, sin dedicaciones y en el plazo máximo de un año». La analogía es perfecta y tratase, además, de una norma protectora.

7. *La baja del socio. Será aplicable por igual razón de analogía el artículo 11 de la LGC ya que en él se equilibran los derechos del socio y los de la sociedad.* Es una norma mucho mejor que la del artículo 1.705 del C. c. cuya eventual aplicación habrá de excluirse regulando la materia en los estatutos.

## VII. INCIDENCIA DE LA E. C. SOBRE LA PROPIEDAD. LA PROPIEDAD LIMITADA

1. El impacto del fenómeno asociativo agrario en la propiedad de la tierra es de gran importancia. El colectivismo, entendido en su verdadero sentido, es, de por sí, una negación de la propiedad privada que pasa a ser de la nación, del pueblo o, quizá, de las entidades municipales o sindicales, según los diversos sistemas. Aun suponiendo que se acuerde el procedimiento individual de explotación, en la línea de pensamiento del norteamericano Henry George, el agricultor se ve privado de la propiedad para recibir la posesión.

2. Podríamos decir que la tensión entre la libertad y la igualdad se manifiesta como tensión entre propiedad y posesión. Como lo ha puesto de relieve un eminente civilista español, en un libro que lleva el título «La función social de la posesión» (73) «como una de las versiones filosófico-jurídicas de la dialéctica de la totalidad aparece en el tiempo presente la socialización de la que cabría señalar como notas caracterizadoras predominantes: reivindicación en favor de todos de las expropiaciones impuestas por las clases históricas dominantes; primacía de la igualdad sobre la libertad y entendimiento de ambas en sentido real y concreto como efectividad y no como formal posibilidad; máxima homologación superadora de diferencias en la estructura social; presencia actuante del Estado a través de los servicios públicos, las planificaciones económicas, la organización de la industria, las nacionalizaciones, etc...». Hernández Gil reconoce que la socialización llevada hasta sus últimas consecuencias, trae consigo el peligro de la despersonalización» (74) y, más adelante, proclama que «la posesión es la institución jurídica —o más ampliamente, la categoría del pensar jurídico— dotada de esencialidad y entidad suficientes para constituir la estructura expresiva de la insuprimible necesidad de los bienes integrados en «el espacio vital alimenticio» y en «el espacio vital de radicación» (75).

---

(73) Madrid, 1969.

(74) Ob. cit., pág. 149.

(75) Ob. cit., pág. 155.

3. Esta postura de Hernández Gil no la podemos acoger sin reservas o matizaciones. Lo cierto es que *la propiedad no se suprime nunca en vano*. Allí donde pasa del particular al Estado, vemos surgir coetáneamente al comisario político en el kolkhos o en la empresa autogestionada yugoslava (76). Por otra parte, la pérdida de eficacia que lleva consigo la falta del estímulo individual lleva a las duras críticas que los mismos socialistas hacen de la «autogestión».

Es lógico, pues, que persista una línea de socialización progresiva que no niega la propiedad privada, sino que la modifica profundamente. En cualquier caso, el homenaje que debemos a la libertad y al pluralismo político social nos hace rechazar el dogmatismo.

4. *La propiedad que se inserta en este movimiento comunitario aparece, como digo, alterada respecto de las concepciones tradicionales*. Por mi parte, entiendo haber superado la idea correctora de la función social que se sustanciaba en límites y deberes externos al configurar la propiedad como relación jurídica de derechos —deberes situados ambos en su núcleo esencial— (77).

Pues bien, el deber que aparece impuesto por la ley, cada vez con más energía, es el de cultivo efectivo, el viejo deber de trabajar que, según San Pablo, es el único que da derecho a comer si se cumple.

El cultivo efectivo puede cumplirse y se cumple hoy, no sólo por el trabajador manual, sino por aquel que aplica su trabajo intelectual al impulso de la empresa, como los técnicos o el empresario mismo. Entre todos ellos surge una auténtica comunidad de trabajo y un «interés colectivo» que yo llamaría no «interés común» suma de los intereses individuales, sino «interés comunitario», síntesis, mejor que suma. El «interés comunitario» viene a condicionar fuertemente la propiedad de la tierra o la propiedad sustitutiva de los títulos o participaciones que recibe el propietario por la aportación de su finca y capitales a un GAEC, cooperativa de producción, sociedad civil, anónima o limitada.

Aquel deber de cultivo efectivo impuesto por la ley (artículo 2 de la LRDA) se refuerza enormemente en el fenómeno asociativo, por cuanto se hace «contractual» ya que forma parte de la relación entre el socio y la sociedad, la cual se lo exigirá de modo más efectivo e inmediato que las lejanas y excesivamente ocupadas instancias de la Administración.

El propietario, trabajador al mismo tiempo de la tierra, era, según Marx, el propietario por excelencia. Al aportar su finca, siquiera sea nada más que en cuanto al goce, a una sociedad, ve mermada esa posición privilegiada. La voluntad de la mayoría

(76) Para una comprobación del aserto me remito a la obra cit. de Bastos Noreña.

(77) Me remito al trabajo *El deber de cultivar y mejorar*, recogido en "Estudios...", cit.

decide por encima de la suya y la comunidad vigila su conducta.

Pero lo más notable es que el requisito del cultivo efectivo llevado a sus últimas consecuencias nos conduce a la nueva idea de la «propiedad limitada», bien sea en la dimensión física, cuando se trate de propiedad individual, y en esta línea es de gran importancia que el artículo 44 de la Constitución italiana haya establecido la posibilidad de fijar límites a la extensión, bien sea en el contenido del derecho, lo que se manifestará en el seno de la e. asociativa o comunitaria impura, ya que si el socio no trabaja en la explotación podrá ver reducida su participación a una cantidad fija, dada su similitud con un arrendador, todo ello porque lo dispongan los estatutos o lo prevean las leyes (77 bis).

5. En la gran empresa, allí donde se emplea mano de obra asalariada, el interés comunitario despliega su influencia. Tal interés aparece de alguna manera recogido en el artículo 2 de la LRDA, aunque de modo más retórico que práctico. En efecto, «el cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas obliga: «... c) a que en la empresa agraria (¿no es de por sí significativo que en esta ley se escriba "propiedad" con minúscula y en cambio se ponga siempre Empresas con mayúscula?) se preste el trabajo en condiciones adecuadas y dignas y a que se efectúen bien directamente o en colaboración con la Administración las inversiones necesarias de carácter social que sean proporcionadas a la dimensión e importancia de la empresa, teniendo en cuenta la rentabilidad de ésta para la promoción de los trabajadores».

El interés comunitario ha de traducirse, pues, en términos económicos, mediante esas llamadas «inversiones sociales» que no sabríamos definir de otra forma, sino refiriéndolas a la comunidad de los trabajadores como destinataria, viviendas dignas, locales de ocio y aprendizaje, etc., etc.

No hay más límite que la rentabilidad, la cual puede ser fija. Salvado el límite, parece que la «participación» en los frutos y cosechas sería un típico ejemplo de «inversión de carácter social

---

(77 bis) Este fenómeno de degradación de la propiedad al quedar desligada del trabajo no dejaría de ser paralelo con el dado en el ámbito mercantil para el accionista de la gran empresa. Por otra parte, quiero citar una postura moderna muy progresiva que prescinde del dogmatismo marxista —para el cual es de esencia negar la propiedad privada— y la admite bien que con beneficios limitados, de modo que en la empresa económica el complejo control-beneficios debe corresponder al personal, comunidad de trabajo, y al capital tan sólo un interés fijo. Así GARAUDY, según el cual hay que cambiar la empresa. «Esta no debe ser una asociación de capital y trabajo alquilando el trabajo, sino una asociación de hombres alquilando el capital», en «Le Monde», 4 octubre 1977.

En parecidos términos se había expresado MAURICE DUMVERGER, en *Lettre ouverte aux socialistes*. Y el gran jurista italiano Mossa, en una conferencia sobre «Libre socialización» (1954), propugnó que la propiedad de los fundadores de una empresa fuera limitada en el tiempo, como es la propiedad intelectual.

para la promoción de los trabajadores». Podríamos, pues, construir el «deber de compartir» a cargo de la propiedad en obsequio del «interés comunitario».

Pues bien, en la empresa asociativa, lo mismo cooperativa que civil o mercantil, será más practicable ese deber. En el ejemplo cooperativo no hay duda por la vigencia de los Fondos Sociales obligatorios (artículos 17 y siguientes de la LGC). En el tipo de nueva sociedad civil agraria que ha de configurarse ocurrirá lo mismo por aquel parentesco con la cooperativa firmemente establecido ya en el GAEC francés y en la práctica española de los grupos sindicales de colonización.

Incluso en las anónimas agrarias el interés comunitario se manifiesta y trasciende mejor que en la gran empresa de titular individual. Siempre que la empresa se reviste de personalidad jurídica nace una «institución» objetiva, relativamente alejada del sujeto dueño del capital de quien tiende a emanciparse. En esa institución no puede dejar de estar presente el interés objetivo comunitario, como se ve en el caso de nuestra Ley de Sociedades Anónimas para la hipótesis extrema de la de quiebra de la compañía (artículo 151). La propia ley sobre la «participación del trabajador en la administración de la empresa» (78) sólo afecta a las anónimas ya que en éstas, como lo demuestra Almansa Pastor, al separarse accionistas y sociedad, hay una «tendencia a la emancipación desarrollando una vida propia mediante un órgano, los administradores, a los que se atribuye legalmente un cúmulo de poder sin apenas responsabilidad» (79).

En definitiva, el fenómeno asociativo agrario igual que el mercantil conduce a una fractura de la relación finca-propietario que favorece la objetivación de la empresa y el triunfo progresivo en ésta del «interés comunitario».

Resulta curioso constatar cómo en las empresas asociativas agrarias se produce también la distorsión entre propiedad y gestión, dándose la decadencia de aquella que al no estar acompañada por el trabajo tiende a convertirse de derecho real en derecho de crédito, cuyo contenido sería el derecho a una renta de la tierra, lo que resulta paralelo a la transformación del accionista en acreedor social.

Ahora bien, esas mutaciones operan, dentro del marco de una economía de mercado y del pluralismo político, en beneficio de los administradores, de los managers, de la «tecnestructura» que tenderá a confundirse con la «comunidad de trabajadores».

5. En conclusión, pues, me reafirmo en la creencia de que la propiedad privada de la tierra o de los títulos sustitutivos de ésta en la agricultura asociativa, siempre que esa propiedad se confi-

---

(78) Ley de 21 de julio de 1962.

(79) Pág. 242.

gure como derecho-deber y se limite debidamente, constituye un camino para la socialización que salvaguarda la libertad y, por tanto, la persona. Opino que no debe irse a soluciones unidimensionales, basadas en la posesión o en la propiedad con carácter exclusivo. Las fórmulas posesorias, de usufructo o concesión serán válidas para algunos casos, como el del aprovechamiento de tierras públicas. Para otros, será mejor recurrir a la propiedad. Respetemos una gama de fórmulas. Dejemos que la evolución jurídica y política haga su trabajo. Defendamos, ante todo, el pluralismo.

### CONCLUSIONES DE *LEGE FERENDA*

1.º La realidad reclama tres tipos de agricultura asociativa:

a) La empresa comunitaria pura o *comunidad de trabajo*.

b) La empresa comunitaria impura o empresa asociativa de capital y trabajo, sociedad de explotación en común, empresa plurifamiliar o vecinal impregnada de personalismo, pero donde pueda jugar la aportación de capital.

c) La *empresa capitalista* sociedad anónima agraria.

2.º Las fórmulas jurídicas para los tipos a) y b) deben ser dobles:

a) La cooperativa.

a') De trabajo asociado. Regulación actual, con algún retoque.

b) De explotación en común de tierra y ganados, por desarrollo y adaptación de la LGC a casos de municipios enteros o parecida masa de agricultores.

b') La sociedad civil.

c) De trabajo asociado. Por adaptación simplificada de la normativa de la sociedad civil a un colectivo pequeño de trabajadores.

c') De explotación en común. Para la colaboración de un pequeño grupo de familias, también por adaptación y simplificación de la sociedad civil.

Para el tipo 1.º c) vale la actual regulación de la anónima, o de la sociedad de responsabilidad limitada a la que nadie acude en la práctica.

3.º Lo decisivo para promover la agricultura asociativa tienen que ser los estímulos fiscales y de subvenciones, así como establecer que por el hecho de la asociación no se pierden ventajas fiscales o «sociales» propias del trabajador o del empresario autónomo.

a) Para las empresas de trabajo asociado, exención total de impuestos y cierta subvención inicial por trabajador asociado.

b) Para las empresas de explotación en común o de integración agroindustrial de pequeños y medianos agricultores profesionales.

Exención total de impuestos, tanto en la constitución como en el funcionamiento.

Prima de reestructuración a tanto por hectárea agrupada.

c) Para las anónimas agrarias.

Bonificación fiscal importante en el proceso constitutivo.

Bonificación temporal en el Impuesto de Sociedades.

Otras ventajas fiscales para la hipótesis de integración de los trabajadores como socios.

Deberían establecerse bonificaciones en el Impuesto Sucesorio para las hipótesis de comunidades societarias familiares.

4.º Procedería ante todo dar nueva regulación a las normas del Código civil sobre sociedades civiles, notablemente anticuadas (80).

---

(80) Así se acaba de hacer en Francia. Para calibrar la importancia de la cuestión, baste pensar que en el país vecino esas normas de la sociedad civil se aplican a los Organismos siguientes:

- a) Cooperativas agrícolas.
- b) Sociedades de interés colectivo agrícola (SICA).
- c) Grupos agrícolas fundiarios.
- d) Grupos de explotación agrícola en común (GAEC).
- e) Grupos forestales.

En este sentido, BORNOQUE-WINANDY, *Sociétés civiles agricoles*, París, 1972.

Abreviaturas usadas:

RDA: *Rivista di Diritto Agrario*.

LGC: Ley General de Cooperación.

SNCOR: Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural.

## Nuevo régimen jurídico de inversiones extranjeras en Argentina

JOSE-ENRIQUE GREÑO VELASCO

### I

Antes de que se cumplieran cinco meses de la instauración del nuevo gobierno en la República Argentina, fue promulgada el 13 de agosto de 1976, la Ley núm. 21.382, que deroga la vigente desde 1973 (Ley núm. 20.557, del 7 de noviembre de 1973), y sus reglamentaciones. Transcurrieron casi seis meses hasta que se publicara el decreto reglamentario, que lleva el número 283 y fecha del 5 de febrero de 1977.

El hecho de que la redacción del Decreto reglamentario exigiera más tiempo que la redacción de la propia ley, indicaría muy claramente la existencia de conceptos divergentes en el seno de los organismos competentes, acerca de algunas cuestiones de principio. La intervención de la propia Comisión de Asesoramiento Legislativo (CAL), a la que fuera remitido en consulta por el Poder Ejecutivo Nacional, ofrece la pauta de las discusiones de fondo, con respecto a las normas a dictarse.

En varios aspectos, el Decreto núm. 283, crea una nueva situación jurídica y en sentido estricto puede considerarse una nueva ley de inversiones extranjeras. Frente a los 23 breves y claros artículos de la Ley 21.382, el Decreto Reglamentario contiene 80 artículos muy amplios. Mientras la Ley de Inversiones fue redactada con principios ampliamente liberales, en el Decreto parece prevalecer el criterio de mayor control y restricciones. Especialmente se ampliaron los sectores económicos en los cuales se necesita la previa autorización.

La doctrina reconoce que "toda exigencia de previa autorización constituye un obstáculo potente en el proceso en el cual el inversor extranjero toma la decisión de radicarse en un país receptor; su esfuerzo se dirigirá más bien hacia países donde tal requisito no existe. Aun cuando la Ley trata con plazos fijos de abreviar los trámites la experiencia demuestra que las autorizaciones se dilatan a lapsos muy largos (1).

---

(1) Cfr. COTTELY, Esteban, *Reglamentación de la Ley sobre las inversiones extranjeras*, "Boletín Informativo", núm. 204, octubre-noviembre-diciembre 1976, págs. 41 y ss.



## II. ANTECEDENTES DE LA NUEVA LEY

Argentina no contó hasta 1953 con un estatuto coherente destinado a reglamentar las inversiones extranjeras. El Decreto núm. 3.347, del año 1948, creaba una *Comisión Nacional de Radicación de Industrias*, y tenía, entre otras funciones, las de proponer ante el Consejo Económico Nacional, la radicación de las industrias convenientes y promover las gestiones tendentes a facilitar la obtención de las correspondientes licencias de importación de los países de origen. Era, como se aprecia, un primer tímido acercamiento a la problemática de la inversión extranjera (2).

La Ley núm. 14.222, de 22 de agosto de 1953, y su Decreto Reglamentario núm. 19.111, de 10 de octubre de 1953, promulgado durante el primer período de Perón en el poder—segunda presidencia—, fue de índole promocional a pesar del nacionalismo de su Gobierno. Estipuló—al menos—limitaciones porcentuales a la remisión de los beneficios y a las repatriaciones de capital, al igual que la ley 20.557 (3).

Fue el fruto del esquema cerrado de los gobiernos en los años 1946-1955 y está también influida por las dificultades causadas por el desequilibrio de la economía externa (4). Para sus panegiristas, esta ley fue labor de visionarios. Sancionada en el año 1953, pasaron más de tres lustros antes de que un grupo importante de países latinoamericanos, adoptara gran parte de sus disposiciones, incorporadas a la Decisión núm. 24 sobre *régimen común de tratamiento de los capitales extranjeros en los países del Pacto Andino* (5).

Bajo la presidencia del doctor Arturo Frondizi se dicta la Ley número 14.780, promulgada el 22 de diciembre de 1958, que obedece al esquema abierto de introducción de capitales, principio cardinal de la concepción económica aceptada, y con carácter de franca promo-

(2) Cfr. BRUZZON, Juan Carlos, *Radicaciones de capitales extranjeros*, Ley 20.557, y *Régimen de personas que actúan en representación de empresas extranjeras*, Ley 20.575, Baesa, 1974, pág. 11.

(3) El artículo 1.º establecía expresamente: "Los capitales procedentes del extranjero que se incorporen al país para invertirse en la industria y la minería, instalando plantas nuevas o asociándose con las ya existentes, para su expansión y perfeccionamiento técnico, gozarán de los beneficios que acuerda la presente Ley". Se facultaba al presidente a eximir total o parcialmente el pago de derechos de importación a los bienes de capital que formasen parte de una inversión y a ofrecer, si dicha inversión era declarada de interés nacional una serie de incentivos previstos en el Decreto de Promoción Industrial núm. 14.630, de 1944. Se permitían las remesas como porcentajes fijos de valor registrados en pesos. Sólo se autorizaba la repatriación del capital a los diez años. Para un estudio completo de la legislación anterior, vid.: FOFMAN, Alejandro B. y ROMERO, Luis A., *Sistema socioeconómico y estructura regional en la Argentina*, cap. 4, 2, Amorrortu editores, Buenos Aires, pág. 191, y el estudio de FIEL (*Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas*), Buenos Aires, 1973, págs. 232 y ss., titulado *Las inversiones extranjeras en la Argentina*.

(4) COTTELY, Esteban, ob. cit., pág. 35.

(5) BRUZZON, Juan Carlos, ob. cit., pág. 13.

ción (6). La Ley núm. 18.587, del 6 de febrero de 1970 unificó las normas de promoción industrial y radicación de capitales extranjeros (dedica un artículo 6.º a las inversiones extranjeras) y tiene una duración efímera.

La sanción, en agosto de 1971 de la Ley de Inversiones extranjeras número 19.151, y del Decreto núm. 2.400, del 27 de abril de 1972, inicia un nuevo ciclo caracterizado por su oscilación entre el esquema cerrado y la tendencia política hacia la apertura (7). "Este nuevo cuerpo legal también carecía de los precisos límites establecidos por la Ley 14.222, respecto de la repatriación de capitales y remesas de utilidades. La generalidad de sus normas permitía al poder administrador un amplio margen de aplicación" (8). Los comentaristas del texto legal presentaron una serie de interrogantes, que resultaban difíciles de dilucidar, referidos al carácter opcional de la Ley, a la extensión de la autorización previa a la calificación de capitales, y a la situación de las inversiones que habían ingresado bajo regímenes anteriores, como también al problema de nacionalización de capitales (9). Otras críticas pudieron parecer más duras. "La única disposición importante y novedosa de la ley (casi podríamos decir que es su factor determinante), es su artículo 12, que establece que las empresas con mayoría de capital extranjero podrán acceder al crédito a corto plazo o de evolución por un monto igual a la mitad de su capital y reservas, y sin limitaciones al destinado a financiar las exportaciones" (10). Con ello la ley abandona el principio clásico del derecho argentino de que las sociedades no tienen nacionalidad, y se rigen por la ley del domicilio. Esta doctrina aplicada uniformemente en Argentina, al dar el mismo trato a todas las empresas con domicilio en el país, prescindiendo de la nacionalidad de los socios, permitió impedir cualquier reclamación diplomática para proteger intereses

---

(6) Esta ley como todas las anteriores fue de aplicación optativa. Para poder beneficiarse de los programas de los incentivos fiscales, el inversionista concertaba un contrato con el gobierno o inscribía su inversión en el registro correspondiente. Podía optar por invertir en el país sin sometimiento a las normas de inversión extranjera, aunque debía cumplir con los requisitos estipulados para el control de divisas, y transferencias, retención en materia de impuestos... Y quedar amarrado por su buena suerte frente a los cambios de política económica.

(7) COTELEY, Esteban, *Nueva Reglamentación de las inversiones extranjeras*, "Boletín Informativo", núm. 203, julio-agosto-septiembre 1976, páginas 35 y ss.

(8) BRUZZON, Juan Carlos, ob. cit., pág. 14.

(9) MANTILLA, Diego R. y MUSICH, Arnaldo T., *La Ley sobre inversiones extranjeras. Desestímulo para el aporte de capitales*, "Clarín", suplemento económico (19 de septiembre de 1971), p. 4.

(10) RUBINSTEIN, Jorge, *El reciente régimen jurídico argentino de nacionalidad de las sociedades y transferencias de tecnología*, en "Inversiones Extranjeras y Transferencias de tecnología en América Latina", recopilación de STANZICK, Karl-Heinz y GODOY, Horacio H., publicación conjunta del ILDIS (Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales), y de FLACSO (Escuela Latinoamericana de Ciencias Política y Administración Pública), Santiago de Chile, 1972, pág. 354 y ss.

extranjeros (11). Se añadía además que “en cuanto sujetas las empresas con capital extranjero a las restricciones del crédito local establecido en su artículo 10, la Ley 19.151, rompía la igualdad de trato consagrada por las leyes anteriores” (12).

La Ley sobre radicación de capitales extranjeros de 29 de noviembre de 1973, núm. 20.557, reglamentada por el Decreto núm. 413, de 22 de febrero de 1974, constituye el quinto cuerpo legal argentino, sobre regulación de inversiones externas. Después de una prolongada y tumultuosa trayectoria por el Congreso, entró en vigencia el 1 de diciembre de 1973 (13). La Ley núm. 20.557, regula las radicaciones de capital extranjero directo, los créditos externos, y los contratos que entrañen transferencia de valores al exterior (14). Una ley promulgada casi simultáneamente—la núm. 20.575—, disponía la inscripción en el Registro oficial correspondiente de todas las personas o entidades que lleven a cabo actividades relacionadas con Argentina en representación de intereses extranjeros (15). Los legisladores argentinos se inspiraron fundamentalmente en las innovaciones que marcaron rumbos de la Decisión 24, el estatuto sobre inversiones extranjeras aprobado por la Comisión del Acuerdo de Cartagena en diciembre de 1970, de aplicación en los países miembros del Pacto Andino (16). Las disposiciones argentinas mejoraron el sistema andino y procuraron adaptarlo al medio (17). La nueva Ley era de índole normativa y restrictiva, en coincidencia con la posición adoptada por gran número de países menos desarrollados (18). En general se con-

(11) Vid. ALVARADO URIBURU (h.) y AMADEO, Octavio D., *Sobre el nuevo régimen legal de las inversiones extranjeras*, en “La Ley”, del día 29 de junio de 1972.

(12) MANTILLA, Diego R., y MUSICH, Arnaldo T., ob. cit., pág. 4.

(13) El presidente Cámpora envió al Congreso el primer proyecto de dicha Ley el 14 de junio de 1973, antes de la elección presidencial de Perón. El proyecto sufrió un prolongado proceso de reelaboración en el Parlamento y sus Comisiones, y su redacción, resulta un poco más moderada que la del texto original.

(14) Quedaban exceptuados de esta última disposición los contratos de uso de tecnología, de transporte y de seguros. No quedaba claro para sus intérpretes si los contratos que prevén pagos por concepto de importaciones estaban incluidos en el ámbito de la Ley (Vid. STEBBINGS, Robert Y., *La Ley argentina sobre inversiones extranjeras y su inspiración en el Mercado Común Andino*, “Derecho de la Integración”, revista jurídica latinoamericana, núm. 18-19. INTAL-BID, pág. 172).

(15) Vid. BRUZZON, Juan Carlos, ob. cit., págs. 129 y ss.

(16) Así se reconoce en el *Mensaje del presidente Cámpora al Congreso Nacional*, pág. 562.

(17) Aunque por la crítica doctrinal se puedan señalar varios defectos de índole técnica o de redacción (Vid. STEBBINGS, Robert Y., ob. cit., página 172).

(18) Y aun de otros que no lo son, como Canadá y Australia. Vid. al respecto: GLOVER, George C. Jr., *Canada's Foreign Investments Review Act. 29 The Business Lawyer*, 1974, pág. 805; SEFARIAN, A. E. y BELL, Joel, *Issues Raised by National Control of the Multinational Corporation*, 4, *Columbia Journal of World Business*, 1973, p. 7, y, final-

sideraba que “los principios de la Ley son, por lo general, claros y sus defectos pueden corregirse (19).

### III. ANALISIS DEL REGIMEN ESTABLECIDO

#### 1. PRINCIPIOS RECTORES DE LA NUEVA LEY

En el preámbulo de la Ley se afirma que:

a) La Ley persigue como objetivo básico ofrecer un régimen jurídico equitativo y reglas de juego claras y precisas de modo tal que la inversión extranjera pueda insertarse en el marco de la economía argentina, como un verdadero complemento de la inversión nacional, que debe ser alentada por todos los medios posibles.

b) Es necesaria la participación de la inversión directa de capitales extranjeros como complemento de la inversión nacional.

c) La inversión directa foránea reduce el costo social del proceso de capitalización del país, y acelera su tasa de crecimiento.

d) No basta únicamente una disciplina legal y reglamentaria adecuada; ésta puede ser sólo un instrumento básico de seguridad jurídica.

e) Las nuevas inversiones dependen fundamentalmente de la estabilidad política, seguridad jurídica y personal y estabilidad económica, como asimismo de la manera fundamental de una actuación razonable, eficaz y dinámica de la autoridad de aplicación.

f) Son improcedentes los conceptos que consideran peligrosas las inversiones para la soberanía nacional. El Estado moderno tiene instrumento tan poderoso a su disposición que no existe empresa o ciudadano, sea de la nacionalidad que fuere, que pueda contrariarlo dentro de los márgenes establecidos por la Ley.

#### 2. NOCIONES BÁSICAS UTILIZADAS

##### a) *Inversor extranjero*

Según la Ley, el inversor extranjero es la persona física o jurídica que invierte capitales en el país en cualquiera de las formas establecidas en la Ley, destinadas a la promoción de actividades de índole económica o perfeccionamiento de las existentes y domiciliada fuera del territorio nacional, y la empresa local de capital extranjero, en la cual personas, domiciliadas fuera del territorio nacional, son propietarias—directa o indirectamente—de más del 49 por 100 del capital

---

mente, con referencia a Australia, FOGARTY, John, *Australia y el problema de las inversiones extranjeras*, 22, Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 1973, p. 106.

(19) El testimonio pertenece al ex becario del International Legal Center, STEBBING, Robert Y., en ob. cit., págs. 165 y ss.

o alternatively cuentan con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas (art. 1.º y art. 2, punto 2).

El Decreto define como actividades económicas (art. 1.º) a todas las actividades industriales, mineras, agropecuarias, comerciales, financieras, de servicios y otras vinculadas a la producción o intercambio de bienes y de servicios. Esta definición no admite dudas. La Ley es amplia y prácticamente no existe actividad económica que no esté supeditada a las normas allí contenidas.

#### b) *Inversión de capital extranjero*

Como inversión de capital extranjero se considera: 1. Todo aporte de capital perteneciente a inversores extranjeros, aplicado a actividades de índole económica realizadas en el país. 2. La adquisición de participaciones en el capital de una empresa local existente, siempre que obre la previa autorización (arts. 2 y 4 de la Ley). El texto nos hace recordar las formulaciones anteriores (Ley 19.151, 14.780, e inclusive la 14.222). Omite aquello que el artículo 1.º de la Ley 20.557 expresamente recoge: radicaciones directas de capital extranjero, créditos de los cuales puedan surgir derechos u obligaciones a transferir valores al exterior y, finalmente, contratos, con excepción de los contratos de uso de tecnología de transporte y de seguros).

#### c) *Formas de inversión*

La inversión de capital extranjero puede efectuarse en:

1. Moneda extranjera de libre convertibilidad. 2. Bienes de capital, sus repuestos y accesorios, cuya enajenación por la empresa receptora sólo podrá realizarse en las condiciones que en cada caso se fijen en moneda nacional, siempre que se encuentren legalmente en condiciones de ser transferidos al exterior. 4. Capitalización de créditos externos en moneda extranjera de libre convertibilidad. 5. Bienes inmateriales de acuerdo con la legislación específica. 6. Otras formas de aportes que la Autoridad de Aplicación acepte, o que se contemplen en regímenes especiales o de promoción (art. 3 de la Ley). Al definir el Decreto Reglamentario el concepto de "reversión" (art. 28) prescribe que hay reversión de utilidades cuando éstas sean destinadas al aumento del capital de la sociedad receptora. En el caso de sucursales, se considera que existe tal reversión cuando las utilidades se acrediten en una cuenta especial y se comunique tal acreditación al Registro de Inversiones Extranjeras. Dicha comunicación implica el compromiso del inversor extranjero de no remesar en lo sucesivo los fondos así acreditados, de no cumplir con los requisitos establecidos para la repatriación del capital. El Decreto (arts. 7 hasta

el 10 inclusive) reglamenta minuciosamente las condiciones del registro de la moneda nacional como inversión extranjera (20).

d) *Bienes de inversión. Formas de aporte*

La Ley distingue: 1. *Bienes de capital materiales*: a) Nuevos. b) usados. 2. *Bienes inmateriales* (art. 4, punto 4). El Decreto reglamenta (arts. 5, 6 y 15) la determinación del valor de los mismos y de los tipos de cambio a aplicarse, para su contabilización en moneda nacional y establece que se fije en el acto aprobatorio de la inversión los bienes de capital, sus repuestos y accesorios que se aporten como inversión de capital extranjero, los cuales no podrán ser transferidos a terceros, sin la conformidad previa de la Autoridad de aplicación. El Decreto (art. 4), establece expresamente que a todos los efectos de la Ley se excluye a los préstamos del concepto de inversión de capital. Esta prescripción parece una disposición inorgánicamente incorporada en el Decreto, ya que tampoco contiene referencias a una norma determinada de la Ley. El Poder Ejecutivo pone énfasis otra vez, frente a la doctrina muy arraigada que desconocía la validez de ciertos contratos (especialmente los de otorgamiento de préstamos), entre la empresa y la sociedad controlante de la misma en el exterior. El Decreto —sin embargo— sólo se refiere a las normas acerca de las inversiones y no excluye a los préstamos de las otras normas vigentes (por ejemplo el control del Banco Central de la República), sobre los préstamos extranjeros. Por otra parte, sin embargo el Decreto

---

(20) De acuerdo al artículo 7.º del Decreto “se admitirán las reinversiones de aquellas utilidades que provengan de los respectivos balances de cierre de ejercicio, las cuales serán convertidas a moneda extranjera de acuerdo con los siguientes tipos de cambio: a) para las reinversiones de utilidades en las empresas que las generaron se aplicará el tipo de cambio cierre vendedor informado por el Banco de la Nación Argentina correspondiente al mercado por el cual se cursan las remesas de fondos al exterior en concepto de utilidades vigentes a la fecha en que se resuelva el pertinente aumento de capital; en el caso de sucursales de empresas extranjeras, dicha fecha será la de la registración en la cuenta especial a que se refiere el artículo 28 del presente Decreto. En todos los casos, la correspondiente decisión deberá ser comunicada por la sociedad receptora, o por el inversor extranjero al Registro de Inversiones Extranjeras dentro de los treinta días siguientes de haber sido adoptada, solicitándose el respectivo registro. Si tal comunicación fuera efectuada con posterioridad al plazo indicado, se aplicará el tipo de cambio vigente en la fecha en que se comunique al Registro; b) para las inversiones de utilidades en una empresa local distinta de aquella que las genere, se aplicará el tipo de cambio cierre vendedor informado por el Banco de la Nación Argentina correspondiente al mercado por el cual se cursen las remesas de fondos al exterior en concepto de utilidades, vigente a la fecha en que una vez aprobada la inversión e ingresados los fondos a la nueva empresa receptora con el compromiso irrevocable de capitalizarlos en el caso que se aprobara la inversión, el tipo de cambio aplicable será el vigente a la fecha en que se comunique a la Autoridad de Aplicación que se ha efectuado dicho préstamo, siempre que a esa fecha las utilidades en cuestión se encontraren legalmente en condiciones de ser transferidas al exterior”.

(art. 75) limita el concepto de los préstamos celebrados entre una empresa local de capital extranjero y su sociedad controlante en el sentido de que no se considerarán incluidos dentro del concepto de préstamo los saldos de precio por importaciones ni los demás créditos que resulten a favor de la empresa controlante, a raíz de operaciones que no constituyen un contrato de mutuo. El Decreto (art. 76) establece asimismo otras dos salvedades. Según la Ley (art. 20) los actos jurídicos celebrados entre una empresa local de capital extranjero y la empresa controlante se consideran como convenios entre entes independientes, si sus condiciones se ajustan a las prácticas normales de mercado. De acuerdo al Decreto, el exceso de las prestaciones efectuadas por la empresa local de capital extranjero por sobre las que hubieren correspondido, de acuerdo con las prácticas normales del mercado será considerado como pago de utilidades y como tal sujeto a las normas pertinentes de la Ley, así como a las prescripciones cambiarias, impositivas y societarias aplicables. Ni la Ley, ni el Decreto, hacen tentativas por determinar más detalladamente el sentido de las *prácticas normales del mercado*, dejando abierto tal concepto a la posibilidad de diferentes interpretaciones.

Más precisa es la otra limitación del Decreto acerca de los préstamos, al fijar que tratándose de préstamos observados por el Banco Central de la República, el ingreso de los fondos a la prestataria será considerado como aporte de capital a todos los efectos, procediéndose a su registro como tal, si así lo solicitare el inversor y ello correspondiere, según el criterio del Poder Ejecutivo, o de la Autoridad de aplicación en su caso.

#### e) *Empresas. Distinción en función de la inversión extranjera*

La Ley distingue entre dos clases de empresa: 1. *Empresa local de capital extranjero*. 2. *Empresa local de capital nacional* (art. 2, puntos 3 y 4). El criterio para juzgar si se trata de la primera, es que un inversor extranjero sea propietario —directa o indirectamente— de más del 49 por 100 del capital o cuenta —directa o indirectamente— con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios. El Decreto (art. 3), va más allá de la norma legal, y prescribe que una empresa puede considerarse empresa local de capital extranjero aun cuando el inversor extranjero no posea ni el 49 por 100 del capital social. Pero si en todas las Asambleas, o reuniones de socios que se celebran durante un período de tres años consecutivos o en la mayoría de las que tengan lugar durante un período de cinco años consecutivos, prevalecen los votos de los inversores extranjeros presentes, la Autoridad de aplicación, luego de una ponderada evaluación, podrá considerarla como tal. Sin entrar mayormente en el análisis de esta norma, observamos que el criterio allí mantenido podrá dar cabida a muy complicadas cuestiones jurídicas

y económicas, ya que sienta bases de situaciones incontrolables y muy discutibles (21).

Con respecto a la empresa local de capital nacional, se considera como tal, a toda empresa en la cual los propietarios domiciliados en el país directa o indirectamente: 1. No tienen menos del 51 por 100 de capital. 2. Cuentan con la mayoría de votos necesarios. En la ley anterior, 20.557, se entendía por empresa de capital nacional aquella en que los inversores nacionales, poseían una participación superior al 80 por 100 del capital de la empresa y poder jurídico de decisión y respecto de las cuales se acredite que la efectiva dirección técnica, financiera y administrativa, y comercial corresponda a los inversores nacionales. (art. 2, inciso c). En la nueva Ley, tanto en este caso como en el anterior, cuenta únicamente la participación de capital, sin referencias a otros factores, como el poder de administración, o técnico, que parecen imprescindibles en la legislación anterior.

f) *Formas jurídicas de las empresas*

Las empresas locales de capital extranjero podrán hacer uso de cualquiera de las formas jurídicas de organización previstas por la legislación nacional. Cuando la empresa receptora esté organizada bajo la forma de sociedad por acciones, las correspondientes a inversores extranjeros deberán ser nominativas. La Autoridad de aplicación podrá exceptuar de esta obligación a aquellas sociedades cuyas acciones coticen en mercados de valores en las condiciones que establezca la reglamentación (art. 16). Sobre la base de esta autorización legal, el decreto (art. 69), establece los siguientes casos:

a) Cuando las tenencias accionarias de los inversores extranjeros registrados no excedan en conjunto de un 10 por 100 del capital total de la sociedad y ninguno de ellos, individualmente posea más del 2 por 100 de dicho capital.

b) Cuando a la fecha de entrada en vigencia de la Ley, la sociedad emisora coticen sus títulos en bolsas o mercados en valores extranjeros.

c) En los demás casos la autorización podrá otorgarse solamente si a criterio de la Autoridad de Aplicación la existencia de acciones al portador, en manos de inversores extranjeros, no impide a raíz de su depósito en una cuenta bancaria de títulos o de otra forma, individualizar fehacientemente a los tenedores de dichas acciones.

El Decreto (art. 70) en general establece que si el inversor extranjero fuere accionista minoritario en la empresa receptora y ésta no accediere a convertir las acciones de propiedad de aquél en títulos

---

(21) Vid. a este respecto, el ya citado comentario del doctor Cottely, en "Boletín Informativo", núm. 204, pág. 42.



nominativos, dicho inversor, sin perjuicio de las acciones judiciales que le pudieran corresponder, frente a la empresa receptora, podrá ejercer los derechos acordados por la Ley, siempre que deposite sus acciones al portador en una cuenta bancaria en el país y a su orden.

g) *Domicilio del inversor*

El domicilio puede ser: 1. Real: el lugar donde una persona física o jurídica tiene establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios. 2. De origen: el lugar del domicilio del padre en el día de nacimiento de los hijos. 3. Legal, donde la ley presume sin admitir prueba en contrario que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente (art. 2, punto 5, de la Ley, y arts. 89 y 90 del Código civil argentino).

### 3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS INVERSORES EXTRANJEROS

a) *Equiparación con los inversores nacionales*

El principio de igualdad entre los inversores extranjeros y los nacionales queda establecido como principio cardinal del nuevo sistema en su artículo 1. En virtud de este principio “los inversores extranjeros que inviertan capitales en el país, destinados a la promoción de actividades de índole económica o a la ampliación o perfeccionamiento de las existentes, tendrán los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes acuerden a los inversores nacionales, sujetos a las disposiciones de la ley sobre inversiones extranjeras y de las que se contemplen en regímenes especiales.

Argentina es un país de inmigración que se ha enorgullecido de brindar idéntica protección e iguales oportunidades a sus ciudadanos y residentes permanentes. La Constitución Nacional establece en su artículo 20 que “los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión, poseer bienes raíces, comprarlos, enajenarlos...”. El principio aparece expresamente confirmado en las leyes de inversión extranjera núm. 14.222 art. 1 y 4), 14.780 (art. 1) y 19.151 (artículo 1), y expresamente se reconoce como un concepto que *concuerdar con la tradición jurídica argentina (Exposición de motivos, análisis del articulado, art. 1.)*

b) *Utilización de formas jurídicas*

Los inversores extranjeros pueden utilizar cualquiera de las formas jurídicas de organización previstas por la legislación nacional. Cuando la empresa receptora esté organizada, bajo la forma de socie-

dad por acciones, las correspondientes a extranjeros residentes. registrados deberán ser nominativas. La autoridad de aplicación podrá exceptuar de esta obligación a aquellas sociedades cuyas acciones coticen en mercados de valores en las condiciones que establezca la reglamentación (art. 16 de la Ley).

c) *Repatriación de los capitales invertidos*

1. Plazo de gracia para inversiones futuras: a partir del tercer año, si no se fijó en la autorización un plazo mayor. 2. Plazo de gracia para inversiones existentes: tres años para la determinación del monto de inversión repatriable (art. 12 de la Ley).

Sobre la repatriación del capital, virtualmente se aplican los mismos principios que rigen para el pago de la transferencia de las utilidades vencidas (art. 61 del Decreto reglamentario). La autoridad de aplicación puede autorizar la repatriación en bienes de capital o en mercaderías. A tal efecto, tendrá en cuenta si la exportación está permitida por las normas generales vigentes y no se encuentra restringida por condiciones especiales acordadas al aprobarse la inversión. El impuesto especial que grava a los pagos de utilidades regirá, tanto en el caso del abono en efectivo como en especie. La escala prevista para el impuesto se aplica en forma progresiva, de manera tal que cada tramo de utilidades que se pague en exceso del límite, resulte gravado por la tasa respectivamente aplicable a dicho tramo. El Decreto contiene normas detalladas (arts. 64, 65 y 66), acerca de los agentes de retención, la determinación del porcentaje que representan las utilidades abonadas en relación con el capital registrado, por la respectiva inversión extranjera, la responsabilidad del inversor extranjero y los problemas impositivos de la repatriación.

d) *Transferencia de utilidades*

Las utilidades podrán ser transferidas, aun si excedieran el capital repatriado.

Se aplica un impuesto especial a las utilidades —netas del impuesto a las ganancias—, que fueran superiores al 12 por 100 del capital registrado (capital inicial más las reinversiones de las utilidades y las inversiones adicionales). Se compensa el excedente de utilidades superiores al 12 por 100, con los montos en defecto durante los cinco períodos anuales anteriores al ejercicio considerado. Se aplica un impuesto especial cuya tasa es la siguiente: por 100 de utilidad pagado del 12 por 100 al 15 por 100, sobre el excedente al 15 por 100; del 15 por 100 al 20 por 100, 20 por 100; más del 20 por 100, al 25 por 100. El Poder Ejecutivo puede otorgar exenciones del impuesto especial arts. 12 y 15 de la Ley.

La remisión de las utilidades se establece como un derecho de los

inversores registrados. La Ley parte de la norma general de que los inversores extranjeros podrán transferir al exterior las utilidades líquidas y realizadas provenientes de sus inversiones, así como repatriar su inversión, salvo que el Poder Ejecutivo limite con carácter general las transferencias bajo estos conceptos. El Decreto (art. 59), precisa que se da esa limitación cuando existe un régimen de control de cambios aplicable a las transferencias de tal índole. En tal supuesto, las transferencias de utilidades correspondientes a inversores de capital extranjero registrados y a la repatriación de capital se registrarán por las siguientes normas: a) Las utilidades correspondientes al capital registrado por dichos inversores podrán ser transferidas al exterior, sin necesidad de consentimiento previo de la autoridad de aplicación, presentando al Banco Central de la República Argentina, junto con la solicitud de transferencia y los demás recaudos que éste exija, una constancia firmada por contador público, en que se indique que en la empresa receptora no existen los incumplimientos legales (deudas exigibles, e impagos de carácter fiscal, o previsional, incumplimiento en materia aduanera, cambiaria...).

Si en el legajo del inversor no existiere constancias de incumplimiento de los requisitos exigidos en la norma aprobatoria de la inversión por parte del inversor extranjero o en su caso de la empresa local de capital extranjero por él controlada, el Banco Central autorizará la transferencia de las utilidades.

La transferencia se efectuará en la moneda en que está registrado el capital repatriable del inversor en cuestión. El Decreto en su artículo 59, inciso b, contiene el procedimiento en virtud del cual el inversor puede lograr la transferencia en otra moneda.

Si el inversor extranjero no hiciera uso del derecho de transferir al exterior el equivalente en moneda extranjera de las utilidades percibidas de la empresa receptora, deberá igualmente comunicar dicha percepción al Registro de Inversiones Extranjeras.

Si el Poder Ejecutivo, además del control de los cambios referidos a las transferencias financieras, declara una situación de dificultad en los pagos externos, el Banco Central deberá entregar al inversor contra provisión de moneda nacional los respectivos títulos de la deuda pública estipulados en moneda extranjera.

#### e) *Uso del crédito interno*

La discriminación que involucra la restricción al crédito bancario se ha presentado a veces, por la doctrina, como una restricción que afecta gravemente los intereses de las sociedades con capital externo, y atentatoria en última instancia de la garantía de igualdad que constituye el fundamento jurídico y económico de otras dos garantías fundamentales: la del giro de sus beneficios y la repatriación del capital. La Ley es en este punto más amplia que la anteriormente vigente. Establece el principio de que el acceso al crédito otorgado por entidades

*financieras, por parte de las empresas locales de capital extranjero, deberá estar en proporción a su capital o patrimonio neto, prescindiéndose así para determinar su capacidad crediticia de las eventuales garantías que puedan obtener en el exterior. Por razones de flexibilidad se ha preferido dejar librado al Banco Central de la República, la fijación de los parámetros respectivos. Con respecto a crédito de mediano y largo plazo, no ha querido prohibirse el acceso al mismo, ya que en determinadas condiciones puede resultar inconveniente su otorgamiento, pero sí se establece su carácter excepcional (Exposición de motivos de la Ley, núm. 20.557.)*

De acuerdo a esta orientación, el artículo 17 establece que las empresas locales podrán hacer uso del crédito interno: 1. *A corto plazo.* a) Si provienen de las utilidades financieras locales. b) En la proporción de su capital o patrimonio neto. c) Bajo las condiciones que fije el Banco Central de la República Argentina. 2. *Mediano y largo plazo:* a) Otorgados por las mismas entidades de las cuales provienen el de corto plazo. b) Con la autorización del Poder Ejecutivo Nacional. c) De acuerdo con los requisitos que a tal efecto se establezcan.

El Decreto, por su parte, amplía (art. 71) las prescripciones de la Ley, que autoriza a las empresas locales de capital extranjero a disfrutar del crédito interno a corto plazo bajo ciertas condiciones, ya enumeradas anteriormente por la Ley. a) El concepto de crédito interno a corto plazo comprenderá los créditos y garantías que las entidades financieras del país concedan a las empresas locales de capital extranjero con plazo que no exceda de un año. Cuando por la propia naturaleza de las actividades que desarrollen tales empresas, sus carteras de documentos comerciales incluyan acreencias a plazos mayores, se admitirá el uso del crédito en términos ajustados a la negociación de dichos documentos. b) La asistencia financiera que se otorga a las empresas locales de capital extranjero podrá formalizarse, siempre que se haga con arreglo a condiciones que no resulten más favorables a las que tengan establecido o establezcan en el futuro el Banco Central para las empresas locales de capital nacional o las que apliquen las propias instituciones de crédito intervinientes cuando estas últimas tengan implantados criterios generales más limitativos.

De acuerdo con la Ley excepcionalmente, y cuando el interés nacional así lo aconseje, el Poder Ejecutivo Nacional podrá autorizar a que se recurra al crédito de mediano y largo plazo que otorguen las entidades financieras, de acuerdo con los requisitos que a tal efecto se establezcan. El Decreto art. 71, inciso c) determina que quedan incluidos en las excepciones mencionadas en la Ley: a) Las operaciones que realicen los Bancos dentro de las condiciones fijadas por el Banco Central, con los siguientes destinos: Financiación de exportaciones de bienes y servicios incluidos en regímenes promocionales. Préstamos que concurren a facilitar la venta con plazo diferido de bienes de equipamiento a organismos oficiales, y, finalmente, créditos que otorguen las entidades financieras locales mediante el uso de recursos

provenientes del exterior. b) Los préstamos instrumentados bajo la forma de redescuento, adelantos en cuenta o cualquier otro acto de dación de fondos a título de crédito que realice el Banco Central, con las instituciones financieras extranjeras comprendidas en las normas legales vigentes para entidades financieras y las que afectan entre sí esas instituciones.

Con posterioridad, la Resolución núm. 7 de la Subsecretaría de Inversiones Externas (29 de marzo de 1977), reglamenta la excepción contenida en la Ley de Inversiones Extranjeras (art. 17), disponiendo que las empresas extranjeras que deseen acogerse a esta excepción deberán presentar ante la Subsecretaría de Inversiones Externas, cumpliendo el requisito de detallar monto, plazo, interés y demás condiciones particulares del crédito, a la que se acompañarán indicación suscrita por la institución financiera interviniente, respecto de su intención de otorgar dicho crédito. Además deberán cumplimentar los requisitos formales: presentación de los escritos en original y dos copias; uso del idioma castellano y otros exigidos para las propuestas de nuevas inversiones de capital extranjero. Una vez cumplidos los recaudos legales, la Subsecretaría de Inversiones Externas, previa evaluación de la solicitud, elevará sus conclusiones al Poder Ejecutivo a efectos de su consideración. Se podrán rechazar de plano las solicitudes que sean improcedentes.

#### f) *Uso de crédito extranjero*

Las leyes argentinas sobre inversiones extranjeras, con excepción de la núm. 20.557, anterior a la actualmente vigente, no se ocuparon de los créditos externos, ya fuese con terceros o entre la casa matriz extranjera y su subsidiaria nacional. Las razones fundamentales por las que se incluyera el endeudamiento en el marco estatutario del Acuerdo de Cartagena y en consecuencia en la Ley anterior argentina sobre inversiones extranjeras son bien conocidas (22). Los Tribunales argentinos habían adoptado medidas que aun en las naciones sujetas al sistema anglosajón de derecho, podrían haber sido consideradas como de índole legislativa. Un resonante fallo de la Corte Suprema negaba la deducción impositiva sobre regalías pagadas por una subsi-

---

(22) Como lo reconociera expresamente el presidente Cámpora en su mensaje al Congreso de la Nación: ... "la limitación del endeudamiento externo de las empresas extranjeras evita que dichas empresas puedan remitir utilidades ocultas bajo forma de intereses" (Mensaje de Cámpora, ya cit., nota 60). Todavía, como señala SEBBINGS (loc. cit., p. 210), en favor de los inversionistas extranjeros, los pagos por intereses siempre se pudieron descontar de las cargas impositivas. De este modo, no sólo salía del país el capital ilegalmente, sino que además se le concedía una recompensa en forma de una deducción impositiva. Principios idénticos se aplican, y se han aplicado siempre, a las transferencias de tecnología y a los pagos en concepto de regalías, usos de licencias y demás".

diaria argentina a su matriz extranjera (23). El mismo principio de unidad entre las partes se hacía extensivo al pago de intereses y de otros conceptos entre entidades vinculadas entre sí (24).

Inclusive la nueva ley de impuestos a las ganancias, promulgada a fines de 1973, a pocas semanas de la sanción de la Ley 20.557, incorporaba esos principios (25). En esa legislación los créditos estaban sometidos a la autorización previa del Banco Central y sujetos a una serie de condiciones (arts. 24, 25 y 26). (26).

En la exposición de motivos de la nueva legislación se afirma expresamente que: "el régimen aplicable a las relaciones entre las sociedades controlantes extranjeras y sus subsidiarias locales, afecta seriamente al desenvolvimiento de las empresas locales de capital extranjero en el país. Durante los últimos años y como reacción a posibles abusos, se gestó una legislación que partiendo del desconocimiento de la personalidad separada de la entidad local, trataba toda la prestación de la sociedad controlante a su subsidiaria como aporte de capital y toda contraprestación de ésta a aquélla como remesa de utilidad o repatriación de capital. El resultado práctico producido fue intentar

---

(23) Parke Davies y Cia., SAIC s/recurso de apelación. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 31 de julio de 1973 (La Ley, tomo 151, XVI, pág. 306). Véase al respecto: MARTÍNEZ, Virgilio J. L., y CORTI, Aristides Horacio M., *Parke Davies: Caso rector*, vol. 49, "El Derecho", p. 481, 1973, núm. 3.262, y "La Opinión", de Buenos Aires 9 de septiembre de 1973, p. 14.

La sentencia se originaba en el convencimiento de que no cabe esperar que entre una Casa matriz y su subsidiaria existan relaciones de independencia, y por tanto se niega la deducción impositiva sobre regalías pagadas por una subsidiaria argentina a su matriz extranjera.

(24) En los casos de FORD MOTOR ARGENTINA, S. A., Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 2 de mayo de 1974, número 117 de "La Ley" de 19 de junio de 1974, pág. 7. Vid. MARTÍNEZ DE SUCRE, Virgilio José, *Compendio, afirmación y extensión de principios aplicados por la Corte Suprema*, en el mismo número de "La Ley", página 6.

(25) "Las prestaciones originadas en contribuciones financieras o tecnológicas, incluso por asesoramiento técnico, suministradas a una empresa extranjera radicada en el país por su casa matriz, otra filial o sucursal o un tercero económicamente vinculado a las mismas, no serán deducibles en los balances fiscales de la empresa a cargo de dichas prestaciones, debiendo otorgarse a las mismas el tratamiento que esta Ley prevé para las utilidades de los establecimientos a que se refiere el artículo 63, inciso b) de esta ley" (Ley de Impuesto a las ganancias, número 20.628, de 29 de diciembre de 1973).

(26) Entre ellas las siguientes: 1) No podrá otorgarse aval bancario, excepto cuando se trate de créditos provenientes de organismos financieros. 2) El monto de las transferencias al exterior por penalidades en que incurra la empresa extranjera, se descontará directamente del monto del capital repatriable. 3) Los créditos sin plazo o sin monto fijo no podrán superar el límite máximo de endeudamiento, ni apartarse de las condiciones que para cada operación establezca el Banco Central de la República Argentina. 4) Para los contratos de dicho crédito externo, el tipo de interés efectivo anual no podrá exceder en más de dos puntos el de los valores de primera clase vigentes en el mercado financiero del país de origen de la moneda en que se halla registrada la operación.

corregir un exceso incurriendo en el extremo opuesto. Las normas hoy vigentes y las interpretaciones que administrativamente se les ha dado han llegado a extremos inequitativos, que impiden el normal funcionamiento de las empresas locales de capital extranjero, creando además una grave discriminación frente a las nacionales. Las reglas propuestas buscan, una vez más, una solución unánime, para lo cual: a) Se sienta el principio de considerar a dichas relaciones como si se celebraran entre partes independientes siempre que se atengan a los precios y demás prácticas normales del mercado: b) Se prevén dos excepciones en las que el principio anterior no es suficiente para evitar situaciones inequitativas: 1. Los contratos de préstamos que sólo se regirán por el principio antedicho, si no fueren observados por el Banco Central ante la inadecuada capitalización del prestatario o las condiciones esenciales de la operación, 2. Los actos regulados por la ley de transferencia de tecnología”.

De esta manera, las operaciones de importación quedan sujetas al principio general, pues las autoridades aduaneras cuentan con suficientes medios legales y elementos de juicio para continuar ejerciendo un adecuado control de los valores que se declaran. Asimismo, se posibilitarán los créditos directos de la sociedad controlante siempre que no evidencien una insuficiente radicación de capital propio, tornando innecesaria la interposición de entidades financieras del exterior que, en definitiva, encarecían la operación en detrimento de la empresa local prestataria y de la balanza de pagos nacional (27). En definitiva la Ley establece como disposición vinculante que: “los actos jurídicos celebrados entre una empresa local de capital extranjero y la empresa que directa o indirectamente la controle u otra filial de esta última, serán considerados a todos los efectos como celebrados entre partes independientes cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre partes independientes, con las limitaciones siguientes: 1. Préstamos: son considerados como celebrados entre partes independientes, siempre que la operación no haya sido observada por el Banco Central de la República Argentina, el que deberá expedirse en todos los casos dentro de los treinta días, fundándose en las condiciones particulares de la operación o en el inadecuado nivel de endeudamiento de la prestataria (art. 20, punto 1). 2. Contratos regidos por la Ley de Transferencia de Tecnología. Se rigen por las disposiciones que a tal efecto contemple dicha ley (art. 20, punto 2).

g) *Procedimiento en caso de dificultades en los pagos externos*

Sentado como principio general el derecho de los inversores a la remisión de las utilidades y repatriación del capital, la ley establece

---

(27) (Exposición de motivos de la Ley de Inversiones Extranjeras, número 21.382, art. 20).

tres posibilidades: 1. Ausencia de control de cambios respecto de las transferencias financieras: transferencia libre. 2. Control de cambios, respecto de las transferencias financieras: la transferencia tiene lugar dentro de los límites de la Ley. 3. Dificultades en pagos externos: suspensión de transferencias, derecho a recibir títulos de deuda pública en moneda extranjera (arts. 11 y 12 de la Ley).

Cuando existen controles de cambio aplicables a las transferencias de utilidades o de repatriación de capital, supuesto 2 de los contemplados anteriormente, el Decreto establece las siguientes normas (art. 59, puntos a, b, c y d): a) Las utilidades correspondientes al capital registrado podrán ser transferidas al exterior, sin necesidad de autorización previa de la Autoridad de aplicación, presentando al Banco Central de la República Argentina, junto con la solicitud de transferencia y demás recaudos que éste exija, constancia firmada por contador público, de acuerdo a los requisitos exigidos por el artículo 14, inciso d. De no existir constancias de incumplimiento, el Banco Central autorizará la transferencia de utilidades. b) La transferencia se efectuará en la moneda en que está registrado el capital repatriable del inversor. El tipo de cambio será el de la fecha de liquidación de la moneda extranjera correspondiente o en su defecto, si el Banco Central demorare más de treinta días corridos la autorización solicitada el tipo de cambio será el vigente al vencimiento de los dichos treinta días. c) Si el inversor no hace uso del derecho de transferencia, deberá igualmente comunicar dicha percepción al Registro de Inversiones Extranjeras dentro de los sesenta días de haber ello ocurrido. d) Se entiende que existe incumplimiento de normas legales vigentes, cuando el inversor de capital extranjero o la empresa local de capital extranjero tuviesen en la República deudas exigibles e impagas de carácter fiscal o provisional o cuando se haya dictado una decisión judicial o administrativa, declarando tal incumplimiento en materia aduanera, cambiaria, impositiva, provisional o de inversiones extranjeras, imponiendo a dicha empresa o inversor el pago de impuestos, multas, derechos o recargos o suspendiendo los derechos que le acuerda la Ley 21.382, por decisión firme y no sujeta a recurso ulterior. El incumplimiento se encuentra regularizado por el pago..

#### h) *Inversiones existentes*

Teniendo en cuenta la dimensión y la importancia de la inversión extranjera en la Argentina, el tratamiento que reciban las inversiones extranjeras en virtud de la nueva ley constituye un tema de capital importancia (28). La Ley anterior había establecido tres pautas fun-

---

(28) De acuerdo al trabajo preparado por la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL), *Las inversiones extranjeras en la Argentina*, en la fecha de presentación de ese estudio ante los integrantes de las Primeras Jornadas Interamericanas sobre Inversiones Extranjeras (Buenos Aires, 24 al 28 de abril de 1972), el monto de las



damentales al respecto: 1. Los capitales radicados con anterioridad a la Ley deberán inscribirse en un registro de las inversiones existentes. 2. Pueden optar por acogerse a la Ley o rehusarse a ello. 3. Determinadas actividades podían ser intervenidas por la autoridad de aplicación para determinar la procedencia o conveniencia de su nacionalización o expropiación por el Congreso de la Nación (arts. 20 de la Ley núm. 20.557/1973).

De acuerdo a la presente Ley de inversiones, la exposición de motivos señala que "la experiencia ha indicado que son tantos y tan complicados los casos a resolver, algunos de los cuales incluyen inversiones realizadas hace casi un siglo, que es imposible analizarlos debidamente todos en un plazo breve, a menos que se dote al organismo de aplicación de numeroso e idóneo personal. Por otra parte—señala—, en el pasado se ha incurrido en el defecto de reconocer enfáticamente los derechos de los futuros inversores, sin prestar idéntica atención a los derechos de los ya existentes. Se olvidaba así que justamente el reconocimiento de tales derechos habría sido la mejor garantía para los nuevos inversores de que se respetarían los suyos". Tanto bajo la ley núm. 19.151, como la núm. 20.557, se dispuso el registro obligatorio de las inversiones extranjeras. En el primer caso nunca hubo pronunciamiento oficial a su respecto, y en el segundo, no se resolvió ninguna de las presentaciones efectuadas pese a haber transcurrido ya más de dos años y medio desde su sanción. La situación de indefinición creada conspira—indudablemente—, contra el restablecimiento de la corriente inversora, y compromete el principio de la seguridad jurídica. El artículo 19 de la Ley de Inversiones procura cumplir con tan pragmático objetivo y a tal fin establece las siguientes reglas: a) La autoridad de aplicación, en caso de inversiones de capital extranjero existentes en el país, determinará el carácter de inversor extranjero y el monto de la inversión repatriable dentro de un lapso de tres años. b) Si un inversor extranjero deseara proceder a la repatriación total o parcial de su capital antes de los mencionados tres años, efectuará la determinación dentro de ciento veinte días. c) Los inversores extranjeros que no solicitaran la registración según las leyes anteriores, pueden remediar esa deficiencia, con una presentación hecha dentro de un lapso que determinará el Decreto Reglamentario (art. 19 de la Ley). El Decreto reglamenta muy extensamente las monedas en las cuales se deben registrar las inversiones existentes; el reajuste de capital anteriormente declarado a fin de computar las reinversiones; las consecuencias del desistimiento de una registración anterior; la registración nueva de las inversiones extranjeras que no se hubieren presentado bajo la ley anterior, y la fijación de capital repatriable por la autoridad de aplicación (art. 74).

---

inversiones extranjeras se estimaba entre 2.500 y 3.000 millones de dólares. En el año 1913, ese capital representaba el 47,7 por 100 del capital fijo del país, en 1955 apenas representaba el 5,1 por 100, llegando al 5,9 en 1957.

#### 4. PROCEDIMIENTO PARA EL INGRESO DE INVERSIONES EXTRANJERAS

##### a) *Requerimientos de previa autorización*

De acuerdo a los artículos 4 y 6 de la Ley de Inversiones, la previa autorización resulta un requisito indispensable para gozar de los beneficios que la misma ley otorga, con la excepción que señala el artículo 5.º.

La Ley comienza por señalar las inversiones en que es necesaria la "previa autorización" del Poder Ejecutivo", y aquellas otras, en que sólo resulta indispensable la aprobación de la Autoridad de Aplicación. De acuerdo al artículo 4 requieren previa autorización del Poder Ejecutivo: las que se efectúen en los siguientes sectores: a) *Defensa y seguridad nacional*. (El art. 16 del Decreto Reglamentario determina que "a los efectos del art. 4, inciso 1, apartado a) de la ley, se considerará que las inversiones que se realicen en los sectores de construcciones navales y aeronáuticas, de investigación y desarrollo aeroespacial, de energía atómica y la producción de equipos o materiales directamente vinculados a las actividades específicas de las Fuerzas Armadas o de Seguridad en dichas áreas, se efectúan en los sectores de defensa y seguridad nacional). b) *Prestación de servicios sanitarios públicos, postales y de electricidad, gas, transporte y telecomunicaciones*. c) *Radioemisoras, estaciones de televisión, diarios, revistas y editoriales*. d) *Energía*. (De acuerdo al art. 18 del Decreto se entiende por energía: la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos, líquidos y gaseosos de carbón; la generación, transformación, transmisión y distribución de electricidad, cuando su objetivo principal sea la prestación de servicio público, entendiéndose por tal la distribución regular y continua de energía eléctrica para atender las necesidades generales de los usuarios de una colectividad determinada, mediante concesión otorgada por la autoridad pública). e) *Educación*. f) *Bancos, seguros y entidades financieras* (en combinación con el art. 19 del Decreto Reglamentario) (29). El artículo 17 del

---

(29) "A los efectos del artículo 4, inciso 1, apartado f, de la Ley, entiéndese por entidad financiera a aquella comprendida en el ámbito de la legislación vigente en materia de entidades financieras" Ley de Entidades Financieras, núm. 21.526, del 14 de febrero de 1977, Ley de descentralización de depósitos núm. 21.495, de 17 de enero de 1977, Decreto núm. 1.272, de 6 de mayo de 1977, Ley 21.572, de 6 de mayo de 1977 Regulación monetaria: cuenta especial y todo el conjunto de circulares del Banco Central de la República, Circular R. F. 2 (9-5-77), Circular R. F. 3. (9-5-77), Circular R. F. 5 (9-5-77), Circular R. F. 27 (30-5-77), Circular R. F. 4 (9-5-77), Circular R. F. 15 (16-5-77), Circular R. F. 26 (30-5-77), Circular R. F. 9 (16-5-77), Circular R. F. 10 (16-5-77), Circular R. F. 11 (1-5-77), Circular R. F. 16 (16-5-77), Circular R. F. 7 (16-5-77), Circular R. F. 8 (16-5-77), Circular R. F. 12 (16-5-77), Circular R. F. 25 (30-5-77), Circular R. F. 37 (31-5-7), Ley 21.573 (6-5-77), Circular R. F. 20 (19-5-77), Circular R. F. 21 (19-5-77) y, finalmente, la Circular R. F. 30 (30-5-77). Este conjunto de disposiciones constituyen el actual marco legal para la implantación del régimen financiero en la República Argentina.

mismo Decreto Reglamentario concreta la facultad reconocida al Poder Ejecutivo, por el artículo 4, inciso 1, "in fine", y establece que las inversiones en los sectores *siderúrgico, petroquímico, minero y de producción de aluminio requieren igualmente la aprobación del Poder Ejecutivo.*

Otras inversiones resultan comprendidas entre las anteriores, en los casos de "desnacionalización" (supuesto del párrafo 2 del art. 4 de la Ley) o adquisición de fondos de comercio o participación en el capital de una empresa existente, y cuando de ello resulte un beneficio evidente para la economía nacional (art. 4 de la Ley, parágrafo número 3).

En los últimos tres supuestos, la previa autorización del Poder Ejecutivo es necesaria cuando: a) la inversión se integre con aportes en bienes de capital usado; b) se soliciten beneficios especiales o promocionales de cualquier naturaleza, en el orden nacional, cuyo otorgamiento corresponda al Poder Ejecutivo o en razón de su cuantía; c) la inversión supere los cinco millones de dólares estadounidenses o su equivalente en otras divisas; d) si el titular es un Estado extranjero o una persona jurídica extranjera de Derecho público (artículo 4 de la Ley) (30).

Corresponde a la autoridad de aplicación (Subsecretaría de Inversiones Externas) la aprobación o en su caso la denegación de las inversiones de capital extranjero, referidas en el artículo 6.º de la Ley (de acuerdo al Decreto Reglamentario, art. 30, b). El artículo de referencia contiene una clasificación meramente negativa: "las inversiones de capital no comprendidas en los artículos 4.º y 5.º requerirán la aprobación de la autoridad de aplicación".

#### b) *Exención de la previa autorización*

No se requiere aprobación previa alguna en los siguientes casos: 1) reinversión total o parcial de las utilidades correspondientes a inversiones de capital extranjero (31); 2) nuevas inversiones en mo-

(30) Se excluyen por expresa indicación del artículo 25 del Decreto Reglamentario "las organizaciones internacionales, de las cuales la Nación es miembro".

(31) De acuerdo a la exposición de motivos, se trata de agilizar la aplicación de la Ley, permitiéndose el registro automático cuando se trata de inversiones que por tratarse de ampliaciones de empresas existentes, no requieren evaluaciones administrativas. De esta manera se reconoce el derecho al crecimiento por vía de la reinversión de utilidades y a la expansión por vía de nuevos aportes en la misma empresa. Esta seguridad es muy importante para las actividades empresarias, tanto que la imposibilidad de expandirse adecuadamente puede provocar muchas veces el desaliento y la pérdida de interés del inversor y hasta la eventual repatriación de capitales extranjeros. Al limitar el carácter automático a las inversiones efectuadas en dinero o por vía de reinversiones de utilidades, no pueden plantearse problemas de evaluación de aportes, que exijan la intervención de la Autoridad de Aplicación".

neda extranjera de libre convertibilidad, aun en sectores de previa autorización obligatoria, que no supera anualmente el 10 por 100 del capital extranjero registrado en la empresa, se destinen a las actividades que ésta ya realiza y no impliquen convertirla en empresa local de capital extranjero (art. 5 de la Ley (32).

c) *Organismos competentes en la aplicación del régimen de inversiones extranjeras*

La aplicación de la Ley, sus normas reglamentarias y complementarias están a cargo de una *Subsecretaría de Inversiones Externas*, dependiente de la Secretaría de Estado de Programación y Coordinación Económica, del Ministerio de Economía (art. 29 del Decreto Reglamentario). El propio Decreto le asigna, entre otras muchas funciones, las de recepcionar todos los trámites de inversión, evaluar los mismos, y la aprobación o desaprobación cuando corresponda (en el caso del art. 6.º de la Ley), y las tareas de control general de las inversiones, reinversión, sanciones si las hubiere y tareas de difusión en el exterior (33).

En el nuevo ordenamiento se destaca la nítida separación existente entre la autoridad de aplicación —órgano eminentemente evaluador— con el *Banco Central de la República Argentina*, institución a la que se encomienda el contralor, ordenamiento y certificación de las inversiones extranjeras en el país (artículo 10, punto 1 de la Ley) (34).

Para el control de sociedades con capital extranjero siempre que acepten la forma de sociedades anónimas, es imprescindible la intervención de la Inspección General de Personas Jurídicas (autoridad de control de las sociedades por acciones en el orden nacional), y en casos especiales de la Secretaría de Desarrollo Industrial (concesión

---

(32) El carácter automático del registro no libera al inversor de la obligación de justificar su carácter extranjero y de acreditar que el destino de la inversión está comprendido en los casos del artículo en análisis. Por razones de practicidad, estos extremos deberán acreditarse ante el mismo Registro (Exposición de motivos de la Ley 21.882, art. 5.º "in fine").

(33) Inclusive puede de acuerdo al apartado t) del artículo 29 del Decreto Reglamentario: "dictar resoluciones generales de carácter interpretativo y realizar los demás actos necesarios para el cumplimiento de la Ley, y de la presente reglamentación en cuanto los mismos correspondan a otros organismos", dotándola por consiguiente de cierto carácter normativo, en la esfera de su autonomía y de poder de concurso para otros organismos del Estado.

(34) Con perfiles más claros que en los anteriores regímenes argentinos de inversión. Tanto en la Ley 20.557, como en la 19.151, el registro de la inversión extranjera se encomendaba a la misma autoridad, que entendía de la aplicación de la Ley. La actual norma retoma de la primitiva Ley de inversiones, 14.222/53, la duplicidad de organismos y de funciones, aun cuando en el actual régimen en encuentren notablemente ampliadas y reforzadas las atribuciones de una y otra institución.

de beneficios de fomento industrial), y del Ministerio de Defensa y Registro de Tecnología.

#### d) *Procedimiento*

##### 1. Recepción de las propuestas de inversión

Las propuestas de radicación de capital extranjero se presentan ante el Servicio de Mesa, Entradas, Salidas y Archivo del Ministerio de Economía, de acuerdo a una serie de requisitos formales y datos referentes a aspectos institucionales (inversor extranjero, empresa receptora de la inversión extranjera si existe al tiempo de la propuesta, de inversión extranjera), actividad o fin principal de la inversión (bienes, mercado interno, mercado externo), aspectos económicos financieros del proyecto (inversión en cifras globales, financiamiento, cronograma, por periodos semestrales, costos de operación del proyecto a régimen normal, resultado y balance de divisas), aspectos técnicos del proyecto (ingeniería, personal, tecnología), beneficios de desarrollo económico nacional y beneficios solicitados.

##### 2. Evaluación

Corresponde a la Autoridad de Aplicación, al aprobar una inversión o recomendar su aprobación al Poder Ejecutivo, exponer los fundamentos que sustenta la decisión. El Decreto Reglamentario determina los criterios generales indicativos para la evaluación que debe realizar la Autoridad de Aplicación arts. 41 a 44) (35). Como resultado del razonamiento, se llega a la evaluación total de las propuestas y a la fundamentación de la decisión o recomendación, expresando los motivos por los cuales la inversión propuesta cumple con el objetivo establecido por el artículo 8.º de la Ley o deja de cumplir con el mismo (art. 41 del Decreto Reglamentario, último párrafo).

---

(35) Como criterios generales indicativos se tendrán en cuenta los siguientes: a) Incidencia de la radicación en cuanto al balance de divisas, computando para ello todos los posibles egresos. b) El incremento de las exportaciones, el desarrollo de nuevos mercados externos o la ampliación de los existentes. c) El acrecentamiento o creación de nuevos vínculos o canales de distribución como en el exterior. d) La disminución de importaciones a costos adecuados. e) La incorporación de nuevas tecnologías, y en su caso la participación nacional en su desarrollo. f) El crecimiento económico regional y la absorción de mano de obra resultantes. g) La asociación con inversores nacionales. h) La utilización preponderante de técnicos y profesionales residentes en el país. i) El desarrollo de sectores en los que el mercado interno no se encuentre adecuadamente atendido. j) la contribución a un mejor empleo de los recursos humanos, naturales o materiales del país. k) El mejoramiento del nivel de vida de la población (art. 41 del Decreto Reglamentario).

Hay dos situaciones especiales que conviene considerar: a) *Propuestas de inversión comprendidas en el artículo 4, inciso 1, apartado a) de la Ley de Inversiones*. En tal caso el procedimiento es el siguiente: 1. La propuesta se presenta ante la Autoridad de Aplicación. 2. La Autoridad de Aplicación constata el cumplimiento de los “requisitos formales”, correspondientes a la propuesta y da traslado inmediato al Ministerio de Defensa. 3. El Ministerio de Defensa “evalúa y emite un dictamen” en un plazo de noventa días corridos recibida la propuesta en dicho Ministerio. El plazo puede ser excedido en casos excepcionales. 4. Si el dictamen resulta desaprobatorio, la Autoridad de Aplicación dictará resolución denegatoria, con notificación al inversor y archivo de las actuaciones. Si por el contrario el dictamen resultare aprobatorio, se continúa el trámite correspondiente a las propuestas de inversiones en el ámbito del artículo 4.º de la Ley (art. 38 del Decreto Reglamentario). b) *En el caso de inversiones extranjeras que incluyen aportes sujetos a la legislación vigente en materia de transferencia de tecnología*: 1. La propuesta de inversión se presenta ante la Autoridad de Aplicación. 2. La Autoridad de Aplicación constata el cumplimiento de los “requisitos formales” y da traslado de la parte pertinente al Registro Competente en materia de “transferencia de tecnología”. 3. La propuesta se considera como una solicitud de inscripción en el Registro, sujeta a la condición resolutoria de que dicha solicitud sea denegada por la Autoridad de Aplicación o por el Poder Ejecutivo. El Registro evalúa el aporte en materia de transferencia de tecnología, pudiendo solicitar la información adicional, requerida para los trámites a efectuarse bajo dicha Ley. 4. Si el aporte quedara aprobado, las actuaciones serán remitidas a la Autoridad de Aplicación para la prosecución del trámite normal. 5. En el caso de su denegación, la Autoridad de Aplicación “no puede aprobar la inversión propuesta en dicho aporte” (art. 39 del Decreto).

### 3. Autorización

Las propuestas de inversión, con la excepción de las señaladas por el artículo 5.º de la Ley, necesitan previa aprobación. Cuando se trata de las comprendidas en el artículo 4.º, la aprobación corresponde al Poder Ejecutivo Nacional (art. 4.º y artículo 8.º de la Ley). En el caso de las inversiones del artículo 6.º, de la misma Ley, la aprobación final corresponde a la Subsecretaría de Inversiones Externas, a la cual corresponde igualmente la “recomendación al Poder Ejecutivo, para las inversiones enumeradas en el artículo 4.º de la Ley, artículo 8.º”. El artículo 9.º fija el plazo de ciento veinte días corridos desde la presentación de la propuesta de inversión extranjera, para la aprobación o denegación de la misma (36).

(36) Ello por lo que respecta a las inversiones contempladas en el artículo 6.º, ya que las que necesariamente deben ser aprobadas por el

#### 4. Constitución y autorización de la sociedad y aumento de capital

Corresponde la autorización a la Inspección General de Personas Jurídicas si es sociedad por acciones. El acta constitutiva o la reforma de los estatutos en su caso se publica como requisito formal-essencial en el Registro Público de Comercio.

#### 5. Registro

Constituye el último de los trámites del procedimiento de inversión. Son requisitos indispensables a tal efecto acreditar dos extremos: 1) el acto aprobatorio de la inversión, y 2) el ingreso efectivo al país y a la empresa receptora. Estas dos condiciones se aplican para las inversiones que requieren "autorización previa" (comprendidas en los arts. 4.º y 6.º de la Ley). En el caso del supuesto de las inversiones del artículo 5.º de la Ley, debe: 1) acreditar el ingreso efectivo de la nueva inversión; 2) declaración jurada suscrita por el inversor respecto de la no conversión de la empresa nacional receptora en empresa local de capital extranjero; 3) si la empresa ya fuera de capital extranjero, el compromiso de no aplicar los fondos resultantes de la inversión en actividades ajenas a las que realiza la empresa receptora; 4) indicación del monto del capital extranjero registrado por el inversor en la empresa receptora para demostrar que no excede el porcentaje máximo autorizado por ley (art. 52 del Decreto Reglamentario).

Las reglamentaciones principales acerca del registro de inversiones son las siguientes: a) El Banco Central de la República Argentina tiene a su cargo el Registro de Inversiones Extranjeras (art. 50 del Decreto Reglamentario). b) El Banco Central dictará las normas complementarias de organización del Registro y de procedimientos ante el mismo, de conformidad a las normas fijadas en el Decreto (art. 51). c) El Decreto contiene (art. 52) detalladas prescripciones acerca del procedimiento de inscripción (arts. 53 y 54) y de la justificación de los montos a registrar. d) Las inversiones que se realicen a partir de la entrada en vigencia de la Ley serán registradas en todos los casos en moneda de libre convertibilidad, pudiendo el inversor extranjero optar, por las correspondientes a su país de origen u otras, en este último caso, previa la conformidad de la Autoridad de Aplicación, con el asesoramiento del Banco Central. Una vez elegida una moneda se podrá modificar con la conformidad de la Autoridad de Aplicación. La moneda del registro se aplicará a las inversiones futuras del inversor extranjero en la empresa receptora. e) El plazo para registrar la inversión varía de acuerdo a los aportes que la integran (art. 57 del Decreto Reglamentario) (37).

Poder Ejecutivo, al tiempo que se prefiere someterlas a dicho control y no prohibirlas —lisa y llanamente—, "*no se fijan plazos perentorios para decidir*". (Véase Exposición de motivos de la Ley, art. 4.º).

(37) El Registro debe solicitarse a partir de los 120 días, desde las siguientes fechas: a) Tratándose de aportes en moneda extranjera la

#### IV. CONCLUSIONES

Es sobradamente conocido que “el terreno de las inversiones es el sector de la economía nacional donde más prevalecen las pasiones y los intereses. No cabe, pues, asombrarse de que tanto en los países desarrollados como en los en desarrollo existan dos posturas extremas: una aboga por una completa libertad de las inversiones extranjeras y argumenta que ellas son la panacea del porvenir y del desarrollo del futuro; la otra piensa que los inversores extranjeros son los expoliadores de un país en desarrollo y que este último les hace un favor si admite la inversión extranjera. Ninguno de los dos temperamentos es aceptable (38).

La doctrina económica ha señalado, con acierto, que las inversiones extranjeras resultan necesarias, tanto de parte de los países desarrollados como los de los países en desarrollo. El crecimiento económico se une al ahorro y el ahorro nacional en una economía cerrada sólo es posible prestando bienes de capital de otra economía cerrada, lo que se lleva a cabo únicamente por la inversión extranjera (39).

Al Estado le corresponde en consecuencia vigilar para que ninguno de los extremos prevalezca y perjudique al inversor o al país receptor. Esta parece ser la postura argentina, en su nueva regulación de la inversión extranjera (40). De todo el análisis anterior podemos establecer que nos encontramos ante un sistema jurídico, bien preparado. “Casi se podría decir —en frase que recojo de un eximio co-

---

fecha de su negociación en una institución autorizada para operar en cambio. b) Tratándose de aportes en bienes físicos, la fecha de su despacho a plaza. c) Tratándose de créditos externos, en moneda extranjera la de la aprobación de la inversión. d) Tratándose de otros aportes, la fecha que fije la autoridad de aplicación al otorgar su aprobación. Respecto de las reinversiones de utilidades en las empresas que las generaron regirá el plazo previsto en el artículo 7, inciso a, de este Decreto 30 días siguientes de haber sido adoptada la decisión.

(38) Vid COTTELY, Esteban, en *Nueva Reglamentación de las Inversiones Extranjeras*, Boletín Informativo “TECHINT”, núm. 203, pág. 35.

(39) El tema de las inversiones directas constituye, junto al de la transferencia de tecnología, una controversia de primer orden en la política del desarrollo de América Latina. El debate sobre el papel de las inversiones extranjeras no es nuevo, en contraste a otros problemas de la política de desarrollo. Se acentúa con el auge producido tras la segunda guerra, de la exportación de capital y se origina en muchos países una violenta controversia sobre el comportamiento de las empresas extranjeras dentro del contexto del desarrollo económico nacional. En esa polémica se entrelazan argumentos de orden psicológico, cultural, político y económico en una enredada madeja de afirmaciones y réplicas.

(40) Más que prohibir, tiende a establecer reglas de juego claras y terminantes, que se establecen en una seria tamización de las propuestas, mediante los filtros de la Autoridad de Aplicación y del Poder Ejecutivo Nacional, cuando su importancia lo requiera. No existe como en la legislación anterior, sectores de inversión “excluidos” de la aprobación, ni tampoco sectores en los cuales no se aceptan nuevas inversiones. Se ha preferido abrir las puertas, con un más severo control, tanto en la aceptación y aprobación de la inversión, como en los controles posteriores.



mentarista— que las normas acerca de las inversiones extranjeras constituyen una pieza de arte jurídico. Se ha procurado con una construcción muy sofisticada crear, por una parte, el ambiente para que el inversor extranjero obtenga seguridad, pero por otra parte que el Poder Ejecutivo posea los instrumentos que impidan inversiones consideradas nocivas para la economía nacional (41).

Las inversiones extranjeras son el resultado de un determinado contexto político, social y económico. Y ello con referencia tanto al país inversor como al receptor de capitales, pero quienes se esfuerzan por ser objetivos aceptarán que las nuevas normas pueden ofrecer mejor base jurídica que las anteriores (42).

Dentro de este marco, todo el régimen jurídico considerado ofrece tal como en la nota de elevación del proyecto se proponía “un sistema equitativo” y reglas de juego claras y precisas, de modo tal que la inversión extranjera pueda insertarse en el cuadro de la economía argentina como un verdadero complemento de la inversión nacional (43).

La nueva Ley de Inversiones, junto a otras fundamentales normas de contenido económico, constituye una respuesta argentina a un mundo en permanente cambio, y la expresión de la madurez de un pueblo apto para grandes empresas.

---

(41) Mediante los criterios de evaluación, las consultas que la Autoridad de Aplicación puede solicitar de distintos organismos, y su propio criterio para determinar el definitivo rechazo de una inversión no conveniente al desarrollo nacional.

(42) Así lo entiende la crítica más autorizada, tal como lo expresa el doctor Esteban Cottely en su ya citado comentario, recogido en loc. cit., página 44.

(43) De la nota de elevación del proyecto de ley de inversiones al señor presidente de la Nación, en 16 de junio de 1976.

# VIDA JURIDICA

## NOTAS CRITICAS

### 1. J. L. DE LOS MOZOS: **Derecho Civil Español. I, Parte General, 1, Introducción al Derecho Civil, Salamanca, 1977, pp. 778.**

1. Al comentar un libro reciente del profesor De los Mozos en esta misma Revista (*ADC*, 1978, pp. 121 y ss.), hacíamos constar la esperanza, sentida por la generación joven de civilistas españoles, de que el autor proyectara en una obra sistemática sobre los problemas fundamentales del Derecho civil de hoy sus puntos de vista y su postura metodológica originales, convencidos de que una obra de esta naturaleza habría de significar una aportación valiosa y un intento serio de renovación de nuestra literatura científica. Pues bien, en esta línea de trabajo está inmerso el libro que ahora examinamos, el que excede, ciertamente, de las expectativas puestas en él. Se trata, como su título lo indica, en efecto, nada menos que de un «tratado» de Derecho civil español, y su contenido corresponde, en general, al elenco clásico de problemas que son habituales en las *Introducciones* al mismo. «Tratado» que es, acaso, el único con características de tal cuya publicación se inicia, por lo menos, en la España de los años 70, y, sin duda alguna, la *opus magna* del autor, para la que sus importantes trabajos anteriores le han cualificado singular y especialmente. Es este carácter lo primero que llama la atención en este libro: en su aspecto objetivo, el hecho de que se inicie con él un «tratado» y, en su aspecto subjetivo, el hecho de que su autor sea el profesor De los Mozos.

A) Efectivamente, se sabe que la literatura jurídica de nuestra época no se caracteriza por los «tratados», sino que, por el contrario, por los «manuales» de síntesis y por las «monografías» de exploración, llegándose a afirmar por algunos, como Irti, por ejemplo, la crisis de las exposiciones sistemáticas del Derecho privado como uno de los rasgos peculiares de la ciencia jurídica contemporánea. Los «tratados», se piensa con razón, corresponden más bien a los tiempos en los que la dinámica de los cambios económicos y políticos es lenta y lineal, tiempos en los que parece prevalecer la nota de estabilidad en el orden social y en los que, en el campo científico, la doctrina se encamina hacia la sistematicidad, incluso *more geometrico*. Florecen en tales circunstancias, se afirma, obras como las de Planiol, Windscheid y Ferrara, por limitarnos a las más socorridas, y, en nuestro país, «tratados» clásicos, como los de Sánchez Román, Castán o el inconcluso de De Castro. Obras que tienen en común el hecho de adquirir, de algún modo impreciso, la nota de permanencia propia de los códigos, si bien las circunstancias históricas que las rodean no sean del todo unívocas; obras que son, en fin, epigonales, en cuanto que recogen la evolución dogmática que las precede, cierran una etapa o, según se ha escrito recientemente por un destacado historiador del Derecho, anticipan una codificación.

Si todo esto es cierto, y por paradójico que a primera vista pueda parecer, el libro del profesor De los Mozos no sólo es oportuno, sino que es perfectamente coherente con las condiciones objetivas en las que el autor pacientemente lo ha elaborado, pues, como obra de madurez que es, su finalidad no es otra que la de recoger los desarrollos, y en ocasiones llevarlos hasta sus últimas consecuencias lógicas, de nuestro Derecho privado anterior a las reformas introducidas en el Título Preliminar del Código civil en 1974, una época, hasta ese momento, especialmente favorable para la elaboración de estudios sistemáticos de largo alcance que nuestra doctrina, quizá, no supo aprovechar en todas sus posibilidades. Con todo, tan oportuno es el libro que, si bien las reformas aludidas son analizadas en él críticamente, su tratamiento se hace, como es característico del método del profesor De los Mozos, desde una perspectiva historicista, reformas que son reconducidas, así, al entorno dogmático que las precede y provoca, el que era entonces favorable, como decimos, a la construcción sistemática, a la elaboración de «tratados» de Derecho civil, por más que la doctrina española de los veinte últimos años no los haya producido, sino por excepción.

B) En cuanto a la personalidad científica del profesor De los Mozos, el aspecto subjetivo de los que hemos apuntado, es bien conocida y poco lo que podemos añadir a lo que hemos expuesto en el comentario que hemos referido al principio de estas notas, como no sea destacar algunos matices que nos ayuden a formarnos una idea de la importancia que la labor sistemática del profesor De los Mozos tiene. Esta resulta de largos años de experiencia en la docencia universitaria y de sus «adiciones» minuciosas y exhaustivas de revisión y actualización del «tratado» de Castán, en ambos volúmenes del tomo I, aparte de su reelaboración completa del tomo VI-3, relativo a la sucesión *mortis causa* legal, contractual y excepcional, cuya segunda edición acaba de aparecer. Fruto de esta doble «escuela» es el libro que examinamos, a lo que hay que agregar que el autor ha trabajado antes, de forma monográfica, algunos de los temas de la *Parte General* que hoy nos ofrece resumidos magistralmente. Así ocurre, por ejemplo, en materia de historia y codificación del Derecho civil y en materia de fuentes del Derecho, de equidad y de interpretación; esto es, los dos pilares en base a los cuales las exposiciones de la *Parte General* construyen la *Introducción* al Derecho civil, precisamente los dos grandes temas acerca de los que versa este libro.

Es de destacar que este aspecto sistemático viene a enriquecer con una nueva faceta la postura metodológica crítica y compleja del profesor De los Mozos, la que en otro lugar hemos sintetizado diciendo que es crítica porque «su método tiene como presupuesto la crisis del positivismo en todas sus manifestaciones, y compleja, porque combina con gran maestría dos líneas de actuación que confluyen de un modo permanente en toda su labor investigadora, líneas que son, de una parte, el método tradicional de los juristas clásicos, orientado por la conexión interna de los problemas jurídicos y, de otra, el tratamiento historicista de los mismos, inspirado, con arreglo al viejo programa del Joven Savigny, en la técnica de la «*Dogmengeschichte*».

Por último, uno de los méritos más relevantes que hay que destacar bajo

este aspecto del primer volumen del «tratado» del profesor De los Mozos es que encontramos en él su método aplicado *in concreto* a la reconstrucción dogmática de los problemas fundamentales de la *Parte General* y, además, que podemos constatar en él, en estado práctico, la eficacia discursiva y constructiva del mismo.

2. La estructura de la obra es también importante, por cuanto revela una opción sistemática inteligente, la que corresponde en parte al esquema lógico de ordenación de la materia que establece el nuevo Título Preliminar del Código civil. Se divide el libro en tres partes, dedicadas, en efecto, a la introducción al Derecho civil (pp. 19-375), a la teoría general de las fuentes del Derecho (pp. 379-512) y a la disciplina de la interpretación y de la aplicación de las normas jurídicas (pp. 515-759).

A) La parte primera se compone de diez capítulos cuyo sólo enunciado nos puede dar una idea del *iter* lógico por el que el autor nos introduce en el Derecho civil español, con acierto y maestría. Así, a partir de un concepto preliminar de Derecho que el autor pone en conexión con el Derecho natural entendido como el que corresponde a la «naturaleza de las cosas» (cap. I, pp. 19-48), se inicia del estudio de la formación histórica del Derecho civil, en el que el profesor De los Mozos rastrea sus orígenes en la Roma arcaica y sigue su evolución, esquemáticamente, a través del Derecho clásico, del Derecho vulgar, del Derecho común y del Derecho moderno, en el que destaca la indagación de las aportaciones que éste debe a la «escuela» del Derecho natural (cap. II, pp. 49-87). Muy importante es también el tema de la formación sistemática del Derecho civil, en general, el que se desenvuelve a lo largo de dos capítulos extensos, tanto sobre la base de la contraposición del Derecho público y del Derecho privado en la unidad esencial del ordenamiento (cap. III, pp. 89-117) como a través del análisis histórico-dogmático de las tendencias que transforman el contenido sistemático del Derecho civil (cap. IV, pp. 119-156). Todo esto permite al profesor De los Mozos avanzar una definición descriptiva del mismo, según la cual el Derecho civil es el «sistema de normas de Derecho privado (general, común o foral) que desempeñando función de Derecho común regula el estado civil de la persona y de su esfera de acción familiar y patrimonial dentro del orden social» (p. 156).

El estudio de la formación histórica y sistemática del Derecho civil español, en particular, es llevado a cabo con gran seguridad por el autor en los seis capítulos siguientes. Cabe destacar en este punto la hipótesis de continuidad que el profesor De los Mozos presenta y defiende según la cual la evolución de nuestro ordenamiento se explica por la tensión dialéctica, propia de nuestro país, entre soluciones de uniformidad y de desuniformidad de la legislación civil, tanto en el Derecho antiguo (cap. V, pp. 147-188) como en las vicisitudes complejas, y en ocasiones retorcidas, de la cuestión foral en los siglos XIX y XX (caps. IX y X, pp. 297-375). Por último, con el acertado criterio de ser un episodio de la formación histórico-dogmática —episodio importante, pero un episodio al fin—, estudia el profesor De los Mozos la codificación en general (cap. VI, pp. 189-225), el movimiento codificador en España (cap. VII, pp. 227-258) y el Código civil y la legislación complementaria, capítulo este último en el que el autor analiza el contenido, la estruc-

tura y el valor del Código, sus efectos derogatorios y expansivos, así como las normas legales posteriores que lo modifican o complementan, clasificadas y sistematizadas debidamente (cap. VIII, pp. 259-296). Cabe destacar que en relación con nuestra actual experiencia de diversidad legislativa civil, el Profesor De los Mozos se declara partidario de una unificación que no implique uniformidad (p. 373), señalando los pasos a seguir para lograrla (pp. 374-375).

B) La parte segunda está destinada, según dijimos, al estudio del Derecho objetivo y de la teoría de la norma jurídica, lo que nuestro autor acomete en cuatro capítulos, de los que dedica el primero a la teoría de las fuentes del Derecho en general (cap. XI, pp. 379-411) y los restantes al análisis particularizado de la ley (cap. XII, pp. 412-437), la costumbre (capítulo XIII, pp. 439-478) y los principios generales del Derecho (cap. XIV, pp. 479-512). Y lo hace con tal cantidad de datos, notas, observaciones y críticas de interés, que nos vemos limitados aquí a entresacar lo que nos ha parecido más significativo, con el riesgo de subjetivismo que ello siempre implica.

Así, en cuanto a la teoría de las fuentes queremos destacar la importancia que tiene el planteamiento inicial del profesor De los Mozos, según el cual existe un encuadramiento concatenado entre norma, principio y sistema en la integración del ordenamiento jurídico, encuadramiento que enmarca y da sentido al sistema de fuentes. Igualmente queremos llamar la atención sobre la novedad de la clasificación formal de las normas jurídicas que el autor introduce en nuestra doctrina por primera vez y de acuerdo con la cual las normas se clasifican según la estructura de su hipótesis de hecho, del efecto jurídico que prevean y de la correlación que ambos elementos presente. Hay que destacar que en el análisis de la ley como fuente primigenia de Derecho estudia el autor las puntualizaciones introducidas por la reforma del Título Preliminar en lo referente a la jerarquía de las normas legales, su entrada en vigor y la obligatoriedad de las mismas, así como la posición jerárquica que en el sistema de fuentes corresponde a los tratados internacionales que nuestro país suscriba. Del mismo modo son importantes las reflexiones del profesor De los Mozos acerca de las innovaciones introducidas en tema de costumbre, acogiendo algunas de las críticas manifestadas por la doctrina en relación con la supresión formal de los requisitos tradicionales de la misma, supresión que tanto la aproxima a los simples usos. Finalmente, importa destacar el estudio amplio que hace el autor del problema difícil de los principios generales del Derecho en el que, luego de un planteamiento en el que pone en relación los principios con la tradición jurídica, construye su concepto en base a la relación de éstos con las normas y en base al análisis de la estructura, contenido, forma, tipos y funciones de los mismos, así como de la posición jerárquica híbrida que a ellos corresponde en el sistema de fuentes, con arreglo a los datos normativos del Derecho positivo común y foral.

C) La parte tercera, referida a la interpretación y aplicación del Derecho objetivo, como anticipamos, viene tratada en seis capítulos, dedicados, respectivamente, a la interpretación (cap. XV, pp. 515-563), y la integración

jurídicas (cap. XVI, pp. 565-600); a las funciones de la jurisprudencia y de la doctrina en la realización y en el conocimiento del Derecho (cap. XVII, pp. 601-667); a la eficacia general de las normas jurídicas (cap. XVIII, pp. 669-704), y, en fin, al Derecho intertemporal (cap. XIX, pp. 705-726) y al interterritorial (cap. XX, pp. 727-759).

Muy breve y esquemáticamente, en tema de interpretación, en el que conviene tener presente que el profesor De los Mozos ha vertido al castellano recientemente la obra fundamental de Betti, estimamos importantes las precisiones que hace el autor en relación con los presupuestos teóricos y metodológicos de la misma y, además, con el significado de ella; precisiones cuya virtualidad crítica queda de manifiesto, a nuestro modo de ver, en el análisis pormenorizado de los medios de interpretación que recoge el nuevo art. 3.1, C. c. Importantes son también algunas observaciones del profesor De los Mozos en materia de integración de las normas jurídicas. La equidad es concebida con acierto, pese al texto literal del artículo 3.2, C. c., en cuanto medio de corrección de las normas y, por tanto, parece acoger el autor la tesis según la cual la equidad es una fuente autónoma en sentido material, por lo menos, de normas jurídicas particulares. Y esta misma función es atribuida a la analogía para llenar las lagunas técnicas que el Derecho positivo presente, en la extensión que nuestro ordenamiento le reconoce. El análisis de la jurisprudencia es amplio y destacan en él las observaciones críticas del profesor De los Mozos en relación con el concepto tradicionalmente confuso de doctrina legal, como asimismo en relación con el examen del art. 1.6, C. c., que establece, como se sabe, que la jurisprudencia no es en nuestro Derecho una fuente formal y autónoma de normas. Hay que destacar el interés que tienen las informaciones y las valoraciones críticas del autor sobre la doctrina española posterior y anterior al Código y las abundantes y precisas referencias bibliográficas sobre el Derecho comparado y sobre los Derechos francés, italiano, alemán, suizo, austríaco y portugués; esto es, las fuentes que mayor influjo han ejercido sobre nuestro Derecho moderno.

En lo que respecta al tema de la eficacia general de las normas jurídicas son de interés los desarrollos que el profesor De los Mozos hace acerca de las precisiones que ha introducido el nuevo Título Preliminar en relación con la obligatoriedad y la inexcusabilidad de su cumplimiento, así como en relación con la exclusión y la renuncia a las leyes y con los actos en fraude a las mismas. Aparte del estudio de la sanción genérica de nulidad por lo realizado *contra legem*, creemos que importa destacar el análisis de las dos aplicaciones que la reforma aludida ha llevado a las normas del Código del principio de solidaridad, a saber: el principio de buena fe y el desamparo del abuso, ambos referidos al ejercicio de los derechos subjetivos.

En cuanto al Derecho intertemporal es de interés también el estudio del profesor De los Mozos relativo al término de vigencia de las normas, así como los relativos al Derecho transitorio y al principio de irretroactividad, su carácter relativo y las excepciones más comunes al mismo, estudio éste que termina con algunas valoraciones importantes acerca del significado actual de las disposiciones transitorias del Código civil, como principio

general determinante de nuestra política legislativa. Por último, en conexión con el Derecho interterritorial pensamos que hay también algunas notas que destacar como las consideraciones del profesor De los Mozos sobre el principio de la eficacia territorial limitada de las normas jurídicas y sobre el sistema conflictual de Derecho internacional privado, en general, y español, en particular. Pensamos, asimismo, que son importantes algunas reflexiones del autor en tema del sistema conflictual interregional y subregional y las desviaciones que éste establece, con arreglo al Derecho común y a los distintos Derechos forales, con respecto al modelo general del Derecho internacional privado, según el diseño del nuevo Título Preliminar.

3. Luego de este apretado esquema del contenido del libro, el que nos puede dar solamente una idea muy aproximada de la riqueza de matices y de las sugerencias múltiples que el autor en cada tema nos ofrece, cabe que destaquemos algunas características formales del mismo. En primer lugar, la edición es extremadamente cuidada y utiliza la técnica de una tipografía diferenciada para destacar lo esencial de cada punto; en segundo lugar, la bibliografía es abundante, pero seleccionada con rigor, al objeto de que sirva de orientación para profundizar en el estudio y en la investigación de cada tema; en tercer lugar, al principio de cada capítulo el autor nos da una guía de referencias muy completa, como es habitual en los libros didácticos, pero esta bibliografía es utilizada y analizada críticamente en el desarrollo de los mismos, lo que ya no es tan frecuente en los libros de esta naturaleza; en cuarto lugar, cierra el libro un *Índice de Autores* exhaustivo, lo que facilita en una medida importante el manejo del libro. Son estas características formales las que nos hacen pensar que el «tratado» del profesor De los Mozos no se limita al círculo universitario de estudiantes y docentes, sino que será de una gran utilidad además para la *praxis* judicial y profesional, si bien la nota que prevalece constantemente en este primer volumen es el carácter eminentemente científico, y no de divulgación, en el tratamiento de todos los temas que lo componen.

4. Con lo que llevamos dicho creemos tener elementos suficientes como para emitir un juicio de valor sobre el libro que examinamos. Este, en nuestra opinión, no puede ser más favorable, desde puntos de vista diversos. Además de las observaciones anteriores acerca de la sistemática y de la metodología, pensamos que hay que destacar la complejidad de algunas construcciones y también la sencillez de algunas soluciones que el profesor De los Mozos adopta en la exposición de los problemas. Esta comienza generalmente con la descripción de los precedentes de cada punto, sigue con la exposición del estado actual de cada cuestión y culmina con el análisis crítico de los datos normativos y de las principales corrientes de opinión que se han manifestado en la doctrina y en la jurisprudencia, si cabe, nacional y extranjera. Estamos convencidos, sin duda, de la importancia de la obra, elaborada con una maestría y una técnica impecable; obra que no sólo es importante por iniciar un nuevo «tratado» de Derecho civil, sino porque está destinada a ser efectivamente un intento acabado de renovación de nuestra dogmática tradicional dentro de una línea de continuidad en la materia y a llegar a ser ciertamente una obra «clásica» en su momento,

cuando el autor la termine y complete, sobre todo, si mantiene, como es perfectamente previsible que así sea por la seriedad y buen criterio jurídico que caracteriza a todos los trabajos realizados por el autor, la magnitud cualitativa y cuantitativa de este primer volumen.

Por todo esto pensamos que los civilistas jóvenes debemos felicitar al profesor De los Mozos por la iniciativa emprendida y que solamente nos cabe esperar que la continúe, convencidos de que un «tratado» completo de Derecho civil, que enfoque el conjunto de su problemática desde una perspectiva coherente, personal y uniforme, como hará por cierto nuestro autor, es necesario del todo en el momento dogmático presente. Y ello tanto más cuanto que el autor, el profesor De los Mozos, goza, ya de una personalidad científica de consolidado prestigio, bien merecido y bien ganado, dentro y fuera de nuestras fronteras.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA,

*Doctor en Derecho*



**2. Análisis y comentarios críticos en materia de obligaciones y contratos. En torno a la obra «Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos», de E. Lalaguna Domínguez. Editorial Reus. Madrid, 1978.**

Presenta el profesor Lalaguna en esta obra un destacado conjunto de estudios en materia de obligaciones y contratos, cuya nota de carácter general podría decirse que es precisamente el constituir un verdadero *conjunto con unidad* de planteamiento, de perspectiva y de criterios en las materias de los diversos campos temáticos que aborda, dentro del Derecho de Obligaciones. Desde temas tan amplios, que exceden el propio campo del Derecho de obligaciones, como la *libertad contractual*, pasando por materias propias del capítulo de fuentes, como la *voluntad unilateral como fuente de obligaciones*, hasta el estudio de materias asentadas en la parte de contratos, de la trascendencia (precisamente por su conflictividad y discusión en este campo), como la *donación*, o llegando a contratos de naturaleza muy especial y discutida, como el de *promesa de venta*, o pormenorizando en compraventas especiales, como la *venta de herencia*, etc.

Es un amplio y detallado conjunto de materias, que si otra nota en común hubiese de buscarse en ellas, quizá sería, en general, la dificultad, controversia y falta de perfilación a que se ha llegado en la doctrina en el tratamiento de las mismas (baste, por ejemplo, el contrato de promesa de venta y la naturaleza jurídica de la donación).

Creo que el autor da muestras, una vez más, en esta obra, para conocimiento y utilidad de un público más numeroso (universitarios, estudiosos y profesionales del Derecho, que pueden ser sus destinatarios), de su constante y fecunda tarea de investigación, muy conocida ya de ese público amplio, en otras ramas del Derecho civil, especialmente del Derecho de familia. Ahora, en esta materia de obligaciones y contratos, nos ofrece una importante aportación, clarificando constructivamente difíciles y debatidos problemas con las materias que trata, haciendo uso de su probada y peculiar competencia en el análisis detenido y perspicaz de los antecedentes históricos, así como situándose dentro de una línea moderna, vivificante y renovadora de nuestra doctrina actual, que se fija especialmente en este campo del Derecho de obligaciones, en el hecho económico y social del nuevo entorno en que vivimos, y de la que son ejemplo esperanzado y ya consagrado, una nueva generación de catedráticos de Derecho civil, de la que forma parte el profesor Lalaguna.

Estos comentarios pretenden ser una noticia y un análisis de los temas tratados en sus *Estudios*. De ahí la diferente extensión, pues se ha tratado de examinar con más detalles aquellas materias en que las aportaciones personales del autor se consideran más importantes y enriquecedoras en el campo de la investigación. Se ha pretendido también hacer una breve

crítica, o bien al exponer la materia tratada, o en las breves consideraciones críticas que cierran este trabajo. Por supuesto que las conclusiones a que llega el autor en determinados puntos podrán ser discutibles y sin duda serán discutidas. En ello está el germen de su aportación y fecundidad. En esta materia, muy elaborada del Derecho de obligaciones, los nuevos caminos y perspectivas son provechosos y necesarios, sobre todo, cuando, como en el caso del profesor Lalaguna en esta obra, no se basan en una posición subjetiva ante planteamiento de problemas, sino en un logro objetivo, por su sólida, coherente y bien fundada argumentación. Ello da a la obra que se comenta la condición de unos auténticos *Estudios de Derecho Civil*.

Dedica el autor el primero de sus estudios al importante tema de *la libertad contractual*. El concepto de libertad contractual, añade, queda así encuadrado dentro de la noción, más amplia de la autonomía jurídica de la persona. Concluye la parte introductoria de este estudio, diciendo que se propone dar respuesta en él a tres preguntas que parecen fundamentales en esta materia, relativas al contenido, significado y ámbito de ejercicio de dicha libertad contractual. A lo largo del trabajo analiza y da cumplida respuesta a estas cuestiones.

En el primer punto, relativo al *contenido* de la libertad contractual, examina la realidad jurídica del contrato, señalando que para que el propósito práctico de los contratantes se realice en la figura del contrato, el ordenamiento ofrece una regulación vertebrada por tres principios fundamentales: el de libertad de la persona, de la igualdad de las partes contratantes y de la fuerza vinculante del contrato; de los que encuentra confirmación en nuestro Código civil (arts. 1.255, 1.256 y 1.091, respectivamente). Analiza seguidamente la significación social del contrato y su valor normativo como expresión de la libertad jurídica de la persona. Examina luego la estructura del contrato, poniendo de relieve las exageraciones en que ha incurrido el consensualismo, señalando la necesidad de otros elementos distintos del consentimiento y tan *esenciales* como él para la existencia del contrato. (Recuerda el artículo 1.261.) Destaca el significado del artículo 1.262, párrafo 1.º: «El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato.» Esta formulación es de tal realismo —señala el autor— que por sí sola, puede considerarse suficiente para mantener alejada la noción de libertad contractual en nuestro Código de la concepción voluntarista y añade que «en esta necesaria referencia del consentimiento a la cosa y a la causa queda postulada expresamente la *intrínseca significación social del contrato*». En la función del contrato analiza los efectos contractuales derivados de la voluntad y los impuestos por la ley y de la especial importancia que la doctrina científica más reciente atribuye al artículo 1.258 del Código Civil, deduce un dato muy significativo de la crisis de la concepción voluntarista del contrato. «El contrato —dice— es a la vez un acto voluntario y un comportamiento social.» Partiendo de la premisa de que el contrato es obra de la persona (no simplemente de la voluntad), es razonable —concluye— que las consecuencias jurídicas del mismo estén gobernadas no sólo por «lo expresamente pactado, sino también por la buena fe, el uso y la ley».

A continuación analiza el *significado* de la libertad contractual, señalando que, en el sistema del Derecho civil, la libertad contractual es tratada principalmente en dos lugares (en la Parte General, considerándola como una de las manifestaciones más importantes de la autonomía privada; en el Derecho de obligaciones, considerándola como principio rector de la formación, estructura y eficacia del negocio jurídico). Recuerda que la noción jurídica de la autonomía de la voluntad es una creación de la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX, mientras que la de la autonomía privada aparece tardíamente en los estudios de la doctrina alemana sobre el negocio jurídico. Observa cómo la doctrina española más reciente «por encima de las concepciones extremas del voluntarismo jurídico y del positivismo normativista, se ha venido a situar en el centro de gravedad de la idea de autonomía en una perspectiva del pensamiento jurídico que tiene su raíz más profunda en el realismo de la filosofía clásica y que tiene como premisa fundamental el que el sujeto de la autonomía privada no es la *voluntad, sino la persona*.

En cuanto al tercer punto de su estudio (*Ámbito de ejercicio de la libertad contractual*) señala que el ámbito de la libertad contractual viene determinado en las precisas coordenadas de lugar y tiempo en que se desenvuelve cada organización jurídica y en su delimitación influyen *unos criterios objetivos de valoración y unas circunstancias históricas*.

Considera que el principio de la libertad contractual es un principio general de Derecho, encontrando confirmación de ello en la doctrina y sobre todo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente en materia de contratos atípicos y de cláusulas de estabilización.

En cuanto a los límites de la libertad contractual considera que «existen unos *límites* que configuran la libertad contractual de acuerdo con la intrínseca significación social de los actos jurídicos». Recuerda que el artículo 1.255 del Código civil señala tres clases de límites: las leyes, la moral y el orden público y pasa a analizarlos, siendo de resaltar su puntualización, respecto a la moral, del riesgo de interpretar los textos legales a ella referidos en sentido abierto a la moral sociológica. Lo que sustancialmente, añade, importa es que las remisiones a la «moral» o a las «buenas costumbres» se entiendan referidas a principios éticos, objetivos. Finalmente habla de las *limitaciones* a la libertad contractual, advirtiendo que, frente al concepto que ha dado de *límites*, por *limitaciones*, se designa el conjunto de condiciones extremas en que se desenvuelve el ejercicio de la libertad contractual en una determinada experiencia histórica. La principal razón que justifica las limitaciones a la libertad contractual en nuestros días estima que es el hecho de la socialización y como manifestaciones en el ámbito de la libertad contractual, analiza principalmente la contratación colectiva y la contratación en masa.

Otro de los estudios lo dedica el autor a «la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones». Tras señalar en la introducción la considerable importancia del tema en el moderno Derecho de obligaciones, pone de relieve la poca claridad con que ha sido resuelto el problema por la jurisprudencia española. Analiza las dos direcciones, sociológica y causalista en esta

materia y señala que ambas dejan al descubierto la insuficiencia de un planteamiento puramente voluntarista en la materia. Recuerda que, en base principalmente a ideas de De Castro, parece hoy abierta la posibilidad de atribución de efectos jurídicos a expresiones de la autonomía privada de carácter unilateral, que en la referencia a una causa suficiente encuentran una base para su reconocimiento jurídico. Señala que ésta es la idea rectora de la revisión del tema que intenta realizar en este estudio.

Se ocupa de la terminología de «voluntad unilateral como fuente de obligaciones»; es más correcta técnicamente la expresión «declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones».

En la delimitación del tema señala que mantiene la postura generalmente aceptada por nuestra doctrina, y con rigor y precisión expuesta por Roca Sastre y Puig Brutau, que excluyen la fuerza vinculante de la oferta del ámbito de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, ya que se trata de uno de los varios problemas que suscita la fase precontractual.

Es necesario que la obligación tenga exclusivamente por base una declaración de voluntad unilateral.

Como *fundamento* de la fuerza vinculante de la declaración unilateral de voluntad analiza el poder de la voluntad y la significación social, que considera insuficientes, y concluye, considerando necesaria como fundamento una justa causa, y así señala que son necesarias estas dos premisas: primera, la voluntad unilateral ha de aparecer formalmente definida en un negocio jurídico, que a diferencia del contrato se forma por una sola declaración de voluntad; segunda, que se pueda reconocer la existencia de una justa causa.

Trata a continuación el Derecho comparado en la materia al que hace una referencia detallada, especialmente en los Códigos más modernos, sin olvidar dentro de nuestro propio Derecho la ley 521 de la Compilación de Navarra sobre la oferta pública, y a continuación entra en un análisis del Código civil español, haciendo un estudio del artículo 1.089, señalando la posibilidad de que en la referencia que este artículo hace a los cuasicontratos, se albergue implícitamente un principio de reconocimiento de la eficacia obligatoria de las declaraciones unilaterales de voluntad. Desarrolla ampliamente esta idea, aportando un esclarecimiento comparativo del artículo 1.089 con lo dispuesto en esta materia en el Proyecto de 1851. Siguiendo en esta línea de los cuasicontratos, hace un examen minucioso y clarificador para su argumentación del artículo 1.887, dejando sentado que del artículo mencionado se deduce que se refiere a *hechos lícitos, puramente voluntarios*, que se suponen realizados *por una sola persona* y que *resulta obligado su autor*, concluyendo que el supuesto de declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, tal como la ha delimitado en su estudio, se puede considerar como comprendido en el supuesto fáctico de la norma del artículo 1.887.

A continuación analiza los supuestos de *donación en consideración al matrimonio*, de la *promesa pública de recompensa* y del *cumplimiento voluntario de una obligación moral*, como posible supuestos de declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones.

Admite como tal a la donación por razón de matrimonio, a la que considera negocio unilateral válido (art. 1.330) con independencia de la aceptación del donatario, y además irrevocable (art. 1.333), si bien advierte que la aceptación es necesaria para la atribución patrimonial.

En cuanto a la promesa pública, tras un detenido análisis, considera que no se puede reconducir al simple esquema de la oferta vinculante del contrato, pero concluye que, en su opinión, no se puede presentar como un supuesto claro de declaración unilateral como fuente de obligaciones.

Finalmente, respecto al cumplimiento voluntario de una obligación moral y coherentemente con las consecuencias obtenidas a lo largo de su estudio, considera que quizá es el caso más claro de aplicación de declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, ya que existen: una *voluntad unilateral* —el «hecho puramente voluntario»— que de *moral* se convierte en civil por el hecho del pago y la existencia de una *justa causa*.

Sin duda, uno de los más interesantes y originales estudios de los contenidos en la obra del autor es el dedicado a «el contrato de promesa de venta y el retracto convencional».

Señala en la *introducción* que el contrato de promesa de venta ha sido objeto de vivas discusiones entre los juristas y, añade, que la situación se agrava en nuestro Derecho por la indigente regulación de este contrato en el Código civil y por la compleja trama de influencias dogmáticas en que se ha debatido el estudio de esta materia. En esta perspectiva considera que puede tener interés un análisis sobre las conexiones entre la promesa de venta y otras figuras afines, en particular con el pacto de arras penitenciales y el retracto convencional.

Anticipa en esta introducción las ventajas a que esta comparación puede conducir, destacando especialmente que si el retracto convencional no es otra cosa que un contrato mixto de compraventa y promesa de venta (tesis que desenvuelve y fundamenta con rigurosidad en el lugar oportuno del estudio), lo establecido para dicho retracto será aplicable por analogía en una medida considerable al contrato de promesa de venta. Pone de relieve que la reciente reforma del título preliminar del Código, al admitir en términos de gran amplitud el empleo de la analogía (art. 4.1) viene a facilitar dicha posibilidad.

A continuación analiza el *estado actual de la doctrina y la jurisprudencia*, y recuerda que el planteamiento de esta materia viene determinado por la influencia de dos factores: el criterio del Código francés, de confusión creada entre el contrato de promesa de venta y el de simple compraventa, y como reacción a ello buscando la autonomía de la promesa de venta frente a la compraventa, la influencia de la figura del precontrato para delimitar con trazos enérgidos ambos supuestos. En nuestra jurisprudencia observa que el influjo de la teoría del precontrato ha sido muy notable, si bien se produce un cambio importante con la sentencia de 1 de julio de 1950 ampliamente comentada y estudiada por la doctrina, que sienta las bases de un nuevo planteamiento del tema, aunque no significa el abandono de las premisas en la evolución precedente. Este giro jurisprudencial, considera el autor,

es punto de partida de una nueva corriente doctrinal, según la cual el objeto de la promesa de venta no es la celebración, sino la consumación del contrato de compraventa. Cabe afirmar en síntesis, añade, que todavía domina en nuestra doctrina y jurisprudencia el explicar la función de la promesa de venta como resultado de una yuxtaposición de dos contratos sucesivos: el contrato de compraventa aparece siempre como término o resultado; el contrato de promesa se presenta instrumentalmente asociado a aquél, con el oficio de contrato preliminar. En contraste con este planteamiento y en posición muy próxima, señala el autor, aunque divergente en algunos puntos a la mantenida por De Castro, entiende que el contrato de promesa de venta es un negocio jurídico con causa propia, con estructura y función diferentes al de simple compraventa, aunque con idéntica finalidad traslativa y precisa: «Todo el complejo proceso negocial de la promesa de venta está gobernado por una causa única: en este proceso no hay dos contratos, sino uno.» Así entendida la función del contrato de promesa de venta, considera que coincide con la del llamado contrato de opción. Y puntualiza que si bien es cierto, que el contrato de opción puede aplicarse a muy variados fines negociales, es sin duda en la compraventa donde tiene su más amplio campo de acción. Considera que no son figuras distintas las contempladas en el artículo 1.451 del Código civil y en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Los términos *promesa* y *opción* no designan dos categorías contractuales diferentes, sino sólo dos posiciones jurídicas encontradas en el seno de una misma relación contractual. Actualmente (y cita autores tan relevantes como De Castro, Díez-Picazo, Puig Brutau) es frecuente utilizar como sinónimas ambas denominaciones.

A continuación analiza el *propósito práctico como factor determinante de situaciones jurídicas de eficacia incierta o diferida*, señalando que el respeto debido a la autonomía de la persona se ha traducido, dentro de la teoría del negocio jurídico, en lo que con muy precisa intención dogmática, se ha denominado el propósito práctico. Esta consideración del propósito práctico es de tal importancia que de ella depende tanto la concreta significación jurídica de cada negocio como su catalogación, según categorías técnicas en un plano científico. Hace la importante puntualización el autor (que define y sitúa su método y objetivo) de que la «valoración del propósito práctico como factor determinante de las situaciones jurídicas de pendencia sirve de punto de partida a este estudio». Señala, más adelante, que hay una semejanza muy notable entre la situación jurídica creada por el contrato de promesa de venta y la derivada del negocio condicional. La incidencia de la voluntad de los contratantes en el ámbito de la relación contractual (en la promesa de venta) ejerce una *función* similar a la del evento en una verdadera *conditio facti*. Pero aclara que la voluntad de uno de los contratantes en la situación de intereses, propia de la base de pendencia del contrato, no es un fenómeno exclusivo del contrato de promesa de venta, sino que se da también en situaciones jurídicas de pendencia, que tienen su fuente en el pacto de arras, y en el negocio de retroventa. Se pregunta qué hay de común en estas situaciones y qué las distingue del negocio con-

dicional y a término. La contestación y precisa delimitación de estas cuestiones son el objeto de los apartados siguientes de su estudio.

A continuación analiza la delimitación de *supuestos de relación contractual de compraventa de eficacia incierta* y destaca que en todos ellos el propósito negocial se define por una doble nota: positivamente por una radical orientación de la voluntad negocial al cumplimiento del contrato; negativamente, por una cierta debilidad del propósito negocial. Luego aclara y sistematiza los posibles supuestos, según que en los acontecimientos futuros de que dependerán los efectos finales del negocio no intervenga la voluntad o la intervención de la voluntad no sea por sí sola suficiente o que dependan de modo decisivo de la intervención de la voluntad (de ambos o de uno solo de los contratantes). O sea, concluye, que el cumplimiento del contrato se haga depender de la producción de un *hecho jurídico* o de la realización de un *acto jurídico* (de alguno de los contratantes). En el primer grupo considera que se pueden incluir el término inicial. La condición suspensiva y en cierto modo el acto voluntario de un tercero. En el segundo grupo, la promesa de venta o de compra, el pacto de arras y el retracto convencional.

A continuación analiza la *eficacia del contrato dependiente* de un «hecho jurídico» y estudia bajo este supuesto (como ya había adelantado anteriormente) la compraventa a término y la sujeta a condición suspensiva, así como los supuestos en que la eficacia del negocio depende de la voluntad de un tercero, pues puntualiza que en este último supuesto el arbitrio del tercero se tiene en cuenta como una neutra realidad, o sea, como hecho jurídico. Advierte, por otra parte, que el intento de configurar la promesa de venta como un negocio condicional encontraría un obstáculo insalvable en la prohibición legal de las condiciones *puramente* potestativas. Sin embargo, señala, que precisamente en las condiciones potestativas válidas la voluntad de uno de los contratantes es, en cierta medida, factor determinante del hecho constitutivo de la condición, de forma que su significación jurídica reside más en lo que tiene de fáctico que en lo que tiene de voluntaria. Así, en la compraventa *ad gustum* la *degustatio* es una comprobación objetiva de la calidad de la cosa vendida, no una apreciación meramente subjetiva, que haría depender la eficacia del contrato de la mera voluntad del comprador. Este criterio objetivo permite construir la venta *ad gustum* como negocio condicional. Y, añade, que si el hecho de gustar la cosa no tuviera una significación objetiva, resultaría difícil comprender cómo en nuestro ordenamiento se ha dado igual tratamiento a la venta *ad gustum* y a la venta hecha a calidad de ensayo o prueba (art. 1.453 del Código civil).

Analiza ahora el autor la *eficacia del contrato dependiente de un «acto jurídico»* y observa que el resultado del contrato como objetivo deliberadamente incierto se puede hacer depender no sólo de la realización de un hecho jurídico (supuestos que acaba de analizar y argumentar como tales), sino también de un acto jurídico. Esto último puede obedecer a una situación legítima de conveniencia de los contratantes en no comprometerse innecesariamente a un negocio de firmeza inmediata y definitiva. Nos hallamos aquí, recordando lo dicho anteriormente sobre este tema, ante un supuesto muy típico de debilidad del propósito negocial. Y añade que de tal

modo los contratantes dejan abierta la posibilidad de un desistimiento legítimo. Esa posibilidad es recíproca en las arras penitenciales y es unilateral en la promesa de venta y en el retracto convencional.

Del pacto de arras penitenciales, destaca, que la facultad de desistir del cumplimiento es recíproca. De todos modos, añade, la existencia del contrato, a diferencia de la situación jurídica que presenta el negocio en formación, supone una vinculación inicial de ambas partes. Pero continúa desarrollando su planteamiento el autor; la posibilidad de un desistimiento legítimo se puede dar también a favor de uno solo de los contratantes; tal es el caso de la promesa de venta y del retracto convencional. Advierte el autor que la afirmación de que el cumplimiento del contrato se hace depender del acto jurídico de uno de los contratantes parece chocar con el principio del artículo 1.256 del Código civil: «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.» Reconoce que ésta es una cuestión espinosa (que más adelante afronta el autor), pero que tal cuestión no se hubiera llegado a plantear si la facultad unilateral de desistir se hubiese encuadrado con precisión en una consideración unitaria de la estructura del negocio, considerando sus conexiones no sólo con el tema del consentimiento, sino también con la doctrina de la causa.

A continuación entra en el análisis del *contrato de promesa de venta* y señala que en el mismo la voluntad negocial indecisa del beneficiario de la promesa, que se plasma técnicamente en la facultad de opción para desistir o cumplir, supone un fuerte contraste con la firmeza del propósito negocial del promitente. Valorada esta situación, añade, sólo desde el ángulo de vista del consentimiento, se llega lógicamente a negar la realidad del contrato. En cambio, considerada en la perspectiva más amplia de la estructura unitaria del negocio, tal situación se puede explicar correctamente si se precisa el verdadero alcance del consentimiento en relación con la causa y con el objeto del contrato. A este propósito, señala, que importa llamar la atención sobre la unidad esencial de los elementos del contrato y recuerda la afirmación de De Castro que «para calibrar la causa de cada negocio se deberá atender a su objeto y contenido». El contrato de promesa de venta, declara el autor, es una figura negocial con causa propia. Es habitual en la doctrina científica, expone más adelante, tratar de la facultad de opción de influencias en que aparece inmersa la facultad de venta. La facultad de opción aparece referida no sólo a la obligación del promitente, sino también a la vez y correlativamente, a la obligación del optante. Aquí importa considerar, puntualiza el autor, el efecto de la incidencia de la voluntad del optante sobre su propia obligación, y señala, que presenta la estructura de obligación alternativa, o sea, que sobre alguna de las dos prestaciones posibles, que constituyen su objeto, recae la facultad de opción.

Sobre estas líneas clarifica y reafirma el autor su posición refiriéndose a determinados grupos. En el caso más frecuente de contrato de promesa de venta, señala, a la prestación típica de la entrega del precio se añade como prestación especial alternativa la entrega de una cantidad en concepto de prima. Pese a que se trata de prestaciones muy desiguales, el optante cumple su obligación satisfaciendo indistintamente cualquiera de ellas. Otro



supuesto que examina el autor es aquel en que la opción es creada por un negocio mixto, por ejemplo, un contrato de promesa de venta unido casualmente a un contrato de arrendamiento. La estructura de obligación alternativa se puede apreciar también aquí. El cumplimiento por parte del optante de su obligación como arrendatario (pago de la merced arrendaticia) o el cumplimiento de su obligación como comprador (pago del precio de la cosa). Ello significa que el derecho de opción es correlativo al derecho del promitente y no hay mengua del principio de igualdad de las partes contratantes ni vulneración del artículo 1.256 del Código civil.

A continuación pasa a examinar el *retracto convencional* y dice que en la venta a carta de gracia, al igual que en el contrato de promesa de venta, la realización de los efectos finales del contrato depende del acto jurídico común de debilidad del propósito negocial de alguno de los contratantes, delimita el retracto convencional de la promesa de venta y de la promesa de compra, tipificando el retracto convencional como la situación de intereses en que un propósito firme de comprar se intenta anudar con un propósito cierto, pero no definitivo de vender. Por lo que respecta a la eficacia de tal relación contractual, señala, que la definitiva eficacia del contrato, con lo que se resuelve la alternativa entre la adquisición irrevocable de la cosa por el comprador o su readquisición por el vendedor, depende de que éste adopte una actitud inactiva, dejando transcurrir el tiempo de duración del retracto, o por el contrario, hago uso de él; o sea, depende de que se realice o no un acto jurídico por parte del vendedor. Su posición en una de las relaciones jurídicas creadas por el contrato es simétrica a la del optante en la relación creada por el contrato de promesa de venta. Y aclara el autor que esto se comprende si se tiene en cuenta que el interés del vendedor retrayente en la cosa vendida se podría haber articulado técnicamente mediante la combinación de dos negocios independientes: uno, el de compraventa simple y otro —formal y causalmente desligado del primero— de promesa de venta del adquirente al mismo vendedor. «En realidad —señala el autor, con una imagen bien expresiva— el retracto convencional no es otra cosa que la unión bien trabada de un contrato de compraventa y un contrato de promesa de venta», y pone luego de relieve que aquí la conexión causal tipificada por el ordenamiento jurídico ha evitado que se hiciera problema del derecho de retracto como acto jurídico unilateral en el seno de una relación de carácter sinalagmático. En cambio, el problema se ha planteado con respecto al contrato de promesa de venta, porque aquí la significación causal del acto jurídico de opción no es tan evidente.

Sobre estas bases llega el autor a la siguiente conclusión que, dada su relevante importancia, creo más indicado transcribir: «La venta a carta de gracia es, sin duda, uno de los ejemplos más claros de negocio mixto en que, tras la unidad de la causa, se puede reconocer la tipicidad singular de cada uno de los negocios conexos. Esto tiene extraordinaria importancia para nuestro estudio, ya que el problematismo en que se debate el contrato de promesa de venta, debido principalmente a su deficiente y oscura regulación en nuestro ordenamiento, puede ser en buena parte eliminado con la aplicación analógica de algunas normas sobre retracto convencional en base a

la coincidencia notabilísima entre esta relación negocial y la de promesa de venta.» Añade unas precisiones sobre la naturaleza del retracto convencional y señala en que en nuestra doctrina se ha mantenido tradicionalmente que la venta a carta de gracia contiene una condición resolutoria potestativa. Así cita ejemplos de la doctrina anterior al Código y posterior, así como jurisprudencia del T. S. y de la D. G. de los R. y del N. Frente a esta tesis formula el autor dos objeciones. La primera, que la venta a carta de gracia no es una compraventa condicional. El acto jurídico en que formalmente se concreta el ejercicio de retracto no puede ser configurado como una condición, ni siquiera como una condición potestativa. Abunda aquí el autor en la argumentación que ya ampliamente hace en los lugares oportunos de su estudio y señala especialmente que la distinción entre condición y retracto es diáfana en los supuestos de retracto convencional condicionado en que la eficacia del negocio depende a la vez del *hecho jurídico* constitutivo de la condición y del *acto jurídico* de voluntad del retrayente. La segunda objeción es quizá, señala el autor, más grave. En efecto, coherentemente con su argumentación, advierte que en el enfoque tradicional se contempla sólo una de las dos relaciones jurídicas que se derivan de la venta a carta de gracia. En efecto, configurado el retracto como condición resolutoria, hace incierta la eficacia de la venta realizada, la cual se resuelve si se ejercita el derecho de retraer o adquiere carácter irrevocable, si no se hace uso de él. Presentado así el retracto convencional, reconoce el autor, es innegable su semejanza con la compraventa sometida a condición resolutoria. Pero se olvida, añade, que «con la relación jurídica de compraventa coexiste, en tensión con ella y en el mismo plano de su eficacia incierta, otra relación jurídica de la misma naturaleza en que las posiciones contractuales están intercambiadas. Así resulta que: a) el ejercicio del derecho de retracto si bien, de un lado, deja sin efecto la venta realizada, supone, de otro lado, la eficacia de la venta prometida por el adquirente al retrayente; b) si el vendedor no hace uso de su derecho de retraer, la compraventa realizada se consolida, pero la venta prometida, a la que estaba vinculado el adquirente, no se llega a realizar».

Termina esta materia de retracto convencional con una *conclusión* en que resume sus posiciones fundamentales, resultantes de sus detallados análisis de argumentos anteriores y recuerda especialmente como destacada consecuencia la posible aplicación analógica de una parte importante del régimen de retracto convencional al contrato de promesa de venta.

Otro de sus estudios lo dedica el autor a «la venta de herencia en el Código civil». Bajo el Apartado I (Introducción) delimita el campo temático de su estudio, señalando la diversa naturaleza de los actos negociales de la enajenación de herencia (venta, permuta, donación, etc.), así como el diverso objeto que puede ser materia del negocio (herencia, cuota de herencia o bienes hereditarios), y tras ello expone que su estudio se concreta al supuesto de enajenación de toda la herencia y por título de venta.

Bajo el Apartado II (Fuentes) hace una detenida exposición sistemática de los preceptos del Código civil y de la Ley Hipotecaria, que se ocupan de la materia, y hace también una referencia a las leyes 325 a 330 de la Com-

pilación de Navarra que contiene una regulación amplia y sistemática de la *cesión de herencia*, aunque advierte que su análisis queda fuera de este estudio.

Bajo el Apartado III (Significado de la *herencia* como objeto de la enajenación), tras hacer un examen del estado actual de la doctrina, analiza el significado de la palabra herencia en las relaciones sucesorias (aquí como *objeto de sucesión a título universal*) y en las relaciones jurídicas derivadas del negocio contractual de compraventa (en este caso, *objeto de enajenación a título singular*). A continuación desarrolla las ideas de que la herencia es *objeto cierto* del negocio, pero de *contenido indeterminado*.

En el Apartado IV (el negocio contractual de venta de la herencia y su proyección en el ámbito de las relaciones sucesorias) distingue estos diversos problemas, situados, como aclara, en tres planos diferentes: 1) el acto contractual de compraventa; 2) la relación contractual entre comprador y vendedor; 3) los conflictos de intereses entre comprador y terceros.

En el Apartado V (el acto contractual de venta de la herencia) examina la transmisión del patrimonio hereditario, destacando la necesidad de título y modo de adquirir y que entiende que las deudas de la herencia no son asumidas por el comprador, existiendo únicamente una obligación del comprador frente al vendedor (art. 1.534), salvo caso de novación. En cuanto al momento de los efectos, señala que se discute entre el de la muerte del causante o el de la celebración del contrato. En su opinión considera que no se puede adoptar el criterio simple de atender a uno solo de estos momentos. Admite que del tenor de los artículos 1.533 y 1.534 se deduce el criterio de situar la adquisición del comprador en el momento de la muerte del causante; pero, sin embargo, señala que en el tiempo intermedio entre la apertura de la sucesión y la celebración del contrato, así como entre este momento y el de la liquidación del patrimonio hereditario, se han podido producir modificaciones sustanciales, como la desaparición de ciertas cosas o el incremento del patrimonio hereditario por decadencia de legados.

En el Apartado VI (la relación contractual de venta de la herencia) señala que el contrato de venta de herencia, en su regulación en el Código civil, se basa en dos premisas: Una, es que no se transfiere al comprador la calidad de heredero (reconocido por la jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Tribunal Supremo); otra es referir la transmisión del patrimonio hereditario al comprador al momento de la apertura de la sucesión; así se infiere, añade, de los artículos 1.533 y 1.534, si bien recuerda el autor, como ya puntualizó anteriormente, que las reglas de estos dos preceptos no resuelven todo los posibles supuestos de modificaciones en el patrimonio hereditario durante el tiempo que media entre el momento de la apertura de la sucesión y el de la celebración del contrato. A continuación hace un detallado examen de los derechos del comprador y del vendedor.

Finalmente, concluye el autor en el Apartado VII (situaciones de conflicto de intereses entre el comprador y los terceros) con un análisis de los problemas entre el comprador y los acreedores de la herencia, estimando a este respecto que no cabe admitir que el comprador asuma ninguna clase de responsabilidad (frente a los acreedores). La responsabilidad por deudas,

estima, incumbe exclusivamente al heredero. También analiza la situación del comprador frente a adquirentes de bienes hereditarios, que puede dar lugar a casos de subrogación real, de doble venta o de ejercicio de acción rescisoria. Examina luego el derecho del comprador frente a titularidades reales en favor de terceros, señalando que, son aplicables en este punto las reglas comunes de la usucapición ordinaria o extraordinaria y las que regulan las adquisiciones a *non domino* (artículo 464 del C. c. y artículo 34 de la L. H.). Termina con el derecho del comprador en caso de litigio sobre la herencia. Examina aquí el supuesto de vendedor heredero aparente y sus consecuencias para el comprador.

Otro de sus estudios los dedica el autor a la *legislación de venta a plazos y las garantías reales mobiliarias*, poniendo de relieve en la *introducción* que la Ley de garantías mobiliarias de 16 de diciembre de 1954 y la Ley de Venta a plazos de 17 de julio de 1965 afrontaron en distintos planos y con distintos planteamientos un problema común: la necesaria adecuación entre concesión de crédito y garantía en el tráfico jurídico de bienes muebles. Señala que hará un estudio separado de la problemática de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento, dentro de sus posibles situaciones de conflicto con las garantías de la legislación de venta a plazos, puntualizando que dedicará mayor atención a las cuestiones de hipoteca mobiliaria en tales aspectos, por su mayor trascendencia práctica.

A continuación, siguiendo este plan, analiza en el Apartado II *el derecho del vendedor y la constitución de hipoteca mobiliaria*, fijándose especialmente en el artículo 2.º de la L. H. M., que establece que no podrá constituirse hipoteca mobiliaria (ni prenda sin desplazamiento) sobre bienes, cuyo precio de adquisición no se halle íntegramente satisfecho. Analiza detenidamente esta prohibición en todas sus facetas y consecuencias, especialmente la constitución de hipoteca mobiliaria contra la citada prohibición, así como la impugnación de la hipoteca irregularmente constituida y el cauce legal para ello (que considera el autor deber ser la acción revocatoria). Analiza también con detenimiento otra norma legal en esta materia (el art. 13 del R. H. M., que permite inscribir o anotar en el Registro los títulos de adquisición de bienes muebles susceptibles de hipoteca, cuyo precio se hubiera aplazado y garantizado con pacto de reserva o de resolución de dominio, siempre que consten en escritura pública), poniendo de relieve la eficacia de esta inscripción que considera en su análisis, opera siempre favorablemente al crédito del vendedor a plazos. A continuación examina concretamente la nueva perspectiva del problema de la hipoteca mobiliaria en su relación con la legislación de venta a plazos de bienes muebles, haciendo una detallada comparación entre la garantía de hipoteca mobiliaria y las garantías contractuales inscritas en el Registro de Ventas a Plazos, destacando la menor entidad caucional y su menor energía ofensiva y defensiva de estas últimas, analizando luego el supuesto de constitución de hipoteca mobiliaria por el comprador en caso de venta a plazos, realizada con arreglo a la legislación que regula esta materia y hace un estudio de todas las posibilidades de defensa del crédito del vendedor a plazos frente al derecho real de hipoteca, concluyendo con la importante observación de que en esta ma-

teria sería de conveniencia abrir el Registro de gravámenes a los títulos de venta a plazos, mediante el procedimiento de certificación de su constancia en el Registro de adquisiciones de venta a plazos.

En el Apartado III estudia (con arreglo al plan expuesto en la introducción) el derecho del vendedor y la constitución de prenda sin desplazamiento, destacando la menor importancia práctica en este caso de prenda sin desplazamiento. Examina especialmente la ineficacia de la garantía inscrita por defecto de constitución, así como la impugnación de la garantía irregularmente constituida, señalando los medios para ello.

Sin duda, uno de los estudios de mayor interés que presenta el profesor Lalaguna en su obra es el que titula «Naturaleza, perfección y eficacia del contrato de donación (los artículos 623 y 629 del Código civil)». Creo que, con un acierto y honestidad dignos de elogio, advierte que deja redactado su trabajo, bajo el título anterior, tal como lo elaboró en 1964, pero a continuación añade una importante segunda parte: «De nuevo sobre la naturaleza de la donación», escrita en la actualidad (1978), con lo que pienso que se objetiviza de una manera más patente no solamente el estado general de la cuestión que trata, sino también la propia posición y perspectiva del mismo autor en la materia.

La primera parte mencionada de este estudio consta de seis Apartados. En el I, dedicado a *introducción*, deja ya bien sentado que las soluciones que se proponen para explicar la supuesta y discutida antinomia entre estos dos aparentemente no conciliables preceptos del C. c. (623 y 629) están determinadas, en buena medida, en sentar como base el carácter contractual de la donación, su carácter dispositivo o que la donación pueda ser una u otra cosa: un contrato o un acto de disposición. Y afirma ya, marcando un camino certero, hacia el resultado de su investigación que «el significado y ámbito de aplicación de los arts. 623 y 629, por una parte, y la naturaleza de la donación, por otra, son evidentemente problemas distintos, si bien muy relacionados entre sí».

En el Apartado II examina el *estado de la cuestión*, y reconoce que un amplio sector de la doctrina destaca la correspondencia entre el art. 623 y el 1.262, párrafo 2.º, y que de la relación entre estos dos preceptos se suele ver un argumento decisivo en pro de la aplicación preferente del art. 623 frente al 629. Reconoce que esta opinión ha sido dominante por mucho tiempo, pero puntualiza que va perdiendo terreno, citando especialmente en este sentido las opiniones de Sánchez Blanco, Valle de Goytisolo y Calvo Soriano. Sin embargo, en la variedad de opiniones de la doctrina descubre un planteamiento común determinado por estas tres conclusiones fundamentales: «a) la idea de perfección del art. 623 es generalmente referida a la génesis negocial de la donación, y de aquí el paralelismo que se suele establecer con la idea de perfección contractual del art. 1.262; b) las soluciones sobre la relación entre los arts. 623 y 629 están mediatizadas por la posición que se adopta ante el problema de la naturaleza de la donación; c) esta última cuestión se debate en la alternativa de la donación como contrato o como modo de adquirir». Así lo señala el autor, si bien se ha cuidado antes de precisar, al analizar las posiciones de Vallet y de Calvo Soriano, que se está

suponiendo que la idea de contrato es incompatible con la naturaleza dispositiva de la donación, frente a lo que delimita el problema el autor en estos clarificadores términos, que señalan su posición: «No veo la razón de una incompatibilidad entre la función traslativa anudada al acto de donación y la existencia de unos efectos obligatorios derivados del mismo acto.»

A continuación, bajo el Apartado III (Precedentes de los arts. 623 y 629), con una meticulosa, precisa y documentada atención a los precedentes históricos, a que nos tiene acostumbrados el autor (y que en otras ocasiones le han servido para desentrañar difíciles o casi insolubles problemas de interpretación), analiza los precedentes de la denominada *donatio perfecta* en el Derecho romano, significando preferentemente donación irrevocable, y muy especialmente en los antecedentes inmediatos de nuestro Código civil examina el contenido del art. 623 en la primera edición del Código, que decía así: «La donación queda irrevocable desde que el donatario la acepta y se pone la aceptación en conocimiento del donante.» Esta dicción, señala el autor, es algo defectuosa. Es laudable el propósito, añade, de ganar concisión a que responde el texto de la segunda edición, aunque luego, al interpretarlo, quizá por defecto del carácter contractual de la donación y de la remisión del art. 621 al régimen de obligaciones y contratos, haya dado lugar a confusiones. En todo caso, puntualiza el autor, es clara la correspondencia entre la idea de *perfección* del vigente art. 623 y la idea de *irrevocabilidad*. En apoyo de ello (aparte de que, en mi opinión, la coherencia interna de este análisis y lo evidente del carácter accidental del cambio terminológico en las dos ediciones del Código, sustentan sólidamente por sí solas la tesis), pone de relieve que la Exposición de Motivos de la segunda edición del Código civil ni siquiera alude al cambio terminológico del artículo 623, como variación que por su importancia fuera obligado justificar, así como que Falcón y Romero en sus estudios comparativos entre las dos ediciones del Código, guardan silencio sobre el art. 623, sin duda, por no ver en la diferencia, de textos de esta forma, otra cosa que una corrección de estilo. Así concluye el autor, «se abre en el Código la posibilidad de que se produzcan sucesivamente la perfección genética del acto de donación y esa otra perfección definitiva que —al igual que en la romana *donatio perfecta*— hace a la donación irrevocable. Desde el momento en que la donación es aceptada existe jurídicamente (art. 630) y *produce efecto* (art. 629); desde el momento en que la aceptación es conocida por el donante, la transmisión es irrevocable (art. 623)».

Bajo el Apartado IV (Aplicabilidad sucesiva de los arts. 623 y 629), como una consecuencia de la interpretación del art. 623 en el Apartado anterior, el autor llega a la conclusión lógica de que ambos preceptos, lejos de excluirse *a priori*, se cohonestan, señalando que quizá lo que más ha oscurecido esta relación es el encuadramiento de la idea de perfección del artículo 623 en la temática de formación del contrato. El estado de perfección del contrato, señala más adelante, se define (defectuosamente) con la exigencia de la aceptación, en el art. 630: *el donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación*. Tal es el momento en que el *contrato* deviene perfecto y, si válido, también eficaz (art. 629). Esta eficacia —cierta, actual, típica—

no es completa, sin embargo, en tanto sobre el acto contractual de donación se proyecta la sombra de la facultad de revocar. Y esto precisamente —que la donación no es *perfecta*, que es revocable— en tanto el donante no tenga noticia de que fue aceptada, es lo que viene a decir el art. 623.

Hace luego el autor en el Apartado V (la donación como contrato y como modo de adquirir) un examen del estado actual de esta cuestión, y sintetiza las posiciones de la doctrina en tres: la que considera la donación como un contrato; la que lo hace como modo de adquirir, y finalmente la que considera la donación como contrato y modo de adquirir. Señala el autor que en nuestra doctrina gana hoy favor la tesis de que la donación, como negocio dispositivo que es, produce directamente, sin necesidad de la *traditio*, la transmisión del Derecho real. Bajo esta idea central, puntualiza, que surgen divergencias al explicar la mecánica del negocio transmisivo, de las que menciona varias y de las que, en mi opinión, se pueden destacar el valor y función de la forma y las posibilidades y alcance del contrato obligacional de donación. Detallando el examen de la doctrina actual en esta materia, señala cómo Núñez Lagos y Vallet rechazan categóricamente la posibilidad de la promesa de donación, mientras la donación obligacional se reconoce, en cambio, fuera del ámbito del Título II del Libro III del Código, por Calvo Soriano, Sánchez Blanco, Puig Brutau y de manera decidida por Ferrandis Vilella. Esta última posición, precisa el autor, conduce sirviendo de pieza de enlace el art. 621 a dos especies de donación de diversa naturaleza: la donación del Libro III —donación real— y la donación del Libro IV —donación contractual y obligatoria—. Sin embargo, el autor precisa que quizá la posición más ajustada a los datos del Código es la mantenida por Mucius Scaevola, para quien la donación es a la vez —no alternativamente— contrato y modo de adquirir, y por su parte señala el autor que, a su juicio, «la donación es ciertamente contrato y modo de adquirir o más precisamente contrato formal dispositivo», y añade: «el carácter dispositivo de la donación no está reñido con la noción de contrato, sino únicamente con la mecánica traslativa propia de los contratos obligacionales, en cuanto preparan sin consumir por sí mismos la adquisición de la propiedad o del Derecho real».

Recuerda el autor que los contratos obligatorios de finalidad traslativa que por su naturaleza consensual requieren en principio la *traditio*, pueden operar directamente la transmisión con la intervención de una cierta forma, en los términos que previene el art. 1.462 del Código civil, y en relación a este último precepto menciona la explicación del profesor Lacruz sobre el verdadero valor y significado del mismo (hoy, en mi personal opinión, bien conocida y en general bien aceptada). Concluye el autor que «si figura tan ejemplarmente contractual como la compraventa puede operar directamente el efecto transmisivo en el supuesto del art. 1.462. ¿Cómo extrañarse de que la donación pueda cumplir su función dispositiva con estructura de contrato?».

Coherentemente con las conclusiones anteriores en un amplio Apartado VI (Significado y ámbito de aplicación del art. 629) analiza el autor el citado precepto y señala que con la expresión *produce efecto*, el art. 629 se refiere a la función traslativa del contrato de donación; en cambio, con la expresión

*obliga al donante*, alude a la proyección del contrato en un plano puramente personal.

Respecto a la relevancia del art. 629 en el ámbito de la eficacia real de la donación, expresa el autor, cómo en los contratos consensuales la eficacia inmediata que se sigue de la perfección se agota en un proceder obligatorio y si se trata de contratos de finalidad traslativa, nacerá una obligación de entregar, pero no existirá derecho real, sino desde el momento de la entrega (art. 1.095). Del contrato de donación, en cambio, se sigue como efecto directo la adquisición del derecho real.

Destaca el autor la importancia práctica del art. 629 en aquellos casos en que el carácter dispositivo de la donación confiere una especial firmeza al derecho real del donatario; así, frente a títulos de adquisición de carácter obligatorio anteriores a la donación, si antes de perfeccionarse ésta no se consumó la tradición, aunque estos títulos sean onerosos; frente a títulos de la misma naturaleza de la donación y fecha más reciente en caso de reducción (art. 656) y otros supuestos igualmente de relevante trascendencia práctica en que prevalece la donación. Abarca también en este campo el juego del art. 629 determinados supuestos en materia de revocación.

En cuando a la referencia del art. 629 al aspecto obligatorio de la donación pone de relieve el autor que de la donación se pueden derivar ciertas relaciones obligatorias como efectos reflejo del fenómeno transmisivo, de las que cita algunos ejemplos, pero estas relaciones obligatorias se producen indirectamente. El art. 629, al decir que el donante *queda obligado*, parece referirse a una directa eficacia obligatoria del contrato de donación, complementaria de la transmisión y ordenada a su cumplimiento.

Hace aquí el autor un interesante y enriquecedor análisis de los términos *obligación* y *entrega* dentro del Código, señalando que «parece oportuno tratar de depurar el concepto de obligación de dar de toda contaminación con la idea de la *traditio*». Señala que la entrega puede cumplir varias funciones entre las que para los efectos de su estudio destaca la *solutoria* y la *traditoria* y recuerda que la distinción entre tradición, como modo de adquirir y entrega, como desplazamiento posesorio, ha sido desarrollada por el profesor Lacruz, en base principalmente a normas del contrato obligacional, pero debe tenerse en cuenta, añade aquí el profesor Lalaguna, para el tema que le ocupa que «la equivalencia entre forma y *traditio*, posible en el radio de acción de los artículos 1.462 y 1.463, ilustra cumplidamente el valor *transmisivo* de la forma en el ámbito de la donación». Amplía el autor esta materia con una referencia crítica de la construcción que de las obligaciones de dar ofrece nuestro Código, que atiende más a la extrínseca función traditoria de la entrega que a su estricta finalidad de pago de la obligación, por lo que de este modo el Código ofrece una imagen deformada e incompleta de las obligaciones de dar, dando pie a una confusión crítica, que se ha propagado a otros campos temáticos. Y concluye que «la entrega por el donante de la cosa donada no tiene —salvo en la hipótesis de donación obligacional, si se admite— significación traditoria. Como hecho subsiguiente a la donación y complementario de su eficacia traslativa no puede ser otra cosa que cumplimiento de una obligación, pago de la cosa debida».



Bajo el apartado VII analiza el «significado y alcance del art. 623». Precisa el autor (consecuentemente con lo que lleva expuesto) que la significación práctica del art. 623 en el régimen de la donación común es muy reducida. La aplicación del art. 623 se contrae prácticamente a una hipótesis de donación formada por el otorgamiento sucesivo y sin reserva de la facultad de disponer. Pero en el caso de que la notificación de la aceptación se retrase indefinidamente, hay que suponer más probablemente la *perseverantia voluntatis* (ya que la donación se hizo sin reserva) que el ejercicio de la facultad revocatoria. La situación de incertidumbre se resuelve por la muerte del donante.

A continuación analiza el autor el fundamento de la revocabilidad de la donación por ignorancia de la aceptación y lo encuentra en el carácter marcadamente subjetivo de la *causa donationis*. Este carácter explica en buena parte la tendencia a rodear el designio liberal (en sus varias manifestaciones) de especiales exigencias de forma y explica concretamente también los varios medios que con finalidad tuitiva concede la ley al donante (reversión, reserva, revocación) para dotar de cierta flexibilidad —dentro del marco formal de la donación— el propósito liberal de la donación, sin comprometerlo innecesariamente en el acto de firmeza definitiva. Y dentro de esta línea de fundamentación concluye: «En este cuadro de garantías tuitivas de la espontaneidad liberal hay que situar la posibilidad de revocación del artículo 623», aclarando más la idea con esta precisión, que no olvida el carácter contractual de la donación: «si el fundamento de la revocabilidad del art. 623 se halla en la naturaleza gratuita de la donación, la facultad revocatoria como acto unilateral del donante se justifica dentro del marco contractual de la donación en cuanto la situación de incertidumbre —a que se contrae la posibilidad de su ejercicio— es imputable al donatario (artículos 631, 632 y 633, párrafo 3.º)».

En cuanto a la eficacia de la donación antes de la muerte del donante sin haber tenido noticia de la aceptación, aunque reconozca que la opinión doctrinal dominante se muestra en contra, si bien con reparos —así Castán, quien señala para este caso que el artículo 623 puede dar lugar a soluciones un tanto arbitrarias de acuerdo con la interpretación que defiende del artículo 623, el autor resuelve claramente el problema, siendo uno de los logros prácticos de su investigación, ya que afirma que «por la muerte del donante se elimina la posibilidad de revocar la donación aceptada». Considero que dentro de la interpretación del artículo 623, que ha propugnado y defendido sólidamente con anterioridad el profesor Lalaguna, la muerte del donante, en estas circunstancias, lejos de plantear problemas, resuelve una situación de incertidumbre que dada su naturaleza de tal lógicamente no debe tener, por razones de claridad y seguridad de los derechos, una duración indefinida.

Respecto a la revocación de la donación antes de conocer el donante la aceptación del donatario, la conceptúa como una causa subjetiva de revocación a diferencia de lo que ocurre con los demás supuestos de revocación (regulados en el Código) que están determinados por causas objetivas, y

puntualiza «la facultad revocatoria es una potestad legal, es decir, una medida de protección que la ley brinda al ánimo liberal».

A continuación, y en una segunda parte del trabajo, escrita en la actualidad, como se indicó al principio y bajo el título «De nuevo sobre la naturaleza de la donación», tras una breve introducción en que justifica el método seguido, hace un análisis del origen y evolución de la controversia doctrinal sobre la naturaleza de la donación, y en este tema indica que, si bien la opinión de considerar la donación como contrato que constituye un simple título de adquirir, está todavía muy extendida en la doctrina actual, ha ido prevaleciendo modernamente (de lo cual da noticia detallada de autores) la idea de que la donación es un negocio dispositivo que produce directamente, sin necesidad, de la tradición de la transmisión de la propiedad o derecho real. El profesor Lalaguna reafirma aquí su posición actual, mantenida en la primera parte del estudio de considerar la donación como contrato y como modo de adquirir y recuerda que, en síntesis, definía su punto de vista considerando a la donación «como contrato formal dispositivo y por el que se opera sin necesidad de tradición la adquisición del derecho real».

Resalta que en los últimos años —aunque se han mantenido también las posturas tradicionales— se han ido produciendo en la doctrina opiniones, que consideran la donación como un modo de adquirir y sobre todo una tendencia claramente definida a aceptar la tesis de que la donación es un contrato de eficacia real.

Dentro de estas tendencias de la doctrina moderna recuerda a Irurzun Goicoa, para quien la donación es «un acto o negocio jurídico de carácter bilateral y contenido directamente dispositivo». Basa dicha opinión en los preceptos del Código civil (arts. 618, 609, 624 y 635). Igualmente menciona a Rodríguez Adrados, quien estima que la donación es negocio que no crea obligaciones, sino que transmite directamente los bienes del donante al donatario. Asimismo señala que Díez-Picazo dice que las donaciones puede sostenerse que el Código (art. 609) las considera como modo de adquirir y que con arreglo a esta idea basta la perfección del negocio de donación para que la propiedad de las cosas donadas se pueda entender transmitida. Resalta este autor que en la donación de bienes inmuebles el acto traslativo parece que es el otorgamiento de la escritura pública (art. 633) en relación con el art. 1.462, lo que señala que está más conforme con los antecedentes históricos de la materia.

Destaca especialmente el profesor Lalaguna la opinión defendida recientemente por el profesor De los Mozos, quien ha dicho que «la donación aparece regulada, en el Código civil, como un *contrato traslativo* de cosas, en los arts. 618 y siguientes, que funciona como título para la transmisión de la propiedad y que, para su perfección, requiere juntamente con, la *aceptación del donatario*, el cumplimiento de la *forma* legalmente perscrita como *requisito esencial*».

Deja también constancia de que Gullón ha estimado que la idea de que la donación es un contrato traslativo de eficacia real es una tesis original, cuya base está en una interpretación exagerada del art. 1.462. Sin embargo,

añade, como muy recientemente Cossío ha considerado a la donación *además de un contrato*, un modo de adquirir y que en esta misma línea de pensamiento puede situarse a Santos Briz, quien considera a la vez a la donación como contrato y modo de adquirir. Y concluye finalmente con una interesante aclaración sobre la donación manual, en la que afirma que «la entrega *no es tradición, sino forma esencial inseparable* del acto jurídico de donación, entendiendo que en esta misma línea hay que situar las opiniones de Calvo Soriano, Jordano y De los Mozos.

#### *Breves consideraciones críticas finales*

Quedó señalado al principio que se puede apreciar en estos *Estudios*, que acabo de exponer en una síntesis valorativa y ponderada, la nota general de constituir un verdadero *conjunto con unidad*. Si en algún punto puede más marcadamente apreciarse esta característica es quizá en la proyección que la concepción de la causa en particular, y de la idea de la estructura del contrato en general, tienen en el autor y de lo que se derivan importantes y coherentes consecuencias en las distintas materias que examina.

Ya en el primer estudio, dedicado a la libertad contractual, señala el autor que en la necesaria referencia del consentimiento a la cosa y a la causa (se refiere dentro de nuestro Derecho positivo) queda postulada expresamente la *intrínseca significación social del contrato*. Se manifiesta también esta concepción coherente sobre la causa y en general sobre la estructura del contrato en su estudio sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, de la que al buscar un fundamento considera insuficiente el poder la voluntad y la significación social y estima necesario como fundamento una justa causa. En uno de sus más destacados estudios (el contrato de promesa de venta y el retracto convencional) reafirma esta posición de la que extrae profundas consecuencias. Así llama la atención sobre la *unidad esencial* de los elementos del contrato y considera el contrato de promesa de venta como una figura *negocial con causa propia*.

Esta concepción creo que es fundamentada dentro de nuestro Derecho positivo, realista y fructífera y ha sido sumamente provechosa en los resultados de la investigación, que en los distintos campos de estos *Estudios* ha llevado a cabo el profesor Lalaguna, y conduce a dar un profundo significado social al Derecho de obligaciones, muy de acuerdo con las tendencias modernas; si algo cabría objetar quizá, en mi opinión, sería todavía una mayor atención a las realidades sociales. Teme el autor en su estudio sobre la libertad contractual, al hablar del concepto de moral del art. 1.255 del Código civil, que se interprete en un sentido de moral sociológica. Su temor es fundado si una interpretación así se lleva a fuertes consecuencias, pero hoy no se puede desconocer la presión del hecho social sobre el Derecho y la misma norma del nuevo título preliminar del Código civil (art. 3.º, 1.), que atiende en la interpretación a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas. Creo, por otra parte, que es cohonestable, la referencia que propugna el autor a principios éticos objetivos —que no deben ser quebrantados— con una amplia beligerancia de la realidad sociológica.

Muchas son las importantes aportaciones que el autor hace, como habrá podido observar el lector, a lo largo de mi análisis explicativo y a veces valorativo, dentro de la brevedad que este trabajo impone, pero en estas notas finales quisiera resaltar la original, acertada y rica en consecuencias, concepción que propugna y fundamenta del contrato de promesa de venta, así como el estudio del retracto convencional, penetrando en la íntima esencia y naturaleza de su contenido, que le conduce, como se habrá podido observar, a una conclusión práctica que puede ser de gran valor: la aplicación analógica de determinadas normas del retracto convencional a la promesa de venta.

En materia de garantías mobiliarias y venta de bienes muebles a plazos, intuyó certeramente el autor la mayor utilidad práctica (sobre todo por razones de facilidad, economía, requisitos de forma y mejor adecuación a la práctica comercial), de las posibilidades que introdujo la ley de 1965. Parece que la realidad, tras más de una década de la citada ley, así lo confirma. Aunque por la premura de este trabajo, dada su índole, no se han podido aportar datos del Registro de Ventas a Plazos, es significativo que en el año 1967 se constituyeron en toda España 606 hipotecas mobiliarias y en 1967 disminuyó tan sensiblemente su número que fue de 170 (datos de los respectivos Anuarios de la D. G. de los R. y del N.). Si se tiene en cuenta el gran incremento en la contratación en esta esfera, se comprenderá el influjo que han ejercido los medios que proporciona la legislación de venta a plazos de bienes muebles.

En materia de donación, uno de sus estudios más destacados, son de tanto relieve las aportaciones del autor, que he considerado más conveniente comentarlas, al exponer su estudio sobre esta materia. Únicamente observo que su posición en este tema, como recuerda el autor en la segunda parte dedicada a este estudio, ha tenido en los últimos años posturas similares o muy próximas, y evidentemente se aprecia un giro y evolución de la doctrina. Por otra parte creo que el investigador no debe paralizarse ante posturas, que aunque sean clásicas, a veces pueden ser poco analíticas y poco fundamentadas y debe abrir nuevos cauces, dentro de una nueva aportación seria y basada en datos objetivos, facilitando así a la doctrina posterior una crítica de la que pueden salir consecuencias clarificadoras. Se debe destacar que los resultados obtenidos por el autor en esta materia de donación pueden conducir, en mi opinión de jurista práctico, a consecuencias de este tipo, que resuelvan graves problemas que la realidad puede plantear.

Como nota crítica final añadiré que hubiese sido deseable quizá un mayor desarrollo concreto en algunas materias (como, por ejemplo, normas de aplicación analógica del retracto a la promesa de venta y desenvolvimiento de la interpretación que hace el autor de la interpretación de los arts. 623 y 629 a supuestos aplicables que menciona). Es de esperar también que en una nueva edición se enriquezca esta obra con nuevos estudios de esta tan inte-

resante materia, en que el autor se ha revelado al amplio público jurídico lector, con un planteamiento y unos resultados, que deben alentarle, y no dudo así será, a extenderse en materias y en desarrollo de los altos logros ya obtenidos.

TOBIÁS CALVO CASTILLO

Notario

# BIBLIOGRAFÍA

## LIBROS

**«Estudios de Derecho civil», en honor del profesor Batlle Vázquez. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1978. Un volumen de 854 págs.**

El cariño y la admiración de sus discípulos al catedrático y ex rector de la Universidad de Murcia, don Manuel Batlle, así como el afecto de sus compañeros y amigos, los ha llevado, después de su fallecimiento, a lograr un amplio volumen de estudios dedicados en honor de su memoria y afectuoso recuerdo.

Con particular emoción y esmero, uno de sus más distinguidos discípulos, el profesor Rico Pérez, comienza por dedicar un «Reuerdo y la noticia bibliográfica del profesor Batlle Vázquez», donde pone de relieve la personalidad humanista, así como de gran docente en su labor universitaria realizada durante más de cuarenta años de magisterio en su cátedra de Derecho civil. A esta tarea se debe añadir su destacada actividad político-cultural, así como la de ponente de comisiones legislativas, especialmente para determinados ámbitos normativos.

En el ámbito del Derecho civil deja una obra monográfica muy valiosa y conocida, como es su clásico libro sobre «La propiedad de casas por pisos» que, con siete ediciones, ha obtenido el favor de la doctrina y de la práctica jurídica. Otras monografías de gran interés, que deben recordarse, son aquellas sobre «El derecho al nombre», «El contrato de sociedad», el apéndice a la obra del profesor Castán, «El Derecho civil español común y foral», el «Espíritu y direcciones del Derecho civil español moderno» y la «Evaluación del daño en la persona». Hay que añadir numerosos artículos de revista, cuya repercusión doctrinal ha sido importante, debido a su fina sensibilidad para la causa de la justicia distributiva y conmutativa.

Ahora sus compañeros, amigos y discípulos dejan patente con sus estudios de homenaje una muestra de su recuerdo, con la nota entrañable de su propia hija, Georgina Batlle, al tratar de las «Incidencias de la técnica en el derecho a la intimidad privada» (págs. 135-146).

Este volumen de estudios sobre cuestiones del Derecho civil contiene, excepcionalmente, algunas contribuciones generales, como la del recientemente fallecido profesor Elías de Tejada, sobre «El pensamiento jurídico tailandés» (págs. 321-336) o muy concretos de historia jurídica local, como el de Torres Fortes, acerca de «Un jurista murciano corresponsal en la Corte (1723-1734)» (págs. 833-854) o ya, de Derecho público, como el de Sobrao Martínez, «Las causas de extinción de la responsabilidad administrativa» (págs. 763-832).

Por lo demás, la mayor parte de los estudios atiende preferentemente a una temática privatista, algunos desde aspectos más generales, como ocurre con los de los profesores Rico Pérez, «La empresa como objeto del Derecho» (págs. 671-696), Santos, «Sobre los conceptos y principios en Derecho mercantil» (págs. 739-762) y Bonet Correa, «Introducción a una metodología jurídica del dinero» (págs. 147-208) y los restantes propiamente al ámbito civilista.

Los estudios referidos a la «Parte General» del Derecho civil son el del profesor Lalaguna, «Ambito territorial de aplicación del Código civil» (páginas 385-416), el de Lucas Gil, «El fraude a la ley en las nuevas normas del Título Preliminar del Código civil español» (págs. 487-504), el de Aznar Sánchez, «La doble nacionalidad» (págs. 75-134) y el de López Alarcón, «Influencia canónica en la regulación jurídica del nombre propio» (págs. 417-448).

Sobre cuestiones del ámbito de los derechos reales y del derecho de obligaciones y contratos están las contribuciones de los ilustres profesores Espín Cánovas, «Titularidad dominical y criterios para la fijación de la cuota de participación en la propiedad horizontal» (págs. 337-358); Roca Juan, «Algunas consideraciones sobre la transmisión de inmuebles y el artículo 62 de la Ley del Suelo» (págs. 651-670) y del prestigioso notario y tratadista Lucas Fernández, «Limitaciones a la propiedad de extranjeros por razón de la defensa nacional» (págs. 449-486). Además hay los estudios de los ilustres profesores Díez-Picazo, «Posesión y contrato de obra» (págs. 245-262); Gullón Ballesteros, «Cobro de lo indebido» (págs. 367-384), y Albaladejo, «Pluralidad de ventas de una misma cosa» (págs. 19-38).

Otro amplio grupo de trabajos tratan la parte del Derecho de familia y sucesiones, como sucede con los de los prestigiosos profesores Alonso Pérez, «Matrimonio civil y divorcio» (págs. 39-74); García Cantero, «Técnicas legislativas de reforma de la filiación nacida fuera del matrimonio» (páginas 359-366), y Castán Vázquez, «La unificación supranacional del Derecho de familia» (págs. 209-222). También se abordan otras cuestiones por los conocidos juristas, Martínez Blanco, «Una configuración nueva de la sanción simple del matrimonio canónico» (págs. 505-558); Navarro Vals, «Divorcio y Derecho» (págs. 559-614); de Silvia Díaz Alabart, «Modificabilidad del régimen de separación de bienes impuesto por la ley a los esposos que se casaron contraviniendo las prohibiciones del artículo 45 del Código civil» (págs. 223-244), y Ruiz Vadillo, «La capacidad jurídica y el consentimiento de los cónyuges con arreglo a la nueva ley de 2 de mayo de 1975» (páginas 697-738). Por último, sobre el Derecho de sucesiones, una contribución destacada es la del profesor Doral García, «Autonomía y atribución en la colación de bienes» (págs. 263-320).

La actualidad de la temática y cuestiones tratadas, así como su amplio espectro en el ámbito del Derecho civil, hacen de estos estudios, además de una contribución valiosa de los autores a su especialidad, una muy generosa contribución en memoria y homenaje a un compañero, maestro y buen amigo, como fue el gran jurisconsulto profesor Batlle.

**HEGNAUER, Cyril:** «Droit suisse de la filiation». Adaptation française par **B. Schneider.** Précis de droit Staempfli, Berne, 1978, 181 págs.

Conviene destacar la importancia de la presente obra (cuya edición alemana se publicó en 1977 con el título *Grundriss des Kindesrechts* por esta misma editorial), dado que su autor ha sido uno de los artifices de las dos reformas realizadas en el Z. G. B. por la Ley de 30 de julio de 1972 en materia de adopción y por la de 25 de junio de 1976 sobre filiación. Tuve ocasión de aludir a las ideas inspiradoras de esta última en este mismo ANUARIO (cfr. *Situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio*, 1975, págs. 532 y s.), dado que el ilustre profesor de Zurich fue el ponente de su país en el Congreso Internacional de Derecho Comparado de Teherán; ahora nos ofrece un estudio completo del Derecho de filiación, incluyendo también el régimen de la adopción.

Se trata, sin duda, de una de las más importantes reformas en el Código civil suizo, y la primera efectuada en los últimos sesenta años en materia de filiación. Ha afectado a los artículos 252 a 327, alterando la interna estructura de los títulos VII y VIII del libro segundo del Z. G. B., los cuales, en lugar de tratar de los hijos legítimos y de la filiación ilegítima, se ocupan ahora, respectivamente, del establecimiento de la filiación y de sus efectos.

Pueden sintetizarse así los cambios sustantivos en el Derecho suizo de filiación: Se abandona la distinción «legitimidad-ilegitimidad» sustituyéndola por el concepto de «unidad de la filiación», pero la diferencia entre «naissance dans le mariage» y «naissance hors mariage» subsiste por vía indirecta en razón de la presunción de paternidad que afecta al marido de la madre (vide. el nuevo art. 255); en adelante, el hecho de que los padres estén o no unidos en matrimonio, no juega ningún papel en orden al reconocimiento del parentesco de filiación y a sus efectos jurídicos, pero sigue conservando influencia en materia de apellidos y nacionalidad y resulta esencial en orden al cumplimiento de los deberes de mantenimiento y educación.

En cuanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio, dando por supuesto que la madre siempre es cierta, por lo cual el vínculo de la filiación materna resulta del hecho del nacimiento (vide art. 252), la paternidad deriva, en primer lugar, del reconocimiento voluntario. Ahora bien, no rige ahora el principio de la coincidencia entre la verdad biológica y la verdad jurídica, pues nos dice el autor que «el reconocimiento no presupone que su autor sea el padre real del hijo, ni tampoco que crea serlo. Es válido incluso el reconocimiento hecho a sabiendas de su falsedad» (pág. 45). Hay, con todo, un mínimo respeto a la verdad biológica al exigirse que, a tenor de la edad entre reconocedor y reconocido (basta una diferencia de dieciséis años), el padre pueda haber procreado al hijo. No hay ninguna prohibición de reconocimiento ni por razón de adulterio, ni de incesto. Además del reconocimiento voluntario cabe el tradicionalmente denominado reconocimiento forzoso, que la nueva ley concibe como acción encaminada a declarar la paternidad, y que puede ser ejercitada por la madre (pues siempre es requisito



previo el establecimiento de la filiación materna) en el año siguiente al nacimiento, o por el hijo dentro del plazo que finaliza al año de su mayoría de edad. La paternidad se presume cuando el demandado ha cohabitado con la madre dentro de los plazos legales; esta presunción no se destruye con la prueba de la mala conducta de la madre, sino que hay que probar la exclusión de la paternidad (principalmente por medio de las pruebas científicas) o que ésta es *menos verosímil* que la de un tercero. Cabe también la prueba directa de la paternidad.

En cuanto a los efectos de la filiación, hay que subrayar que ha desaparecido la llamada *Zahlvaterschaft* o paternidad puramente alimenticia, y que rige el principio de equipación, salvo en materia de apellidos y de nacionalidad. El Derecho suizo ha venido así a sumarse al gran movimiento legislativo en favor de la igualdad, si bien con algunas especialidades típicas.

La obra contiene unas sumarias indicaciones estadísticas (que confirman y amplían los datos por mí ofrecidos: cfr. artículo citado, pág. 528 y pág. 37 de esta obra) y resulta imprescindible para el conocimiento de la reforma suiza.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**«La Cour Judiciaire Suprême. Une enquête comparative». Número de janvier-mars 1978. Revue Internationale de droit comparé, Société de Législation Comparée, Librairies Techniques, Paris, 486 págs.**

El carácter monográfico y la importancia del tema justifican la atención que se presta a este volumen en la sección bibliográfica. Probablemente en el futuro se ha de volver reiteradamente sobre esta importante contribución doctrinal a la institución del Tribunal Supremo, y mucho más si tenemos en cuenta los momentos constitucionales en que vivimos que obligarán a revisar sin duda el régimen orgánico de esa fundamental pieza de nuestro ordenamiento jurídico. Por ello parece necesario llamar la atención sobre esta espléndida publicación francesa que reúne, sin duda, la más completa información bibliográfica comparativa que ha sido el resultado de una inteligente encuesta llevada a cabo en Francia por un equipo de trabajo en el que figuraban profesores de Universidad y Magistrados.

La consulta realizada en buen número de países versaba fundamentalmente sobre las funciones, composición y funcionamiento del más alto Tribunal, dejando voluntariamente de lado los aspectos más conocidos y tratados del papel que cada una de las legislaciones asigna a las resoluciones de aquél en la producción del Derecho. En relación con el número de Magistrados que lo componen hay un fuerte contraste entre aquellos países que poseen un Tribunal Supremo con numerosos Magistrados (así Polonia, Francia, Alemania Federal e Italia cuentan entre 100 y 300, sin incluir al *Parquet*) y aquellos otros con un Tribunal Supremo muy reducido (9 en los Estados Unidos y Canadá, 15 en Japón, 18 en Noruega, 35 en Suiza). Ya se comprende que el número de asuntos que anualmente corresponde a cada

miembro del Tribunal ha de ser extremadamente variado: así oscila entre 2 en Suecia, 100 en el Japón y 350 en Yugoslavia.

Mayor importancia que la puramente estadística poseen cuestiones como la relativa a la forma de designación de los Magistrados, división por Salas según las materias, como las de deliberación, motivación o no de la sentencia y posibles reformas.

Los estudios están publicados en francés y corresponden a la Cámara de los Lores, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, California, Lousiana, Canadá, Quebec, Japón, Suecia, Noruega, Francia (comprendiendo el *Conseil d'Etat*), Bélgica, Países Bajos, Italia, Alemania Federal, Suiza, Comunidades Europeas, Unión Soviética, Polonia y Yugoslavia. Hay una síntesis introductoria y unas conclusiones del ilustre comparatista André Tunc, y otras finales de A. Touffait modestamente tituladas «conclusiones de un práctico», si bien llenas de intención.

No es posible acabar esta sumaria recensión sin dejar constancia de la extrañeza que causa la ausencia de España en el elenco de países aquí estudiados, sin que existan datos para atribuirle fundamentalmente a los autores de la encuesta o al eventual ponente español que no envió a tiempo la respuesta. El prestigio de nuestro Tribunal Supremo, la autoridad de sus decisiones y el nuevo valor que el nuevo artículo 1.4. del Código civil confiere a la jurisprudencia son, entre otras razones, motivos suficientes para justificar un interés comparativo, por lo cual carecería de explicación científica la omisión de España entre los países encuestados. Por otra parte, la atención que hoy prestamos todos los juristas españoles a nuestros problemas internos no debiera hacernos olvidar la conveniencia de una presencia en los ámbitos internacionales que, con frecuencia, desatendemos. Sin ánimo de crítica para nadie, sirvan estas líneas apresuradas de llamada de atención.

GABRIEL GARCÍA CANTERO,

*Catedrático de Derecho Civil.*

*Magistrado excedente*

**PIOTET, Paul:** «Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières». Tome V, 3 du *Traité de droit privé suisse sous la direction des Professeurs M. Gutzwiller, A. Meyer-Hayoz, P. Plotet, H. Hilderling, H. Merz et W. von Steiger*. Editions Universitaires, Fribourg 1978, 157 págs.

Se trata de uno de los volúmenes de la edición francesa de una importante obra en curso de publicación, *Traité de droit privé suisse*, que evoca en el lector el recuerdo de los monumentales *Berner* y *Zürcher-Kommentar*, si bien ni los imita, ni los continúa, antes bien se independiza de ellos adoptando una propia y original fisonomía.

El volumen que en su integridad tratará de los Derechos reales se compondrá de otros cuatro fascículos dedicados, respectivamente, a la propie-

dad, a la posesión, a los derechos reales de garantía y al Registro de la Propiedad. Con esta indicación resulta fácil describir el contenido del que ahora me ocupo. El primer capítulo trata de los derechos reales limitados en general, estudiando en particular la naturaleza del usufructo o Derecho real de garantía que recae sobre créditos. El capítulo segundo está dedicado a las servidumbres y al derecho de superficie regulado por la Ley de 19 de marzo de 1965. El capítulo tercero analiza ampliamente el usufructo en general y algunos tipos especiales como el de créditos, el que recae sobre un patrimonio y sobre una empresa, concluyendo con unas breves indicaciones relativas al derecho de habitación. En el cuarto y último capítulo se exponen las cargas inmobiliarias, de las que se afirma ser institución rara en el Derecho suizo; no obstante, lo cual se estudian con bastante amplitud.

Aparte de sus buenas cualidades formales (magnífica presentación tipográfica, diferencia en los tipos de letra según la importancia de los temas tratados), en razón a su contenido conviene indicar que no se trata de un simple manual que sirva de *aide-memoire* a los estudiantes —aunque sí puede ser utilizado por éstos con tal fin—; pero tampoco es el exhaustivo comentario exegético que abruma al lector por la densidad de la materia; se ha seguido una vía media, a mi juicio muy elogiabile, de suerte que sin perderse en inútiles disquisiciones, se da cuenta de los problemas que el texto legal suscita, con oportunas referencias doctrinales, y sin dejar de tener en cuenta a la jurisprudencia.

Hay que destacar la utilidad de la obra para el lector extranjero, pues permite obtener una rápida y actualizada visión del Derecho civil suizo, tan poco conocido entre nosotros fuera de concretas instituciones. Cabe desear una pronta publicación de todos los volúmenes que van a componer esta edición francesa del *Schweizerische Privatrecht* publicado en Basilea.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**SEMINARIO DE DERECHO FORAL. Curso 1975-1976. Facultad de Derecho de San Sebastián. «Conferencias sobre Derecho Foral». Zarauz, 1978, 206 páginas.**

El catedrático de Derecho civil y director del Seminario de Derecho Foral, don Gabriel García Cantero, en la «Presentación» que abre esta obra, nos dice que, debido al patrocinio de la Diputación Foral de Guipúzcoa, se desarrolla la serie de conferencias cuyos textos son los que forman el contenido del libro reseñado.

Se recogen dos ciclos de conferencias. El primero tiene como tema «El Derecho interregional después de la reforma del Título Preliminar del Código civil».

La conferencia inaugural de dicho ciclo fue dictada por don José María Castán Vázquez. Se titula «La reforma del Título Preliminar y la del Derecho interregional». En este notable estudio se nos ofrece especial información sobre los trabajos previos a la publicación del Título Preliminar (págs. 13-22).

Don Rodrigo Bercovitz y Rodríguez Cano trata de «La adquisición y pérdida de la vecindad civil en el nuevo Título Preliminar del Código civil». Se comentan los artículos 14 y 15 del Código civil con agudo espíritu crítico. Destacándose especialmente dos notables anomalías: una, al no haberse tenido en cuenta el proclamado principio de igualdad entre las vecindades civiles, cuando se redacta el artículo 15, párrafo primero. La segunda, la discordancia entre el abandono del criterio de la unidad familiar, al regular la nacionalidad (artículo 21), y su mantenimiento respecto a la vecindad civil (artículo 14.4) (págs. 25-43).

Don Luis Puig Ferrol se ocupa de la «Incidencia del nuevo Derecho interregional en el Derecho civil de Cataluña». Comienza advirtiendo que los nuevos artículos 13 y 14 pueden significar el que solapadamente se restituya al Código civil la situación de preeminencia que tuviera antes de las Compilaciones (pág. 49). Después va estudiando en pormenor la incidencia del nuevo Derecho interregional sobre las instituciones más sobresalientes y conflictivas de Cataluña. Advierte que conjugando el actual artículo 14, apartado 4.º, del Código con los preceptos del mismo sobre nacionalidad, se puede actualmente ser, por ejemplo, catalana, aragonesa o navarra, sin ser al mismo tiempo española (pág. 55). Se examinan en especial la aplicación de las reglas interregionales sobre filiación, adopción, efectos del matrimonio, sucesiones, lesión y usucapión (págs. 47-80).

El segundo ciclo de conferencias lleva como título general «Los derechos reales en la Compilación navarra». Con ellas se pone de relieve las novedades que en ésta, como en otras materias, introduce el Fuero Nuevo; lo que permite a los conferenciantes hacer aportaciones sobre el mejor entendimiento y reforma de otros Derechos hispánicos.

Don Francisco de A. Sancho Rebullida ofrece un estudio sobre «Los derechos reales atípicos en el Fuero Nuevo de Navarra». Comienza con un cuidadoso examen de la tan debatida cuestión de si en materia de derechos reales ha de regir el criterio del «*numerus clausus*» o el del «*numerus apertus*», como resultado de la tipicidad o de la atipicidad de los derechos reales. Pasando después a referirse a los tipos de derechos reales que conoce la Compilación navarra y las remisiones legales que ella contiene a derechos reales innominados (págs. 85-100).

Don José Antonio Doral García nos informa sobre «Las garantías reales en la Compilación navarra». Comenta el título VII del libro III del Fuero Nuevo (leyes 463-487), en el que se emplea el término garantías reales con una amplitud desacostumbrada, hasta comprender al lado de la prenda con desplazamiento, la hipoteca y la anticresis, las garantías fiduciarias y por arras, el derecho de retención, el depósito en garantía, la venta con pacto de retro, las prohibiciones de disponer, el pacto de reserva de dominio y el pacto comisorio (págs. 103-118).

Don Juan García-Granero Fernández nos ilustra sobre la problemática de una materia de máxima actualidad y general interés práctico, la de los «Derechos de sobreedificación y subedificación». Cuyo estudio desarrolla con abundante cita del Derecho histórico, referencias de legislación comparada y comentario de la situación en el Derecho español antes y después de la

reforma del Reglamento hipotecario de 1959. Entiende que su tratamiento del tema tiene validez y aplicación para los territorios de Derecho común y para los demás Derechos forales, aparte de Navarra. Las leyes del Fuero Nuevo —nos dice— serían tal vez el único medio de salvar el vacío normativo en Derecho común y la ausencia de una completa elaboración doctrinal. Es un estudio monográfico muy cuidado, en el que se considera la figura jurídica en su naturaleza jurídica y en sus aspectos notarial, registral y fiscal (págs. 121-187).

Clausura el curso de conferencias don Luis Martín-Ballester y Costea, con «Panorama actual de los Derechos Forales». El conferenciante no se limita al relato de la normativa existente, sino que procura destacar la importancia real de las fuentes de Derecho Foral, es decir, no sólo la manifestada en las Compilaciones, sino también en la conducta social. Termina su exposición recordando las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza y augurando que, como perfección técnica de la libertad, se «pueda un día, sin dejar de ser patrimonio privativo de una región o de una comarca, lograr un bien, un derecho y una justicia, que ofrecemos restaurado, limpio de todo insano egoísmo, el futuro e inevitable Código civil de las Españas» (págs. 191-206).

R.

# REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José R. ANTON RIESCO

**ALBALADEJO GARCIA, Manuel: «Estudio sintético de la rescisión por lesión en más de la mitad de los Derechos catalán y navarro». R. D. P., diciembre 1976, págs. 981 y ss.**

El origen de la institución es señalado por el autor en la introducción del trabajo, como perteneciente al Derecho romano justinianeo, y subsiste hoy en los Derechos forales de Cataluña y Navarra.

Por lo que atañe al Derecho catalán, que es estudiado en primer lugar, se señalan unos cuantos apartados que se refieren a diversas materias entre las que tienen importancia propia las que a continuación se citan.

En primer lugar se enumeran los casos en que procede la rescisión por lesión, para pasar dentro del mismo epígrafe a señalar la regla formulable o la que contiene los principios básicos, después el texto legal que regula la materia, regulación del supuesto de precio o contraprestación decisivamente determinados por el carácter aleatorio de lo adquirido, estudio del caso de adquisición por retracto, afirmando seguidamente que basta la existencia objetiva de la lesión, así que esta facultad se concede tan sólo en el caso de enajenación de inmuebles, que enajenado varias cosas a la vez se ha de juzgar globalmente, estudiando más tarde la devolución de las prestaciones, como se ha de evitar la lesión o rescisión, el carácter subsidiario de la institución y la naturaleza de la acción de rescisión por lesión.

Por lo que atañe al Derecho foral navarro, que es como decimos la parte siguiente, se examinan dentro de este cuerpo legal en su compilación los textos legales de las leyes 500, 499 y 503, no bastando la existencia objetiva de la lesión. Posteriormente se examina el caso de que el contrato sea conjunto sobre varias cosas, la cuantía de la lesión, momento de pedir la lesión y la especificación de supuestos en que procede la rescisión.

Más adelante se investigan los casos de evitación de la rescisión, la devolución de las prestaciones y la naturaleza de la acción rescisoria.

Concluye este claro estudio, como todos los del autor, con el examen de los posibles conflictos interregionales y las alusiones que en los mismos se contienen.

**ALBALADEJO GARCIA, Manuel: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones». R. D. P., enero 1977, págs. 3 y ss.**

Señala el autor que este tema es uno de los más controvertidos desde el punto de vista teórico, pero que sin embargo, desde el punto de vista práctico, no tiene una importancia relevante, porque en el presente estudio se dedica especialmente a examinar la jurisprudencia del T. S.

La jurisprudencia reciente se encuentra constituida por las de 3 de febrero de 1970, 30 de septiembre y 15 de octubre de 1975.

La primera de las cuales no admite que la voluntad unilateral sea fuente de obligación, la segunda rechazó que en el caso planteado hubiese voluntad unilateral que fuese fuente y la tercera afirma que así lo hace la jurisprudencia anterior, por lo que se inclina a favor de que la voluntad unilateral sea fuente, pero la realidad es que en el caso estimó que no se trataba realmente de voluntad unilateral.

Seguidamente el autor se ciñe y concreta más en torno al examen del tema, pero con exclusiva relación a las sentencias mencionadas, las cuales estudia a través de sus respectivos considerandos.

Seguidamente se refiere a la jurisprudencia anterior o más antigua, entre ellas cita las 10 de enero de 1949, 21 de marzo de 1957, 17 de octubre de 1932, la cual se estudia en todos los textos clásicos de Derecho civil, y por último, las de 21 de julio de 1945 y 5 de mayo de 1958.

Finalmente se sientan las conclusiones en torno al tema, entre las que descuellan, por cierto por algún tono de galimatías, que la voluntad unilateral es fuente de obligaciones, pero que cuando el T. S. así lo ha manifestado ha sido casi siempre en materias que no tiene que ver con el problema a cuya tesis se ha adherido la doctrina, si bien nuestro autor manifiesta su opinión en sentido contrario argumentando en su favor con la ley 521 de la Compilación de Navarra que así lo dispone expresamente, mientras que en nuestro Código civil no existe un precepto análogo.

**ALONSO PEREZ, Mariano: «La propiedad horizontal. Especialidades de su contenido como derecho». R. D. P., febrero 1977, págs. 85 y ss.**

Ocho temas básicos son los que el autor estudia en el presente trabajo.

El primero de ellos se refiere, en líneas generales, cómo el tratadista realiza y afirma a la valoración gestática y estructuración jurídica y sociológica de la institución que es vital, con múltiples facetas y que no puede ser comprendida en una fórmula mental adecuada.

Pasa a continuación a examinar las teorías o cánones donde la figura puede ser colocada sistemáticamente desde el punto de vista de su naturaleza jurídica. Y así habla en un caso de propiedad individual instrumental servida por un condominio impropio y accesorio.

Otras veces la sitúa en la figura de una propiedad privativa e individual, o bien como una propiedad zonificada, con lo que quiere indicar que se trata de la consecuencia directa de un proceso de urbanización que con razón se ha comparado con un zafarrancho donde no queda títere con cabeza.

Como consecuencia de ello se dice por el escritor que necesariamente este tipo de propiedad es una propiedad gregaria.

Finalmente otra de las connotaciones de esta figura es que se trata igualmente de una propiedad solidaria, evidenciada por una serie de connota-

ciones, como son que convive y coexiste con otras igualmente concurrentes y tuteladas por la ley.

Porque igualmente es una propiedad abocada a ser instrumento de socialización y convivencia, gravada con múltiples obligaciones, cargas y responsabilidades que son inherentes a su estructura, que no está aislada, ni siquiera en su configuración arquitectónica y cuyo goce será o muy difícil o enormemente incomodo, sin la ayuda o colaboración de los demás propietarios.

**CASTAN VAZQUEZ, José María: «La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio». R. D. P., marzo 1977, págs. 196 y ss.**

El trabajo es la ponencia presentada por el autor al Seminario de Derecho civil de la Universidad de Salamanca.

Tema que por otro lado es bien sabido se halla dentro de la actualidad jurídica del momento. Señala el autor los principios que podrían admitirse como más comunes en relación con el tema, así que se apoya en un vínculo de filiación, que el concepto de patria potestad es el mismo, ya se trate de hijos legítimos o ilegítimos, que se ejercita siempre en uno y otro caso en beneficio del hijo, que se puede encontrar con un hecho generador de problemas como es el que los padres no tengan un hogar común, etc.

Por lo que atañe a la patria potestad sobre los hijos naturales, tercer apartado del trabajo, es mantenido por el autor el siguiente contenido:

Personas que pueden ejercerla, haciendo un estudio completo de los sistemas de Derecho comparado, tales como el portugués, Alemania, Francia, Italia, Venezuela, Colombia, Bolivia, México y otras naciones iberoamericanas, advirtiendo que en nuestro Derecho tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan hacia la conservación de la patria potestad de por la madre, existiendo otros problemas, como el menor de edad que reconozca un hijo natural, la mujer casada que reconozca y el supuesto de quien reconozca un hijo natural que ya estuviese reconocido, que por este solo hecho no adquirirá la patria potestad.

El contenido y la extinción son examinados a continuación, estudiando dentro de esta segunda causa la emancipación judicial del hijo, el cambio de carácter del vínculo de filiación y entra seguidamente en el tema central del problema.

Este no es otro que la autoridad sobre los hijos ilegítimos no naturales, centrandó el estudio del tema en torno a la cuestión de los adulterinos y el supuesto de los hijos incestuosos.

Más adelante, y como tema final, sienta los criterios que, a juicio del mismo, han de ser tenidos en cuenta en la próxima reforma del Código civil.



**DORAL GARCIA, J. A.:** «La personalidad jurídica». *R. D. P.*, febrero 1977, págs. 104 y ss.

Con el planteamiento básico de que el Derecho civil es el derecho de persona que concentra su atención de modo preferente en ella y en la capacidad o aptitud de ser titular de Derecho y obligaciones se inicia el presente estudio.

Se estudia y enumera la concepción formalista de la persona sustentada por Ferrara, antes examinar el aspecto negativo de la protección de los derechos de la persona. Cada Código civil trata de resolver, según el sistema adoptado por su legislador, las dos cuestiones básicas, de quien puede ejercer los Derechos civiles en cada territorio y que se entiende por nacional, calidad preeminente que confiere la plenitud del poder privado estatuido sobre los diversos órdenes y entidades.

En la influencia del Código civil se detiene especialmente para hacer constar y detallar que éste se aparta en esta cuestión del Código napoleónico, ya que el nuestro se encuentra marcado por la impronta de la tradición jurídica castellana en la materia relativa a la persona.

También afirma el autor que esta materia se encuentra muy influenciada por las construcciones dogmáticas, oscureciendo a veces la imagen real de la personalidad.

En cuanto a la perspectiva actual de esta materia se sientan una serie de conclusiones que en nada desvirtúan la importancia del tema, afirmando que es parte principal del Derecho civil, que en torno a la persona se congregan los conceptos básicos del Derecho civil y que es punto básico para la interpretación de las normas que se concentran dentro de cada sistema.

Se pasa a continuación a diferenciar los conceptos de libertad formal y libertad material y se entra en el examen de la delimitación de la personalidad jurídica, en torno a algo existente en sí, la independencia en sus fases de natural, económica y jurídica y el llamado poder de autodeterminación, con la enumeración de las expresiones de libertad en el Código civil.

Se detiene en un breve examen de la libertad civil y sienta las conclusiones personales y pertinentes sobre la materia entre las que tiene especial importancia, el afirmar que la libertad civil no sólo luce, sino que al mismo tiempo ilumina una concepción de la persona que conviene a todos los hombres por estar anclada en principios derivados de la naturaleza humana.

**DORAL, Antonio:** «Liquidación de la gestión posesoria». *R. D. P.*, junio 1977, págs. 399 y ss.

La importancia de esta investigación sobre la liquidación del estado posesorio ofrece un doble interés doctrinal y práctico. Doctrinal, en cuanto que desde esta perspectiva ganan en comprensión muchos conceptos posesorios y prácticos, porque las normas destinadas a regular la liquidación

del estado posesorio contienen el Derecho común relativo a las diversas situaciones liquidatorias previstas en el Código civil.

Para delimitar el tema, el autor nos habla de la posesión como relación transitoria, examina las normas del Código relativas a lo que él llama Derecho común, que son los artículos 451 a 458 de dicho cuerpo legal y estudia la sistemática del Código en torno a la materia.

En la liquidación como efecto de la posesión se detiene a examinar los efectos típicos que exceden, a su juicio a los clásicamente llamados por Savigny en tal sentido, puesto que sólo eran usucapión e interdictos, mientras que el autor añade otro efecto principal.

Con relación a los actos posesorios, señala que son reflejo en el código, examina las reglas de adquisición de la titularidad y reglas de liquidación antes de entrar en los llamados actos posesorios y actos de dominio.

En torno al fundamento de la obligación de restituir, señala que el Código lo establece en un doble sentido, de un lado la preeminencia del Derecho de propiedad sobre la posesión, de otro el equilibrio patrimonial, merced a que la posesión pone en comunicación el patrimonio del titular saliente y el entrante.

La obligación de restituir se estudia dentro del contorno marcado por las fuentes de la misma y la distinción básica en la doctrina entre posesión de buena y de mala fe.

Con relación a la posesión de buena fe, la división de la materia se ciñe a estos puntos: responsabilidad por pérdida o deterioro, percepción de frutos y abono de gastos.

En cuanto a la posesión de mala fe, también dentro de una clasificación tripartita, distingue la responsabilidad, la percepción de frutos y la delimitación y alcance del término deterioro.

**FERNANDEZ-PACHECO MARTINEZ, María Teresa: «El régimen matrimonial en el Derecho escocés». R. D. P., diciembre 1976, págs. 993 y ss.**

Magnífico estudio que a lo largo de treinta y cinco páginas nos lleva con la mayor sencillez y comprensión por estos intrincados y desconocidos mundos del Derecho escocés, ignoto para la mayoría de los juristas españoles.

Señala la autora en la introducción que los problemas del estatuto jurídico del matrimonio no son de reciente aparición, pero es evidente que en el momento actual han adquirido una especial agudeza.

Cuatro son los grandes apartados que la autora dedica a la materia: efectos legales personales del matrimonio, contratos matrimoniales, capacidad de la mujer casada y régimen de bienes.

Por lo tocante al primer tema, examina la nacionalidad, el domicilio, dentro de éste la esposa sigue el del marido, la residencia y los apellidos, siendo usual en lo relativo a éstos que la esposa tome el apellido del marido, con la peculiaridad de que habiendo contraído varios matrimonios se añaden los apellidos de los maridos al suyo propio. No obstante, este

criterio es de norma consuetudinaria que le concede incluso en caso de divorcio la posibilidad de poder usar el apellido de soltera.

Por lo que respecta a los contratos matrimoniales después de una evolución histórica examinada con relación al siglo XIX, manifiesta la caída en desuso del contrato matrimonial que hoy tiene unos diferentes usos, como la protección a los bienes de la esposa, modificación de las cláusulas de un contrato matrimonial, etc.

La capacidad de la mujer casada se inicia con el estudio sobre la evolución histórica, los contratos entre marido y mujer, la «*praepositurarebus domesticis*», que es algo parecido a nuestro «poder de las llaves», con presunción, incluso que obliga al marido responder de estas deudas, presunciones y cancelaciones en sus diferentes formas; más adelante se examina la responsabilidad derivada de la obligación de prestar alimentos, la responsabilidad del marido por las deudas antenupcias de la esposa, y derechos que nacen por daños o lesiones a uno de los cónyuges.

Finalmente, en lo tocante al régimen de bienes, se integra por el estudio histórico, la situación actual constituida por el de separación, presunción en contra de donación, normas relativas a bienes muebles, pruebas, mejoras, repercusiones en materia de arrendamiento, de contratos de seguro y ahorros que provienen de la cuota entregada por el marido a la esposa por los gastos domésticos.

Concluye este magnífico trabajo proponiendo los criterios más importantes para una reforma.

**GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen:** «Las servidumbres establecidas en interés de los propietarios en la ley de Propiedad Horizontal». R. D. P., mayo 1977, págs. 329 y ss.

Cuando en el ámbito general de la ley de Propiedad Horizontal se hace referencia al tema de las servidumbres, ineludiblemente acude la conexión de esta figura con la problemática de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal.

Partiendo de una posibilidad teórica de la coexistencia de servidumbres y propiedad horizontal, la autora examina el Derecho positivo contenido en la ley de 1960, cuando hace referencia en el texto de la ley a las servidumbres, después de la enumeración de lo que la propia ley considera elementos comunes.

La primera cuestión que plantea la ley con este texto es determinar a qué servidumbre se ha querido referir.

Se ha de advertir que en Derecho comparado no se hace referencia, en la enumeración de los elementos comunes, a las servidumbres.

Tomando como base el piso o local se enumeran dentro del estudio una serie de servidumbres por la autora.

Hace notar que estas clases de servidumbres y la casuística que las mismas ofrecen tienen mayor importancia en las grandes urbanizaciones.

Otro tipo de servidumbres que aglutina y constituye igualmente el cuerpo del trabajo son las servidumbres a que alude el texto del artículo 9,3 de la ley de Propiedad Horizontal, que son aquellas cuya obligación tiene cada propietario de consentir en su piso o local imprescindible para el beneficio común.

La autora afirma que estas servidumbres son reguladas en la propia ley dentro de lo que la doctrina ha llamado las relaciones de vecindad.

La jurisprudencia por su parte ha abonado la posibilidad de existencia de estas últimas en sentencia de 2 de junio de 1970.

A juicio de la autora, sería necesario no olvidar que la específica naturaleza de este tipo de servidumbre se determina por sí misma y devenga una inevitable adaptación que les confiere el juego específico propio de esta figura que es la propiedad horizontal.

**HERRERO GARCIA, María José: «La Junta de propietarios y la función representativa del presidente en la ley de Propiedad Horizontal». R. D. P., junio 1977, págs. 417 y ss.**

Más que de un trabajo se trata de una conferencia dada por su autora en Salamanca con motivo de las Jornadas sobre Propiedad Horizontal organizadas por las Cámaras Oficiales de Propiedad Urbana de la Zona 4.ª.

La primera parte se centra en el estudio de estas dos preguntas: ¿a quién representa el presidente? ¿Esta representación excluye toda posible actuación de los propietarios individuales?

Puestos en contacto con el tema, se muestran unos datos interesantes sugeridos por la simple lectura de determinados párrafos de la exposición de motivos; no obstante, algunos de ellos son simples relaciones nominales que poco tiene que ver con el tema planteado.

Partiendo de la lectura de la Exposición, la autora nos lleva por caminos tendentes a dos problemas básicos, la concurrencia de una colectividad en la titularidad de los derechos y la unificación del objeto que viene referida al inmueble como base material y objetiva del régimen especial, pudiéndose independizarse los pisos o locales.

La personalidad jurídica de la entidad tendría su correspondencia en la configuración jurídica de la comunidad de propietarios y los órganos de gestión serían, según la propia enumeración de la ley, el presidente, el administrador y la Junta. La Junta de Propietarios es el órgano supremo de la comunidad y a la vez el órgano deliberante a través del cual se forma la junta y se declara la voluntad de la comunidad de propietarios.

La autora concluye afirmando que si bien el presidente es el que debe proceder a la tutela de los intereses comunes, en defecto de su actuación, los propietarios individuales podrán proceder en defensa de este interés común, si bien en calidad de simples miembros de esa colectividad.

**LALAGUNA, Enrique: «Ambito territorial de aplicación del Código civil». R. D. P., mayo 1977, págs. 311 y ss.**

La modificación del título preliminar del Código civil y más concretamente el artículo 13 plantea una serie de problemas que son los que constituyen el objeto del presente trabajo.

Según el autor, el citado precepto contiene dos clases de normas, una constituida por el conjunto de disposiciones que regulan materias de importancia sobresaliente, como los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, y otra serie de normas cuya aplicación se propone en términos generales.

En la revisión histórica del precepto se ha observado generalmente en la doctrina una rara unanimidad entre el contenido de la norma y el artículo 12 antiguo del mismo cuerpo legal.

No obstante, el autor encuentra algunas diferencias, como la concisión y claridad que gana el presente precepto y la obligatoriedad de las normas del artículo sobre el título IV del libro I.

Se examina toda la evolución histórica, legislativa, gramatical y sistemática del precepto desde su primitiva redacción y las vicisitudes que el mismo ha tenido en su evolución hasta llegar al texto actual.

Al examinar la aplicación general y directa del título preliminar se nos da una argumentación clara en lo referente a la misma, afirmando lo que otros autores, como Herrero de Miñón y Figa Faura, han denominado ley de leyes o norma de normas. Se llega curiosamente a señalar que se deja a salvo el orden de prelación de las fuentes en las regiones forales para decir que éstas han de ser interpretadas con criterios del Título Preliminar. La aplicación general y directa de las disposiciones del título IV es, a juicio del autor, un gran acierto, puesto que luego enumera las materias que por tal han de ser entendidas a sistema matrimonial y carácter indisoluble del matrimonio civil.

Finalmente, con relación a los derechos forales, existe una doble proposición, por un lado se afirma en el texto del precepto el pleno respeto a éstos, y por otro lado se afirma la aplicación del Código civil como derecho supletorio de segundo grado.

**LETE DEL RIO, José Manuel, y ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: «Notas sobre mutabilidad del régimen económico-matrimonial en Derecho común». R. D. P., marzo 1977, págs. 163 y ss.**

El trabajo, según manifiestan los autores, es consecuencia de las explicaciones de un curso de doctorado, explicado por el primero en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago y que constituye un avance de una futura monografía que ambos se proponen publicar.

Dos grandes apartados constituyen la vertebración total del trabajo. El primero de ellos dedicado a examinar el nuevo sistema y el segundo acerca de su total contenido.

Por lo que se refiere al primero, se comienza su estudio con el fundamento y la crítica de la reforma llevada a cabo por la ley de 2 de mayo de 1975 que tanta influencia está destinada a tener en nuestro derecho.

La segunda de las partes del primer apartado se dedica a estudiar la mutación de los capítulos y la separación de hecho. En este capítulo se mantienen la tesis de que se ha ido al régimen de mutabilidad para obviar la situación de indefensión de las mujeres tras la separación fáctica de los cónyuges. El momento de mutabilidad y otorgamiento de capitulaciones matrimoniales puede en la actualidad realizarse en cualquier momento.

Por lo que hace referencia a la segunda parte del trabajo, el contenido de los capítulos matrimoniales se examinan los sujetos que han de intervenir en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, distinguiendo los autores entre los propios sujetos contrayentes y sujetos otorgantes de las capitulaciones distintos de los contrayentes, estudiados por el artículo 1.319 del Código civil.

El objeto de las capitulaciones puede tener por contenido según los autores, la determinación del régimen económico-matrimonial en sentido estricto, donaciones «propter nuptias» entre los cónyuges, constitución de «dote estimada» o inestimada, normas sobre administración y disposición de la masa común, y materia relativa a los pactos sucesorios.

Los límites de las capitulaciones matrimoniales o mejor del contenido de las mismas es la última parte del trabajo, en ella se distingue los que vienen establecidos por el artículo 1.316 de otros que se contienen fuera del citado precepto y que pueden hacer referencia a temas, como garantía y restitución de la dote, normas sobre responsabilidad proporcional de los bienes privativos por las deudas de la masa común en los diversos casos.

**MENENDEZ, José: «El derecho de retorno arrendaticio y los problemas que suscita». R. D. P., junio 1977, págs. 430 y ss.**

El derecho de retorno, según el autor, es una de las excepciones que establece la ley de arrendamientos urbanos a la prórroga legal indefinida del contrato de arriendo.

Lo primero que destaca en tal excepción es que no es efectivamente tal excepción.

Porque si la función de la prórroga es perpetuar la duración del contrato, esta misma eficacia se consigue con el derecho de retorno.

Se trata para el autor de una suspensión derivada directamente de la fuerza de los hechos.

Las cuestiones principales que suscita esta figura son enumeradas seguidamente.

En primer término se hace la distinción entre retornos inscritos y no inscritos. Aquí se menciona especialmente la opinión de don Ramón de la Rica de que el derecho de retorno es un derecho especial personal ejercitable frente al arrendador, si bien el legislador ha querido atribuirle efectos

reales haciéndole valer frente a tercero. Para ello el reglamento hipotecario exige la nota prevista en el artículo 15.

Los efectos de la nota son fundamentales para el arrendatario en el supuesto de cambio de la titularidad dominical del inmueble.

Se plantea, en segundo término, la cuestión de si derecho de retorno es transmisible por herencia. La opinión del autor se inclina hacia la posibilidad de tal solución, basándose en la natural transmisibilidad de los derechos patrimoniales y porque hay que inclinarse en favor de la transmisión íntegra de acuerdo con la propia ley de arrendamientos.

Otra cuestión es: ¿el derecho de retorno puede ser objeto de transacción? Asimismo la cuestión relativa a la duración del derecho de retorno es otro de los problemas que su autor trata en el contenido del tema.

Plantea igualmente otro problema, que ha pasado inadvertido para algunos tratadistas, como es el de la supuesta incompatibilidad entre la LAU y la legislación hipotecaria en cuanto al derecho de retorno.

Finalmente estudia y se inclina por la posibilidad de las sucesivas notas marginales ante la posibilidad de la actuación fraudulenta por parte del arrendador.

**PAZ CANALEJO, Narciso: «Las cooperativas de segundo y ulterior grado».**

**R. D. P., julio-agosto 1977, págs. 495 y ss.**

En la introducción se explican las razones de la publicación del presente trabajo. No son otras que la importancia de la institución como vehículos clásicos del federalismo cooperativo.

Plantea el autor la posibilidad de que estas cooperativas pudieran constituirse antes del reglamento de cooperación de 13 de agosto de 1971. Se inclina por la solución positiva siguiendo a autores tan prestigiosos como Del Arco y Lluís Navas. Analiza el actual artículo 53 del Reglamento de Cooperación en sus tres párrafos, partiendo de la concepción y del texto con criterios que pudiéramos llamar como rabiosamente positivos.

Examina los problemas tales como la conciliación de las tres cooperativas, con la necesidad de los 15 socios que exigía como mínimo el artículo 8 de la vieja ley de 1942.

Aquí analiza las notas de voluntariedad, responsabilidad y el requisito finalista del cumplimiento de sus fines.

Más adelante examina la interpretación de lo que significa «carácter permanente» y enlazado con él la cuestión relativa a la separación del socio. La naturaleza de los socios es estudiada ante la posibilidad de asociarse tanto personas naturales como jurídicas, afirmando que el nuevo reglamento ha tomado un camino práctico y conveniente. Existe además la obligación para los socios de este tipo de cooperativas de utilizar los servicios comunes.

Se detiene especialmente en el examen la casuística del derecho de voto, posibilidades de su ejercicio y ubicación del uso del mismo, inclinándose por la opción de que deben ser Juntas de delegados.

Concluye su estudio con el examen de los problemas fundamentales no resueltos por el artículo 53 citado, y en este último escalón de su estudio se detiene ante las normas de aplicación a las cooperativas de segundo grado, así como en la incidencia de la nueva ley general de cooperativas y la consideración especial del usuario no socio.

**SANTOS BRIZ, Jaime: «El Derecho civil. Evolución de su concepto y tendencias actuales». R. D. P., enero 1977, págs. 14 y ss.**

Este trabajo forma parte y es uno de los capítulos de la obra del autor «Derecho civil. Teoría y práctica», correspondiente al tomo I, dedicado a las doctrinas generales del Derecho civil.

Comienza el parágrafo I bajo el signo del Derecho civil y allí se distingue entre Derecho natural y Derecho positivo, Derecho objetivo y Derecho subjetivo.

Sigue con el Derecho civil como entidad de elaboración histórica y distingue entre Derecho público y Derecho privado, y el significado actual del Derecho civil como Derecho privado general. Más adelante surgen las distinciones entre Derecho civil y Derecho mercantil, las facetas sociales del Derecho civil, el nacimiento del Derecho económico y los Derechos registral inmobiliario y otros.

Es analizada la concepción tradicional del Derecho civil y examinadas las teorías renovadoras de la misma en la actualidad para pasar a estudiar el personalismo ético como fundamento de la legislación civil, tomando a la persona como concepto ético fundamental, el trasplante del concepto ético de persona a la esfera privatista y el principio de confianza conjuntamente con el principio de la justicia contractual conmutativa.

El perfeccionamiento del Derecho civil hasta nuestros días tiene por objeto el estudio de las tendencias evolutivas generales, el fortalecimiento del carácter social de la contratación, el desarrollo de la responsabilidad por riesgo, la vinculación social de la propiedad, la reorganización del Derecho de familia y la actuación judicial como perfeccionamiento del Derecho civil.

Los planes principales de estudio del Derecho civil son estudiados a continuación, entre ellos el plan Gayo y el plan Savigny, juntamente con el análisis detallado de la llamada Parte General, si bien queda fuera lo que algún autor moderno ha llamado el Derecho civil patrimonial, que a nuestro juicio es igualmente un plan de estudio.

Concluye este estupendo estudio con la materia relativa a la pretendida socialización del Derecho civil.



**STOLL, Hans, y SCHRODER-KLINGS, Norbert:** «La evolución del Derecho privado alemán durante el año 1974». R. D. P., noviembre 1976, págs. 895 y siguientes.

El trabajo de los autores ha sido vertido al español por Santos Briz, a quien tantas colaboraciones y estudios está debiendo la doctrina española, en los que confluyen una sólida formación teórica y una magnífica visión práctica del Derecho.

El presente estudio está dividido en cuatro apartados básicos que estudian respectivamente la legislación, la doctrina, los congresos celebrados y la jurisprudencia más importante dictada en el período de tiempo a que el título del trabajo se refiere.

Por lo que atañe a la legislación, hay material diverso y materias distintas, tales como la mayoría de edad, que es rebajada a dieciocho años, nuevas normas sobre compraventas para contratos internacionales, una segunda ley para protección contra el desahucio de viviendas, modificaciones respectivas sobre venta de bienes muebles a plazos y sobre Derecho de superficie, leyes complementarias sobre jurisdicción, ley procesal para descargar a los Tribunales de primera instancia, breve reforma sobre normas de nacionalidad una ley federal de Protección contra las inmisiones que no es más que una ley de Protección contra influencias ambientales dañosas a través de impurezas del aire, ruidos, trepidaciones y fenómenos análogos.

En la parte relativa a Congresos se citan el del jurista alemán, de profesores de Derecho procesal civil y uno sobre Derecho comparado.

En lo concerniente a materias doctrinales y literatura jurídica se mencionan especialmente el libro homenaje a Ludwig Raiser, la introducción al Derecho de la República Federal de Baur y el de Roscher, que lleva por título «Libertad contractual como Derecho constitucional».

Hay materias sobre Derecho de obligaciones, cosas, familia y sucesiones, sin olvidar el Derecho privado extranjero y Derecho comparado.

Finalmente, en la última parte de este estudio se mencionan las sentencias más importantes agrupadas por materias, tales como Derecho de obligaciones, cosas, familia y sucesiones es el sistema de actualización, seguido también en la parte doctrinal o de literatura jurídica.

En resumen, un estupendo trabajo de información jurídica, resumido en una apretada síntesis que abarca una visión global del Derecho alemán en sus distintas manifestaciones y publicaciones.

#### CLAVE DE ABREVIATURAS

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.
- BDC = 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 Faculdade de Direito (Coimbra).
- BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
- BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
- BIR = Bolletino 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 Quartely (Ithaca, Nueva York).
- DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
- DM = Derecho (Medellín, Colombia).
- ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
- EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
- F = El Foro (Méjico).
- FG = 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 = Jornal 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 (Munich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches 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.

- RCDI = 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 Commerciali e del Diritto Generali Delle Obligazioni (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 Faculdade 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 Faculdade 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 (Paris).  
 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 Comparado (Barcelona).  
 RIDCP = Revue Internationale 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 Nicaragüense.  
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).  
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.  
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).  
 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 Società (Milán).  
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (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 Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).



# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de  
CHICO Y ORTIZ, José María  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO HIPOTECARIO

**Escritura de protocolización de operaciones particionales.**—Es inscribible una escritura de liquidación de herencia y entrega de legado de parte alícuota, otorgada por contador-partidor designado en juicio de testamentaria, sin perjuicio de la subsistencia de condiciones establecidas en el testamento y que quedan afectos a la sucesión general.—La prohibición de enajenar no se extiende a la hijuela de bienes adjudicados para pago de las deudas de la herencia. (Resolución de 1 de septiembre de 1976, «Boletín Oficial del Estado» de 20 de octubre de 1976.)

*Hechos.*—Resultando que don A. A., viudo, sin descendencia de su matrimonio, fallecido en Madrid el 21 de noviembre de 1962, habiendo redactado testamento ológrafo en donde, tras declarar que «carece de herederos forzosos» y de confirmar el reconocimiento hecho en anterior testamento abierto de su hijo natural X. X., ordenó una serie de legados en metálico casi todos, además de otro legado en usufructo de parte alícuota de su herencia, e igualmente reconoce toda una serie de deudas que gravan su patrimonio, la mayor parte con garantía hipotecaria a favor del Banco Hipotecario, Instituto Nacional de la Vivienda, Caja de Ahorros de Asturias y Organismos Oficiales de Crédito, terminando por instituir heredero universal a su reconocido hijo en la forma en que a continuación se indica: «el resto de mi fortuna, así como mis otros bienes muebles e inmuebles, se los dejo a mi hijo X. X., sin otra limitación que la de que estos bienes raíces no podrán ser enajenados por él y no entrará en plena posesión de su propiedad hasta después de casado y que tenga hijos legítimos y éstos hayan cumplido la edad de quince años; mientras esta condición no se realice, deseo que mis bienes raíces tengan en el Registro de la Propiedad anotación específica de que pertenecen a la reserva troncal»; que en dicho testamento nombra albaceas testamentarios conjuntamente a su hermano F. F., a su hijo X. X. y a su sobrino D. D., los cuales dejaron transcurrir con exceso el plazo legal para realizar sus funciones; que tal testamento fue protocolizado una vez cumplidas las formalidades legales ante el Notario de Madrid don Eduardo Terrón con fecha 23 de enero de 1963.

Resultando que el heredero don X. X., promovió juicio ordinario declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado número 4 de Barcelona, ciudad en la que se había domiciliado, sobre declaración de nulidad de la «reserva troncal» y consiguiente prohibición de disponer contenida en el anterior testamento contra las ignoradas personas que pudieran tener interés en la misma, dado que en dicha reserva no se daban los requisitos necesari-

rios para su existencia, y el mencionado Juzgado, en Sentencia de 9 de septiembre de 1964, admitió la demanda, declarando heredero universal al demandante con la libre disposición de los bienes hereditarios.

Resultando que los hermanos del testador difunto habían formulado a su vez demanda ante el correspondientes Juzgado de Madrid contra X. X. sobre nulidad de reconocimiento de hijo natural e igualmente ante otro Juzgado de Madrid la legataria en usufructo de parte alícuota de la herencia había promovido juicio de testamentaría de don A. A., en la que fueron citados los demandantes como interesados en la herencia, y es entonces cuando tuvieron conocimiento de la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, ciudad con la que no tenía ninguna vinculación ni el causante, que falleció en Madrid, ni los bienes radicados en Asturias y Madrid, ni ninguno de los interesados en la herencia, por lo que, y tras una serie de actuaciones procesales que no interesan a efectos de este expediente, se interpuso recurso por los hermanos del testador ante la Audiencia Territorial de Barcelona en la que solicitaban se revocase la Sentencia del Juez de Primera Instancia de 9 de septiembre de 1964 y se declarase la existencia de esa reserva a favor de los demandantes, así como que don X. X. había sido instituido heredero universal bajo la condición suspensiva de no ser heredero hasta que hubiera contraído matrimonio y tuviera hijos mayores de quince años, correspondiendo hasta que se cumpla ese evento la herencia a los demandantes como herederos abintestato de su difunto hermano, y la mencionada Audiencia dictó Sentencia con fecha 21 de febrero de 1967, por la que revocada la del Juez de Primera Instancia, declara la validez de la institución de heredero hecha por el testador con la limitación de disponer de los bienes que establece el testamento, y no da lugar a la pretensión de los demandantes de ser declarados herederos hasta el cumplimiento de la condición suspensiva que decían existía en la institución de heredero, y este fallo de la Audiencia fue confirmado en todas sus partes por el Tribunal Supremo, con fecha 29 de octubre de 1968, al no dar lugar a los recursos de casación interpuestos por todos los interesados.

Resultando que como consecuencia del Juicio de testamentaría promovido por la legataria de parte alícuota, con fecha 28 de junio de 1974 se dictó Auto por el Juzgado de 1.ª Instancia número 4 de Madrid por el que se aprobaban las operaciones particionales practicadas por el contador-partidor designado para este acto, dada la conformidad de los interesados, que eran el hijo y heredero don X. X. y la legataria de parte alícuota, así como la renuncia por no mantener interés de ninguna clase hecha por los hermanos del testador, y que este auto fue protocolizado en 9 de julio de 1974 en la Notaría de don José Luis Martínez Gil y en el que para el pago de los legados, cuyo importe asciende a un total de 451.000 pesetas, así como el de las deudas hereditarias, que suponen la cantidad de 3.899.000 pesetas, se formaron sendas hijuelas de bienes para el pago de las anteriores atenciones, en la que se hace constar que no quedarán sujetos los inmuebles que en la misma se reseñan a la prohibición de disponer establecida en el testamento, quedando el resto de los bienes de la herencia sujetos a la anterior prohibición.

Resultando que presentada en el Registro la anterior documentación con la petición expresa de que se inscribieran los bienes de la expresada hijuela con el carácter de libres, y de no ser así, no se practicara operación alguna, fue calificado el mencionado documento con la siguiente nota: «Presentada la precedente escritura de protocolización de expediente judicial de aprobación de operaciones hereditarias, en unión de copia autorizada del último y válido testamento del causante de la misma que instituyó un solo heredero voluntario, al que prohibió la enajenación de los bienes relictos mientras no se cumplieren determinadas condiciones, y de instancia suscrita por dicho heredero y ratificada ante mí, en que pide se inscriban a su favor, sin limitación alguna en cuanto a su facultad de disposición, los bienes de la herencia que el contador-partidor designado por dicho heredero en el juicio voluntario de testamentaría del que derivó el citado expediente le adjudicó en comisión para pago de deudas del testador y de los legados ordenados por éste, y, caso de no accederse a su súplica, que se suspendiese la inscripción de los mismos. Y manifestando por el presentante de este título que no se realizase operación alguna respecto del resto de las fincas que comprende el mismo, se denegó la práctica de las inscripciones en la forma solicitada por los siguientes defectos: 1.º Porque aceptada por dicho heredero la herencia pura y simplemente y disponiendo el artículo 1.003 del Código Civil que en ese supuesto «quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios», son innecesarias dichas adjudicaciones al heredero en comisión para pago de las deudas hereditarias y testamentarias, por estar ya obligado a satisfacerlas, incluso con dichos bienes, desde el momento en que aceptó la herencia sin beneficio de inventario. 2.º Porque el contador designado por el heredero que intervino en el expediente judicial protocolizado, cuya tramitación no era necesaria, según disponen los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento, carece de atribuciones para interpretar la voluntad del testador; y por no someterse a lo ordenado por éste ni atenerse al sentido literal de las cláusulas testamentarias incumplió la voluntad de aquél, al adjudicar al heredero, sin licitación alguna en cuanto a su facultad de disposición, bienes sobre los que el testador había dispuesto que no podrían ser enajenados por el heredero, «que no entrará en plena posesión de su propiedad» hasta que no se «realicen» determinadas condiciones. 3.º Porque instituido el heredero con la limitación de que no podrá enajenar los bienes relictos mientras no se cumplan dichas condiciones, y ordenado además por el testador que dichos bienes se inscriban en el Registro de la Propiedad con «la anotación específica de que pertenecen a la reserva troncal», deberán expresarse aquellas condiciones en sus inscripciones a favor del heredero, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 9, de la Ley Hipotecaria, y en el número 6.º del artículo 51 de su Reglamento, pues de no hacerlo se vulneraría la voluntad del causante y podrían irrogarse en su día posibles perjuicios a los expectantes derechos de otras personas. 4.º Porque por no justificarse debidamente las deudas que se detallan en el inventario bajo los números 2 a 13, por importe de 3.874.000



pesetas, ni precisarse si estaban o no vencidas al fallecimiento del causante, ni si las hipotecas que se dice las garantizaban recaen o no sobre bienes de la herencia, se considera improcedente su deducción del activo hereditario, y por tanto, que se adjudiquen en comisión para su pago determinados bienes de la herencia que, por otra parte, son valorados en forma notoriamente inferior a la real, con posibles perjuicios para terceras personas.

Y estimando que para practicar las inscripciones en la forma en que se solicitaron son insubsanables los tres primeros defectos se denegó la práctica de las mismas.

Fueron también presentadas la partida de defunción del causante, certificado del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, acreditativo de que el aludido testamento fue el último que otorgó aquél, y testimonio de particularidades expedido el 5 de octubre de 1974 por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia número 4, de Madrid, comprensivo de diversas Sentencias obrantes en los Autos de juicio de testamentaría del repetido causante que interpretan su testamento y que en parte habían sido recogidas en el presente título».

Resultando que don X. X. interpuso recurso gubernativo contra los tres primeros defectos de la nota que tienen el carácter de insubsanables y respecto del cuarto ofrece al Registro presentar las justificaciones oportunas para su subsanación y en defensa de su derecho alega: que el contenido del artículo 1.003 del Código Civil citado en el primer defecto de la nota no puede aducirse para impedir la inscripción del título, puesto que, como puntualizó la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1896, «a consecuencia de la aceptación pura quedan confundidas la personalidad del heredero y la del causante», expresión que debe entenderse referida al orden patrimonial o de los bienes, por lo que el defecto señalado carece de justificación; que en cuanto al 2.º defecto el Registrador no ha tenido en cuenta que no fue el recurrente el que promovió el juicio voluntario de testamentaría, sino la legataria de parte alicouta, y no se hizo por los interesados ninguna objeción al cuaderno redactado por el contador, no siendo por lo tanto pertinente la cita que se hace del artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento, toda vez que aquel procedimiento universal no fue buscado por el recurrente para obtener el refrendo judicial de la liquidación de la herencia, sino consecuencia de la actuación de la citada legataria; que si bien es cierto que el contador-partidor fue nombrado por el heredero y no por el causante, por lo que carece de atribuciones para interpretar la voluntad del testador, este hecho no es por sí solo suficiente para denegar la inscripción solicitada; que en cuanto al tercer defecto señalado, si se mantiene el criterio del funcionario calificador no sería posible el cumplimiento de las obligaciones de la herencia, dando lugar a que los acreedores pudieran llegar a la subasta judicial con el consiguiente daño para el caudal hereditario; que en un supuesto semejante al contemplado la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre de 1910 señaló que para la liquidación de toda herencia es preciso el previo pago de las deudas y obligaciones hereditarias y que las limitaciones acerca de la facultad de disponer impuesta por el testador

a los herederos solamente alcanzan a los bienes que particularmente se les adjudiquen y que en igual sentido se pronuncia la Resolución de 19 de septiembre de 1929.

Resultando que el Registrador mantuvo su calificación informando que: como cuestión previa interesa aclarar que el recurrente, en el escrito que acompaña a la escritura de partición, pide expresamente que las inscripciones registrales de las fincas que se adjudican para pago de deudas y legados se efectúen sin la limitación impuesta por el causante, y de no poder hacerse así se suspendiese la inscripción de las mismas, manifestando el presentante que no se realizase operación alguna respecto al resto de las fincas, lo cual produce como consecuencia la limitación de la función calificadora, teniendo en cuenta el principio de rogación que informa la legislación hipotecaria; que la alegación del recurrente en cuanto al primer defecto de que el contenido del artículo 1.003 del Código Civil no puede servir de base para impedir la inscripción del título, sería aceptable si no se pretendiese que la inscripción se realizara en la forma libre de limitaciones instada por el heredero; pero siendo así, la vulneración de dicho artículo sería evidente; que por ello se consideran innecesarias dichas adjudicaciones al heredero para pago de las deudas y legados de la herencia, ya que conforme al precepto citado está obligado a satisfacerlas desde que aceptó la herencia pura y simplemente; que a los argumentos del recurrente para compartir el primer extremo del 2.º defecto ha de responderse que ni el juicio voluntario de testamentaria, ni el expediente sobre la aprobación de operaciones particionales eran necesarios para lograr las inscripciones a favor del único heredero conforme a lo dispuesto en los referidos artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento, sin que la aprobación judicial del citado expediente lo convierta en documento judicial que supele al funcionario calificador a las limitaciones a que se refiere el artículo 99 del Reglamento Hipotecario respecto a los documentos expedidos por la Autoridad judicial; que las atribuciones del contador nombrado por el heredero no podrán ser mayores que las que tenía el que lo designó, estando limitadas a lo expresamente ordenado por el testador, debiendo someterse estrictamente a las cláusulas testamentarias y atendiéndose al sentido literal de las palabras del testamento conforme a lo dispuesto por el Tribunal Supremo en numerosas Sentencias que cita, siendo también este criterio mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en varias Resoluciones; que el Registrador se ratifica también plenamente en cuanto al defecto señalado con el número 3 de la nota, ya que instituido el heredero con unas limitaciones terminantes y precisas que expresan claramente la voluntad del testador, ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 675 del Código Civil; que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1964 sienta la doctrina de que el testamento es el título básico para inscribir la transmisión hereditaria, al que tienen que someterse no sólo los interesados, sino también los contadores, que no podrán alterar o modificar caprichosamente el contenido de las cláusulas testamentarias; y que no son de aplicación al caso debatido las Resoluciones de la Dirección General de 16 de septiem-

bre de 1910 y 19 de septiembre de 1929, invocadas por el recurrente en apoyo de su tesis por ser totalmente distintos los supuestos de hecho.

Resultando que el Notario autorizante de la escritura calificada, tras hacer constar que su actuación se había limitado a protocolizar el expediente judicial de aprobación de las operaciones hereditarias, sin haber intervenido en la confección del cuaderno, informó: que aunque la nota de calificación está inspirada en el plausible deseo de proteger a los posibles reservatarios troncales y cumplir lo dispuesto en la letra del testamento, no parecen decisivos los defectos que comprende; que en cuanto al primero no parece procedente la alegación del artículo 1.003 del Código Civil, pues el hecho de que el heredero que acepta pura y simplemente una herencia sea personalmente responsable de las deudas de la misma no es contrario a que, en realidad, lo que se hereda es el conjunto de bienes del causante después de satisfechas las deudas de la herencia; que el argumento pierde aún más fuerza existiendo un legatario de parte alícuota, ya que la existencia de éste y de otros legatarios de parte específica hacen imprescindible la determinación del contenido de la herencia, por lo que procede la adjudicación para pago de deudas como medio para determinar la parte de herencia líquida sobre la cual se aplicará la cuota en el caso del legatario de parte alícuota; que en cuanto al 2.º defecto hay que hacer constar que los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento no son aplicables, pues se refieren a la inscripción de heredero único y no al caso de que exista una legataria de parte alícuota, que fue la promotora del juicio voluntario de testamentaría, estando legitimada para ello conforme al artículo 1.038-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que la validez del tercer defecto y 2.ª parte del 2.º de la nota de calificación depende de la significación que se atribuya a la cláusula testamentaria de institución de heredero, que dada su redacción exige ineludiblemente una interpretación para determinar la significación de la ambigua expresión «reserva troncal», que no tiene un significado propio en nuestro Derecho; que es evidente que la cláusula exige una interpretación que se basará, en primer lugar, en la voluntad del testador, y cuando ésta no sea clara se acudirá a los demás medios interpretativos; que el criterio del informante para calificar jurídicamente lo dispuesto en esta cláusula es el de que se trata de una sustitución fideicomisaria en la que existe obligación de entregar los bienes a unos segundos llamados conforme a lo dispuesto en el artículo 785 del Código Civil, que en este caso sería una sustitución fideicomisaria condicional, consistiendo la condición en el cumplimiento de los tres requisitos previstos en la cláusula; que tal sustitución fideicomisaria afecta a la legítima del hijo natural, que por esta causa podría impugnarla para que se declarase libre de tal traba la tercera parte de la herencia en que consiste la legítima de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 842 del Código Civil y que en realidad el problema de fondo que se plantea es el de quién debe representar a los sustitutos fideicomisarios en los actos de partición; que si el heredero hubiese exigido la entrega libre de su cuota legitimaria —lo que no ha ocurrido— plantearía un problema idéntico al que ha originado la nota sobre la adjudicación para pago de deudas, y nadie dudaría del

indiscutible derecho del heredero a tal exigencia; que al carecer de solución legal la cuestión planteada ha dado lugar a un amplio abanico de soluciones por parte de la doctrina, y que de entre ellas la mejor fundada en derecho por su mayor sentido práctico y claridad es la que entiende que puede el fiduciario por sí solo, sin intervención de nadie, representar a los posibles fideicomisarios y realizar los actos particionales, siempre que exista una garantía de formación de inventario con intervención judicial; que en el caso que se estudia, en el que existe la garantía de dicha formación de inventario, valoración y partición hecha por un contador-partidor y aprobada judicialmente, la adjudicación para el pago de deudas realizada parece la forma más práctica de resolver el problema, ya que evita que por ejecución de los créditos desaparezcan los bienes raíces, causando el máximo perjuicio a los fideicomisarios condicionales.

Resultando que el Presidente de la Audiencia recovó la nota del Registrador, declarando que el defecto 1.º señalado en la misma plantea el importantísimo tema de la persistencia individualizada del patrimonio hereditario, o sea, si es compatible el concepto residual de la herencia con la idea de sucesión universal, de forma que aunque se pierda el beneficio de inventario y sobrevenga la responsabilidad *ultra vires* no desaparece la autonomía del patrimonio hereditario; que en nuestro Derecho histórico, tras la aceptación, haya o no beneficio de inventario, persiste el principio de la individualización del patrimonio del causante al decirse no haber herencia sino en el residuo (partida 7.ª, 33, 8), principio que prevalece hasta la codificación e incluso en la jurisprudencia, que lo considera principio general del Derecho; que si bien al publicarse el Código Civil se generaliza en la doctrina la idea de la confusión del patrimonio hereditario con el patrimonio del heredero (sistema francés), no puede desconocerse el principio de autonomía, e incluso en el supuesto de heredero único, como principio de derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado; y admitir lo contrario sería admitir la disolución del patrimonio hereditario sin base en ningún precepto legal, abandonándola a la voluntad de los particulares; que del artículo 1.003 del Código Civil no cabe deducir que por la aceptación pura y simple el heredero pase a responder con todos sus bienes, confundiendo indiferenciadamente el propio patrimonio con el patrimonio hereditario, sino que este artículo quiere decir que el heredero es ante todo responsable de las cargas de la herencia con los bienes de ésta, y si acepta pura y simplemente es además responsable *ultra vires*; que la responsabilidad es independiente del fenómeno sucesorio en sí, reforzando la garantía del acreedor y afectando a la titularidad del patrimonio responsable, pero no a su estructura en cuanto soporte de responsabilidad y garantía de los acreedores; que, como afirma el Notario informante que protocolizó las operaciones particionales, lo que se hereda es el conjunto de bienes del causante después de pagar las deudas hereditarias, y que además, al existir legatario de parte alícuota y varios legados específicos, es imprescindible la determinación del contenido económico de la herencia; que en cuanto al segundo defecto cabe invocar el artículo 14 de la Ley Hi-

potecaria y 82 de su Reglamento porque no estamos ante el supuesto del heredero único; que deben considerarse como válidas las operaciones realizadas por el contador designado en juicio universal para determinar el patrimonio líquido y consiguiente hijuela y adjudicación para pago de las deudas hereditarias, hechas a título de encargo o fiducia, por ser actos puramente particulares y adjudicaciones de las llamadas propias, como resulta de varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que cita y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1946, que en cuanto al tercer defecto, las limitaciones impuestas en la cláusula de institución de heredero, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, no pueden recaer sobre los bienes que no son adjudicados al heredero en pago de su haber hereditario, sino, en definitiva, para pago de los acreedores, a los cuales no pueden afectar tales limitaciones que el propio causante no podría establecer frente a ellos; que las referidas limitaciones han de recaer sobre las inscripciones que se efectúen en favor del heredero en pago de su haber hereditario (art. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento), pero no sobre los bienes adjudicados al mismo a título de simple fiduciario para pago de las deudas del causante, y en cuanto al último defecto está fuera de la función calificadora del Registrador, aparte de que la protección a los posible reservatarios no tiene objeto, dado que se han personado en el juicio universal y renunciado a todo derecho.

*Doctrina.*—«Considerando que en este recurso gubernativo, y antes de entrar en el estudio de las cuestiones que aparecen señaladas en la nota de calificación, se hace necesario advertir —dada la repercusión que forzosamente habría de tener— que no se entra en el examen de la incidencia que sobre el punto central del recurso pudiera presentar la intangibilidad de la legítima del que en diversos pasajes del expediente aparece como hijo natural del testador, pues aparte de que no ha sido materia de recurso, de los documentos aportados se deduce además que sobre su estado existe o ha existido contienda judicial, cuyo resultado final no aparece reflejado en el expediente.»

«Considerando que, entrando en el fondo del asunto, procede dilucidar el primero de los defectos señalados, a saber, si cuando el heredero ha aceptado la herencia pura y simplemente cabe formalizar una hijuela especial para el pago de las deudas de la herencia y de los legados dispuesto por el testador, en la que los bienes en ella incluidos pueden ser enajenados libremente para cumplir estas obligaciones, con lo que parece podría vulnerarse la voluntad del causante, que ha establecido una prohibición general de disponer hasta tanto se cumplan los eventos que en el testamento ológrafo se indican.»

«Considerando que la responsabilidad ultra-vires es el efecto primordial de la aceptación pura y simple de la herencia por el heredero, ya que, tal como establece el artículo 1.003 del Código Civil, queda responsable de todas las cargas de la misma, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios; mas en relación con este expediente lo que interesa ahora examinar es si nuestro Derecho adopta igualmente el sistema de confusión de los dos patrimonios —el hereditario y el del heredero—, con

la consecuencia de formarse una sola masa para toda clase de acreedores, o si, por el contrario, se inclina por la separación del patrimonios, en base al conocido principio de que « primero es pagar y luego heredar.»

«Considerando que aun cuando la cuestión tiene dividida a la doctrina patria, e incluso una mayoría opta por la tesis de la confusión de patrimonios, en base principalmente a los artículos 659 y 660 del Código Civil, un detenido estudio de sus preceptos y de otros Cuerpos legales lleva a la conclusión contraria, ya que: a) el artículo 1.023-3.º del Código Civil establece la confusión de los bienes particulares del heredero con los que pertenezcan a la herencia sólo cuando lo sea en «daño de aquél», de lo que se deduce que no opera en daño de terceros, como son acreedores y legatarios, para los cuales el patrimonio hereditario debe permanecer inalterado, lo que es perfectamente congruente con el sistema, ya que de no ser así podría unilateralmente el heredero, según la postura que adopte—aceptación pura y simple o a beneficio de inventario—, actuar con posibilidad de perjudicar los derechos de los acreedores; b) el régimen de concurso o quiebra, o las normas imperativas sobre prelación de créditos de los artículos 1.921 a 1.925 del Código Civil, quedaría su aplicación a la voluntad del particular, si se confundieran los patrimonios con la obligada secuela de que concurrirían los acreedores del causante y del heredero sobre el nuevo patrimonio formado y con la nueva prelación que correspondería; c) las facultades de intervención que a los acreedores hereditarios se confieren en la Ley de Enjuiciamiento Civil —juicio de testamentaria— para lograr el pago o aseguramiento del importe de sus créditos sobre el patrimonio del causante, y todo ello aunque el heredero no se haya acogido al beneficio de inventario o lo hubiese perdido.»

«Considerando que en este caso concreto resulta además que la adjudicación de bienes para pago de deudas realizada era inexcusable para señalar el derecho de la legataria de parte alícuota en usufructo, pues hasta que no se determine el verdadero haber de la herencia, una vez satisfechas las deudas y los legados de cantidad ordenados por el testador, no cabe fijar con seguridad su derecho, todo lo cual viene a confirmar una vez más la vigencia en nuestra legislación del principio de separación de patrimonios indicado en el Considerando anterior.»

«Considerando, en cuanto al segundo defecto, que al poder promover, según el artículo 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el legatario de parte alícuota el juicio voluntario de testamentaria, equiparándose en este aspecto al heredero, y ser por tanto al menos dos los interesados, no entran en juego los artículos 14-3.º y 16 de la Ley Hipotecaria, que se refieren al supuesto de heredero único, y dentro de este juicio las facultades del contador nombrado se extienden—con las garantías que los preceptos de la Ley Procesal establecen—a todos aquellos actos particionales encaminados a la liquidación y realización de las operaciones sucesorias, entre las cuales, sean o no parte los acreedores, se comprende, según se deduce de la lectura de los preceptos legales, la de afianzar o garantizar el importe de sus créditos, como se ha pretendido hacer en el presente caso a través de la formación de la hijuela para pago de deudas, que permitirá,

una vez cumplido el encargo, determinar el derecho de la legataria de parte alícuota de usufructo, sin que por ello, en principio, se haya vulnerado la voluntad del testador, ya que la prohibición de enajenar establecida sólo recaerá sobre la herencia, entendiéndose por tal la que reste una vez satisfechas las obligaciones que pesaban sobre el patrimonio del causante.»

«Considerando que recaída la prohibición de enajenar sobre aquellos bienes hereditarios que restan una vez que con cargo a los otros se hayan pagado las deudas de la herencia, se ha de entrar en el estudio del punto central del recurso—defecto tercero—con el que los dos primeros están íntimamente relacionados, y que hace referencia a la cuestión de quién tiene las facultades para realizar esa liquidación y consiguiente adjudicación de bienes de la hijuela especial, y a este respecto ha de partirse de que son en principio los herederos y copartícipes del patrimonio hereditario los que tienen, salvo disposición testamentaria o legal en contrario, la plenitud de los poderes en orden a la administración y partición de la herencia, que habrá de realizarse con las debidas garantías para que los que ostenten un interés o un derecho en la sucesión, como, en este caso, los favorecidos por la prohibición de disponer, no puedan ver alterados, disminuidos o incluso eliminados sus expectantes derechos.»

«Considerando que, a excepción de algunas Compilaciones Forales, hay que reconocer que en nuestro Derecho se adolece de una falta de regulación sistemática de la materia, o incluso de carencia de normas, lo que hace difícil la busca de solución adecuada, y por ello la doctrina pretende—no sólo en este supuesto concreto de pago de deudas y cargas, sino en el más amplio de enajenación para reemplazar unos bienes por otros—, a través de diversos medios con fundamento en preceptos legales, obtener un resultado positivo a través de la autorización judicial correspondiente—artículo 804 del Código Civil en relación con el artículo 186 del mismo Cuerpo Legal—, o mediante subasta pública, en los casos de ab-intestados y juicios de testamentarías—artículo 1.097 en relación con el 1.093 y 1.031 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

«Considerando que es fundamentalmente en este recurso atenerse a lo declarado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1968, al examinar, como consecuencia de la contienda que se planteó, la que el causante denomina «reserva troncal» en su testamento ológrafo, y que nuestro más alto Tribunal, confirmando la interpretación de la Audiencia (Sentencia de 21 de febrero de 1967) al fijar su sentido y alcance, y en base al artículo 675 del Código Civil, entiende que la voluntad del testador no fue condicionar la institución de heredero, sino gravar al que designa, y ya como propietario de los bienes hereditarios con una prohibición de enajenar, inscribible al amparo del artículo 7 del Reglamento Hipotecario, hasta tanto no haya contraído matrimonio canónico, tenga hijos legítimos que hayan cumplido la edad de quince años y no haya dispuesto mortis causa en favor de estos hijos legítimos.»

«Considerando que, indicado lo anterior, es de observar que en las operaciones de liquidación de la herencia del causante han intervenido, además de la legataria de parte alícuota que promovió el juicio de testamentaria,

el heredero único instituido y los hermanos del testador favorecidos por la prohibición de enajenar impuesta por aquél, sin que el Contador designado judicialmente se haya extralimitado en su función, pues de acuerdo con el artículo 1.077 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de la relación de bienes y de su avalúo, puede, al realizar la liquidación, como parte de ella, proceder a garantizar a los acreedores el pago de las deudas, lo que ha formalizado a través de la hijuela especial para pago, y que ha sido aprobada por los interesados, expresamente unos y no oponiéndose al desentenderse de la cuestión los otros, quienes—según consta en el mencionado juicio de testamentaría—presentaron escrito por el que se apartaban de dicho juicio y renunciaban al derecho de designar contador-partidor porque no mantenían intereses de ninguna clase en el mismo, dado el fallo dictado por el Tribunal Supremo sobre la interpretación del testamento de su hermano y causante.»

«Considerando que confirma lo anterior la reiterada doctrina de este Centro de que constituye un acto particional la adjudicación de bienes a un heredero para pago de deudas y obligaciones de la herencia, y en especial por la similitud con el supuesto de este recurso, habría que citar las Resoluciones de 16 de septiembre de 1910 y 19 de septiembre de 1929 que declararon inscribibles los bienes incluidos en aquella hijuela especial que no estaban sujetos en cuanto a su adjudicación y enajenación a la prohibición general de disponer establecida por los respectivos causantes en sus testamentos.»

«Considerando, por último, en cuanto al cuarto defecto, por cierto no recurrido por el interesado, pero tratado por el Auto Presidencial y apelado por el funcionario calificador, aunque en estrictos términos no debiera examinarse, cabe indicar por razones de economía procesal que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento no es materia propia de la calificación registral el exigir la justificación de que los bienes inventariados hayan sido valorados con arreglo a determinados criterios dictados para fines diferentes como pueden ser los fiscales.»

«Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revocó la nota del Registrador.»

### *Consideraciones críticas*

En forma muy general podría comenzar mi comentario estimando que se trata de una Resolución difícil, en la que late una situación de fricción de competencia salvada con una delegación y que, por ello, hubiera necesitado una mayor meditación para dar resueltos una serie de problemas que no lo están. No se si la desmesurada extensión que ha querido darse a la misma es la causa de la oscuridad, pero si se percibe en ella como parte de una inicial solución y a la misma quiere supeditarse todo lo demás y ahí está, a mi humilde entender, el fallo de la misma.

De las múltiples cuestiones planteadas se ve claro que hay una que mediatiza a todas las demás: la responsabilidad, la confusión de patrimo-



nios y el beneficio de inventario. Y lo curioso es que, puesto en tela de juicio el problema sigue siendo discutible y opinable. Tampoco queda nada claro si en el caso que ocupa a la Resolución puede hablarse con plena seguridad de que no existe un heredero único, pues a la dificultad constructiva de lo que es un legatario de parte alícuota se une en la presente ocasión el que el mismo lo es solamente de usufructo. Desdibujada queda la partición judicial y falta de precisión las verdaderas facultades del contador-partidor. Modestamente creo que no se ha sabido interpretar debidamente la voluntad testamentaria y ello arrastra una serie de inconsecuencias. La falta de precisión de lo que debe entenderse por «reserva troncal» provoca también una serie de cuestiones que quedan sin solución. Por último, forzado por el auto presidencial el cuarto defecto que no se recurre, se soluciona contra lo previsto en el artículo 108 del Reglamento Hipotecario. Lo que podría ser un impulso extensivo, se convierte en la Resolución en un incumplimiento de norma, además con una cita equivocada del artículo 99 del Reglamento Hipotecario que nada tiene que ver en este lugar, pues el documento no era judicial.

Esta penosa impresión primera, desgraciadamente se irá arrastrando en mi comentario que, en esta ocasión, lo ajustaré al orden en que vayan apareciendo los defectos de la nota calificadora.

Es importante destacar cómo el documento que pretende tener acceso al Registro tiene antecedentes judiciales en el buen sentido de la palabra, ya que antes de plasmarse notarialmente le precede una sentencia del Juzgado de Primera Instancia, de Barcelona, en la que se atiende la petición del heredero X. X., que promovió juicio ordinario declarativo a efectos de que fuera declarada la nulidad de la «reserva troncal» testamentaria y la prohibición de disponer. También se había formulado por los hermanos del testador otra demanda ante un Juzgado de Madrid pidiendo la nulidad del reconocimiento del hijo natural X. X. Igualmente se habían planteado dos cuestiones procesales de cierta importancia, siendo una consecuencia de la otra. La legataria en usufructo de parte alícuota había promovido juicio de testamentaría en la que fueron citados los hermanos del testador como partes interesadas, los cuales, al enterarse de la solución dada por el Juez de Barcelona, interpusieron recurso para revocar la sentencia dictada y lograr un pronunciamiento favorable. Realmente lo que logran es que la Audiencia de Barcelona estime que es válida la institución de heredero con la limitación testamentaria y que los demandantes no son herederos hasta que se cumpla la condición suspensiva. Esta solución la confirma el Tribunal Supremo el día 29 de octubre de 1968 en el recurso de casación correspondiente.

Mientras todo esto sucede, el juicio de testamentaria que promueve la legataria de parte alícuota tiene su fin el día 28 de junio de 1974 en el que se dicta auto por el que se aprueban las operaciones particionales por un contador-partidor designado para el acto, y en el que prestan conformidad el heredero, la legataria de parte alícuota y los hermanos del testador que renuncian a su derecho «por no mantener interés de ninguna clase». El auto es protocolizado por el Notario José Luis Martínez Gil en el año 1974.

Al llegar a este punto—y por supuesto haber manejado solamente esa especie de resumen que ofrece la publicación oficial sin poder percibir la realidad de la documentación original—pesa sobre mí aquella vieja opinión de LA RICA («Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario». Modificaciones, 1949, pág. 137), quien decía al comentar el artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 83 del Reglamento, que no siempre era precisa una «sentencia firme» para inscribir una partición judicial, ya que si la partición se efectúa por los contadores-partidores nombrados en el juicio universal y los interesados no se opusieren (como parece ser el caso presente), o, si se opusieren, llegaren a un acuerdo en la Junta convocada al efecto el título inscribible no será la sentencia firme, sino la COPIA NOTARIAL DEL ACTA DE PROTOCOLIZACION de las referidas operaciones particionales. en las que se insertará el auto judicial aprobándolas y mandándolas protocolizar.

De ahí que, para mí, suponga cierto asombro la nota calificadora que habla de «escritura» de protocolización de expediente judicial de aprobación de operaciones hereditarias, cuando como me enseñó NÚÑEZ LAGOS («Hechos y derechos en el documento público». Madrid, 1950, pág. 387) y los artículos 211 a 215 del Reglamento Notarial, que la esencia de la protocolización supone la incorporación de un documento privado que contiene un negocio jurídico a un protocolo notarial. La actuación del Notario se refiere a meros hechos y no a relaciones jurídicas. En la protocolización de documentos privados el Notario asegura para el futuro la identidad del documento que le entregan e incorpora a su protocolo y el «acta» que levanta, haciendo constar este hecho, como es documento público, le comunica «ex nunc» fecha fehaciente al documento privado.

De ahí que también me haya causado asombro cómo en los resultados de la Resolución comentada aparezca la referencia al informe emitido por el Notario autorizante del documento, ya que en este caso, aun no siendo recurrente, como dice el artículo 115 del Reglamento Hipotecario, la nota recurrida no atribuye al instrumento «defectos de redacción o autorización», pues el Notario se ha limitado a aceptar el requerimiento, cumpliendo de paso con la orden judicial, declarando que recibe el documento y que lo incorpora al protocolo, sin que su intervención avale la validez del mismo. Este resumen de postura que mantengo en otra ocasión («Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral», Madrid, 1977) no contradice en absoluto lo que dispone el artículo 211 del Reglamento Notarial, en el cual el «examen» exigido del documento a protocolizar no pasa de ser un examen formal, más con la finalidad de reclamar documentos complementarios, como dispone el artículo 130 del mismo Reglamento, que con la facultad fiscalizadora y calificadora sobre la validez y eficacia del documento que se pretende protocolizar. De ahí que, en mis conclusiones, opinase que ni la intervención del Juez ni la del Notario eran, en este caso concreto, un garantía de legalidad y que ésta se desplazaba en último extremo a la decisión del Registrador, que con su facultad calificadora podía llegar al fondo del problema, cosa que no habían podido lograr los otros funcionarios y que expresamente viene reflejada en el Real Decreto de 3 de enero de 1876, que se refería al peligro

de la inscripción de cualquier documento obtenido por el fácil medio de un acto de jurisdicción voluntaria o de una providencia dictada de plano a instancia de una sola parte. Entiendo que esto debe ser así, para dejar sin justificación ese informe notarial que relega a segundo plano al que se le pudo pedir al Juez o Tribunal «que conociese de los autos o del expediente» en que se hubiese acordado el asiento suspendido o denegado, conforme al artículo 115 del Reglamento Hipotecario.

#### A) *Aceptación hereditaria y efectos.*

La tesis registral, que prácticamente sostiene el recurso en su primer defecto, es que aceptada la herencia pura y simplemente por el heredero se opera, conforme al artículo 1.003 del Código civil, una especie de confusión de personas y patrimonios, quedando el heredero responsable de las deudas de la herencia no sólo con los bienes de la misma, sino con los suyos propios. La tremenda consecuencia de esta afirmación —creo que en principio impecable— es que no procede ninguna adjudicación al heredero de bienes de la herencia para pago de deudas hereditarias y testamentarias. El heredero responde sin necesidad de que se le adjudiquen bienes para el pago. Es un problema de responsabilidad y no de adjudicación. No hay desplazamiento de la responsabilidad a la posible legitimación.

Lo que sucede es que esta tesis ofrece interrogantes cuando entran en juego legatarios de parte alicuota, acreedores y otras diversas causas. Digo esto porque en el caso de «heredero único» la problemática desaparece, aunque en el presente caso subsista dado que es discutible si de verdad estábamos ante un supuesto de heredero único, cosa que trataremos posteriormente.

La tesis notarial —y por supuesto la de la Dirección— es que lo que se hereda es el conjunto de bienes del causante después de satisfechas las deudas de la herencia y que existiendo legatario de parte alicuota, se hace imprescindible la determinación del contenido económico de la herencia, por lo que procede la adjudicación para pago de deudas. Para apoyar esta tesis se citan tres fundamentales argumentos: el del artículo 1.023, 3.º, del Código civil, el de la normativa sobre suspensión de pagos y quiebras o la prelación de créditos y las facultades de intervención que a los acreedores hereditarios se confieren en la LEC para lograr el pago o aseguramiento de los créditos sobre el patrimonio del causante. En el auto presidencial se argumenta entendiéndose que no puede desconocerse el principio de autonomía del patrimonio hereditario, sin que a ello se oponga el artículo 1.003 del Código civil, el cual quiere decir que el heredero es ante todo responsable de las cargas de la herencia con los bienes de ésta y si acepta pura y simplemente es además responsable «ultra vires».

Sería innecesario recordar que sobre este punto concreto PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS («La herencia y las deudas del causante», Tratado práctico y crítico de Derecho civil, Madrid, 1967) había mantenido sobre los aforismos de que «primero es pagar que heredar» y que «no hay herencia sino en el residuo»,

que el heredero normalmente responde sólo con la herencia, siendo la responsabilidad «ultra vires» una incidencia en la liquidación del patrimonio hereditario, la cual se presenta, por consiguiente, como efecto independiente del fenómeno sucesorio (responsabilidad «intra vires»). El patrimonio del causante persiste siempre individualizado, por razón de su afectación a las deudas y cargas hereditarias, a través de las distintas vicisitudes de la crisis de su titularidad.

Creo que adentrarse en este problema es incidir en uno de los poco acertados argumentos que contiene la Resolución, pero habrá que tratar de resolverlo aunque sea en forma incidental. Interesa destacar cómo la mayor parte de la doctrina se inclina en contra de la tesis de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS y concretamente ANGEL CRISTÓBAL MONTES («La separación de los bienes hereditarios», Caracas, 1970), el cual combate muy acertadamente la tesis sobre la base de que si el heredero responde «intra vires» con preferencia frente a los acreedores hereditarios, debe aceptarse también como contrapartida lógica que sobrevenida la responsabilidad ilimitada del heredero, sus acreedores particulares tendrán preferencia sobre las bienes personales del mismo respecto a los acreedores del causante. Realmente aquí no creo que se deba plantear este problema, ya que sólo hay acreedores de la herencia, pero sí es importante descartar la interpretación «a sensu contrario» que la Dirección da al 1.023, 3.º, del Código civil, la cual no parece muy viable, pues si con el beneficio de inventario no se confunden patrimonios en daño del heredero, sin beneficio sí deben confundirse, sin que ni en uno ni en otro caso juegue la figura del tercero.

Creo que donde reside la problemática es en la «adjudicación para pago de deudas» y si para ella estaba facultado el contador-partidor que verifica la de la herencia y que es completamente distinto del que nombró el causante. Debe tenerse en cuenta que a través de esta adjudicación, de una parte, se incumple lo que podríamos llamar «ley de la sucesión» que es la voluntad del causante, y de otra, que su existencia se defiende más que con efectos sustantivos, con efectos determinativos de fijación de un legado de parte alícuota. ¿Era precisa la adjudicación de bienes al heredero para poder fijar el legado de parte alícuota? De ninguna forma, pues reconocidas, fijadas numéricamente (e incluso aseguradas con hipoteca) las deudas del causante y clarísimamente señalados los legados, era viable, posible y contablemente perfecto el señalamiento del haber hereditario que «quedaba al heredero» y al legatario de parte alícuota. Una cosa es la operación contable de la partición y otra la materialización que como consecuencia de ella deba o no realizarse para su viabilidad. Contar es una cosa, partir otra y adjudicar no es más que una consecuencia de la partición. ¿Pero era necesaria la adjudicación para pago de deudas de bienes afectos a una prohibición de disponer para que sea válida la partición? Si mantuviésemos la posición afirmativa creo que sobraría esa serie de disposiciones legales dentro del Código civil que atribuyen ciertos derechos a los acreedores para «oponerse» a la partición hasta que no se le pague o afiance su crédito (artículos 1.082 del Código civil) y para poder exigir el pago de sus créditos por entero de cualquiera de los herederos (artículo 1.084, 1.º). La pasividad de los acreedores

en este caso —no sé si citados o no en el juicio de testamentaria— estaba justificada por la garantía hipotecaria de sus deudas, que no exigían adjudicación de bienes para su pago, pues ya los bienes sobre los que recaía la hipoteca respondían con preferencia a la prohibición de disponer del testador. Adjudicar bienes para pago de deudas violando la voluntad testamentaria es dejar inútil e improcedente la voluntad testamentaria. No lo entiende así la Dirección ahora, ni en el año 1910, ya que su Resolución de 16 de septiembre señaló que para la liquidación de toda la herencia es preciso el previo pago de las deudas y obligaciones hereditarias y que las limitaciones acerca de la facultad de disponer impuestas por el testador a los herederos solamente alcanzan a los bienes que particularmente se les adjudiquen. Ratifica esta idea la Resolución de 19 de septiembre de 1929. Seguir esas ideas es exponerse a un fraude por simulación de deudas, a valoraciones fraudulentas de fincas, salvo que a esa adjudicación se le rodease de ciertas garantías, como puede ser una subsata al estilo del artículo 1.031 de la LEC.

Parece ser indudable que el contador partidor —en su intervención en el juicio de testamentaria— tiene una amplitud de facultades que van desde el inventario y avalúo de los bienes hasta su división, conforme al artículo 1.074 de la LEC. Lo discutible no es eso, ni su posible adjudicación para pago de deudas, sino si en este caso concreto podía haber hecho esa adjudicación o tenía que haber procedido de otra forma ante una institución de heredero de difícil interpretación, con una prohibición de disponer, con una legítima englobada en ella, con unos acreedores determinados, unos legatarios conocidos y unos posibles titulares de bienes de difícil precisión.

No se puede en estos momentos entrar a fondo en el examen de las figuras de «albaceas» nombrados en el testamento por el causante (y que según parece dejaron transcurrir el plazo para la ejecución testamentaria) y los contadores judiciales del juicio de testamentaria. Supongo que la problemática debe estar abordada por ALBALADEJO en su conocida monografía, pero entiendo que ese cargo de contador partidor de que habla la LEC engloba, por supuesto, las facultades del albacea y si aceptamos esto, la solución es muy otra de la que se defiende, pues no debemos olvidar que frente a ese artículo 1.003 del C. c. y 1.023, 3.º, del mismo cuerpo legal, hay un precepto bien claro sito en la sección destinada a los albaceas: si no hubiera en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados y *los herederos no lo aportaren de lo suyo*, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles y no alcanzando éstos, la de los inmuebles con intercepción de los herederos... El artículo es el 903 del Código civil y creo que permite explicar la «confusión» de patrimonios y el aforismo de que primero es pagar que heredar. Ese precepto y los que cita la Resolución de la Dirección General de los Registros (1.097 en relación con los 1.093 y 1.031 de la LEC) hubiesen sido la solución correcta del caso.

B) *Interpretación testamentaria y heredero único.*

Resulta sumamente aleccionador cómo tanto la Dirección General como el auto del Presidente, el informe notarial y el escrito del recurso intentan eliminar la figura del heredero único para evitar a toda costa la aplicación del artículo 14 de la Ley Hipotecaria y me imagino que para no contradecir los argumentos sostenidos en torno a la separación de patrimonios y la interpretación dada al aforismo primero es pagar que heredar. Cuando LA RICA Y ARENAL («Comentarios al nuevo reglamento hipotecario», 1949) se planteaba la determinación de cuando podía existir heredero único, ponía ciertos ejemplos en los que cabía la duda y, entre ellos, era precisamente el de la existencia de legatario de parte alícuota en base de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1940 y del artículo 152 del Reglamento Hipotecario. Posteriormente nosotros («Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral») coincidíamos en la misma idea, ya que el legatario de parte alícuota supone un llamamiento a bienes. De otra parte, el artículo 152 del R. H. —a los efectos de las anotaciones preventivas— establece que los de parte alícuota se consideran asimilados a los herederos. Ahora la Dirección añade un nuevo argumento y es el de que los «legatarios de parte alícuota» pueden promover el juicio de testamentaria y de ahí que queden asimilados a los herederos. Es pues evidente que en el caso que se trata parecía no tener aplicación el artículo 14 de la Ley Hipotecaria.

De todas formas hay mucho que hablar si el caso presente es tratable de la misma forma que si se ofreciese como un supuesto de «legado de parte alícuota», No debe olvidarse que aquí estamos ante un legado de usufructo «de parte alícuota», y si cuando se nombra —caso de que pudiera hacerse— un único heredero usufructuario y otro nudo propietario la institución se considera como única, es más evidente que en caso de un legatario en usufructo de parte alícuota de la herencia deberá ser admitida la existencia de heredero único y la aplicación del artículo 14 de la Ley Hipotecaria y el complementario de su Reglamento.

Lo que ya no está tan claro es si el contador nombrado en ese juicio tenía o no facultades para «interpretar la voluntad testamentaria» al ejecutar la partición. A mi entender es aquí donde reside la clave del asunto que con perfecta visión intuye el Registrador en su nota al decir que carece de atribuciones para interpretar la voluntad del testador y no someterse a lo ordenado por éste ni atenerse al sentido literal de las cláusulas testamentarias. El recurrente también lo viene a reconocer así al decir que, si bien es cierto que el contador-partidor fue nombrado por el heredero y no por el causante, por lo que carece de atribuciones para interpretar la voluntad del testador, *éste hecho no es por sí solo suficiente para denegar la inscripción solicitada.* Este argumento sin apoyo justificativo puede ser un buen tanto a favor de la tesis contraria, ya que reconocida la falta de facultad de interpretación, lo que posteriormente falla es la valoración de unas actuaciones que en vez de ajustarse a lo que dispone el testador se someten a la interpretación que el contador le da.

La Dirección General, partiendo de la base de que los que tienen facultades para realizar la liquidación son los herederos y copartícipes del patrimonio hereditario y que ésta deberá realizarse con las debidas garantías para los que ostenten un derecho no lo vean alterado, entiende que en dichas operaciones han intervenido todos los interesados y que la designación de contador por todos ellos —o por la mayor parte, con renuncia de otros— legitiman al mismo que no ha provocado ninguna extralimitación de funciones, ya que se ajustó a la interpretación que el Tribunal Supremo dio al testamento del causante. Creo que de ahí no pasa la Dirección General, aunque me suena haber leído en algún comentario a esta Resolución que la Dirección General se apoyaba en la garantía que suponía la aprobación judicial de la partición hecha. Habrá de volver a repetir que ni la intervención judicial, ni la notarial añaden ninguna garantía ni la prestan a un documento privado que se fabrica en un juicio de testamentaria. Se pueden cometer la mayor clase de barbaridades jurídicas —como demuestra en un peregrino caso que me tocó calificar y en el que semejanza de la Resolución de 16 de septiembre de 1910 se adjudicó la finca única de la herencia a un extraño—, y ni el Juez, ni el Notario pueden llegar al fondo del asunto. De ahí —y luego insistiré en ello— que el auto que aprueba la partición realizada en juicio de testamentaria no transforma en judicial el acto a efectos calificadores y, es más, el único funcionario que puede descubrir la falta de legalidad que pueda padecer el mismo es el Registrador.

Basándose, sin embargo, en una interpretación dada por el Tribunal Supremo a la voluntad testamentaria, se decide que los únicos interesados en la herencia, aparte de acreedores y legatarios, lo son el legatario de parte alícuota, el heredero y unos hermanos del testador, a uno de los cuales le había nombrado el mismo albacea junto con un sobrino. ¿Y el sobrino? ¿Eran todos los interesados en la herencia y sólo a éstos pertenecían los bienes en concepto de reserva troncal hasta que se cumpliera la condición impuesta? Para esto no hay contestación.

### C) *Prohibición de disponer, reserva troncal y condición.*

Leída con absoluto desapasionamiento la cláusula testamentaria es claro que se está ante una institución de heredero «condicional» (lícita o ilícita según admitamos que en ella iba o no incluida la legítima) y que hasta que se cumpla la condición el heredero no entrará en posesión de los bienes, los cuales fiduciariamente pertenecerán registralmente hablando a la «reserva troncal», y en todo caso esos bienes estarán afectos a una prohibición de disponer. Nada de esto es lo que el Notario informante dice, pues él parece ser que entiende que existe una sustitución fideicomisaria, siendo fiduciario el heredero y fideicomisarios condicionales los que pertenezcan a la «reserva troncal». El Presidente de la Audiencia elimina el problema no tratando del mismo. El Registrador en la nota dice que la inscripción debe hacerse a nombre de heredero con la prohibición de disponer condicionada (a mi entender la condición sólo afecta a la entrada en posesión de los bienes) y la pertenencia condicionada de la reserva troncal. La Dirección General, si-

guiendo pautas marcadas por la Sentencia del Tribunal Supremo, entiende que no hay condicionamiento en la institución de heredero, sino gravar al que designa con una prohibición de disponer hasta que la condición se cumpla. ¿Quién tiene razón?

Si tantas opiniones diversas se concentran y ponen en tela de juicio, cual es la que de verdad quiso el testador, es comprensible que el contador-partidor ni supiese lo que hacía ni cómo lo hacía. Ha sido una auténtica lástima que la Dirección General no se esmerase en la precisión de lo que debe entenderse por «reserva troncal», aunque de hacerlo hubiese tenido que ir en contra de la Sentencia del Tribunal Supremo del año 1968 y hubiese tenido que declarar no inscribible esa partición de bienes con formación de una hijuela para pago de deudas.

#### D) *Calificación registral.*

El ámbito de la función calificadora, en este caso concreto, debe ser amplísimo. Creo que ya lo he demostrado suficientemente en la publicación antes citada, pues al tratarse de un acto en el que no ha intervenido ninguna persona concedora de Derecho (pues ni Juez ni Notario entran en el fondo del asunto) cuantas mayores precauciones se tomen, mejor resultará aplicada la legalidad. El auto Presidencial —a pesar de que el recurrente reconoce el defecto— sale al paso quizá con pocas razones jurídicas de que el mismo no entraba en las funciones calificadoras. Yo entiendo que lo que no entraba en las funciones del Presidente era pronunciarse sobre un defecto no recurrido, pues no debe olvidarse que tanto el auto, como la resolución debe ser «congruente con las pretensiones deducidas», lo cual en este caso supone una violación del artículo 118 del Reglamento Hipotecario.

¡Vaya que sí entraba dentro de las funciones calificadoras la petición de justificación de deudas, de su vencimiento y aseguramiento y de esa infravaloración de finca que anuncia un acto fraudulento! Lo que sucede es que el Presidente entiende que los reservatarios y la protección de sus derechos no tenía objeto por haberse personado en el juicio universal y haber renunciado a su derecho. Lo que falta por saber es quién eran esos reservatarios, pues no ha quedado nada claro a qué reserva se refería el testador al hablar de la «troncal» y no estando claro o por lo menos probado quiénes eran los reservatarios, mal puede decirse que habían renunciado, sin saber si habían sido citados.

La función calificadora no llega a ser admitida sin discusión, pues en ninguno de los tres campos que se ejerce, el notarial, el judicial y el administrativo, se penetra en su esencia que no es otra que el velar por la seguridad jurídica y la protección de los intereses de terceros. El funcionario que no lo entiende ver así personaliza, casi diría paternaliza el documento, y ve en la calificación un ataque directo al mismo. En esto también tiene que avanzar el proceso renovador.



**Documento privado.—No es inscribible un documento privado referente a una cláusula testamentaria que fue inscrita en escritura de partición hereditaria en la que estuvieron de acuerdo las dos únicas interesadas.** (Resolución de 20 de octubre de 1976, «Boletín Oficial del Estado» de 30 de octubre de 1976.)

*Hechas.*—Resultando que doña María Aragón Díez otorgó testamento en Valladolid ante el Notario don Miguel Hoyos de Castro el 2 de febrero de 1959, en el que instituía herederos a sus hijos María del Carmen, José María, María Antonia, María Luisa, Fernando y María del Consuelo Orbaneja Aragón, que en la cláusula 2.ª establece una mejora a favor de sus hijas solteras María del Carmen, María Luisa y María del Consuelo consistente en el pleno dominio del piso principal derecha de la casa número 16 de la calle del Duque de la Victoria, de Valladolid, y el usufructo del resto de la misma casa, cuya nuda propiedad será adjudicada por sextas partes a sus hijos; que establece la mejora a favor de sus hijas mientras se conserven solteras, y si alguna se casase o profesare en religión perdería su parte que acrecería a las que sigan solteras, y si alguna quedase viuda o saliere del convento habiendo profesado volverá a participar de la mejora; que fallecida la testadora el 14 de marzo de 1963, doña María del Carmen y doña María del Consuelo Orbaneja Aragón otorgaron escritura de adjudicación de herencia ante el mismo Notario el día 4 de julio de 1963, en la que se declara que don José, doña María Antonia, doña María Luisa y don Fernando Orbaneja Aragón renunciaron de forma auténtica a sus derechos en la herencia de su madre; que doña María del Carmen y doña María del Consuelo Orbaneja Aragón aceptan la herencia y se adjudican en el pago de la misma por mitad la casa de la calle del Duque de la Victoria, número 16, de la capital, solicitando del Abogado del Estado y del Registrador de la Propiedad la liquidación del impuesto de Derechos Reales y la inscripción a nombre de las adjudicatarias; que la referida escritura causó, por lo que se refiere al inmueble citado, el asiento correspondiente, sin que en su texto se recogieran los particulares de la disposición de mejora contenida en la cláusula 2.ª del citado testamento; que doña María del Consuelo Orbaneja Aragón contrajo matrimonio el día 16 de mayo de 1969; que doña María del Carmen Orbaneja Aragón falleció en Valencia el 14 de abril de 1975 bajo testamento abierto otorgado en Valladolid ante el Notario don Iñigo Fernández y Fernández el 3 de marzo de 1966, del que resulta que instituye herederas por igual de sus bienes a sus sobrinas María y Ana Orbaneja Gil de Biedma, hijas de su hermano Fernando, dejando a su hermana María del Consuelo el usufructo vitalicio de todos sus bienes; que mediante instancia acompañada de los citados testamentos y escritura, así como de otros documentos complementarios, don Fernando de Orbaneja y Aragón, en representación de su hija menor Ana, y doña María Orbaneja y Gil de Biedma solicitaron del Registro se completara la inscripción del inmueble aludido a favor de sus actuales titulares registrales mediante la inscripción de las disposiciones testamentarias pertinentes, y asimismo que por nota

marginal se haga constar el matrimonio de doña María del Consuelo Orbaneja y Aragón, todo ello en aplicación *a contrario sensu* del artículo 217 de la Ley Hipotecaria, por cuanto la omisión resulta claramente del Registro y se hallan en el mismo los documentos que sirvieron para extenderlos.

Resultando que presentada en el Registro la referida instancia y demás documentación fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «DENE-GADA la inscripción solicitada en el precedente documento, que fue presentado según asiento 1.924, obrante al folio 248 del Diario 69, en cuanto a la transcripción de las disposiciones testamentarias que se indican en el mismo, por los siguientes motivos: A) La finca indicada en la precedente instancia, casa número 16, antes 18, de la calle del Duque de la Victoria en Valladolid, aparece inscrita en el tomo 1.066 del Archivo General, libro 396, del Ayuntamiento de Valladolid, folio 247, finca número 9.609, inscripciones 11.ª y 12.ª, en pleno dominio y por mitades indivisas, a favor de doña María del Carmen y doña María del Consuelo Orbaneja y Aragón, sin que en la inscripción 11.ª de herencia de doña María Aragón Díez, madre de las titulares registrales, por virtud de la cual se inscribió a favor de ellas la mitad de la finca en pleno dominio y la otra mitad en nuda propiedad (comprendiéndose en la 12.ª la extinción del derecho de usufructo de esa mitad), figure la condición o condiciones de las cláusulas testamentarias a que se refiere la instancia. Es decir, que figura inscrita en pleno dominio la totalidad de la casa a favor de las repetidas hermanas doña María del Carmen y doña María del Consuelo Orbaneja y Aragón, sin limitación alguna y además sin distinguir entre pleno dominio del piso principal y el usufructo de la misma casa que, por otra parte, tampoco parece constituida en régimen de propiedad horizontal.

B) Que estando los asientos del Registro, practicados en los libros que determinan los artículos 238 y siguientes de la Ley Hipotecaria, en cuanto se refieren a derechos inscribibles, bajo la salvaguardia de los Tribunales, los mismos asientos producen todos sus efectos mientras no se declara su inexactitud en los términos establecidos en la Ley (artículo 1.º, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria, y concordantes), y por ello es claro que los expresados asientos no pueden ser completados, modificados o alterados en forma alguna sin consentimiento expreso del titular registral o por mandato judicial.

C) Que al mismo resultado ha de llegarse aplicando el artículo 217 de la Ley Hipotecaria que el solicitante invoca, pues aun en el caso de que hubiera existido el error de concepto que el mismo alega, siempre resultaría la imposibilidad de rectificarlo cuando, como ocurre en este caso, el error no resulta de la propia inscripción, sin el consentimiento unánime de todos los interesados (e ineludiblemente del titular o titulares registrales) y del Registrador, o por una providencia judicial que ordene la rectificación.

D) Que la instancia presentada no reúne los requisitos de autenticidad, ni es título hábil para provocar los asientos que se solicitan y carece de nota de liquidación del correspondiente impuesto.

E) Que asimismo tampoco, y esencialmente por idénticos motivos, procede extender la nota marginal solicitada expresando la circunstancia de

haber contraído matrimonio una de las titulares registrales, ya que ello implica una modificación de las circunstancias que figuran en el asiento.

No procede, dada la naturaleza insubsanable de los defectos expresados, tomar anotación preventiva de suspensión que además no se ha solicitado.»

Resultando que don Fernando Orbaneja y Aragón, en la representación que ostentaba, y doña María de Orbaneja Gil de Biedma interpusieron recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegaron: que en cuanto al motivo A) de la nota, la falta de constitución del régimen de propiedad horizontal no es causa suficiente para oponerse a completar los asientos vigentes; que respecto a los motivos B) y C) cabe decir que para conseguir una rectificación no son los únicos medios posibles los que impliquen el consentimiento de los interesados y el Registrador o, en su defecto, la providencia judicial, sino que la legislación hipotecaria es más flexible, permitiendo arbitrar otros medios para la corrección de errores, tanto materiales como de concepto, y en este sentido cabe citar el artículo 321 de la Ley Hipotecaria; que en contra de la opinión del funcionario calificador, el error en el caso presente, resulta de la propia inscripción, al omitir la disposición testamentaria que debería haber recogido; que en cuanto al motivo D) ha de hacerse constar que el título en que se basa la pretensión no es la instancia que, efectivamente, no sería título suficiente para provocar los asientos que se solicitan, sino que el título fundamental es el testamento de doña María Aragón Díez, completado por la escritura particional, autorizados ambos instrumentos por el Notario don Miguel Hoyos de Castro; que el requisito de la liquidación de los derechos fiscales no es exigible en el supuesto que nos ocupa, pero que de haberlo sido sólo tendría carácter de derecho subsanable; que en relación con el último motivo puede rebatirse teniendo en cuenta que la celebración del matrimonio de doña María de Consuelo Orbaneja una condición resolutoria de la mejora instituida en el testamento y su constatación mediante anotación marginal es exigible basándose en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

Resultando que el Registrador informó que es equivocado el criterio del recurrente al sostener que la omisión de las cláusulas testamentarias fue un error que puede rectificarse por la sola actividad del Registrador, sin necesidad del consentimiento expreso del titular registral o de un mandato judicial; que en nuestro sistema hipotecario no es de transcripción del título, sino de inscripción, precedida de una calificación para determinar lo que debe tener acceso al Registro y lo que debe quedar fuera del mismo; que el Registrador califica el título, decidiendo —certera o equivocadamente— lo que debe constar en la inscripción, caso de resolverse afirmativamente; que si el Registrador, al verter el contenido del título al asiento, estima que éste no debe contener tal o cual expresión y la omite, el asiento quedará configurado de esa forma bajo la salvaguardia de los Tribunales, sin que pueda ser modificado, alterado o completado más que con el consentimiento del titular registral o por mandato judicial; que en este caso podrá existir un error en la calificación en cuanto al fondo del asunto, pero el asiento no será erróneo, puesto que expresa lo que se quiso, omitiendo lo que se estimó debía de omitirse; que, al contrario, cuando al calificar el título se

decide llevar al asiento determinadas cláusulas, y al extender éste se omiten, existirá un error formal en el asiento; que en ambos casos podrá existir una discordancia entre el Registro y la realidad que puede ser rectificada, pero el procedimiento es distinto, ya que en caso de error en el asiento deberá utilizarse el procedimiento prevenido en el título VII de la Ley Hipotecaria; pero que en el supuesto presente, en el que no existe error de asiento, la forma de rectificación sería de las comprendidas en el apartado D) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, por el que se exige el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial; que todo ello se deduce por varias consideraciones, tales como la presunción contenida en el artículo 38, 1.º, de la Ley Hipotecaria de que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo; que la rectificación se solicita en base a una segunda copia del título, habiéndose practicado el asiento a la vista de la primera copia, en la que cabe admitir la posibilidad de que en la nota de despacho se hiciera constar, al amparo del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, la no inscripción de la cláusula cuya inscripción se pretende, aun cuando dicha denegación parcial no conste en la nota marginal del asiento de presentación; que el artículo 79 del Reglamento Hipotecario que citan los recurrentes no exige al Registrador la transcripción de todas las disposiciones testamentarias, sino sólo de las que a su juicio calificador tengan trascendencia real inmobiliaria; que en el caso presente el funcionario calificador —que no era el mismo que ahora informa— pudo pensar que por la renuncia de los demás herederos, y al quedar como únicas interesadas en la herencia doña María del Carmen y doña María del Consuelo y ser mayores de edad, pudieron hacer la partición en la forma que tuvieron por conveniente, de conformidad con el artículo 1.058 del Código Civil, adjudicando los bienes de la causante sin sujetar su adquisición a las condiciones o cláusulas testamentarias, pudiendo pensar el Registrador que al ser las únicas interesadas en la herencia por renuncia de sus hermanos era ineficaz la cláusula testamentaria, calificación que será acertada o equivocada, pero no revisable por otro Registrador ni aun por el mismo; que a análoga conclusión llega la doctrina que se desprende de las Resoluciones de la Dirección de 9 de enero de 1923, 11 de noviembre de 1970, 28 de mayo de 1971 y otras muchas; que el error no se deduce de la propia inscripción, pues para ello sería necesario que fuera suficiente la lectura de ésta para apreciarlo, cosa que no ocurre; que al no aparecer la finca constituida en régimen de propiedad horizontal, tal constitución sería un requisito previo forzoso de las operaciones registrales que se pretenden, para el que también se precisaría el consentimiento de todos los titulares, o en su defecto la resolución judicial; que la instancia presentada carece de autenticidad, ya que la firma no está legitimada, ni puede considerarse como título hábil para practicar la liquidación del impuesto conforme exige el artículo 254 de la Ley Hipotecaria; y que respecto al último apartado de la nota debe alegarse que no constando inscrita la condición y denegándose la misma, no puede tener constancia registral por aplicación del artículo 23 de la Ley Hipotecaria la circunstancia de hecho que implique cumplimiento o incumplimiento de esa condición.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, declarando que si bien la mejora ordenada por la causante doña María Aragón Díez en su testamento está sujeta a condición resolutoria cuya inscribibilidad no puede ser puesta en duda, lo cierto es que en la inscripción de la finca de que se trata ha sido silenciada toda referencia a la misma, proclamando el asiento el pleno dominio «por mitad y pro-indiviso»; omisión que muy bien pudo ser ponderada por el funcionario calificador por entender que los herederos mayores de edad habían descartado la condición en la operación divisoria, actuando el pleno arbitrio que les otorgaba el artículo 1.058 del Código Civil.

*Doctrina.*—«Considerando que inscrita en el Registro de la Propiedad en base a una escritura de aceptación de herencia los bienes que la integraban a favor de las dos hijas y herederas, por haber renunciado los otros cuatro hijos a aquélla, la cuestión primordial que plantea este recurso es la de si puede atenderse la petición solicitada de completar en los libros registrales, por aplicación del artículo 217 de la Ley Hipotecaria, la referida inscripción mediante la transcripción de la citada cláusula contenida en el testamento de la causante, que no aparece reflejada en la mencionada escritura de aceptación, y en consecuencia tampoco en el asiento practicado.»

«Considerando que la omisión de las cláusulas testamentarias en el asiento de inscripción no puede entenderse en el sentido de haberse cometido un error de conceptos, al que se refiere el artículo 216 de la Ley Hipotecaria, ya que para que este error se produzca es necesario que en la inscripción se haya alterado o variado el verdadero sentido del título, lo que aquí no ha sucedido, ya que el asiento practicado ha recogido fielmente el contenido de la escritura de adjudicación de bienes.»

«Considerando que hay que destacar la hipótesis de un posible error en la calificación en cuanto al fondo del asunto por parte del Registrador que extendió en su día el asiento, pues aparte la independencia que estos funcionarios tienen en esta materia de calificación, como contrapartida a la responsabilidad aneja, es de observar en este caso que una vez estudiados los títulos —escritura de adjudicación de herencia y testamento de la causante— entendió el Registrador la procedencia de su ingreso en los libros registrales, pues no hay que olvidar que, de conformidad con el artículo 1.058 del Código Civil y por las renunciaciones habidas, las dos herederas mayores de edad —que eran recíprocamente las beneficiarias de las limitaciones establecidas— pudieron dejar ineficaz la cláusula testamentaria y distribuirse los bienes hereditarios en la forma que estimaran conveniente, ya que con esta actuación no contrariaban ningún interés público ni ocasionaban perjuicio a tercero.»

«Considerando que se está, pues, ante un asiento correctamente extendido que, de acuerdo con el artículo 1.3.º de la Ley Hipotecaria, se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales, y en el que cualquier rectificación o alteración que pretenda realizarse precisará, según el apartado d) del artículo 40 de la Ley, o el consentimiento de su titular o, en su defecto, resolución judicial, por lo que haya que concluir que no es medio idóneo para hacer constar las cláusulas limitativas establecidas por la causante, la ins-

tancia suscrita solamente por las dos nietas que, como herederas de su tía, quedan subrogadas en la posición jurídica que ésta tenía, sino que se requerirá además que lo consienta la otra titular registral, pues de lo contrario, y sin su conocimiento, vería alterado el derecho que tenía escrito.»

«Considerando que con lo expuesto ya no es necesario entrar en el examen de los restantes puntos de la nota.»

«Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.»

### *Consideraciones críticas*

En el lenguaje popular ha circulado siempre el axioma o el dicho de que «hecha la ley, hecha la trampa». El Conde de Romanones lo decía con más elegancia al entender que no le importaba gran cosa que sus adversarios políticos hicieran una ley, si a él le dejaban redactar el reglamento para su aplicación. Creo que lo mismo sucede con lo que podemos llamar «ley de la sucesión», que es la voluntad del causante expresamente manifestada a través de las formas testamentarias admitidas. Frente a esa ley está la «trampa» o el «reglamento» de la partición. Los herederos mayores de edad que tengan la libre administración de sus bienes pueden distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente (artículo 1.058 del Código Civil). Es más, aun estando ante un supuesto de testamento nulo, la voluntad de todos los herederos expresa o tacitamente manifestada, convalida cuantos defectos puramente formales hayan podido cometerse en su extensión, no pudiendo los Registradores de la Propiedad rechazar un testamento contra la voluntad de los que pueden acatarlo como válido, a no ser que el vicio que lo invalide constituya delito perseguible de oficio (Resoluciones de 26 de septiembre de 1904, 2 de agosto y 10 de septiembre de 1913).

Creo que estamos ante un caso claro en que los herederos estiman que la «ley de la sucesión» no es la justa y deciden con sus facultades participacionales hacer otra cosa de lo que el testador quería, claro que a base de renunciaciones. El que algo quiere, algo le cuesta. Todo ello provocó unas inscripciones que ahora se estiman erróneas y que quieren ser rectificadas sobre la base del artículo 217 de la Ley Hipotecaria.

Pero resulta que para llegar a la conclusión de la forma o manera de rectificar el Registro la Dirección General descarta la existencia de un error y libera de responsabilidad al Registrador que extendió los asientos en base de una calificación hecha en su día y que ahora defiende otro compañero en función de calificador de la instancia que pretende solucionar el error padecido. De ahí que, a mi entender, deberíamos deslindar dos posibles materias para con ello intentar lograr una claridad que no resplandece en la Resolución, pues se dan por demostrados unos hechos y unas circunstancias que no parecen tan claras para el comentarista. Distingamos, por ello, el poder de calificación registral y el medio idóneo de rectificación.

A) *El poder de calificación y el error registral.*

Vamos a prescindir de momento si el Registrador al extender el asiento procedió bien o mal, pues éste es un problema que da resuelto uno de los considerandos, pero que es preciso discutir. Lo que interesa ahora es aclarar si la calificación —certera o equívoca— del Registrador con su posterior extensión del asiento respectivo puede o no provocar lo que podríamos llamar un error de concepto. Deseo plantear esto teniendo en cuenta una de las afirmaciones que se hace por el Registrador que informa la nota de calificación, el cual dice que «al verter el contenido del título al asiento si el Registrador estima que éste no debe contener tal o cual expresión y la omite, el asiento quedará configurado de esta forma bajo la salvaguardia de los Tribunales sin que pueda ser modificado, alterado o completado más que con el consentimiento del titular registral o por mandato judicial; en este caso podrá existir un error en la calificación en cuanto al fondo del asunto, pero el asiento no será erróneo, puesto que expresa lo que se quiso, omitiendo lo que se estimó debía omitirse».

No sé si habrá algún autor actual que haya defendido con más insistencia la profundidad y extensión de la función calificadora, al estilo que lo he hecho en muy diversas ocasiones, pero suponiendo que lo hubiera, tendría forzosamente que salir al paso de la afirmación hecha por el funcionario informante a la manera que yo lo hago. Una cosa es la calificación censura, otra la calificación creación, otra la selección de pactos con trascendencia real, otra la eliminación de lo que es puramente obligacional, pero, cuidado, un error en la calificación, además de responsabilidad (artículo 296 de la Ley Hipotecaria), puede provocar un error de concepto clarísimo: «Cuando al expresar en la inscripción algunos de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido» (artículo 216 de la Ley Hipotecaria). Donde está —como luego veremos— la equivocación de la parte recurrente es en haber acudido al recurso gubernativo, pues lo que había que demostrar es que existía un error de concepto, pues ni el informe del Registrador, ni la Dirección General dan argumentos en contra, pues sólo hacen afirmaciones sobre la base de lo que pudo hacer o pensar el Registrador que calificó el título. Y esto dicho alegremente queda en una afirmación sin base en que apoyarse.

Cada maestrillo suele tener su librito al redactar los asientos registrales, pero aparte de las orientaciones legales y reglamentarias en este aspecto, y creo que mi contribución para unificar criterios, es evidente que conforme al artículo 79 del Reglamento Hipotecario (al que el Registrador le da una interpretación poco ortodoxa), la inscripción hereditaria ha de contener la referencia al título, a la institución de heredero, a la de legados, a las condiciones, a las limitaciones, etc. Todo ello, sin perjuicio, de que reflejado a continuación el acto particional se haga constar que queda sin efecto tal o cual institución de herederos por renuncia, tal o cual transmisión hereditaria por muerte, tal supresión de condición por expreso acuerdo de los herederos, etc. Con ello no quiero defender aquella opinión de algún ilustre compañero que entiende —sobre todo en materia de hipotecas— que deben

hacerse constar en la inscripción las cláusulas que se deniegan, pues eso ya se hace al pie del título y al margen del asiento de presentación. Una cosa es denegar o no inscribir una cláusula por no tener trascendencia real y otra que tal cláusula (con auténtica trascendencia real como era la mejora a favor de sus hijas mientras se conservasen solteras, viudas o exclaustradas) dejase de tener efecto no en base de una calificación, sino sobre la idea de una renuncia que dejó a las dos herederas como únicas interesadas en la herencia.

¿Qué hizo el Registrador? Y aquí todo son conjeturas, pues salvo que en los resultandos de la Resolución se afirme que la inscripción que se practicó se hizo «sin que en su texto se recogieran los particulares de la disposición de mejora contenida en la cláusula segunda del referido testamento», todo lo demás son suposiciones. No se puede averiguar si en la copia que originó el asiento el Registrador denegó la cláusula —como era su obligación conforme al artículo 434 del Reglamento Hipotecario— y debe haber base para opinar lo contrario —a pesar de las conjeturas favorables del informe y de la Resolución—, pues se afirma que tampoco consta la denegación en la nota marginal del asiento de presentación. Sobre estos hechos que denuncian una conducta registral poco correcta se montan unas conjeturas sobre lo que pudo pensar el Registrador, sobre la influencia que tuvieron las renunciaciones de los demás hermanos que «pudieron dejar ineficaz la cláusula testamentaria», etc., etc. ¿Cómo se puede saber lo que pensó el Registrador para proceder como procedió si no lo dice en ningún sitio? Que la cosa no tenía mayor importancia, que la cláusula de la mejora rozaba ese artículo 793 del Código Civil, que no podía haber perjuicio para nadie..., eso es otro cantar.

Si conforme al testamento se establece una institución de herederos y se mejora a dos de ellos en plena propiedad y en usufructo y resulta que todos los «no mejorados» renuncian, desaparece la mejora. Parece ser que esto es lo que estimó el Registrador, ya sin tener en cuenta la posible especialidad de la mejora y su «condicionamiento» de soltería. La renuncia de los hermanos hacía pura y simple la herencia. Creo que es un problema de interpretación testamentaria en la que se trata de favorecer a un estado de soltería, entendiéndolo que el matrimonio puede servir para «sacar adelante» a la heredera que dejase de ser soltera. Quizá sea mejor acudir a TIRSO CARRERERO («Comentario a esta misma Resolución», en R. Cr. Dr. Imb. 1977, número 523, pág. 1404), el cual, con mayor precisión, examina las posibles repercusiones de una mejora que aparentemente desaparece: «Pero esto era sólo aparentemente, porque la mejora conforme a los términos del testamento no era una mejora normal y en pleno dominio de cosa cierta, sino que tenía los condicionamientos que ya sabemos, y porque en cuanto al resto de la casa, excluido el piso principal derecha, era mejora de usufructo probablemente con derecho de acrecer entre las mejoradas (usufructo sucesivo en cuanto a la totalidad sin consolidación hasta la muerte de ambas). Estas particularidades de la mejora obligaban a cierta atención en el momento particional porque debía realizarse una adjudicación especial del piso principal derecha y del usufructo del resto de la casa en pago de la mejora, y sometida tal adjudicación especial a los condicionamientos de la misma,



o bien debía resultar claro que las herederas dejaban sin efecto la mejora y con ella sus condicionamientos y efectos posteriores...».

Y aquí ya cabe la conjetura contraria a la que parece llevarnos la Resolución y el informe registral. ¿Puede el Registrador dejar de incluir una cláusula testamentaria sin que a ella se renuncie expresamente por los herederos interesados en que se suprima? La conjetura que puede hacerse es más grave. Hay una escritura de partición, que es la que provoca la inscripción a favor de las dos hermanas «mejoradas» y en ella ya no se hace alusión a la condición. Es decir, la calificación previa hecha por el Notario autorizante de la escritura pesa en la actuación registral. O esto es así o el Registrador no vio el testamento, pues de haberlo visto hubiese condicionado la inscripción, como era su deber, o hubiese aconsejado una renuncia expresa por ambas herederas de la condición en base del artículo 1.058 del Código Civil. Por supuesto, la cláusula que no se incluye tenía «trascendencia real», pues condicionaba una titularidad en orden a sucesivas transmisiones, acrecimientos y posibles actos de viudedad, soltería y toma de estado religioso. ¿Midió estas consecuencias el Registrador al calificar el documento o se conformó con esa partición dirigida notarialmente prejuzgando la situación resultante? Y hago esta pregunta porque me resulta poco alentadora la «conjetura favorable» de lo que pudo y debió pensar el funcionario calificador.

#### B) *Forma de rectificar el Registro.*

No vamos a entrar en las diferentes modalidades que surgen cuando se producen errores o inexactitudes registrales, pues eso es materia de Tratados Generales. Aquí me interesa destacar cómo esto que sucede en la Resolución pudo ser un error de concepto y como tal podría ser rectificado con el consentimiento de los interesados y la conformidad del Registrador o acudiendo al juicio ordinario.

Lo que no puedo admitir en buena lógica son dos ideas que se mantienen en el informe registral y en la Resolución. La primera es una especie de herejía en la interpretación de las leyes y que me produce cierto desasosiego: «*El error no se deduce de la propia inscripción, pues para ello sería necesario que fuera suficiente la lectura de ésta para apreciarlo, cosa que no ocurre.*» Lo dice el informe registral. ¿Cómo es posible que una inscripción revele por la simple lectura que se ha cometido un error de concepto, si los errores de esta clase se deben a la variación o alteración de los contenidos en el título? Hará falta la comparación, el cotejo, algo que sirva de referencia, pues es difícil que una inscripción por sí —salvo errores materiales— revele por la simple lectura el error de concepto, sobre todo cuando éste tiene su origen en una alteración o variación del título.

Otra idea es que el asiento, tal y como está extendido, esté bajo la saivaguardia de los Tribunales y solamente quepa el recurso judicial para su rectificación, alteración o modificación. Extender imperativamente el artículo 1,3 de la Ley Hipotecaria hasta los casos en que se producen errores me parece excesivo, sobre todo cuando hay una sección o título en la Ley Hipotecaria que regula la rectificación de errores y tan error es la equivocación material

de una palabra, como la alteración o variación de su verdadero sentido, aunque trate de justificar cómo la cláusula, por no tener trascendencia real, no se incluyó en la inscripción.

Lo que sucede, y éste es otro cantar del problema cuestionado, es que el artículo 217 de la Ley Hipotecaria exige el consentimiento de los interesados en la inscripción —cosa que no ocurre en el presente caso— y la conformidad del Registrador, y aquí el recurrente inicia un camino equivocado, pues, pedida la rectificación en base de un posible error de concepto a través de la instancia y rechazada la misma por el Registrador en base de una serie de defectos que creo excedían de la materia cuestionada, debió dirigirse por el camino que señalaba el artículo 218 de la Ley Hipotecaria: el juicio ordinario. Creo que ya en algún comentario a otras Resoluciones hemos insistido en este punto, y así, fiándome de la memoria, cito la de 23 de enero de 1975, que resolvía un supuesto análogo al que ahora comentamos.

No quiero cansar al lector con la cita menorizada de ciertas resoluciones que utiliza el Registrador en su informe, pero quizá sí convendría hacer una pequeña alusión a las mismas, como son la de 9 de marzo de 1917 (sobre rectificación del estado civil de un otorgante viudo que figuraba casado), la de 11 de noviembre de 1970 (que centra la esencia del recurso gubernativo entendiendo que el mismo no es idóneo para la rectificación de errores), la de 28 de mayo de 1971 (que al aplicar la doctrina del principio de la salvaguardia de los Tribunales exige cierta aclaración en comparación con el supuesto planteado en esta Resolución comentada), la de 19 de septiembre de 1974 (sobre el problema o la trascendencia real de unas cláusulas de tanteo-retracto), de 27 de septiembre de 1974 (en la que se rechaza la rectificación de un error de calificación) y la ya citada de 23 de enero de 1975. Para mí sería fácil hacer una cita más concreta de todas estas Resoluciones, pues creo que todas ellas han sido comentadas por mí en estas páginas, pero prefiero que el que tenga curiosidad por ver mi reacción ante ellas se moleste en la busca, pues estoy casi seguro de que en ésta coincido plenamente con el criterio mantenido en las otras citadas.

**Compraventa.**—No es inscribible una escritura otorgada por el sustituto designado por el apoderado, en la que este último aparece como comprador de la finca vendida, ya que la facultad de sustitución supone una mayor confianza que no desliga al mandatario de sus obligaciones para con el mandante, de conformidad con lo previsto en el número 2 del artículo 1.459 del Código civil. (Resolución de 30 de julio de 1976, «Boletín Oficial del Estado» de 1 de octubre de 1976.)

**Hechos.**—Resultando que por escritura autorizada en Marbella el 2 de abril de 1974 por el Notario don Luis Oliver Sacristán, doña Guadalupe Corral García otorgó poder al recurrente don Francisco Corral Tarifa, confiándole, entre otras facultades, la de enajenar bienes de todas clases, incluso inmuebles; así como la de poder nombrar sustituto; que el apoderado señor Corral Tarifa, en uso de esta última facultad, sustituyó tal poder a favor de don Pedro Maldonado Aranda mediante escritura autorizada por

el Notario de Granada don Miguel Olmedo Medina el 11 de julio de 1974, con el número 1.461 de su Protocolo; y que por escritura autorizada por el mismo Notario de Granada en la misma fecha, con el número 1.462 de Protocolo, el sustituto don Pedro Maldonado vende al propio mandatario don Francisco Corral dos fincas urbanas sitas en Marbella por el precio global de 400.000 pesetas.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del presente documento por infracción de lo dispuesto en el artículo 1.459, número 2, del Código Civil. Defecto insubsanable.»

Resultando que don Francisco Corral Tarifa interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que no es de aplicación al presente caso el artículo 1.459, 2.º, del Código Civil, pues la prohibición contenida en el mismo no se refiere al supuesto en que el mandatario no actúa con la doble personalidad de comprador y vendedor, manifestándose en este sentido la Sentencia de 17 de junio de 1920, y citando también en apoyo de su tesis las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956 y 22 de febrero de 1958.

Resultando que el Registrador informó que el artículo 1.459 del Código Civil prohíbe taxativamente a los mandatarios adquirir por compra por sí ni por persona alguna intermedia los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados; que de los requisitos que el mismo Código establece en los artículos 1.445 y siguientes al tratar de la naturaleza y forma del contrato de compraventa, aplicados al caso controvertido, cabe decir que en el mismo no existe consentimiento, es decir, voluntad acorde de comprador y vendedor, compareciendo sólo en la escritura el mandatario y el sustituto, los cuales, ante el mismo Notario, en la misma fecha y número consecutivo de Protocolo, hacen la sustitución y la compraventa de las dos fincas, siendo evidente que si la voluntad de doña Guadalupe Corral hubiera sido la de vender sus bienes a don Francisco Corral, lo hubiera hecho al comparecer en la Notaría de don Luis Oliver en vez de limitarse a conferirle un poder; que por la forma de realizarse la compraventa resalta la connivencia de los otorgantes y la finalidad de la operación; que en relación con el precio señalado por mandatario y sustituto es muy inferior al real de las fincas urbanas objeto de la venta; que si conforme a la Sentencia de 23 de abril de 1960, «para el comprador la causa es la cosa y para el vendedor el precio», al fijarse éste en circunstancias tales que no corresponden al verdadero de las fincas vendidas, queda viciada la causa y provoca la carencia de requisitos esenciales del contrato; que es criterio reiteradamente mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la disposición del párrafo 2.º del artículo 1.459 es una protección de estricta moralidad a las personas que han confiado a otras la administración de sus bienes, establecida con carácter general para obviar las dificultades probatorias de cada caso concreto, produciendo su violación a nulidad de pleno del acto o negocio celebrado (Sentencias de 10 de marzo de 1953 y 27 de mayo de 1959).

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, declarando que es indudable que el mandatario, aun después de

nombrar un sustituto, sigue conservando su posición de representante a todos los efectos que le fueron conferidos, en tanto no los dimita, entendiéndose que la sustitución no desliga al apoderado de sus deberes frente al principal, es obvio que el recurrente no perdió en ningún instante esta condición y continuó encargado de la administración o enajenación de los bienes de su constituyente que fueron objeto del contrato, por lo que está incurso en la prohibición contenida en el número 2 del artículo 1.459 del Código Civil.

*Doctrina.*—«Considerando que, conferido por la propietaria de unos inmuebles a favor de otra persona poder para enajenarlos, con facultad por parte del apoderado de poder sustituir a un tercero en su lugar, la cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si es inscribible la escritura de compraventa otorgada en nombre de la vendedora por el sustituto designado por el apoderado, y en la que este último aparece como comprador de las indicadas fincas.»

«Considerando que es indudable que el hecho de nombrar un sustituto—acto para el que se hallaba debidamente autorizado— no desliga al representante o mandatario de este carácter frente a su mandante, en tanto no renuncie al mandato o se produzca alguna de las otras causas que provocan su extinción, circunstancias que no han tenido lugar en este supuesto, pues la facultad de sustitución viene a suponer, por el contrario, una mayor confianza personal en el mandatario para que pueda llevar a término el encargo o misión encomendada.»

«Considerando que al seguir ostentando el apoderado esta cualidad es indudable que no puede adquirir para sí los inmuebles de cuya administración y enajenación estaba encargado por entrar de lleno en la prohibición establecida en el número 2 del artículo 1.459 del Código Civil y no darse ninguno de los supuestos de autocontratación permitidos en nuestra legislación.»

«Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.»

#### *Consideraciones críticas*

El caso que resuelve acertadamente esta Resolución es el de evitar que por el lícito mecanismo de una sustitución de un poder se pueda violar una prohibición legal que impide al mandatario adquirir los bienes del mandante, conforme al artículo 1.459 del Código Civil. De ahí que nuestro comentario haya de estar muy circunscrito a lo planteado, separando la razón de ser de la prohibición y su consecuencia.

#### *A) Razón de ser de la prohibición.*

La razón de ser de la prohibición del artículo 1.459, 2 del Código Civil está en el conflicto de intereses que supone la figura del autocontrato y, que, en forma de una lógica aplastante, ofrece el Registrador en su informe: si la vendedora hubiese querido vender los bienes a su mandatario en vez de haberle dado mandato, le hubiese otorgado un documento de venta.

El problema no es esta razón de ser, sino si la misma subsiste en los posibles casos que pueden ofrecerse y a los que parece aludir el artículo 1.459 del Código al prohibir la venta a las personas que cita o verificarse la misma por «persona interpuesta», lo cual hace nulas las realizadas mediante testafierro, las simuladas, las con pacto de retro que ejercita posteriormente el mandatario, etc. Lo discutible es la figura de la «sustitución» en el mandato, pues parece que con ello se desprende el mandatario de su cualidad que pasa al sustituto y con ello se ve eliminada la razón de ser que impone la prohibición. Podría ser un caso con ciertas semejanzas el que cita, por ejemplo, BONET RAMÓN («Código civil comentado», 1962) en la jurisprudencia del artículo 1.459 y es cuando interviene en la venta el mandante representado por otro apoderado distinto del mandatario comprador, conforme dispone o soluciona la Sentencia de 17 de junio de 1920. Este caso, sin embargo, convendría perfilarlo más, pues la existencia de dos mandatos, sin revocación de uno de ellos, parece chocar con lo que dispone el artículo 1.735 del Código Civil, y con ciertos reparos sólo podría admitirse en aquellos casos de mandatos generales y de mandatos especiales para un cierto negocio.

Para la Dirección General es claro que el hecho de nombrar un sustituto, en base de una autorización expresa, no desliga al mandatario de ese carácter frente al mandante en tanto no renuncie o se produzca una extinción del mandato, suponiendo la sustitución una mayor confianza personal en el mandatario para que pueda llevar a término el encargo o misión encomendados. No sucede así con la doctrina jurídica, pues desde que HUPKA («La representación voluntaria en el negocio jurídico») separase los conceptos de sustitución y subapoderamiento, la problemática de la sustitución autorizada no queda plenamente perfilada en la norma española y en la documentación notarial. La distinción es sugestiva, bonita jurídicamente, y así PORPETA CLÉRIGO («Sustitución de poder», AAMN. 1945, tomo I, pág. 147) la divulga en España, entendiéndolo que la sustitución en sentido propio, por vía de transferencia o traspaso, supone una transmisión de facultades no revocable, quedando a virtud de ello automáticamente fuera de la relación jurídica el primer apoderado. El «subapoderamiento o delegación subordinada» es, por el contrario, una delegación revocable que deja intacta la posición del apoderado y le permite, además de conservar su primitivo poder, comportarse, desde todos los puntos de vista, frente al subapoderado como un verdadero poderdante.

Lo que sucede es que resulta sumamente difícil llegar en casos determinados a la averiguación de cuándo estamos ante un subapoderamiento y cuándo ante una sustitución. Sería problema de interpretación de voluntad, pues en la práctica notarial no se ha generalizado el término «subapoderamiento» y si el de sustitución y ello resulta peligroso, si se acepta la tesis de PUIG PEÑA, a quien sigue, por ejemplo, CASTÁN, quienes creen que el mandatario quedará desligado de la relación y no le alcanzará responsabilidad por la gestión del sustituto «cuando el mandante ha concedido la autorización para sustituir de manera genérica, esto es, sin determinación de la persona del sustituto, pues el nombramiento de éste también ha sido previsto y admitidos por el mandante, pero con la natural excepción del caso de tratarse de un sustituto notoriamente incapaz o insolvente, pues en tal

supuesto el mandatario habrá incurrido en culpa al hacer la elección y no podrá entenderse que haya completado la voluntad de sustitución del mandante. Todo ello sobre la base del artículo 1.721 del Código Civil.

A este respecto cita el autor referido las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1891, 16 de diciembre de 1897, 8 de mayo de 1920, 25 de enero de 1925 y en especial la de 14 de diciembre de 1943, que ponen de relieve que la transmisión se opera cuando el mandatario, obrando en nombre del mandante y en virtud de facultades por éste conferidas, con o sin designación de la persona del sustituto, traslada a otro las facultades de que fue investido, con el efecto de quedar desligado del mandato y puesto en su lugar el sustituto para actuar a nombre del mandante, en relación directa con él.

Entiendo que es forzada esta interpretación, pues el empleo genérico de la palabra «sustitución» no da pie para pensar que se trata de una verdadera sustitución y no de una delegación de facultades. Todo ello sin perjuicio del problema de la responsabilidad, pues se puede ser responsable por una actuación, sin perjuicio de que también lo sea o lo siga siendo el mandatario primero o el apoderado, sobre todo cuando elige a un incapaz o a un insolvente. Entonces la problemática de la sustitución sin designación de personas se debe aplazar hasta el momento en que se demuestre o no si el nombrado sustituto es incapaz o insolvente. No creo que puedan asimilarse los casos de sustitución genérica sin nombramiento, con los de sustitución hecha con designación de personas.

Si aceptásemos esta interpretación y no la que promueve la Dirección habría que trasladar la facultad de sustitución y su interpretación no al del negocio jurídico de apoderamiento o mandato, sino al propio en el que se verifica la sustitución y se materializa o subjetiviza en persona determinada y de los términos en que se verifique, podrá deducirse si estamos o no ante una sustitución o una delegación, pues si el apoderado dijese «y sustituyo en mis facultades a don ... que, por no ser incapaz e insolvente, me desliga de la relación de apoderamiento y me libera de responsabilidad...», la cosa quedaría clarísima, pero si no se hace así volvemos a quedarnos en la duda de qué es lo que se quiso realizar y, para mí es claro, que mandato y apoderamiento se extinguen por una serie de causas entre las cuales, por ahora, no existe la de la sustitución «propia».

#### B) *Anulabilidad o nulidad del acto.*

La Dirección General estima que el acto realizado es un supuesto que entra dentro del artículo 1.459 del Código Civil y que al realizarse contra esa prohibición —y no suponer un acto permitido como excepción a la prohibición de autocontratación— debe estimarse como acto nulo y no anulable. Es lo que viene a establecer la calificación registral al entender que se trata de un defecto insubsanable.

Existe en la doctrina jurídica una cierta tendencia a estimar que la llamada *convalidación* de actos que en principio estaban prohibidos, hace válidos los mismos. La práctica jurídica recoge innumerables casos de ese tipo y desvirtuando otros principios que deben ser tenidos en cuenta. Creo

que la idea penetra a través del caso del testamento nulo que por unánime voluntad de los herederos se le hace pasar por válido. Pero lo que tienen de posible justificación esos casos —y quede claro que no es la unanimidad de voluntades sino el principio de subsistencia de una voluntad testamentaria de imposible reproducción— encuentra poca argumentación con referencia a los demás.

Si los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley son nulos (artículo 6, 3.º, del Código Civil) y solamente los actos anulables pueden ser convalidados (artículo 1.310 del Código Civil), es muy difícil admitir que un supuesto que se califica como incluido dentro del artículo 1.459 del mismo Código, pueda entenderse convalidado con el consentimiento del poderdante. Aquél acto es nulo de pleno derecho y para que pudiera ser considerado como válido habría que estructurarlo en nuevo contrato en el que el poderdante enajenase la finca a su primitivo apoderado, sin el juego intermedio de la sustitución. Esta parece ser la idea que preside el recurso y su solución, aunque situado el caso dentro de la autocontratación podría haberse intentado imponer jurisprudencialmente una excepción, pero eso entra en el terreno de lo especulativo y en el caso concreto por las denuncias de connivencia que alega el Registrador, así como por la ausencia de un precio real, creo que aconsejaban no meterse en profundidades generalizadoras que pudieran cerrar las puertas para rechazar actos fraudulentos. Está bien así que el acto quede incluido en el artículo 1.459, sin perjuicio de que en el supuesto de que se presente otro caso semejante y las circunstancias sean distintas, pueda estimarse una dulcificación de la doctrina sostenida.

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### 1. LA LEGITIMACION DEL ADQUIRENTE DEL EDIFICIO PARA EJERCITAR LA ACCION DE RESPONSABILIDAD DECENAL

*(Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 abril 1977)*

SUMARIO: I. Los hechos. II. La sentencia del Tribunal Supremo. III. Consideraciones críticas: 1. La ruina del edificio por defectuosa construcción. 2. La naturaleza jurídica de la responsabilidad decenal. 3. La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal: A) Planteamiento del problema. B) El fundamento de la legitimación del adquirente del edificio. C) La fundamentación que da la sentencia que comentamos. D) Opinión personal.

#### I. LOS HECHOS

Edificaciones AB celebró con la promotora inmobiliaria SEA, S. A. un contrato de obra, por cuya virtud se construyó un inmueble, denominado "Edificio Colón".

SEA, S. A., vendió los diversos pisos del mencionado inmueble a diferentes personas. A los dos meses de la venta, aparecieron importantes defectos de construcción en los pisos. Estos defectos consistían en enormes manchas de humedad, que hacían inhabitables las habitaciones afectadas.

Don A. C., en su calidad de presidente de la Comunidad de Propietarios del "Edificio Colón", demandó a SEA, S. A. y a Edificaciones AB.

SEA, S. A., formuló las excepciones de acumulación impropia de acciones, falta de legitimación activa y pasiva, prescripción e improcedencia de las acciones, en el modo en que habían sido articuladas. Por todo ello, suplicó que se dictara una sentencia desestimatoria de la demanda.

El Juez de Primera Instancia de San Felú de Llobregat estimó la demanda de don A. C., y condenó a los demandados a realizar a su



costa las reparaciones necesarias en los pisos defectuosamente contruidos.

Se interpuso recurso de apelación. La Audiencia Territorial de Barcelona revocó la sentencia de Primera Instancia y condenó al demandado, Edificaciones AB, a realizar a su costa las reparaciones, y absolvió de todas las peticiones de la demanda a SEA, S. A.

Esta sentencia se fundamentó en las siguientes consideraciones (1):

1.<sup>a</sup>) Que, según dispone el artículo 609 del Código Civil, la propiedad se adquiere y transmite por la ley..., y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

2.<sup>a</sup>) Que por ello, en el presente caso, al comprar los miembros de la Comunidad de Propietarios los pisos del edificio defectuosamente construido, adquirieron una doble clase de derechos: los correspondientes a la condición de compradores frente a la entidad vendedora SEA, S. A.), y los referentes a la condición de propietarios, o sea, tanto los derechos reales sobre la cosa como los personales derivados de la relación jurídica contractual.

3.<sup>a</sup>) Que de ello ha de colegirse que la actora (la Comunidad de Propietarios, representada por don A. C.) puede ejercitar frente al constructor las acciones derivadas de la construcción defectuosa, "por razón de la subrogación legal en los derechos del anterior dueño de la obra en relación con dicho constructor".

Contra esta sentencia, la representación de Edificaciones AB interpuso recurso de casación por infracción de ley. Este recurso se basó principalmente en que la Comunidad de Propietarios sólo podía reclamar contra la vendedora (SEA, S. A.), en virtud del contrato celebrado entre ambas (la compraventa de los pisos del "Edificio Colón").

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Solamente exponemos los considerandos que tienen interés doctrinal.

*Considerando 7.º:* "Que en el motivo tercero del recurso se alega la infracción, por falta de aplicación y observancia, del artículo 1.257 del Código Civil y doctrina legal concorde, referente a la relatividad de los efectos del contrato, sosteniéndose que la Comunidad actora, por consecuencia del contrato celebrado con la vendedora (Promotora SEA, S. A.), y en cuyo contrato no intervino el llamado contratista, don A. B., no tiene acción contra el mismo para exigirle directamente el cumplimiento de otro contrato distinto de obra celebrado entre SEA, S. A., y don A. B., bajo unas determinadas condiciones y cláusulas y diversas prestaciones, y en el que para nada intervino la Comunidad actora".

*Considerando 8.º:* "Que el principio de la relatividad de los contratos, que se suele enunciar brevemente proclamando que las convenciones sólo

---

(1) Estas consideraciones aparecen en el considerando 1.º de la sentencia que comentamos.

producen efecto entre las partes contratantes y no perjudican ni benefician a los terceros, es mucho más complicado de lo que su formulación aparenta, puesto que la palabra “tercero” adolece de gran imprecisión, ya que no sólo excluye a los contratantes mismos y a las personas representadas por ellos, sino que, además, según nuestro Código Civil, excluye también a los herederos de los que los otorgan; es decir, a los causahabientes, bien a título universal, bien a título particular —legado, compraventa, donación—, por lo que únicamente quedan marginados de la eficacia de los contratos, los terceros que son completamente extraños a los contratantes, o sea, los llamados *penitus extranei*; consiguientemente, y por virtud de la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido”.

*Considerando* 9.º: “Que esta Sala tuvo que enfrentarse antes de ahora con el sugestivo problema que hoy se plantea en este recurso, consistente en determinar si tiene o no acción contra el constructor o contratista, el comprador que adquiere un piso cuando ya la construcción se había terminado, y que, por tanto, no fue parte en el contrato de ejecución de la obra, resolviéndolo en sentido afirmativo, entre otras, en las siguientes sentencias:

a) En la de cinco de mayo de mil novecientos sesenta y uno (2), en la que se declaró que “el comprador o adquirente recibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, resultando, por tanto, evidente, que está revestido de la acción que le concede el artículo mil ciento uno del Código Civil con carácter general, y específicamente el mil quinientos noventa y uno, al señalar la responsabilidad del arquitecto y del contratista en el caso de ruina del edificio durante el plazo de diez años, sin distinguir si la finca ha cambiado o no de propietario”; b) En la de once de octubre de mil novecientos setenta y cuatro (3), en la que se establece la responsabilidad del promotor—vendedor de pisos—frente a los adquirentes de ellos, para resarcirle de los daños y perjuicios resultantes de la defectuosa construcción; c) En la de diecisiete de igual mes y año, en la cual se declara aplicable el precepto contenido en el artículo mil quinientos noventa y uno del Código Civil “a situaciones o relaciones jurídicas que guarden analogía con la en dicho precepto contenida y no se hallen reguladas de modo específico por la norma, por haber sobrevenido con posterioridad a su promulgación”, como ocurre con la situa-

---

(2) Véase el comentario de HERRERA CATENA a la sentencia de cinco de mayo de mil novecientos sesenta y uno (*Responsabilidades en la construcción. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*. Volumen I. Granada, 1974, págs. 186-190).

(3) Véanse los comentarios de CADARSO (*La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*. Madrid, 1976, págs. 239-240) y FERNÁNDEZ COSTALES (*El contrato del arquitecto en la edificación*. Madrid, 1977, páginas 370-372) a la sentencia de once de octubre de mil novecientos setenta y cuatro.

ción del promotor—vendedor de pisos—, y d) En la de veintiocho del propio mes y año, que con referencia a los vicios de construcción se recuerda que “esta Sala, en sentencias de once y diecisiete de octubre del año en curso, ha establecido que el comprador tiene acción contra el vendedor—constructor— para exigir el cumplimiento de la obligación que deriva o tiene su origen en un precepto legal, el artículo mil quinientos noventa y uno del Código Civil”.

*Considerando 10:* “Que en el motivo cuarto se denuncia la infracción por violación, al no observarse, de los artículos mil doscientos nueve del Código Civil que determina que la subrogación de un tercero no puede presumirse fuera de los casos comprendidos en dicho Código, y mil doscientos diez, que señala los casos en que tal subrogación se presume; en tesis del recurrente, entre ellos no figura el supuesto de autos, en el que se ejercita la acción personal del artículo mil quinientos noventa y uno, dimanante del contrato de obra, por lo que, no estando comprendida esa acción en el referido artículo mil doscientos diez, ni estando pactada en la compraventa—concluye el recurrente—, esa subrogación no podría operar”.

*Considerando 11:* “Que con referencia a este motivo conviene destacar, en primer lugar, que los integrantes de la Comunidad actora, compradores de los pisos del edificio litigioso, no son terceros por completo ajenos a los contratantes que intervinieron en el contrato de ejecución de obra, sino causahabientes de uno de ellos, vinculados, por tanto, a dicho contrato; y, en segundo término, que los preceptos invocados en dicho motivo son reguladores exclusivamente del pago por subrogación, y sólo se refieren a la específica subrogación, que no guarda relación alguna con el supuesto base del litigio”.

### III. CONSIDERACIONES CRITICAS

El problema jurídico esencial que plantea la sentencia que comentamos reside en determinar si el adquirente del edificio defectuosamente construido está legitimado para ejercitar la acción de responsabilidad decenal, disciplinada en el artículo 1.591 del Código Civil (4).

Entendemos que el Tribunal Supremo parte de la base de que el vicio de la construcción ha determinado la ruina del edificio, y de que la responsabilidad decenal tiene naturaleza contractual. A nuestro juicio, tanto la existencia de la ruina como la naturaleza contractual de dicha responsabilidad son cuestiones discutibles, que merecen nuestra atención. Analizadas ambas, estaremos en condiciones de examinar ampliamente el problema señalado (5).

---

(4) La solución de este problema no es fácil por las razones que expusimos al comentar la monografía de CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, abril-junio 1977, pág. 397.

(5) Los considerandos 2.º, 6.º y 11 dicen que en el caso de autos se

## 1. LA RUINA DEL EDIFICIO POR DEFECTUOSA CONSTRUCCIÓN

La existencia de grandes manchas de humedad en el "Edificio Colón" motiva que tenga la condición de ruinoso. Se sigue así la concepción amplia de la ruina, que admite la generalidad de nuestra doctrina (6). El artículo 1.591 se aplica en los supuestos de ruina total, ruina parcial y vicio grave del edificio.

También nuestra jurisprudencia acoge la concepción amplia de la ruina. La importante sentencia de 20 de noviembre de 1959 declara: "... la ruina, a la que esta disposición se contrae (art. 1.591), no hay que referirla, tan sólo a lo que en sentido riguroso y estricto pudiera implicar, es decir, al inmediato y actual derrumbamiento o destrucción, total o parcial, de la obra, sino a un más amplio y lato contenido del arruinamiento extensivo a la estimación de tan graves defectos de construcción que hacen temer la próxima pérdida de la misma, si inmediatamente no se sustituye, como impropia e inútil para la finalidad a que se destinó" (considerando 2.º).

Las sentencias de 7 de junio de 1966, 12 de noviembre de 1970, 28 de noviembre de 1970 y 15 de febrero de 1972 aceptan la doctrina de la sentencia de 20 de noviembre de 1959.

A nuestro entender, es plausible la interpretación amplia del término "ruina", que figura en el artículo 1.591. Son diversas las razones que la justifican:

1.ª Desde una perspectiva sistemática, es conveniente que el artículo 1.591 se armonice con otros preceptos del Código Civil (arts. 389, 1.907 y 1.909), y con lo prescrito en las leyes especiales sobre urbanismo y edificación art. 170 de la Ley del Suelo, y Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, aprobado por Decreto de 5 de marzo de 1964).

Es importante resaltar que el art. 1.909 alude al daño contemplado

---

ejercita la acción personal del artículo 1.591, que tiene como presupuesto de aplicación el acaecimiento de la ruina dentro del denominado "plazo de garantía decenal".

(6) Cfr. CADARSO, op. cit., págs. 138-141; DE LA CÁMARA MINGO, *Tratado práctico del derecho referente a la construcción y a la arquitectura*, dirigido por GARCÍA-GALLO y LÓPEZ ORTIZ. Volumen 4.º. Madrid, 1964, páginas 545-546; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1976, pág. 342; FERNÁNDEZ COSTALES, op. cit., pág. 321; GARCÍA CANTERO, *La responsabilidad por ruina de edificios, ex artículo 1.591 del Código Civil*, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, octubre-diciembre 1963, página 1.103; GULLÓN, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*. Madrid, 1972, pág. 268; HERRERA CATENA, op. cit., I, págs. 259 a 271, y MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil concordado y comentado extensamente con arreglo a la edición oficial*, tomo XXIV, Madrid, 1951, págs. 98-99.

En igual sentido se pronuncia la doctrina extranjera. Una amplia referencia en RUBINO, *L'appalto*. Torino, 1954 (del *Trattato di diritto civile italiano*, dirigido por VASALLI), pág. 326; SOINNE, *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux*, II. París, 1969, pág. 486, y DELVAUX, *Traité juridique des batisseurs*, I, Bruxelles, 1968, págs. 653-654.

en el art. 1.907, y que entre los artículos 1.909 y 1.591 existe una indudable conexión, pues ambos se refieren a la ruina del edificio por defecto de construcción y hacen responsable al constructor durante diez años. El art. 1.903 del Proyecto de 1851 prueba que el *tiempo legal* referido en el artículo 1.909 no es otro que el plazo de garantía decenal, establecido en el art. 1.591.

2.<sup>a</sup> La interpretación amplia de la ruina es concorde con nuestro derecho histórico. La Ley 21, título 32, de la Partida 3.<sup>a</sup>, dispone: "*E si por aventura la lavor fuesse fecha de nuevo, se derribasse o se moviese*". Se aprecia claramente que no sólo se prevé el supuesto de derrumbamiento efectivo, sino también el caso en que la obra simplemente se moviese, con lo que resulta incluido el peligro o la amenaza de ruina (7).

3.<sup>a</sup> La concepción amplia de la ruina es imperante en el derecho comparado. En este sentido, los artículos 1.669 del Código Civil italiano de 1942 y 1.225 del Código Civil portugués de 1966.

4.<sup>a</sup> Indudablemente, son razones de orden teleológico las que justifiquen plenamente la concepción amplia de la ruina. Lo exige la adecuada protección del interés de los terceros y del comitente.

Téngase en cuenta que si la ruina del edificio acaece una vez transcurrido el plazo de garantía decenal, no pueden ejercitarse las acciones derivadas de los arts. 1.591 y 1.909. Esto significa que la posibilidad de ejercitar estas acciones depende en buena medida de la interpretación, amplia o estricta, del término "ruina".

## 2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD DECENAL

La sentencia que comentamos reconoce la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal, porque, en otro caso, carecería de sentido todo su esfuerzo argumental para demostrar la legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción, ex artículo 1.591 (8).

(7) No obstante, hay que reconocer que el Proyecto de 1851 (artículo 1.532) y el Anteproyecto de 1882-1888 (artículo 47 del título del Arrendamiento) se refieren al edificio que se arruinase, sin hacer mayores precisiones.

(8) Esta fue la opinión que mereció a GARCÍA CANTERO (op. cit., página 1098) el esfuerzo argumental de la sentencia de 5 de mayo de 1961 para justificar la legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal.

A nuestro entender, no fue inútil la argumentación del Tribunal Supremo en la sentencia citada, porque pensamos que niega la naturaleza extracontractual de la responsabilidad decenal. El considerando 1.<sup>o</sup> afirma que "el demandante está revestido de la acción que le concede el artículo 1.101 del Código Civil con carácter general y específicamente el artículo 1.591...", con lo que parece vincularse este último al régimen de la responsabilidad contractual.

El considerando 6.<sup>o</sup> es calificado como decisivo para afirmar que esta sentencia es contraria a la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal. Dice: "La obligación que ahora se exige no tiene su origen en la convención de las partes, sino que deriva de un precepto legal, el artículo 1.591". La sentencia de 18 de noviembre de 1975 acepta esta doctrina.

Hay que tener presente que el único requisito necesario y suficiente para estar legitimado en base al artículo 1.902 del Código Civil es el de ser perjudicado por la ruina del edificio.

En la sentencia que comentamos se aprecia el esfuerzo argumental del Tribunal Supremo para probar que el adquirente del edificio no es un tercero (considerando 11). Se justifica su legitimación por ser causahabiente del comitente-vendedor (*cf.* artículo 1.257).

Estas consideraciones muestran claramente que nuestro Tribunal Supremo acepta la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal del profesional de la construcción.

### 3. LA LEGITIMACIÓN DEL ADQUIRENTE DEL EDIFICIO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DECENAL

#### A) *Plantamiento del problema*

En la práctica es frecuente la enajenación de los edificios al poco tiempo de haber sido terminada su construcción (8 bis). Se cuestiona si el adquirente, que no ha sido parte en el contrato de obra, tiene acción contra el profesional de la construcción, si el edificio presenta vicios del suelo, de la dirección o de la construcción.

Este problema jurídico es muy controvertido en la doctrina y en la jurisprudencia, siendo mayoritaria la tesis favorable a la legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal, a pesar de ser calificada esta responsabilidad por la mayor parte de la doctrina como contractual (9).

---

Esto no significa que la responsabilidad decenal sea extracontractual o legal, como estiman GARCÍA CANTERO (op. cit., pág. 1091), SANTOS BRIZ (*Derecho Civil. Teoría y Práctica. Derecho de Obligaciones*, IV. Madrid, 1973, pág. 394), HERRERA CATENA (op. cit., I, pág. 195) y FERNÁNDEZ COSTALES (op. cit., pág. 314), sino que estamos ante un supuesto de reglamentación heterónoma de la reglamentación contractual (*cf.* art. 1.258).

Como señalamos al comentar la monografía de FERNÁNDEZ COSTALES. *El contrato del arquitecto en la edificación*. Madrid, 1976, en el supuesto contemplado en el artículo 1.591, el profesional de la construcción ha realizado un cumplimiento inexacto de sus obligaciones. En base a este cumplimiento inexacto, el citado artículo le impone el deber de resarcir los daños y perjuicios causados al comitente. El artículo 1.591 resuelve, en definitiva, un problema de cumplimiento del contrato que es ajeno a los posibles terceros perjudicados.

Refuerza esta interpretación la circunstancia de que el artículo 1.591 se encuentra situado en la sección que regula las obras por ajuste o precio alzado. Se mueve dentro del ámbito contractual. No puede desconocerse que el artículo 3 del nuevo Título Preliminar dispone que las normas se interpretarán en relación con su contexto (vid. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, enero-marzo, 1978, págs. 135 y 136).

(8 bis) Un estudio sociológico de carácter empírico evidenciaría, sin lugar a dudas, esta afirmación, y serviría para poner de relieve la enorme repercusión práctica que tiene este fenómeno jurídico.

(9) Tan sólo ABELLO (voz *Appalto*, en *Nuovo Digesto Italiano*, I, Torino, 1937, pág. 547) y FORMIGGINI (*Legittimazione attiva nell'azione*

Se han propuesto múltiples tesis para justificar dicha legitimación. En los siguientes epígrafes vamos a comentarlas. Como es lógico, analizamos con especial atención la que suministra la sentencia que comentamos. Finalmente, exponemos nuestra opinión personal.

Conviene remarcar que este problema jurídico no es meramente teórico. Tiene una indudable trascendencia práctica, puesto que no es lo mismo afirmar que el adquirente del edificio está legitimado para ejercitar la acción de responsabilidad decenal en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.591, que señalar que sólo puede dirigirse contra el profesional de la construcción, que sea responsable de la existencia de los vicios productores de la ruina del edificio, mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual (*cfr.* art. 1.909).

Téngase en cuenta que el régimen jurídico de la responsabilidad contractual es diverso al de la responsabilidad extracontractual (vg., en lo referente al plazo de prescripción de la acción; en el tratamiento de la culpabilidad, etc.) (10).

#### B) *El fundamento de la legitimación del adquirente del edificio*

Se han formulado las siguientes tesis para explicar la legitimación del adquirente del edificio:

1.<sup>a</sup> El derecho a ejercitar la acción de responsabilidad decenal es un accesorio del derecho de propiedad sobre el mismo, y, en consecuencia, se transmite a los sucesivos adquirentes. Esta tesis es defendida por la doctrina y la jurisprudencia francesa (11). Entre nosotros ha sido acogida por de la Cámara Mingo (12).

2.<sup>a</sup> Nuestro Tribunal Supremo sostiene en las sentencias de 5 de mayo de 1961 y 17 de octubre de 1974 que el adquirente del edificio recibe todas las acciones que garantizan su dominio, y defienden los dere-

---

*contro l'appaltatore ex articolo 1.639 C. c.*, en la Rivista di Diritto privato, II, 1937, págs. 170 y ss.) han negado dicha legitimación.

ABELLO (op. cit., pág. 547) entiende que la acción ex artículo 1.639 del Código civil italiano de 1865 compete al comitente, pero no a los sucesivos propietarios o adquirentes, y tampoco, sin pacto especial, a aquellos a quienes el edificio haya sido vendido por el empresario constructor.

Para FORMIGGINI (op. cit., pág. 182), en un único caso el tercero adquirente puede ejercitar la acción de responsabilidad contemplada en el artículo 1.639: cuando se haya producido su cesión por parte del sujeto titular.

(10) Sobre las diferencias existentes entre uno y otro régimen jurídico, véanse H., L. J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, II, París, 1965, págs. 101 y siguientes, y ROGEL, *La responsabilité civil extracontractuelle en el Derecho español*, Madrid, 1977, págs. 44 y ss.

(11) *Cfr.* LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*. París, 1972, página 297; H., L. y J. MAZEAUD, *Traité...* II. París 1970, pág. 67; ROUAST, *Contrat d'entreprise*, en *Traité pratique de droit civil français*, de PLANIOL-RIPERT, XI. París, 1954, pág. 207.

Véase la jurisprudencia recogida por LIET-VEAUX y los MAZEAUD en las obras mencionadas.

(12) DE LA CÁMARA MINGO, op. cit., II, pág. 548.

chos inherentes a la propiedad. Entre estas acciones se sitúan las que derivan del artículo 1.101 del Código Civil con carácter general y específicamente del 1.591 (13).

3.<sup>a</sup> La venta del edificio determina que carezca de interés para ejercitar la acción dirigida a hacer efectiva la responsabilidad del profesional de la construcción, aquel que contrató su realización (el comitente-vendedor). Será el adquirente del edificio quien realmente tenga interés para ejercitarla, pues únicamente éste soporta el daño de su defectuosa construcción (14).

4.<sup>a</sup> La legitimación del adquirente del edificio es acertada porque evita la cascada de acciones de regreso. Se alegan razones de economía procesal (15).

5.<sup>a</sup> Rubino (16) ve en la legitimación del adquirente del edificio para dirigirse contra el profesional de la construcción una obligación *propter rem* del lado activo.

6.<sup>a</sup> Messineo (17) afirma que se trata de un *ius ob rem*.

7.<sup>a</sup> La acción directa del adquirente del edificio frente al profesional de la construcción se funda en que la detenta en su calidad de cesionario del comitente-vendedor. La cesión se produce tácitamente al transmitirse la propiedad del edificio (18).

8.<sup>a</sup> La legitimación del adquirente del edificio se basa en que éste se subroga en los derechos del comitente-vendedor. Esta fue la explicación que dio la Audiencia Territorial de Barcelona, y que motivó el recurso de casación, y lógicamente el fallo de la sentencia que estamos comentando.

9.<sup>a</sup> Giannatasio (19) entiende que la atribución a los causahabientes de la acción de responsabilidad no es obstáculo para la calificación de la responsabilidad decenal (*cfr. art. 1.669 del Código civil italiano de 1942*) como contractual, porque esta singularidad que encuentra su justificación en la larga duración de la garantía, importa, ante todo, una sucesión (a

---

(13) Véase el considerando 9.º de la sentencia que comentamos, donde aparece la doctrina de estas sentencias.

(14) *Cfr. CADARSO, op. cit., pág. 196; DE LA CÁMARA MINGO op cit., II, página 548. CORNU (De la transmission à l'acquéreur d'immeuble de l'action en responsabilité qui appartient au maître de l'ouvrage contre l'architecte, en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1968, pág. 393)* considera al adquirente del edificio como *principal intéressé* y beneficiario legítimo de la protección legal.

(15) En este sentido CADARSO (*op. cit., pág. 194*) que cita a JESTAZ, *La garantie de l'art. 1.792 C. civ. est transmise à l'ayant cause particulier du maître de l'ouvrage (note à Cass civil 3.<sup>a</sup>, 23 mars 1968)*, en *Recueil Dalloz Sirey, 1970, pág. 665*.

(16) RUBINO, *L'appalto*, pág. 336. También en *Dell'appalto. Commentario del Codice civile italiano*, dirigido por SCIALOJA y BRANCA, Bologna-Roma, 1973, pág. 325.

(17) MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1974, pág. 204.

(18) RODIERE, *Juris Classeur Périodique*, 1955, II, 8548, y la Cour d'Aix en sentencia de 5 de octubre de 1954.

(19) GIANNATTASIO, *L'appalto*, tomo XIV volumen 2.º del *Trattato di diritto civile e commerciale* de CICU-MESSINEO, Milano, 1967, págs. 212-213.



título universal o a título particular) en la relación de responsabilidad, y no también en los demás derechos y obligaciones que nacen del contrato de *appalto*.

C) *La fundamentación que da la sentencia que comentamos*

El Tribunal Supremo legitima al adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal, porque en virtud de la regla *nemo plus iuris al alium transferre potest quam ipse habet*, el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido (considerando 8.º).

El causahabiente a título particular no es un *penitus extranei* respecto al contrato celebrado por su causante, puesto que el artículo 1.257 del Código civil se refiere a los herederos de los que lo otorgan, es decir, a los causahabientes, bien a título universal, bien a título particular (legado, compraventa, donación). (considerando 8.º).

D) *Opinión personal*

Nos parece acertada la solución a que llega nuestro Tribunal Supremo y la generalidad de la doctrina, pero debe reconocerse que son muy discutibles los argumentos que se alegan para fundamentarla.

Con evidente acierto, Cadarso (20) afirma que las concepciones propuestas para justificar esta solución muestran, por encima de su corrección técnica o teórica, que se trata de atender a una necesidad. Son, en este sentido, significativas las alusiones alguna vez hechas al "sentido común" y a la "lógica equidad" (21).

La excelencia de semejantes razones prácticas no oculta, empero, la artificiosidad de las construcciones que, tratando de salvar las apariencias de la corrección jurídica, reposan en definitiva sobre una ficción de voluntad (ya sea entendiendo que el comitente, en el contrato de obra, estipula tácitamente en beneficio de su futuro causahabiente; ya sea entendiendo que al transmitir el inmueble, cede implícitamente el crédito de reparación que ostenta contra el profesional de la construcción), que puede ser tachada de tan arbitraria como la identificación—pretendida al aplicar la teoría de la accesoriadad—de la acción de garantía con el inmueble. El recurso la idea de obligación *propter rem* o bien a la idea de *ius ob rem*, constituye una ingeniosa sutileza que no pasa de tener un valor puramente descriptivo.

(20) CADARSO, op. cit., págs. 193-194.

(21) CORNU (*De la responsabilité de l'architecte à l'égard des personnes occupant l'immeuble construit en vertu l'un contrat de location-vente*, en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1968, pág. 391), dice: "... en definitiva, la lógica y la equidad postulan que, mediata o inmediatamente, todos los propietarios sucesivos de un inmueble, cualesquiera que sean las modalidades de la adquisición, gocen de una protección uniforme".

Afirmar que existe una subrogación implícita no es exacto, pues ésta sólo tiene lugar cuando se acuerda (subrogación convencional, *cfr.* artículo 1.209), o cuando la ley se encarga de establecerla expresamente (subrogación legal). No existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que establezca la subrogación del adquirente del edificio (22).

En la sentencia que comentamos se engloba dentro del término "heredero", que aparece en el artículo 1.257 del Código Civil, tanto al causahabiente a título universal como al causahabiente a título particular.

Esta interpretación nos parece discutible, pues el artículo 660 del Código Civil sólo considera como heredero al que sucede a título universal. En modo alguno, puede admitirse que se transmiten al adquirente del edificio las obligaciones que recaen sobre el comitente-vendedor (22 bis).

También es dudosa la procedencia del principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, porque explica simplemente el significado de la adquisición derivativa (23). De este principio se deduce que no se puede transmitir un derecho que no se tiene, y *a contrario sensu*, que sólo se transmite aquello que se tiene. El principio tiene especial significado en relación con las adquisiciones *a non domino* (23 bis), pero no se comprende bien en que medida puede servir de argumento para justificar el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal, de

---

(22) En la sentencia que comentamos, el recurrente critica el fallo de la Audiencia, que, como vimos, fundamenta la legitimación del adquirente del edificio en la existencia de una subrogación legal. Frente a esta fundamentación, el recurrente afirma que los supuestos de subrogación legal están taxativamente señalados en el artículo 1.210 del Código civil.

Estimamos que no es exacta la afirmación de la Audiencia por las razones que acabamos de señalar, ni la del recurrente, porque el artículo 1.210 del Código civil establece presunciones de subrogación. Como entiende Díez-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1972, págs. 802-803), estas presunciones no deben ser confundidas con los supuestos de subrogación legal. La ley no opera la subrogación. Se limita a entender o a presumir que existe un convenio de subrogación, salvo prueba en contrario.

(22 bis) Véase CARBONNIER, *Droit Civil. Les obligations*, París, 1976, pág. 208.

(23) Este principio aparece en el Digesto 50, 17, 54. En el derecho histórico español, la regla XII de la Partida 7.<sup>a</sup> lo admite, al decir: "E a un dixeron, que ningun ome non puede dar mas derecho a otro en alguna cosa, de aquello que le pertenesce en ella. GREGORIO LÓPEZ, en la Glosa *Que le pertenesce*, pone de relieve la conexión entre esta regla y la máxima *nemo plus iuris*.

Sobre su significado, véase SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, trad. esp. sobre la 6.<sup>a</sup> edición inglesa de SANTA CRUZ TEIGEIRO. Barcelona, 1960, páginas 337-338; CARLIN, *Niemand kann auf einen anderen mehr Recht übertragen, als er selbst hat*. Nueva impresión de la edición de 1882. Frankfurt, 1968; HELLWIG, *Wesen und Subjektive Begrenzung der Rechtskraft*. Leipzig, 1901. Reimpresión, Aalen, 1967, pág. 103, y RIPERT, *Les forces créatives de droit*. París, 1955, pág. 333, que lo considera como un *principe juridique*.

(23 bis) Sobre esta cuestión, véase MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, págs. 1-2, y HERNÁNDEZ GIL, *La función social de la posesión*. Madrid, 1969, págs. 169 y ss.

naturaleza personal, por el adquirente del edificio. Este deviene propietario y puede ejercitar, por ello, todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio (las acciones reales que protegen la titularidad dominical). Pero no creemos, en cambio, que el citado principio determine la transmisión de acciones personales, por el solo hecho de haberse transmitido el derecho de propiedad (24).

A nuestro juicio, existen razones que explican convincentemente la legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal, a pesar de tener naturaleza contractual.

La venta de un edificio, que presenta vicios determinantes de ruina, no motiva la desaparición de la responsabilidad decenal, que tiene su origen en la defectuosa ejecución de la prestación por el profesional de la construcción. El tenor literal del artículo 1.591 (25), sus antecedentes históricos (26), y su fundamento jurídico (27) justifican la subsistencia de esta peculiar responsabilidad durante el plazo de garantía decenal.

El problema se plantea al tratar de determinar el sujeto legitimado para hacerla efectiva, cuando el comitente ha vendido el edificio defectuosamente construido. Puede pensarse que conserva la legitimación el comitente-vendedor, pues la responsabilidad decenal implica que el profesional de la construcción no ha cumplido correctamente su principal

(24) Como ha destacado ABELLO (op. cit., pág. 547), la transmisión del inmueble al comprador se limita sólo a los derechos y deberes inherentes estrictamente a la relación de transferencia de la propiedad y que son una natural o jurídica accesión de dicha transferencia. No es posible comprender entre aquéllos un derecho dependiente de una diversa relación entre el vendedor y un tercero, dada la autonomía de esta relación.

(25) El artículo 1.591 dispone que el contratista y el arquitecto responden durante diez años a contar desde que se concluye la construcción, si se produce la ruina del edificio por vicio del suelo, de la dirección o de la construcción.

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1961, el artículo 1.591 no distingue si la finca ha cambiado o no de propietario (considerando 1.º).

(26) En el *Codex Theodosianus* existe una constitución de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, dictada en el año 385, y que se reproduce en el *Codex Justinianus* (VIII, 11, 8), en la que se establece la responsabilidad de los curatores de obras públicas por los vicios que aparezcan en la obra construida durante quince años, a contar desde su terminación.

En el Derecho histórico español, las leyes 21, título 32, de la Partida 3.ª, y 16, título 8, de la Partida 5.ª, adoptan una solución similar a la que aparece en el *Codex Justinianus*.

El precedente inmediato de nuestro Código civil, el Proyecto de 1851, dispone en el artículo 1.532 que *el arquitecto o empresario de un edificio responde durante diez años, si se arruina por vicio de la construcción o del suelo*".

(27) El artículo 1.591 establece el denominado plazo decenal, que es considerado unánimemente como de garantía, como tiempo de prueba de la buena ejecución de los trabajos y de la solidez de la construcción.

El profesional de la construcción responde durante este plazo, si se produce la ruina del edificio, no importando en este sentido que el comitente lo haya o no vendido.

obligación: construir el edificio de acuerdo con la *lex artis* y lo estipulado en el contrato de obra, y que el adquirente del edificio es un tercero respecto a este contrato. Por consiguiente, sólo está legitimado para dirigirse directamente contra el constructor en base al artículo 1.909 del Código Civil, que establece la responsabilidad extracontractual de los profesionales de la construcción por los daños derivados de la ruina del edificio a consecuencia de su defectuosa ejecución.

Esta solución debe ser rechazada, porque determina que la acción de responsabilidad decenal tenga escasísimo ámbito de aplicación. El adquirente del edificio no está legitimado para ejercitarla, ya que tiene naturaleza contractual, y el comitente-vendedor carece prácticamente de interés para ello al haber vendido el edificio.

Tan sólo puede ejercitarse la acción de responsabilidad decenal, si el adquirente del edificio interpone una acción contra el comitente-vendedor, alegando vicios ocultos en el edificio vendido (*cfr.* artículos 1.484 y siguientes). En este caso, el comitente-vendedor tiene acción de regreso frente al profesional de la construcción, que ha edificado de manera defectuosa. Lógicamente, esta acción de regreso no puede ser otra que la de responsabilidad decenal.

Nótese que las acciones edilicias caducan a los seis meses de entregada la cosa vendida (*cfr.* artículo 1.490), y que, por tanto, transcurrido este plazo, ya no es posible el ejercicio de dichas acciones (28).

Pensamos que si se produce la ruina del edificio por cualquiera de los vicios enumerados en el artículo 1.591, parece lógico entender que el auténtico perjudicado es el adquirente del mismo, y, en consecuencia, sólo él está legitimado para ejercitar la acción de responsabilidad decenal.

Así, pues, la subsistencia de la responsabilidad decenal y, por ello, la posibilidad de ejercitar la acción que deriva de la misma, la normal aplicación de esta acción, y principalmente la transferencia del interés para hacerla efectiva al adquirente del edificio (causahabiente a título particular), justifican plenamente su legitimación para ejercitar esta acción.

Estimamos que el adquirente del edificio está también legitimado para interponer la acción de saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida (29). Como es obvio, sólo puede obtener con estas acciones (la

---

(28) Si bien es verdad que nuestra jurisprudencia ha hecho importantes esfuerzos argumentales para afirmar la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de nulidad, resolución y daños contractuales. Se trata así de remediar los graves daños que puede ocasionarse al comprador por la brevedad del plazo de caducidad fijado en el artículo 1.490 del Código Civil. Sobre este problema puede consultarse el estudio de ALONSO PRIETO, *Las acciones de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa de edificios*, en la Revista de Derecho Privado, 1971, págs. 254 y ss., y nuestro comentario a la sentencia de 10 de junio de 1976, donde recogemos doctrina y jurisprudencia, en este ANUARIO, abril-junio, 1977, págs. 455 y ss.

(29) COSSIO (*Instituciones de Derecho civil*, I. Madrid, 1975, pág. 427) entiende que la responsabilidad decenal actúa con toda independencia del posible ejercicio de otras acciones que pudieran derivar de diferentes títulos.

de responsabilidad decenal y la de saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida) el montante del daño sufrido. Si se dirige en primer lugar contra el comitente-vendedor, éste, después de resarcirle, tiene acción de regreso contra el profesional de la construcción responsable.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Profesor de Derecho Civil  
de la Universidad Autónoma de Madrid

## 2. EL PACTO DE VARIACION DE LA RENTA EN EL ARRENDAMIENTO DE UNA INDUSTRIA DE ESPECTACULOS

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 junio 1977)*

**SUMARIO:** 1. El caso de autos y las decisiones de los tribunales. 2. El régimen jurídico del arrendamiento de industria de espectáculos. 3. La prórroga obligatoria del arrendamiento en la industria de espectáculos. 4. La elevación de la renta en el arriendo de una industria cinematográfica.

### 1. EL CASO DE AUTOS Y LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES

El 9 de junio de 1959, una sociedad inmobiliaria, propietaria del edificio y de la industria de espectáculos titulada "Cine las Sirenas", arrienda a otra sociedad, V. A. S. A., dicha industria cinematográfica por el plazo de quince años. Se acuerdan varias cláusulas, entre las cuales una dice que, "terminado el plazo contractual, continuará el arrendamiento y el arrendatario abonará al arrendador la cantidad de tres mil pesetas diarias en concepto de nueva renta"; en otra cláusula se estipula que "el precio del arriendo se fija en doscientas cincuenta mil pesetas anuales hasta el primero de junio de mil novecientos setenta. fecha a partir de la cual variará en función del índice general ponderado del coste de la vida en Segovia, deducido de las publicaciones del "Boletín Oficial de Estadística", tomando como base el índice que resulte para el año mil novecientos sesenta y cuatro".

Pasados los quince años, la sociedad arrendataria hace uso de su derecho de prórroga legal, pero se opone a pagar las tres mil pesetas diarias, suma de la nueva renta estipulada. La sociedad arrendadora demanda a la sociedad arrendataria y el juez de Primera Instancia. en sentencia de 22 de abril de 1974, estima la demanda y declara que dicha sociedad arrendataria viene obligada a abonar por renta del arrendamiento la cantidad de tres mil pesetas diarias, por mensualidades anticipadas a la entidad arrendadora.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial dicta sentencia el 16 de febrero de 1976 y confirma el fallo de la sentencia apelada.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia dictada por la Audiencia, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de junio de 1977, declara no haber lugar al recurso de casación, en base a los considerandos siguientes:

“*Considerando*: Que toda la temática del recurso versa sobre la validez o nulidad de una cláusula del contrato de arrendamiento de la industria de espectáculos—o mejor de empresa—, instalada en el “Cine Sirenas”, de Segovia, que cuenta con local, nombre comercial, mobiliario aparatos de proyección y accesorios, telones, pantallas, etc., etc., es decir, con todos los elementos necesarios y en funcionamiento para la explotación de los espectáculos cinematográficos o similares...”

“*Considerando*: Que la sentencia recurrida estima fundamentalmente la demanda y declara válida la vigencia de la renta de tres mil pesetas diarias a partir del día primero de junio de mil novecientos setenta y cuatro, como se había convenido por las partes en el contrato litigioso, teniendo en cuenta: a) que dicha cláusula contractual no está en oposición con la forma de revisión de renta contenida en el artículo 104 de la vigente Ley arrendaticia, pues este precepto ha de relacionarse con el artículo 3, excluyente de la aplicación de los preceptos de esta Ley, a los arrendamientos de industria, excepto en lo referente a la prórroga obligatoria del arrendamiento respecto a los que sean de industria o negocio de espectáculos; b) que por ello, para el caso de que tal prórroga legal se produzca, prevé, el referido artículo 104, la posibilidad de que la renta se revise cada cinco años, y c) que esta revisión sólo opera en el supuesto de que las partes nada hubiesen pactado sobre la renta a satisfacer durante el período de prórroga obligatoria.”

“*Considerando*: Que, contrariamente a lo que sostienen los recurrentes, y, cual afirma la sentencia recurrida, esa revisión que autoriza el mencionado artículo 104 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, está establecida sólo para el supuesto de que el contrato de la naturaleza del litigioso entre en prórroga legal forzosa, y para tal supuesto no se hubiese convenido la renta que ha de pagarse...”

“*Considerando*: Que en el motivo segundo y con amparo también en el número primero del mencionado artículo 1.692, se denuncia la infracción por violación del artículo 6, número tres de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con el artículo 9, párrafo segundo, del mismo Cuerpo legal, norma, la primera, determinante de la irrenunciabilidad de la prórroga legal obligatoria; y segunda, ordenadora de que los jueces y tribunales rechacen de plano 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.”

“*Considerando*: Que la sentencia recurrida no sólo no viola el primero de los preceptos invocados, sino que lo aplica de manera correcta, pues estima que se ha operado la prórroga del contrato, siquiera entienda que la renta convenida, para tal supuesto, es la que tiene que regir; por lo tanto, no puede sostenerse que haya cometido su violación por no aplicación, puesto que lo aplica.”

“*Considerando*: Que tampoco comete la violación del precepto contenido en el párrafo segundo del artículo 9 de la Ley arrendaticia urbana,

porque para la debida aplicación de ese precepto, sería preciso que se hubiera producido alguno de los supuestos de hecho que en tal norma se subsumen; y como ya queda razonado en los considerandos anteriores. con la estipulación de la discutida cláusula, no se ha eludido la aplicación de ninguna norma imperativa, sino, antes bien, se ha tenido en cuenta la posibilidad de la prórroga después de los quince años, y para tal evento se convino, de mutuo acuerdo, el pago de una renta de cuantía fija.”

Esta Sentencia del Tribunal Supremo es de gran interés, porque deja bien sentados y aclarados varios extremos interpretativos que, en otras sentencias, no habían quedado tan bien perfilados, e, incluso, oscurecidos, sobre todo, en lo referente a la conexión de normas potestativas, en las que se concede una amplia autonomía de la voluntad de las partes para fijar la renta, con aquellos otros preceptos de carácter imperativo, como el que mantiene el beneficio de la prórroga forzosa para el arrendatario, los cuales pueden ser objeto de actitudes fraudulentas por parte del arrendador, al conseguir establecer una renta insorportable para el arrendatario forzándole a desistir y concluir el contrato.

Además, la cualificación y carácter del arrendamiento de industria o de empresa resulta en la sentencia nítido y preciso. En cambio queda al margen de la contienda, la eficacia de la cláusula de estabilización pactada por las partes para períodos anteriores; tan sólo se centra el debate sobre la validez del pacto de elevación de la renta, una vez prorrogado el contrato. Examinemos, pues, el alcance de todas estas cuestiones.

## 2. EL REGIMEN JURIDICO DEL ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA DE ESPECTACULOS

El arrendamiento de industria, o de empresa, sea de la clase que fuere, está perfilado y normado al margen de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, tal como constata su propio artículo 3, número uno. al manifestar que “queda excluido de esta Ley, rigiéndose por la pactado y por lo dispuesto en la legislación civil común y foral”. Lo que sí con creta, es el carácter y determinación de dicho arrendamiento de empresa; de este modo, expresa que no será “cuando el arrendatario recibiere. además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeran, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas.”

Ante dicha caracterización y normativa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tratado de diferenciar el arrendamiento de industria, como tal unidad patrimonial, del arrendamiento de local de negocio, donde el objeto del arriendo es meramente el local, aunque dentro de él existan ciertas instalaciones o accesorios, ya que éstos no alteran ni deciden, ni cambian su naturaleza (S. 11 mayo 1954), puesto que “perma-



necen desarticulados e inertes”, es decir, que “no constituyen ni comprenden un complejo industrial” (S. 6 febrero 1960); ha de ser, pues, “un conjunto patrimonial organizado, capaz de un negocio” (S. 21 abril 1961) o, “empresa”, lo que caracteriza el contrato de arrendamiento de industria.

El arrendamiento de una industria o negocio cinematográfico (1), cuenta, como en el caso de autos, de un local, nombre comercial (“Cine Sirenas”), mobiliario, aparatos de proyección y accesorios, telones, pantallas, cinemascopio, servicio de calefacción y refrigeración, agua, alumbrado, defensa contra incendios, servicios sanitarios, etc., etc., es decir, “con todos los elementos necesarios y en funcionamiento para la explotación de los espectáculos cinematográficos o similares, cuyos elementos se detallan y describen en el inventario anejo al contrato”.

El régimen vigente para los arrendamientos de industria de espectáculos, si bien, de un modo general, según queda visto, está excluido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, rigiéndose por lo pactado por las partes (art. 3, número 1 LAU), excepcionalmente, la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente regula dos cuestiones concretas (2): la primera en cuanto a la prórroga obligatoria del arrendatario, que podrá ejercitarla si el contrato, en primero de enero de 1947, excediera de dos años de duración, o que antes de la entrada en vigor de la LAU vigente se haya celebrado por un plazo igual o superior, con las especialidades contenidas en el artículo 77 (art. 3, número 3, LAU); la segunda, en cuanto a la renta, que podrá ser revisable cada cinco años por la “Junta de Estimación”, a instancia del arrendador o del arrendatario, teniendo en cuenta al efecto cuantos factores puedan conducir a la determinación de la renta justa (art. 104, LAU).

En ambas cuestiones, la presente Sentencia es clara y rotunda, según queda visto, haciéndose las precisiones que vamos a analizar.

### 3. LA PRORROGA OBLIGATORIA DEL ARRENDAMIENTO EN LA INDUSTRIA DE ESPECTACULOS

El beneficio de la prórroga obligatoria para el arrendatario de un arrendamiento de industria, o negocio de espectáculos, resulta aplicable a unos casos y supuestos muy concretos: a) A los que en la fecha de 1 de enero de 1947 excedieran de dos años de duración, y b) A los que,

(1) Así, en mi comentario: *El contrato de arrendamiento de industria con cláusula de elevación de la renta. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1971*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXV-2 (1972), págs. 627 y ss.

(2) La legislación especial anterior consideraba también esta excepción, por lo que la Sentencia de 5 de noviembre de 1959 ya declaraba que los contratos de arrendamiento de industria de espectáculos están sujetos a la legislación especial únicamente en dos extremos: la prórroga obligatoria de duración y la cuantía de indemnización caso de resolución, quedando en lo demás, incluso en la determinación de la renta, sujetos a la legislación común.

antes de la entrada en vigor de la presente Ley, se hayan celebrado por plazo igual o superior.

Este último supuesto es el que alcanza al contrato de arrendamiento de industria de espectáculos, contemplado en el caso de autos, ya que su contratación fue realizada el 9 de junio de 1959. De aquí que el arrendatario tenía derecho a la prórroga forzosa de su contrato de arrendamiento de industria y, efectivamente, así fue respetado, dado que, además, así se había previsto por las partes para después que transcurriese el plazo pactado de quince años de duración del contrato.

Sin embargo, el arrendatario alega una violación de la norma arrendaticia (art. 6, LAU) que contiene la irrenunciabilidad de este beneficio de la prórroga obligatoria, en relación con el artículo 9, párrafo segundo, del citado cuerpo legal. En la presente sentencia, como muy bien interpreta el Tribunal Supremo, en este caso se “aplica de manera correcta. pues, estima que se ha operado la prórroga del contrato...”, por tanto, “no puede sostenerse que haya cometido su violación por no aplicación. puesto que lo aplica”. Es más, añade el considerando siguiente: “Que tampoco comete violación del precepto contenido en el párrafo segundo del artículo 9 de la Ley arrendaticia urbana, porque, para la debida aplicación de ese precepto, sería preciso que se hubiera producido alguno de los supuestos de hecho que en tal norma se subsumen; y como ya queda razonado en los considerandos anteriores, con la estipulación de la discutida cláusula, no se ha eludido la aplicación de ninguna norma imperativa, sino, antes bien, se ha tenido en cuenta la posibilidad de la prórroga después de los quince años”.

Los supuestos de hecho que se subsumen en el artículo 9 son el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de buena fe, sin que impliquen un manifiesto abuso o ejercicio anormal de ellos, o constituyan medio para eludir una norma imperativa, que deberán prevalecer en todos los casos frente al fraude de la Ley.

El arrendatario, al haber invocado el artículo 9, en relación con el beneficio de la prórroga forzosa que la incumbía (art. 57, LAU), lo que intentaba era hacer ver cómo el arrendador trataba de hacer un fraude a la Ley, valiéndose del precepto que le otorgaba la libertad de establecer una elevación de la renta (a 3.000 ptas. diarias), constituyendo un medio con las características de una cláusula penal para eludir y hacer ilusorio aquel derecho de prórroga obligatoria del contrato. Sin embargo, el arrendatario, lo que no demostró fue que tuviese que haber dejado el local por exceso o cantidad exorbitante de la cuantía de la renta, que habría sido el supuesto que hubiera dado lugar al fraude de la Ley por parte del arrendador. De aquí que, con toda la razón, el Tribunal Supremo haya alegado que se ha operado la prórroga del contrato y, por tanto, no pueda sostenerse que se haya cometido violación por su no aplicación, conforme a la Ley y al pacto de las partes, una vez transcurridos los quince años.

#### 4. LA ELEVACION DE LA RENTA EN EL ARRIENDO DE UNA INDUSTRIA CINEMATOGRAFICA

El arrendamiento de empresa o industria cinematográfica, según queda analizado, se rige por lo pactado por las partes, así que, para el caso de autos, todas sus cláusulas eran válidas, especialmente las correspondientes a la renta convenida, en las que se había establecido: primero, que transcurridos los quince años (1959-1974) de la duración del contrato, en caso de prórroga, la nueva renta fuere de tres mil pesetas diarias; segundo, que desde el primero de junio del año 1970, la renta variaría en función del índice general ponderado del coste de la vida en Segovia.

No habiéndose pleiteado acerca de esta segunda cláusula, el arrendatario trata de impugnar como nula la nueva renta pactada en la primera, una vez que se proroga el contrato de arrendamiento, estimando que la vigente Ley arrendaticia ha preceptuado, en su artículo 104, que "la renta de los arrendamientos incluidos en los números 2 y 3 del artículo 3.º, será revisable cada cinco años por la Junta de Estimación, a instancia del arrendador o del arrendatario teniendo en cuenta al efecto cuantos factores puedan conducir a la determinación de la renta justa".

El Tribunal Supremo, con gran acierto, confirma la interpretación de que tal revisión de la renta sólo opera en el supuesto de que las partes nada hubieran pactado sobre la renta a satisfacer durante el período de prórroga obligatoria, por lo que resulta evidente que semejante revisión ante el jurado de estimación no es de aplicación al arrendamiento litigioso, pues para el evento que se produjo, ya las partes, de una manera libre y voluntaria, habían convenido la renta diaria que se había de satisfacer.

El pacto de elevación de la renta para el período posterior al pactado y continuado en base al derecho de prórroga, previsto por las partes y ejercitado por el arrendatario, es declarado válido por la sentencia, en base a su régimen de autonomía sobre la renta, según la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, aunque, supletoriamente, se concede en ella un derecho potestativo para la "determinación de la renta justa", cuando por el paso del tiempo (cada cinco años) y a causa de varios factores (las alteraciones monetarias u otras), el contrato deba permanecer "sin que las partes lo hubiesen previsto".

Es de interés señalar este último aspecto sobre la actualización de la renta, donde la legislación vigente de arrendamientos mantiene un criterio progresivo, diferente de la normativa anterior, al establecer que la "determinación de la renta justa", bien sea por la vía voluntaria del pacto, o bien por la vía legal, se actualiza con el paso del tiempo.

Por tanto, el mero hecho de que una renta pactada se eleve o rebaje, no puede bastar al juzgador, como sucedería en la normativa anterior de arrendamientos (LAU de 1946 y LAU de 1956), para que pueda

verse un acto contrario a la Ley, un abuso o ya un fraude, como el que se ha pretendido por el arrendatario de este caso para sustraerse a pagar la elevación de la renta; será necesaria la prueba del acto contra ley, del abuso o del fraude. En el caso de autos, rechazadas las pretensiones del arrendatario por el Tribunal Supremo, se pone en evidencia la validez del pacto acerca de la nueva renta.

JOSÉ BONET CORREA

## II. SENTENCIAS

A cargo de Jorge CAFFARENA, Pedro ELIZALDE, Angel LUCINI, Ricardo RUIZ SERRAMALERA.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. Obligaciones y contratos

1. *Litisconsorcio pasivo*.—Cuando la obligación se haya constituido con el carácter de solidaria el acreedor puede dirigirse a su elección contra cualquiera de los deudores y exigirle íntegramente la prestación, y el deudor elegido... no puede... exigir que sean demandados los codeudores, y así lo tiene reconocido este Tribunal en sentencias de ..., hábida cuenta que en el examinado evento de solidaridad no se da el aspecto de inescindibilidad que es consultancial para la apreciación de estado jurídico procesal de *litis consorcio* al ser precisamente la solidaridad incompatible con la exigencia de tal consorcio, por ser totalmente innecesario para la viabilidad de la acción.

*Prueba de la extinción de las obligaciones*.—Es general principio en materia probatoria, imperante en nuestro ordenamiento jurídico y concretamente reflejado en el artículo 1.214 del CC, que la prueba de la extinción de las obligaciones incumbe al que la opone. (Sentencia de 28 de septiembre de 1977; no ha lugar.)

2. *Repercusión del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas: Su impugnación*.—El artículo 11, p. 3, del Reglamento del Impuesto, atribuye al repercutido la facultad de reclamar ante los Tribunales económico-administrativos si considera la repercusión improcedente, no siendo admisible que, pasados los plazos sin acudir a esa vía, se pretenda un pronunciamiento sobre esa cuestión en vía civil; de igual modo que no es posible confundir la obligación, que tiene el contribuyente frente a la Administración, de realizar la autoliquidación con el derecho, que se le atribuye, a repercutir el importe total del Impuesto.

*Congruencia*.—Es doctrina jurisprudencial que cuando se estima la acción se entienden desestimadas las excepciones y alegaciones del demandado que no han lugar objeto de reconvención. (Sentencia de 15 de mayo de 1978; no ha lugar.)

NOTA: La alteración que, en los principios formales de ordenación del I. G. T. E., supone el derecho de repercusión concedido al contribuyente, origina numerosos problemas, uno de ellos, que constituye la base del litigio resuelto por esta Sentencia, es la determinación de la vía procedente para plantear las controversias que surjan al respecto; cuestión decidida en favor de los órganos de la llamada jurisdicción económico-administrativa, aunque no dejen de surgir interrogantes sobre ello. Normas básicas para llegar a tal conclusión son: Artículo 11, p. 2, del Texto Refundido aprobado

por Decreto de 29 de diciembre de 1966, a cuyo tenor: «cuando la persona a quien se repercute inmediata y expresamente el impuesto no esté conforme con la autoliquidación practicada por el contribuyente, podrá impugnar su procedencia o cuantía en la forma que se dispone en los artículos 163 a 171 de la Ley General Tributaria (referentes a las reclamaciones económico-administrativas) y disposiciones concordantes» (especialmente el Reglamento de Procedimiento de estas reclamaciones, de 26 de noviembre de 1959); y artículo 11 del Reglamento del Impuesto, de 23 de diciembre de 1971 que, en su p. 3, dispone: «las controversias que puedan suscitarse entre las partes con ocasión de la repercusión del Impuesto, cuando el repercutido impugne exclusivamente la procedencia o cuantía de la cuota que le ha sido repercutida, serán resueltas, con audiencia de ambas partes, por los Tribunales Económico Administrativos de la provincia donde se expidieron las correspondientes facturas o documentos análogos en donde conste la repercusión».

(P. E. A.).

3. *Contrato hecho sin autorización: ratificación: efectos.*—Cuando la ratificación tiene lugar antes que hubiera mediado revocación por la otra parte contante, se produce su eficacia retroactiva al momento de la celebración del contrato.

*La tradición y el Registro de la Propiedad.*—A los efectos que produce la transmisión de la posesión a virtud del juego de la tradición instrumental del párrafo 2.º del artículo 1.462 del C. c., no se puede oponer la no inscripción de una finca en el Registro de la Propiedad, habida cuenta el sistema vigente al respecto en nuestro ordenamiento.

*Naturaleza de la tercería de dominio.*—De acuerdo con la conocida por reiterada doctrina jurisprudencial, la acción reivindicatoria es en la que, en definitiva, se sustancia la tercería de dominio. (Sentencia de 31 de enero de 1978; no ha lugar.)

4. *Contrato a favor de tercero.*—En él (documento) existe una reserva de derecho en favor de tercero, que es la cooperativa actora en el pleito y hoy recurrida; reserva en la que se cubren todas las exigencias requeridas por el artículo 1.257 del CC, cuales son, que la estipulación haya sido hecha a su favor y que se haya producido la aceptación dentro del plazo y antes de que haya sido revocada..., pero es además, cumplidas las exigencias del artículo del CC antes mencionado con la aceptación del tercero beneficiado dentro de plazo, poco importa que la dicha sociedad se hubiera ya constituido o no en aquella fecha, lo importante es que esté claramente designada, legalmente constituida y que se identifique como la beneficiaria de la reserva de derecho en el momento de reclamar su cumplimiento.

*Constitución de sociedad cooperativa.*—Dicha cooperativa fue constituida por escritura otorgada en fecha..., aunque sus estatutos no fueran aprobados por el Ministerio de Trabajo hasta meses después. (Sentencia de 1 de julio de 1977; no ha lugar.)

**HECHOS:** Contrato con estipulación a favor de tercero: una cooperativa que en el momento de otorgarse el contrato, si bien su escritura de constitución ya había sido otorgada, en cambio sus estatutos aún no habían sido aprobados por el Ministerio de Trabajo. La cooperativa (demandante) solicita se condene al promitente (demandado) a cumplir la estipulación. El Juzgado

de Primera Instancia desestimó la demanda, la Audiencia revocó la sentencia apelada.

5. *Resolución de contrato por incumplimiento de una de las partes: concesión de plazo para su cumplimiento: ineficacia del mismo.*—Al declarar la Sala de instancia que transcurrido el plazo dado para que una de las partes cumpliera con su prestación, se podría proceder, a instancia de parte, a la resolución contractual, se infringe lo dispuesto en el artículo 1.124 del C. c., ya que tal declaración equivale a que la resolución sea meramente ilusoria, puesto que, por la efectividad de la misma, la parte beneficiada tendría que promover innecesariamente la actividad jurisdiccional, no obstante ser los efectos resolutorios consecuencia del transcurso del plazo sin verificarse el cumplimiento. (Sentencia de 24 de febrero de 1978; ha lugar.)

6. *Cosa juzgada.*—Aunque existe identidad de personas y, con ciertas reservas, también de objeto, siendo, por el contrario, indudable que no existe unidad de causa de pedir, no debe de ser estimada la excepción de cosa juzgada.

*Resolución de venta por falta de pago: nulidad de los contratos posteriores convenidos de mala fe: mejoras introducidas en los bienes.*—Acreditada la falta de pago por sentencia penal condenatoria firme, resulta indudable el derecho del vendedor a resolver la venta concertada con el comprador, así como la nulidad de los contratos que de él traiga causa, tales como el de 29 de octubre de 1947, concertado por los demandados entre sí, sin reserva de acciones; pues ambas actuaron de mala fe, siendo innecesario entrar en el estudio del tercer motivo, porque al reintegrar la propiedad del complejo industrial discutido al poder del recurrente, actor en este juicio, ha de hacerse con todas las mejoras que en él introdujo, durante el tiempo que retuvo la posesión. (Sentencia de 27 de junio de 1977; ha lugar.)

NOTA: Aunque el primer considerando de la Sentencia afirma que es indudable la inexistencia de unidad de causa en el pedir, hace falta conocer el contenido del resto de la sentencia para entender tal afirmación, por lo demás, absolutamente correcta. Convenida entre A y B la venta de un complejo industrial, B dejó de pagar el precio, no obstante lo cual volvió a venderlo a C y demandó a A para que entregase la posesión, alegando haber pagado el precio y justificando tal extremo mediante un documento privado falso *acreditativo del pago del precio*, en base al cual no pudo prosperar la posición de A en el primer pleito civil suscitado. Pero planteada la cuestión de la falsedad en vía penal y acreditada tal falsedad, en el segundo pleito civil se rechaza la excepción de cosa juzgada en la Sentencia extractada por no existir unidad de causa en la petición.

(A. L. C.)

7. *Compraventa de inmuebles: Acción resolutoria por incumplimiento.*—En la interpretación de los artículos 1.124 y 1.504 del C. c., la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que ambos preceptos legales se complementan, siendo el segundo de ellos la especie concreta para el supuesto de la venta de inmuebles, de la facultad genérica que para toda clase de obligaciones

recíprocas se establece en el primero, y que, por ende, para el éxito de la acción resolutoria no podrá bastar el incumplimiento de aquél contra quien se actúa, sino que tendrá que acreditarse de manera indubitada la voluntad del mismo deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, y, de otra parte, el cumplimiento de todas las obligaciones que incumban a quien la ejercite. (Sentencia de 14 de abril de 1978; no ha lugar.)

8. *Resolución unilateral, sin causa justificada, de contrato de comisión o agencia: indemnización de daños y perjuicios.*—La pretensión de que se incluya en la indemnización el lucro cesante no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del artículo 1.106 del C. C., sino que es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes, alegato y prueba consiguiente que ni siquiera se han intentado efectuar en este caso.

*Resolución unilateral: indemnización de daños y perjuicios por causa de dolo.*—No puede prosperar el motivo que denuncia la violación por inaplicación del párrafo 2.º del artículo 1.107 del C. C., conforme al cual, la Entidad recurrida debería responder de «todos los daños y perjuicios que conocida-mente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación», porque incurrió en dolo, ya que los daños y perjuicios que mencionan son justo los que tuvo presente la Sentencia que se recurre para condenar al pago de la indemnización antes referida a causa de la rescisión unilateral; aparte de que tampoco se justifica la conducta dolosa invocada, a cuyo fin no basta la cita de algunas Sentencias de esta Sala que precisan las consecuencias del dolo civil, ni puede simplemente deducirse del mero hecho del incumplimiento que el Tribunal «a quo» reconoce y sanciona con la indemnización.

*Resolución unilateral: indemnización: cita de derecho extranjero: defectos del recurso.*—Igual suerte adversa debe correr el motivo que denuncia la infracción por inaplicación del artículo 1.º del C. C. español y afirma que la Sentencia recurrida *parece basarse* exclusivamente en el artículo 1.751 del C. C. italiano, cuyo texto reproduce; lo que alegado en la forma dubitativa expuesta—de simple parecer—se acomoda mal con las exigencias propias del formalismo característico del recurso de casación; pero es que además no es exacto, porque lo que hace la resolución impugnada es emplear un argumento a mayor abundamiento y sin repercusión alguna en el fallo propiamente dicho, cuando para completar el razonamiento que está utilizando añade... conclusión ésta que ha sido recogida en legislaciones foráneas, *por ejemplo* la italiana, cuyo Código civil, en su artículo 1.751, determina...» que nada tiene que ver con lo que se denuncia, acreditando, por otra parte, unos conocimientos de Derecho comparado que pueden ser sumamente útiles y convenientes para aclarar dudas que susciten las deficiencias de nuestro ordenamiento, cuyo empleo al modo efectuado merece elogios y no censuras, con la particularidad de que en este caso se viene, con ello, precisamente a reforzar la condena indemnizatoria decretada en favor de quien recurre. (Sentencia de 30 de diciembre de 1977; no ha lugar.)

9. *Preferencias de la Hacienda como acreedora.*—La legislación fiscal coloca a la Hacienda Pública en una posición privilegiada, que se manifiesta: a) en la prelación por afección o hipoteca legal tácita, sin necesidad de acto



constitutivo ni inscripción, que prevalece sobre cualquier otro acreedor o adquirente, con eliminación radical de la regla «prior tempore potior in re»; y b) en la prelación general, para los tributos que no graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público, que se detiene ante los acreedores que lo sean de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, que queda garantizado contra los actos posteriores que podrían hacer ilusorio su rango.

*Anotación preventiva de embargo: efectos.*—El embargo y su anotación nada prejuzgan sobre la verdadera situación, identidad y naturaleza de los créditos, ni altera la naturaleza de las obligaciones; la anotación del embargo sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos y créditos posteriores, pero no respecto los actos de disposición y créditos anteriores y preferentes al del embargo anotado.

*Concurrencia de créditos fiscales y ordinarios.*—La preferencia que otorga la anotación preventiva de embargo, respecto a créditos posteriores y en cuanto a los bienes sujetos a traba, sólo cede ante la prelación que al Estado otorgan los artículos 1.923, núm. 1, y 1.927, regla 1.ª, del Código Civil, 12 de la Ley de Administración y Contabilidad, 73 de la Ley General Tributaria y 37 del Reglamento General de Recaudación (hipoteca legal tácita), pero no hay razón para entender que la eficacia de tal anotación desaparezca ante créditos estatales no protegidos por aquél privilegio singular y posteriores, atendiendo, para determinar el momento de nacimiento de la obligación de pago, a la realización del hecho imponible (art. 23 Ley General Tributaria).

*Juicio de tercería de mejor derecho: ámbito.*—Queda sometido a la resolución del juzgador el tema fundamental de la preferencia del título de crédito invocado por el tercerista frente al utilizado por el ejecutante, a efectos de la aplicación del importe que se obtenga con la venta de lo embargado al deudor, sin que puedan traerse a discusión problemas ajenos al expresado objeto. (Sentencia de 17 de marzo de 1978; ha lugar.)

NOTA: El problema de preferencia se planteaba entre un crédito, del que era titular el Banco Español de Crédito, que constaba en escritura pública, habiéndose, en el correspondiente juicio ejecutivo, embargado los bienes del deudor; y varios en favor del Estado por los conceptos de Impuesto General sobre Tráfico de las Empresas, multa por infracción de la Disciplina de Mercado, Impuesto Industrial, Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre el Lujo, este último declarado no preferente en la Sentencia por ser su hecho imponible posterior a la fecha de la anotación preventiva del embargo practicado en favor del Banco.

10. *Contrato de compraventa con pacto de lex commissoria.*—El contrato referido (véase hechos) es un contrato de compraventa con pacto de lex commissoria, generante de condición resolutoria expresa, productor de la consecuencia de que si el precio, en las circunstancias en que venga establecida su efectividad, no se hace efectivo en tiempo por el comprador, la venta se tiene por no concluida, volviendo las cosas a su estado originario, como si la obligación no hubiere tenido lugar, con los efectos convenidos al res-

pecto, siempre y cuando se formule por el vendedor el oportuno requerimiento exigido a tal fin.

*Rebelde voluntad de incumplimiento.*—Los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil exigen, para producirse la resolución, el estar patentizada una rebelde voluntad de cumplimiento de lo pactado en el contrato.

*Requerimiento notarial.*—El requerimiento notarial reviste una forma pactada «ad solemnitatem» y no puede ser suplido por el mero depósito, por conducto notarial, correos, de carta certificada con solicitud de acuse de recibo, pues... es lo cierto que ese mero depósito en oficinas de certificados no es equiparable al requerimiento notarial convenio, de una parte por así deducirse de los términos del párrafo último del artículo 202 del vigente Reglamento notarial, que al prevenir la posibilidad de efectuar los Notarios notificaciones por medio de carta remitida por correo certificado, con acuse de recibo, es sobre la base de que no tengan carácter requisitorio, con lo que se está significando su ineficacia cuando afecte a requerimiento de la índole del expresado convenio en el contrato de compraventa de que se viene haciendo mención, al tener, por su propia..., dicho carácter requisitorio; y, de otra parte, a causa de que el envío de carta certificada, con solicitud de acuse de recibo, desde el momento que no es identificable con la exigencia comentada de previo requerimiento notarial no puede dar base a la conducta deliberadamente rebelde que jurisprudencialmente viene demandada para producir la consecuencia de específica resolución sancionada por el artículo 1.504 del C. C., y mayormente habida cuenta que solamente puede emanar del convenido requerimiento notarial, revelador por su propia esencia de la precisa autenticidad en la efectividad pasiva del requerimiento, y que no puede entenderse cumplida con el envío, en modalidad de acuse de recibo, de carta certificada, al faltar en este supuesto, el expresado carácter de autenticidad.

*Acto de conciliación.*—El hecho de que con posterioridad a haber sido presentada la demanda originadora del actual debate jurídico, y a fines de dar cumplimiento a lo acordado por el órgano jurisdiccional de primera instancia, en indudable pretensión de cumplimiento de la exigencia establecida en el artículo 462 de la LEC, se hubiese hecho saber a la demandada, mediante acto de conciliación, la existencia de la precitada carta certificada, en modalidad de carta con acuse de recibo, en modo alguno puede ser eficaz para amparar la viabilidad de las pretensiones formuladas en escrito inicial de demanda, rector del proceso en cuestión, pues, siendo principio en todo procedimiento judicial de las cuestiones en él planteadas han de decidirse teniendo en cuenta exclusivamente en sus aspectos fácticos, la situación existente al tiempo de la presentación de la demanda que lo originó, no pueden tomarse en consideración las situaciones de hecho producidas con posterioridad al tiempo de presentación de dicho escrito inicial. (Sentencia de 25 de junio de 1977; ha lugar.)

**HECHOS:** Compraventa de piso con precio a pagar en varios plazos con cláusula en la que se estipula que vencido y no pagado cualquiera de los plazos convenidos tal contrato quedaría resuelto de pleno derecho, sin más requisito que el requerimiento notarial a la compradora, quedando en favor

del vendedor las mejoras introducidas por ésta. La compradora dejó impagados algunos plazos. El vendedor solicitaba se declarase resuelto el contrato, quedando en su beneficio las cantidades recibidas a cuenta del precio como indemnización de perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia apelada.

11. *Requisitos del contrato.*—Las cuestiones sobre concurrencia de los requisitos del contrato que exige el artículo 1.261 del C. C., son de hecho, cuya determinación de la existencia o inexistencia de tan esenciales condiciones es de la exclusiva competencia de los Tribunales de Instancia, por lo que sus decisiones sólo pueden ser impugnadas al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la LEC.

*Disposiciones administrativas.*—Los artículos 1 y 30 del Decreto de 4 de diciembre de 1969, que aprobó el Reglamento de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, son disposiciones de naturaleza administrativa..., que no pueden en modo alguno servir para fundamentar en ellas un recurso de casación por infracción de ley, toda vez que no regulan derechos sustantivos en materia civil.

*Hechos.*—La vía del número séptimo del artículo 1.692 de la LEC es la única adecuada para combatir los hechos que declara probados la Sentencia del Tribunal «a quo». (Sentencia de 17 de junio de 1977.)

HECHOS: Compraventa de piso vivienda en el que interviene como mandatario de los vendedores un Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

12. *Compraventa de viviendas de protección oficial: percepción de un precio superior al fijado por la ley: nulidad parcial.*—De acuerdo con el nuevo texto del artículo 6, párrafo 3.º, del C. c., si bien la regla general, a cuyo tenor los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, tiene como excepción el supuesto de que las mismas establezcan un efecto distinto para el caso de contravención; y para que dicha excepción pueda ser aplicada a la hipótesis de nulidad parcial de un negocio jurídico será requisito indispensable que las normas provean un efecto diverso de la nulidad en el caso de contravención de lo preceptuado en ellas, sobre la parte negocial o sobre la obligación afectada, en otro caso, por la invalidez, por ejemplo, sobre el precio límite de las compraventas de viviendas de protección oficial. Con arreglo a esta disciplina legal, la contravención de la prohibición absoluta de la percepción, por el vendedor, de cualquier sobreprecio en la venta de dichas viviendas, establecida por el artículo 29 del texto refundido y revisado de la legislación sobre la materia, aprobado por Decreto de 24 julio 1963, y ratificada por el artículo 112 del Reglamento que lo desarrolla, aprobado por Decreto de 24 julio 1968, ha de llevar consigo, en el ámbito civil, no la nulidad total de la compraventa, dado que, por una parte, esta clase de invalidez acabaría redundando en provecho del infractor y, por otro lado, no debe olvidarse que lo que la Ley persigue con la fijación de ese precio máximo no es entorpecer la celebración de los contratos de compraventa respectivos, sino lograr que las viviendas afectadas entren en el tráfico, al precio que la

Administración calcula como justo, pero sí debe originar la nulidad parcial de la obligación relativa al precio excesivo, con la consiguiente reducción de ésta al límite legal, ya que las disposiciones administrativas aludidas no prevén más que la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el vendedor, antes de la reintegración, en su caso, del contrato al régimen común, pero nada prevén sobre la reducción del precio contractual mientras el contrato continúa sujeto, cualquiera que sea la causa que origine la continuación al régimen administrativo de la protección oficial, solución además que concuerda con la adoptada recientemente por el T. S. en el caso de sobreventa, en los contratos de arrendamiento de la repetida especie de viviendas, en Sentencia de 29 noviembre 1977 y que también es la más adecuada para evitar el fraude masivo de leyes de especial significación social. (Sentencia de 17 de abril de 1978; ha lugar.)

13. *Arrendamientos urbanos: interpretación contratos: determinación de la renta en una participación del negocio: cláusula «ingreso para sí».*—Estableciéndose en una de las cláusulas del contrato que se entiende «por recaudación todas las cantidades que el arrendatario ingrese para sí, procedentes de la totalidad de los servicios prestados», la frase «ingrese para sí» es lo suficientemente expresiva para comprender que, ateniéndose al sentido literal de las palabras, como exige el artículo 1.281 del C. c., para los casos en que los términos de un contrato son claros, hay que excluir del producto bruto, para deducir el tanto por ciento que corresponda al arrendador, todas aquellas cantidades que el arrendatario recauda para entregarlas, sin llegar a ingresarlas en su patrimonio. (Sentencia de 14 de marzo de 1978; ha lugar.)

14. *Arrendamiento de local de negocios: indemnización de daños: defectos del recurso.*—Si bien es cierto que los términos de «violación» e «infracción» son considerados como sinónimos por el Diccionario de la Real Academia, no lo es menos que en su sentido técnico-jurídico son distintos, teniendo el segundo un significado genérico del que el primero es específicamente una de las formas o clases que enumera el número 1 del artículo 1.692 de la LEC, por lo que utilizar indistintamente ambos términos denota una imprecisión que induce a confusión, contrariamente a lo exigido en el párrafo 1.º del artículo 1.720 de dicha Ley.

*Arrendamiento de local: inclusión en el Registro de Solares: indemnización de daños por abandono del local: prescripción de la acción.*—La indemnización pertinente por el abandono de un local arrendado como consecuencia de la inclusión de la casa en que se encontraba en el Registro de Solares y otros inmuebles de edificación forzosa, es una acción personal que no tiene señalado término especial de prescripción, debiéndose aplicar consiguientemente el de quince años del artículo 1.964 del C. c.

*Arrendamiento de local: indemnización por abandono: analogía de supuestos en la LAU y en la Ley del Suelo.*—Es doctrina jurisprudencial reiterada que no existe una verdadera analogía entre los supuestos contemplados en el artículo 149, 3.º, de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, hoy artículo 161 del nuevo texto refundido de 9 de abril de 1976 y el artículo 81 de la LAU, pues este último contempla un caso en que se permite al arren-

datario la opción entre volver por retorno a la nueva edificación o resolver el contrato mediante indemnización, mientras que por el precepto de la vigente Ley del Suelo se excluye la posibilidad del retorno, lo que agrava la situación del arrendatario y, por ende, la indemnización ha de tener mayor extensión, guardando el supuesto más analogía con lo dispuesto en el número 3.º del artículo 73 de la LAU a que se remite la sentencia recurrida en que no se admite el derecho de retorno, doctrina que debe ser mantenida en todos sus términos.

*Arrendamiento de local: indemnización por abandono: prueba y cuantía.*—No puede prosperar el motivo que denuncia la violación por inaplicación del artículo 1.214 del C. C., pues aparte de que la generalidad del precepto invocado como infringido, que se limita a señalar el «onus probandi», impide, de acuerdo con la constante y unánime jurisprudencia, su alegación aislada si no se contempla con la presunta infracción de alguna norma probatoria concreta, es evidente que en el caso que se examina consta perfectamente acreditado el hecho que ocasiona la indemnización reclamada, quedando por precisar tan sólo el «quantum» de la misma que precisamente por estimar con acierto el Tribunal «a quo» que carecía de datos para hacerlo, es por lo que remite esa determinación al período de ejecución de sentencia, donde los oportunos y necesarios peritajes contribuyan a fijarla con toda exactitud. (Sentencia de 14 de octubre de 1977; no ha lugar.)

15. *Mandato representativo: notas características que le separan del contrato de trabajo y del de arrendamiento de servicios.*—Cuando del examen del contrato se evidencia que lo contratado no fue la actividad del actor ni como fin, característica del contrato de trabajo, con subordinación de disciplina y de dependencia, ni como medio, sin dependencia, cual sucede en el contrato de arrendamiento de servicios, cuyo objeto es una prestación material o intelectual, con remuneración perfectamente precisada, sino el nombramiento como administrador, apoderado de una Sociedad, por quien, conforme a sus estatutos, estaba facultado para ello, especificándose en el contrato la actividad a desarrollar, la cual se refiere tanto a la relación material entre el apoderado y aquella Sociedad como a la relación externa de representación directa, es claro que dicho convenio debe ser calificado de mandato representativo retribuido.

*Revocación del mandato.*—Siendo el mandato un contrato civil de confianza, puede el mandante revocarlo a su voluntad y obligar al mandatario a devolver el documento en que conste. No se opone a la revocación el hecho de estipular un plazo de vigencia, siendo lícita la revocación aunque se pacte lo contrario (núm. 1.º del art. 1.732 del C. c. y 1.733, y SS. de 30 de junio de 1891, 16 de enero de 1906 y 30 de abril de 1955, entre otras).

*Interpretación de los contratos: términos claros.*—En el párrafo 1.º del artículo 1.281 del C. c. aparece establecido el aforismo «in claris non fit interpretatio». (Sentencia de 25 de enero de 1978; ha lugar.)

16. *Agente de la propiedad inmobiliaria: formalidad del contrato para el cobro de la comisión o corretaje.*—El encargo debe ser realizado en la forma prevista por el artículo 30 del Reglamento de 4 de diciembre 1969,

es decir, en el impreso oficial que facilita la Junta directiva del Colegio, con indicación de la fecha, duración del encargo y datos suministrados por el cliente respecto de la operación.

*Cuestión nueva en casación.*—La alegación de una cuestión nueva, por sí sola, incurre en la causa 5.ª del artículo 1.729 de la LEC, que el trámite decisorio lo es de desestimación. (Sentencia de 15 de marzo de 1978; no ha lugar.)

17. *Culpa extracontractual: indemnización de daños en juicio penal: cosa juzgada:* Como supuesto de hecho se destaca que en el proceso penal fue ejercitada la acción civil dimanante del caso penal, es decir, que en aquella ocasión ni se renunció al reintegro de las cantidades que la Mutua de accidentes había entregado a las víctimas, ni se reservó el derecho de reclamarlas en el juicio civil correspondiente cuando terminara el juicio penal, utilizando la posibilidad que le otorga el artículo 112 de la L. E. Cr., por lo cual el Tribunal de lo penal, en su sentencia, tuvo que resolver sobre dicha petición, con lo cual quedó definitivamente juzgada la cuestión planteada ahora en vía civil. (Sentencia de 2 de mayo de 1978; ha lugar.)

## 2. Derechos reales

1. *Acción declarativa del dominio: legitimación pasiva.*—La acción declarativa del dominio, según reiterada doctrina de esta Sala, tiene como finalidad la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria, que discute ese derecho, o se lo prorroga o se lo atribuye, y que, por tanto, la persona que de un modo serio, formal, deliberado y solemne, le discute el derecho de dominio al propietario, o no se allana a reconocerlo, está legitimado pasivamente y debe sufrir las consecuencias que, del proceso se deriven, y dado que en el caso que ahora se contempla, aunque el demandado no se niega de manera expresa a reconocer el dominio del actor sobre la casa litigiosa, sin embargo, de manera implícita, sí se lo discute, pues afirma que el verdadero dueño de ella es una tercera persona, cuando la sentencia impugnada lo reputa legitimado pasivamente, no interpreta con error la doctrina legal aludida, sino, al contrario, hace de ella la correcta exégesis que tal doctrina comporta.

*Acción declarativa de dominio: litis consorcio pasivo.*—No puede prosperar la tesis del demandado, ahora recurrente, según la cual, para que la relación jurídico-procesal quede correctamente constituida, cuando de acción declarativa de dominio se trata, tiene que traerse al proceso a toda persona que el opositor designe como posible titular de tal derecho, porque ello conduciría a la indefinida prolongación de los pleitos en que se ejercitase una acción declarativa de dominio, pues al demandado le bastaría con designar como posible contradictor a cualquier persona, para que ésta tuviese que ser traída al proceso, y como ella, a su vez, podría señalar a otro posible tercer contradictor, también habría que traerlo al proceso, y así indefinidamente. (Sentencia de 3 de diciembre de 1977; no ha lugar.)

NOTA: En la demanda originaria de las actuaciones que provocan el presente recurso, se ejercitan dos diferentes pretensiones: una, que el propio demandante califica como acción declarativa de dominio, tendente a que se proclame que la finca litigiosa es propiedad de dicho demandante, y otra, encaminada a que se condene al demandado, como arrendatario de una parte de dicha finca, a pagar al actor cierta cantidad en concepto de rentas vencidas, cuestión, esta última, que queda fuera del recurso. La sentencia recurrida (al igual que hizo el Juzgado de 1.ª Instancia), no sólo acoge íntegramente esas pretensiones, sino que, incluso, impone al demandado las costas de la tramitación de la apelación, por reputar ésta totalmente temeraria. Y ello fue así porque dicho demandado, tratando de justificar su actitud, alegó que el dominio de la finca litigiosa no pertenecía al demandante sino a otra persona, que, a su entender debería ser la demandada. Dicha persona, A, que por ciento intervino en el pleito como testigo del demandado, era el marido de la antigua dueña, B, quien luego se la cedió a C, en virtud de transacción extrajudicial. C arrendó parte de la finca al demandado y luego la vendió al demandante (quien la inscribió en el Registro de la Propiedad) y al pretender cobrar la renta se encuentra con la oposición del arrendatario, que niega su condición de tal; dice que la transacción entre B y C fue nula porque, siendo la finca ganancial del matrimonio A-B, debió consentirla A, como «verdadero» propietario.

(A. L. C.)

2. *Exclusión de la zona marítimo-terrestre del tráfico jurídico-privado:* Los bienes integrantes de tal zona están fuera del comercio de los hombres, siendo inalienables e imprescriptibles, mientras no se produzca su desafectación o cambio de destino, pues sólo en este momento dejan de pertenecer al dominio público y entran en el comercio de los hombres.

*Los bienes de dominio público y el Registro de la Propiedad:* Los bienes de dominio público, al estar exceptuados de inscripción en el Registro no necesitan de las ventajas y garantías del sistema registral, cuyo contenido no puede perjudicarles, siendo ineficaz el principio de legitimación registral cuando la realidad física y jurídica de la existencia de una zona de dominio público se enfrenta con la realidad registral. (Sentencia de 19 de diciembre de 1977; ha lugar.)

NOTA: La presente Sentencia confirma los criterios sentados por las de 28 de noviembre de 1973, 3 de junio de 1974, 7 de mayo de 1975, 23 de abril, 25 de octubre y 2 de diciembre de 1976 (un comentario de estas últimas en relación con las anteriores en este ANUARIO XXXI-1, págs. 201-209); postura contraria puede advertirse en las de 4 de junio y 14 de noviembre de 1977.

(P. E. A.)

3. *Efectos del deslinde administrativo:* El deslinde administrativo, consentidos en el presente caso por la demandada, sólo produce el efecto de desplazar, sobre quien pretenda dominio privado con relación al terreno cuestionado, la carga de la prueba justificante del mismo, sin generar por sí una atribución exclusiva y excluyente a favor del Estado, porque lo único que revela es la existencia de una actividad delimitadora en el exclusivo ámbito administrativo.

*Derechos de particulares sobre la zona marítimo-terrestre:* Las reservas legales que establecen al respecto los artículos 1.º de la Ley de Puertos de

19 de enero de 1928, 1.º de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969 y 299 de la primitiva Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866 se refieren no sólo a los derechos originados por concesiones de uso y aprovechamiento o de propiedad por la soberanía real, sino también a los derivados de actos transmisorios posibilitadores de la antigua Zona marítimo-terrestre, en la que no venía comprendido entonces el terreno en cuestión, ya que «donde la norma jurídica no distingue, no se debe distinguir».

*Consideración de la zona marítimo-terrestre como bien de dominio público:* Calificadas las riberas y playas como bienes de dominio público, destinadas al uso público, en el artículo 339, núm. 1, del Código Civil, tal condición subsiste en tanto el bien goce de la consideración primaria o persista en el destino al uso público, sin que se haya producido causa de desafectación natural, por degradación, producida antes de la entrada en vigor de la Ley de Puertos de 7 de marzo de 1880, y no que tuviese carácter inicial privado o se generase posteriormente a favor de un particular.

*El litoral del mar y la zona marítimo-terrestre:* Conforme a una constante tradición, con orígenes en el Derecho Romano y recibida en nuestro Derecho histórico, el litoral o ribera del mar aparece excluido de toda propiedad privada, sin poder ser objeto de aprovechamiento particular que perturbe o impida el uso general; sin embargo, el aspecto de demanialidad de la zona marítimo-terrestre, con sus efectos de inenajenabilidad e imprescriptibilidad, sólo tiene su génesis con la Ley de Puertos de 1880, por lo que, con anterioridad a ella, venía posibilitada la atribución de dominio en favor de particulares sobre terrenos posteriormente integrados en tal zona, siempre que el acto originador de tal atribución se hubiese producido antes de dicha Ley.

*La llamada «afectación natural» de la Zona marítimoterrestre: sus efectos:* El terreno que, teniendo inicialmente naturaleza privada, pasa a integrarse en la zona marítimo-terrestre por la acción del mar en su flujo y reflujó, sigue manteniendo esa característica privada, sin que se atribuya al Estado ningún título de dominio a fines reivindicatorios, desprendiéndose de lo dispuesto en el párrafo 1.º «in fine» del artículo 5 de la Ley de Costas la posibilidad de coexistencia de derechos de propiedad particular y adscripción temporal al dominio público.

*Compatibilidad con la doctrina jurisprudencial:* El criterio reiterado en las Sentencias de 28 de noviembre de 1973, 3 de junio y 2 de julio de 1974, 7 de mayo de 1975, 23 de abril y 2 de diciembre de 1976 no resulta contradictorio por la presente, al no haberse pronunciado respecto a terrenos originariamente particulares y posteriormente integrados en la zona marítimo terrestre. (Sentencia de 14 de noviembre de 1977; no ha lugar.)

4. *Presidente de la comunidad de propietarios: legitimación procesal.*— El presidente de la comunidad de propietarios, al que incumbe la representación en los términos previstos por el art. 12 de la Ley de 21 de julio de 1960 como portavoz de la voluntad plural formada a través de la correspondiente deliberación en la Junta, que es el «órgano rector colectivo» y soberano en el funcionamiento del régimen de la propiedad horizontal, representación legal y orgánica ejercida «sub especie communitatis».



*Nombramiento y período de ejercicio.*—Viene sometido en su nombramiento al criterio de mayorías por aplicación del artículo 16, 2.ª, como tiene declarado la S. de 18 diciembre 1966, y salvo que en los Estatutos se disponga otra cosa se entenderá hecho por un año, prorrogable tácitamente por períodos iguales, conforme a lo dispuesto en el párrafo 4.º de aquel precepto.

*Gastos de la comunidad: naturaleza de la obligación.*—La contribución a los gastos generales y servicios recibidos por cada copropietario es una obligación «ob rem» que con enérgicas consecuencias de afectación real le impone el legislador.

*Gastos generales: reclamación.*—Si por un lado la Ley de Propiedad horizontal ha perseguido disciplinar el haz de derechos y obligaciones de los propietarios «con criterios inspirados en las relaciones de vecindad», estableciendo «las bases de una convivencia normal y pacífica», en palabras de la exposición de motivos, se ha cuidado de vigorizar «en todo lo posible la fuerza vinculante de los deberes impuestos a los titulares, por lo que se refiere al abono de los gastos», según advierte el mismo preámbulo, y es en aras de tal razón finalista que el artículo 20 de la Ley imponga como previo a la vía judicial el requerimiento de pago en forma fehaciente al titular del piso o local como postrer intento de mantener en el círculo privado de las relaciones internas la renuncia a contribuir al pago de los gastos generales, pero una vez desoída la formal conminación e insistente el deudor en su voluntad rebelde al cumplimiento, el presupuesto de admisibilidad habrá que entenderlo acatado también en cuanto a los gastos posteriormente devengados y no satisfechos, pues así lo imponen la «ratio legis» y consideraciones de lógica cuando se trata de prestaciones de tracto sucesivo y realización periódica, dimanantes del mismo título. (Sentencia de 14 de febrero de 1978; no ha lugar.)

5. *Retracto de colindantes: finalidad.*—El retracto de colindantes tiende a combatir el minifundio como antieconómico para la explotación agraria favoreciendo la concentración parcelaria de las fincas que lindan entre sí y sean menores de una hectárea de extensión; en las agrupaciones urbanas, por el contrario, la figura de propiedad no edificada es el solar, de ahí la notable importancia de la distinción entre ambos conceptos a la hora de decidir sobre retracto de colindantes.

*Distinción entre fincas rústicas y urbanas: criterios.*—La distinción fácil de hacer en cuanto a fincas integradas plenamente en uno o en otro grupo, resulta más difícil en las zonas en vías de transformación, fijándose como criterios diferenciales: Primero, *la ubicación*, diferenciando las zonas rurales dedicadas exclusivamente a los cultivos agrícolas y las urbanas sitas en agrupaciones de viviendas existentes o proyectadas; y segundo, *las comunicaciones*, directamente entroncadas con vías públicas, ya construidas o programadas; índice de estas diferencias, es la diferente cotización de la finca rústica y del solar, siendo casi siempre muy superior el de éstos a los de aquéllas. (Sentencia de 4 de noviembre de 1977; no ha lugar.)

6. *Retracto de colindantes: formalidades procesales: consignación del*

*precio.*—El válido ejercicio del retracto de colindantes establecido en el artículo 1.523 del C. C., viene condicionado, en el orden procesal por el cumplimiento de determinados requisitos, que en forma imperativa tiene establecidos en el artículo 1.618 LEC, uno de los cuales, es el de que por el demandante retrayente se consigne el precio que hubiese satisfecho el comprador demandado por la finca objeto del retracto, si bien la rigidez de este requisito no está concebida en términos tan absolutos que pudiera hacer ineficaz el derecho de retracto cuando, por especiales circunstancias, no fuese conocido ese precio, o sólo constase como cierto parte del mismo, pues tal contingencia la prevé el núm. 2.º del mencionado artículo 1.618, al establecer para este supuesto que se dé fianza de consignarlo una vez que sean conocido.

*Retracto de colindantes: venta de varias fincas por precio global y retracto de una de ellas: consignación del precio.*—El hecho de ser mayor el valor correspondiente a la finca objeto del retracto, que resulte conocido con posterioridad, afectará a la efectividad del reintegro en el momento en que la escritura de retroventa se lleve a efecto, que ha sido afianzado, pero, no al requisito formal de la consignación válidamente hecha en el momento procesal oportuno, por lo que no puede estimarse la alegación de caducidad del plazo para tal consignación, máxime si se tiene en cuenta, además, que exigir el depósito de la suma estimada pericialmente como precio de la finca en cuestión, sería tanto como prejuzgar la determinación del precio sin controversia, dado que la declaración de cuál sea ese precio corresponde al juzgador, quien lo fijará en su sentencia de acuerdo con el resultado de la prueba practicada, sin que esté obligado a sujetarse al dictamen pericial, que no le vincula. (Sentencia de 8 de junio de 1977; ha lugar.)

7. *Cesión de aprovechamiento hidráulico: expropiación forzosa: acta de adquisición amistosa: defectos del recurso.*—Iniciado el expediente de expropiación forzosa del aprovechamiento hidráulico que perteneció a los demandantes y habiéndose convenido con la Entidad demandada (ahora recurrida) la suscripción amistosa de un acta por la que el precio a satisfacer por esta última, como beneficiaria de la expropiación, se sustituirá por el suministro de un determinado bloque de kilovatios, no es lícito traer a calación cuestiones que no fueron planteadas en el pleito en su período de alegaciones y discusión (concretamente la nulidad de dicha acta en base a su lesividad para los interesados, el común de vecinos de A y el Ayuntamiento de A).

*Cesión de aprovechamiento hidráulico: defectos del recurso: actos propios: ratificación tácita.* Los artículos de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de Régimen Local, que como infringidos se citan, aparte de no ser aptos para fundamentar en ellos un recurso de casación dado su carácter administrativo, no han sido objeto de aplicación alguna por el Tribunal «a quo», por lo que, en modo alguno, han podido ser interpretados errónea o acertadamente, y por otra parte lo que los juzgadores de instancia han afirmado es que el hecho de haber declarado lesiva para los intereses económicos del Común de Vecinos, el acta de adquisición amistosa, constituye un acto propio de las entidades actoras, producido

casi dos años después de la conformidad dada por la Sociedad demandada a referido acta, durante cuyo lapso de tiempo el Común de Vecinos de Areo recibió, beneficiándose de ella, la contraprestación de la energía eléctrica suministrada por la demandada, y que presume la válida ratificación, conforme a lo que el párrafo 2.º del artículo 1.259 del C. C. exige para que el contrato celebrado a nombre de otro, sin tener su representación legal o estar por él autorizado, se convalide y surta efecto desde su origen y durante el tiempo en que la «conditio juris» de la ratificación haya estado pendiente, pues dicho precepto legal no excluye la ratificación tácita. (Sentencia de 22 de diciembre de 1977; no ha lugar.)

8. *Servidumbre de paso voluntaria: error de hecho inestimable.*—Es inconsistente el denunciado error de hecho en la apreciación de la prueba, pues la conclusión que los recurrentes pretenden obtener de los documentos citados como auténticos de la existencia de una servidumbre voluntaria, es la misma que obtiene la Sala y precisamente le sirve de fundamento para desestimar el primer pedimento de la demanda, que reclamaba se declarase extinguido el derecho de servidumbre de paso recayente sobre el predio sirviente.

*Servidumbre voluntaria: modificación: ejercicio.*—El motivo basado en la violación de los artículos 536 y 598 del C. C. tampoco puede prosperar, ya que la sentencia recurrida ha estimado la existencia de una servidumbre voluntaria, aplicando las normas que se estiman vulneradas, la primera con carácter general y la otra específica, condicionada por el párrafo segundo del artículo 545, relativo a la modificación de toda clase de servidumbres prediales, fundado en el principio general de su utilización o ejercicio ha de ser «civiliter».

*Servidumbre voluntaria: modificación: doctrina jurisprudencial.*—Una sola sentencia—la de 21 de junio de 1907—es insuficiente para fundamentar un recurso de casación, porque esta singularidad no se aviene con la existencia de la verdadera doctrina jurisprudencial, que por su misma naturaleza supone reiteradas resoluciones de idéntica especie, y a mayor abundamiento resolvía una cosa distinta, que no podía hacerse más onerosa la servidumbre, cuando aquí se declara lo contrario, esto es, que proceda la modificación, toda vez que «aparece de las pruebas practicadas que la servidumbre mencionada resulta muy incómoda y perjudicial para la Entidad propietaria del predio sirviente, y, en cambio, la modificación pretendida no causa ningún perjuicio ni molestia a los demandados». (Sentencia de 23 de diciembre de 1977; no ha lugar.)

9. *Acción negatoria de servidumbre: defecto del recurso.*—No puede fundarse recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal con base en violación, interpretación errónea o aplicación indebida de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que sólo contengan preceptos de carácter puramente procesal.

*Acción negatoria de servidumbre: requisitos.*—Si ciertamente es doctrina jurisprudencial reiterada que la acción negatoria de servidumbre requiere necesariamente para su viabilidad que el que la ejercita sea dueño del pre

dio que se pretende sirviente, es asimismo exacto que el cumplimiento de ese esencial requisito viene acreditado en la sentencia recurrida y por tanto inalterable en casación, como consecuencia de la apreciación deducida por la Sala de instancia del examen específico de los diversos medios de prueba aportados.

*Acción negatoria de servidumbre: Doctrina de los actos propios.*—Si bien es cierto que según la reiterada doctrina de la Sala la aplicación de la teoría de los «actos propios», dirigida al reconocimiento de un derecho, requiere que aquéllos sean jurídicamente eficaces, es decir, que hayan sido realizados con el fin de crear, modificar o extinguir el pretendido derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, no es menos cierto que el reconocimiento de dominio sobre el terreno objeto de controversia, en favor de la demandante recurrida viene establecido no con base exclusivamente en la aplicación de la expresada teoría de los «actos propios», sino en la conjugación de diversos hechos que la Sala de instancia declaró probados y es sabido que no procede la casación contra el juicio dado por el Tribunal de instancia en virtud del conjunto de las pruebas.

*Acción negatoria de servidumbre: luces y vistas.*—La desestimación de los tres primeros motivos de casación necesariamente conduce a que deba perecer el cuarto, puesto que teniendo soporte éste en la pretendida infracción del artículo 582 del C. C. y concretamente en la no existencia de dominio por la parte demandante, ahora recurrida, en relación con el terreno sobre el que los demandados han abierto ventana o huecos, no autorizados legal ni convencionalmente, claro es que evidenciado tal dominio decae el soporte fáctico-jurídico fundamentador de dicho cuarto motivo de casación, en ortodoxa aplicación del principio de que faltando el antecedente—no existencia de dominio reconocido por parte de los demandantes sobre el terreno en cuestión—no puede darse el consiguiente—posibilidad de apertura de huecos o ventanas sobre la menor distancia de la exigida por el invocado artículo 582 del C. C. (Sentencia de 19 de diciembre de 1977; no ha lugar.)

10. *Artículo 1.253 del C. C.*—La vía para denunciar la infracción del artículo 1.253 del C. C. es el número primero del artículo 1.692 de la LEC. (Sentencia de 8 de junio de 1977; no ha lugar.)

**HECHOS:** Venta a un tercero de finca gravada con «hipoteca» no inscrita. Efectos frente al comprador (demandado). Por razones diversas, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia absolviéron al demandado.

## II. DERECHO MERCANTIL

1. *Impugnación de acuerdos sociales: falta de legitimación.*—Los artículos 46, 2.º y 59 de la L. S. A. resuelven de una manera simple todos los problemas de legitimación para poder tomar parte en la Junta, sin prejuzgar naturalmente sobre propiedad de las acciones; o sea, a los titulares de ac-

ciones nominativas *inscritas*, no se les podrá negar el derecho a tomar parte en la Junta, sin perjuicio del derecho, de quien tenga interés, para poder impugnar la legítima posesión de dichas acciones en el juicio correspondiente; por el contrario, los que aleguen la posesión de determinado número de acciones nominativas que no estén inscritas en el Registro de acciones de la Sociedad no podrán intervenir en la Junta, sin perjuicio de su derecho a solicitar su inscripción.

*Impugnación de acuerdos sociales: falta de legitimación por incumplimiento de normas estatutarias.*—Ha de prosperar el motivo que, al denunciar la violación del artículo 1.214 del C. c. y el 46, 1.º, de la L. S. A., niega la legitimación de los recurridos, toda vez que estando sindicadas las acciones de las que éstos dicen ser propietarios, conforme a lo previsto en los Estatutos, no pudieron transmitírselas libremente sin ofrecerlas previamente a los demás accionistas; sin que sea válido el razonamiento de la Sala de instancia aportado para legitimar la transmisión, de que «la obligación de realizar el ofrecimiento de las acciones es al accionista enajenante a quien corresponde, pero no es obligación del adquirente»; pues se trata de una garantía, sancionada con pena de nulidad, en favor de terceros, que son los restantes accionistas de la Sociedad. (Sentencia de 27 de junio de 1977; ha lugar.)

2. *Impugnación de acuerdos sociales: derecho de voto del Administrador judicial de una testamentaria.*—De conformidad con la reiterada doctrina de la Sala, según la cual el Administrador judicial, en el abintestato y en la testamentaria, están legitimados para ejercitar el derecho de voto que corresponde a las acciones sociales que integran la masa hereditaria, hay que reconocerles la titularidad de las acciones sociales que integran la masa, siquiera tal titularidad sea la naturaleza indirecta y de carácter limitado: indirecta, para que representen y defiendan intereses que pertenecen a quienes no puedan hacerlos valer por no estar todavía determinado el verdadero titular, que lo será aquel o aquellos a quienes en la partición firme, se le adjudiquen definitivamente; y limitada, porque las facultades del Administrador se limitan única y exclusivamente a cuanto se relacione con la administración del caudal, su custodia y administración, artículo 1.098 de la LEC. (Sentencia de 15 de junio de 1977; ha lugar.)

3. *Suspensión del juicio por enfermedad del Letrado.*—La denegación de la suspensión del juicio por enfermedad del Letrado no determina el «vicio in judicando» que sirve para viabilizar recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, según tiene declarado reiteradamente la Sala; aparte de que la suspensión de vista por causa de enfermedad de Letrado, como se deduce de los propios términos del artículo 323 de la LEC, es facultad discrecional del órgano jurisdiccional ante el que se solicita con base en libre apreciación al respecto.

*Incongruencia.*—Si bien es cierto que es posible la viabilidad de casación «cuando la sentencia no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes», también es cierto que la incongruencia supone disparidad entre lo declarado en la sentencia y las peticiones de las partes,

de tal manera que la contradicción ha de surgir de los términos mismos del fallo; y no entre éste y sus fundamentos.

*Transporte mercantil: vicios de la mercancía: certificado de averías emitido a instancia del consignatario.*—Ha de estimarse el motivo que el recurrente plantea, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de LEC a causa de infracción, por no aplicación, del artículo 367 del Código de Comercio, porque emanando el origen de la litis en cuestión de controversia producida entre consignatario y proveedor de mercancía en que ocurrieron dudas y contestaciones entre aquellos sobre el estado en que se hallaban los efectos transportados al tiempo de hacerse entrega de ellos al consignatario demandante, tal controversia debió decidirse, a fines de impedir el efecto de inadmisión de toda clase de reclamación por el consignatario contra el porteador, y en consecuencia contra el que actuó por su encargo, acudiendo al remedio específico y preceptivamente establecido en el aludido artículo 367 del C. de Comercio, de reconocimiento practicado por peritos nombrados por las partes, y un tercero en caso de discordia, designado por la autoridad judicial, haciéndose constar por escrito las resultas, y si los interesados no se conformaren con el dictamen pericial y no transigiesen sus diferencias procediéndose por dicha autoridad al depósito de las mercaderías en almacén seguro y usando tales interesados de su derecho como correspondiere, y al no haberse hecho así en el presente caso y darse como válida en la recurrida sentencia la reclamación efectuada por el precitado consignatario demandante con apoyo simplemente en defecto de parte de la mercancía transportada apreciado en certificado de averías terrestres emitido por el Comisario Español Marítimo, se produce evidente y clara infracción del referido artículo 367 del Código de Comercio. (Sentencia de 24 de mayo de 1977; ha lugar.)

### III. DERECHO PROCESAL

1. *Documentos auténticos.*—No tienen el carácter de auténticos a efectos de casación los documentos básicos del pleito que han sido objeto de examen e interpretación por el tribunal «a quo».

*Confesión judicial (obiter dicta).*—Según reiterada jurisprudencia, la fuerza probatoria de la confesión judicial no es superior a la de los demás medios de prueba, no existiendo error de derecho cuando sin desconocer la Sala sentenciadora el valor en juicio de la confesión judicial aprecia dicha prueba dentro de su exclusiva competencia, en combinación con las demás practicadas en el pleito, no siendo lícito combatir en casación el resultado de la apreciación conjunta de la prueba por el aislado de uno de sus elementos integrantes. (Sentencia de 31 de mayo de 1977; no ha lugar.)

**HECHOS:** La actora pide se declare la existencia a su favor del derecho de arrendamiento de una finca de su esposo sacada a subasta seguido el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, así como también solicita se ordene mantener y respetar a la misma en dicha posesión arrendaticia. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia confirmó la sentencia apelada.

2. *Cuestión de competencia: acción personal: sumisión.*—No constituye principio de prueba, a efectos de competencia territorial, la copia de documento con nota impresa de sumisión a determinado juez si, como en este caso acontece, no aparece suscrita por el comprador, ni consta de modo claro y preciso que haya aceptado la nota renunciando a su fuero propio.

*Lugar de cumplimiento de la obligación de pago del precio del comprador.* Acreditado que en Madrid radica el establecimiento mercantil de la entidad vendedora, que las mercancías objeto de la venta fueron remitidas por ésta al domicilio del comprador en Valencia, y que viajaron por cuenta y riesgo de éste, al hacerlo a porte debido, ... ha de estimarse ser lugar de la entrega y, por tanto, donde el comprador debe cumplir la obligación de pago conforme a lo que el artículo 1.500 del C. c. dispone, aquel donde la vendedora tiene su establecimiento. (Sentencia de 26 de septiembre de 1977; cuestión de competencia.)

3. *Documentos auténticos.*—El contenido de los documentos revela no son auténticos a efectos de casación, ya que por sí solos no acreditan le corresponda al recurrente la titularidad dominical.

*Error de derecho en la apreciación de la prueba.*—El artículo 1.249 del Código civil no es valorativo de prueba.

*Presunciones.*—Según reiterada doctrina de esta sala la de presunciones es supletoria en el orden de pruebas no existiendo necesidad legal de emplearla cuando el Tribunal de instancia llega a la conclusión por medio de prueba cierta. (Sentencia de 11 de mayo de 1977; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 2.400,— pesetas  
Extranjero, 2.600,— pesetas  
Número suelto: España, 700,— pesetas  
Extranjero, 900,— pesetas