

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 XVIII
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE

MCMXV

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

A.G.E.S.A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid.

Las iglesias de propiedad privada y el artículo IV del Concordato

TOMAS GARCIA BARBERENA
Universidad Pontificia, Salamanca

SUMARIO: *La propiedad privada de las iglesias.* I. La apropiabilidad de las cosas sagradas. 2. Doctrina canónica. 3. Titularidad y afectación al culto.—II. 4. *La personalidad jurídica de las iglesias.*—III. *La afectación al culto ante el derecho del Estado.* 5. La autonomía de la Iglesia. 6. La autonomía de la Iglesia en el sistema español. 7. Teoría del reconocimiento. 8. Reconocimiento de las iglesias.—IV. 9. *Conclusión.*

I. LA PROPIEDAD PRIVADA DE LAS IGLESIAS

1. Suelen nuestros tratadistas de Derecho civil, al hacer la clasificación de las cosas jurídicas, establecer la división de cosas *in commercio* y cosas *extra commercium*: estas últimas pueden serlo, o por su naturaleza (cosas comunes) o por su destino. El destino pone las cosas *extra commercium* en dos casos: cuando se trata de cosas de derecho público o cuando son de derecho divino, sagradas o religiosas.

Esta clasificación corriente, fruto de la inercia, viene del derecho romano (1) y no ha dejado huellas en nuestro derecho patrio actual, por lo que podría suprimirse como inútil e inoperante.

En efecto, aunque en las fuentes históricas de nuestro derecho pueden sorprenderse residuos, más bien verbales, de ese *ius divinum* o *ius sacerdotum* de la doctrina romana, la verdad es que nunca, a lo largo de nuestra historia, ha existido esa inapropiabilidad de cosas sagradas, sino que, al contrario, se puede asegurar que siempre ha habido iglesias en manos de particulares. El fenómeno alcanza grande amplitud en la alta Edad Media a partir de la reconquista, pero no puede dudarse de que se da también en la época visigoda (2). Obser-

(1) "Summa itaque rerum divisio in duos articulos deducitur, nam aliae sunt divini iuris, aliae humani". GAI, 2, 2. Las cosas de derecho divino son inapropiables "quarum commercium non est": I, 2, 20, 40; o como dice el mismo GAI, 2, 9, "quod autem divini iuris est, id nullius in hominis est".

En cuanto a la distinción entre cosas sagradas y cosas religiosas, es exclusivamente pagana. Los romanos llamaban cosas sagradas a las dedicadas a las divinidades superiores, y religiosas a las consagradas a los dioses Manes: "sacrae res sunt quae diis superis consecratae sunt, religiosae quae diis manibus relictae sunt": GAI, 2, 4.

(2) L. PORTERO SÁNCHEZ, *Iglesias y monasterios propios*, en "Salmanticensis", separata del fasc. I, 1965, págs. 37 ss. Para la época visigoda, v. R. BIDAGOR, *La "iglesia propia" en España*. Roma, 1933, cap. IV.

va GARCÍA GALLO que la denominación de "iglesias propias", con la que se designa esta situación, no es muy exacta porque el régimen que caracteriza a estas iglesias no es la propiedad privada, sino la relajación del *ius episcopale* (3). La observación es exacta siempre que se complete con la advertencia de que el título aducido en los forcejeos para eludir el derecho del obispo no era otro que los derechos dominicales de los fundadores. Así lo revelan numerosos textos antiguos españoles, en los que se expresa que los bienes destinados al culto no pueden ser tratados como bienes de privados, aun cuando su origen se funde en bienes de propiedad particular (4). También BIDAGOR afirma que el concepto de iglesia propia implicaba un verdadero derecho de propiedad, pero que al dueño le estaba prohibido destinar la iglesia a usos indecorosos o ajenos a su afectación al culto sagrado (5).

El origen y las características jurídicas de esta antigua práctica, llamada "la iglesia propia", constituye un interesante capítulo de la Historia del Derecho, acerca del cual los eruditos no se han puesto de acuerdo. Cualesquiera que sean sus orígenes remotos y los detalles jurídicos de su funcionamiento medieval puede asegurarse que en España tiene relación con el régimen señorial, pues muchas de las actuales iglesias de propiedad privada son antiguos señoríos que, al suprimirse el señorío en las Cortes de Cádiz, pasaron al régimen de propiedad privada (6). También parece clara su relación en muchos casos con el derecho de patronato: recuérdese que el primer texto conocido de derecho de patronato es el can. 2 del Concilio toledano IX, por el cual se permite a los fundadores de iglesias cuidar de ellas mientras vivan y presentar al obispo rectores idóneos de estas iglesias para que éste los ordene.

Interesa además a nuestro propósito señalar dos características fundamentales de la iglesia propia que han perseverado sin cambio

(3) GARCÍA GALLO, *El Concilio de Coyanza*, en "Anuario de Hist. del Der. Esp.", 20 (1950), 418, nota. En página 506 el prof. García Gallo expresa el contenido del derecho de propiedad que corresponde a los dueños de las iglesias propias, con los términos suministrados por los documentos "habere, tenere, possidere iure quiete, ex ea agere et facere libere, vendere, vel donare, defendere et vindicare".

(4) BIDAGOR, *La "iglesia propia" en España*, cit. págs. 59 ss. En nuestros concilios antiguos aparecen textos destinados a reprimir diversos abusos, algunos bien curiosos, referentes a los bienes de la iglesia. En tales textos se dice o se supone que la iglesia es de propiedad particular. Puede verse el Concilio de Braga II (a. 572), can. 6 y 15; Toledo III (589), can. 3, y 19; Toledo IV (633), can. 33; Narbona (589), can. 8; Toledo VI (638), can. 15; Toledo IX (655), can. 2, y otros.

(5) BIDAGOR, *La iglesia propia en España*. Roma, 1933, págs. 38, 55 ss., 78.

(6) No entramos aquí en la debatida cuestión histórica del origen de las iglesias propias en general y en España. Pero basta recorrer las guías diocesanas del siglo pasado para comprobar que muchas iglesias de propiedad privada proceden de señoríos hoy reducidos a propiedades particulares y, en no pocos casos, vendidos, heredados o pasados a otras manos por cualquier título. Un breve resumen de la cuestión histórica y la conocida bibliografía sobre el tema puede verse en el trabajo de L. PORTERO que hemos citado *supra*, nota 2.

hasta nuestros días: el ser la iglesia susceptible de apropiación privada y el estar sometidas de algún modo a la jurisdicción eclesiástica, con la consiguiente limitación de los derechos dominicales.

Muchas son en la actualidad las iglesias de propiedad privada diseminadas en territorio español. No podemos dar cifras porque no las hemos hallado en las estadísticas consultadas. Lo que a nuestro intento interesa es decir que en más de un caso se han suscitado dudas acerca de la amplitud de los derechos dominicales correspondientes a propietarios de iglesias, los cuales han pretendido hacer valer sus derechos de propiedad sin más límites que los que reconoce el Código civil al dueño de las cosas corrientes. Esas controversias nos han movido a escribir estas líneas. La problemática que aquí puede plantearse es muy varia y sería insensato pretender discutirla toda. Soslayando otros temas, examinaremos solamente el caso de la iglesia cuyo dueño no es una persona jurídica eclesiástica, sino que está en propiedad de particulares, clérigos o laicos. Advertimos, sin embargo, que lo que vamos a decir es también aplicable a la hipótesis de que el sujeto de propiedad de la iglesia sea una persona jurídica no eclesiástica, sin excluir al Estado ni a los entes paraestatales.

2. Plantando así el problema y dejando a los historiadores los asuntos de su competencia, empecaremos recordando la doctrina canónica que admite la apropiabilidad de las cosas sagradas y, concretamente, de las iglesias. La práctica antigua, no contradicha por la doctrina, nos excusa de tomar las cosas *ab ovo*. Ciertos textos antiguos que se citan, en los que aparece añadida a la consagración de una iglesia la transferencia de la propiedad de la misma a una entidad eclesiástica, son sólo casos particulares que de ningún modo reflejan la doctrina ni, menos, la ley canónica común (7). Sin embargo, la doctrina tardó mucho tiempo en adquirir firmeza, pues en la época de los decretistas y de los decretalistas aparecen no pocas vacilaciones originadas por los abusos de los propietarios, abusos que, por reacción, originaron actitudes de la jerarquía y doctrinas encaminadas a eliminar el mal en la raíz atacando la propiedad misma de los señores (8). También ha influido en el oscurecimiento de la doctrina el problema teológico del efecto de la consagración de las cosas (y de las personas), efecto que, según una teoría hoy desacreditada, consistiría no sólo en afectar las cosas a los fines religiosos para los que se consagraron, sino también en ponerlas *extra commercium* y transferir su propiedad a la Iglesia o, según otra postura doctrinal extrema, a la Divinidad (9). Pero desde la época del Renacimiento, la

(7) Sobre esto, y en general sobre la doctrina canónica, M. PETROSCELLI, *La deputatio ad cultum publicum*, Milán, 1937, págs. 69 ss.

(8) BROGGER, *La "iglesia propia" en España*, Roma, 1933, págs. 148 ss. Cfr. cc. 33, 35, 36. C. XVI, c. 7.

(9) Esta postura tiene una manifiesta afinidad doctrinal en las teorías que atribuían los réditos beneficiales en propiedad a Dios o a Jesucristo (Martín de Azpilcueta) y también con las aseveraciones de algunos teólogos para quienes la solemnidad de los votos consistiría en una entrega a la Divinidad de la cosa objeto del voto: en consecuencia, el acto contrario al voto (p. e., el ma-

doctrina se clarifica, por obra, principalmente, del teólogo-jurista español Francisco Suárez. Reconoce el jesuita cordobés que la consagración, aunque a veces consista en una mera relación jurídica nacida de contrato, pero generalmente el *esse sacrum* de la cosa consagrada se deriva de una acción sagrada realizada sobre la cosa que se consagra, y en este caso la consagración es inmutable por estar fundada en ese acto irreversible; acto que santifica y dedica la cosa a su fin religioso ya por su misma naturaleza (p. e., la cruz que tocó el Señor) ya por institución (p. e., el carácter sacerdotal derivado de la ordenación) (10). Pero estos puntos de vista teológicos no autorizan, en el sentir de Suárez, a llevar consecuencias ilegítimas al campo de las relaciones jurídicas. Enfrentándose con el concepto de quienes creían que las cosas consagradas al culto no podían ser objeto de propiedad privada, Suárez afirma decididamente que ni por su naturaleza ni por la ley canónica la consagración tiene la virtualidad de poner las cosas consagradas *extra commercium* ni de transferir el derecho de propiedad de los privados a la Iglesia (11); los sacramentales (uno de los cuales es la consagración) no son un medio de adquirir la propiedad.

La postura de Suárez ha influido decisivamente en la doctrina aunque nunca se hayan apagado del todo los ecos de la tesis contraria, que aparecen incluso en autores modernos (12). No nos entre-

trimonio de aquel que ha hecho voto solemne de castidad) sería nulo no por disposición del derecho, sino por la misma naturaleza de la solemnidad del voto. Sobre el asunto, v. SUÁREZ, *De statu perfectionis*, lib. II, cap. 6.

(10) SUÁREZ, *De statu perfectionis*, lib. IV, n. 15 ss. En "Opera omnia", París, 1859, vol. 15, n. 484.

(11) "Nulla ratio est cur consecratio sola dominium auferat." "Nullum ius ecclesiasticum est quo omnes privatae personae vel communitates humanae incapaces fiunt talium rerum eo ipso quo consecratae sunt"; SUÁREZ, *Defensio catholicae fidei*, lib. IV, c. 19, n. 5. En "Opera omnia", vol. 24, pág. 444. En la Glosa a la que se refiere el comentario de SUÁREZ se habla de un caso resuelto por el Papa Gregorio XII. Se trataba de una sinagoga convertida en iglesia y consagrada como tal, pero de propiedad de los judíos, los cuales la deseaban para reducirla a usos profanos. El Pontífice Gregorio —dice Suárez— no habla de un modo general de los fieles laicos, sino de los judíos infieles, que querían convertir la casa en uso profano *quod post consecrationem non licet*; por tanto, el criterio que inspiró al Pontífice en esa decisión no ha sido el de una supuesta incapacidad de las personas privadas para ser titulares de los derechos dominicales de cosas materiales destinadas al culto, sino únicamente una solución particular aplicable a un caso concreto; a saber, a los judíos a los que se refiere la decisión, a quienes por estar fuera del campo de acción de las leyes canónicas no puede aplicárseles la norma canónica que prohíbe destinar a usos profanos las cosas consagradas, lo cual habrían hecho los judíos sicilianos en el caso de que se les hubiera devuelto a su propiedad el edificio en cuestión. (Cfr. M. PIERONCELLI, *La debuitio...* cit., págs. 79 ss.

(12) Dice, p. e., POSTHUIS, *El código canónico aplicado a España*, Madrid, 1926, pág. 818 (refiriéndose a los campanarios): "por tratarse de cosa consagrada al culto divino y puesta fuera del comercio, no pueden adquirir ni prescribir la jurisdicción ni atribución alguna sobre ellos las corporaciones o personas civiles...". Los laicos no pueden adquirir jurisdicción sobre el campanario, pero no porque la consagración le haya puesto fuera del comercio, sino por otras razones canónicas resultantes de la afectación al culto.

tendremos en seguirle la pista: nos baste señalar que la legislación canónica actual es incompatible con la teoría de la inapropiabilidad o inercialidad de las cosas sagradas. El canon 1950 dice del modo más explícito que las cosas sagradas pueden pertenecer a personas privadas, afirmación que encontramos repetida en el can. 1510 § 1 (13). Para que no haya duda alguna, recordaremos que el can. 1497 § 2 define los bienes sagrados diciendo que son "los que han sido destinados al culto divino mediante la consagración o la bendición". Consecuente con esta doctrina, el legislador admite la comercialidad de las cosas sagradas en las normas acerca de la simonía, que es comprar cosas espirituales dando como precio cosas temporales: ciertas conductas simoníacas constituyen delitos canónicos (cc. 2371 y 2392). Ahora bien, el legislador establece que no hay simonía "cuando se da una cosa temporal por otra temporal que tenga unido a sí, como a sujeto de inherencia, algo espiritual, v. gr., un cáliz consagrado, con tal de que no se aumente el precio por la cosa espiritual unida" (can. 730). En este texto se declara lícita la compraventa de cosas sagradas siempre que la sacralidad de la cosa no se compute en el precio: norma paralela a la del can. 1539 § 1, en el que se establece que "en la venta o permuta de objetos sagrados, de ninguna manera se ha de tener en cuenta la consagración o la bendición al estimar su valor". Por tanto, dentro de la ley canónica actual es perfectamente lícito a los particulares ser propietarios de cosas sagradas, lo mismo que realizar actos de disposición de dichos bienes, estando, en cambio, prohibido computar en su precio la sacralidad de la cosa consagrada o bendecida, a tenor del can. 1497 § 2.

3. Pero si la ley canónica no ha establecido la inapropiabilidad de los bienes sagrados ni los ha convertido en cosas no susceptibles de tráfico (*res extra commercium*), como sucedía en el Derecho romano, en cambio ha promulgado leyes de gran alcance que vienen a limitar enormemente el ejercicio de los derechos dominicales. Por eso se hace preciso distinguir entre titularidad del derecho de propiedad de la iglesia y afectación al servicio del culto del edificio y del menaje sagrado en él contenido. El Código designa a esta afectación con los términos "destino al culto público" (can. 1597 § 2), "deputación al culto público" (c. 1594), "dedicación al culto divino" (canon 1165 § 1).

La doctrina canónica de esta afectación, incluso ciertos preceptos del legislador a ella referentes, se mueven en la hipótesis corriente de que los bienes afectados pertenecen como a sujeto de propiedad a un ente eclesiástico, siendo, por consiguiente, no sólo bienes sagrados, sino también eclesiásticos (c. 1497 § 1) y, en consecuencia, la doctrina ha mostrado escasa sensibilidad a la hipótesis (admitida, sin

(13) Can. 1150. "Las cosas consagradas y las bendecidas con bendición constitutiva deben ser tratadas con reverencia y no se las puede aplicar a usos profanos, aunque pertenezcan a personas privadas (*etiamsi in dominio privatorum sint*).” La misma fórmula "res sacrae quae in dominio privatorum sunt" aparece en el can. 1510 § 1.

embargo, en las leyes) de que los bienes sagrados sean de propiedad particular. Bastaría la elemental observación de que la definición legal de bienes sagrados (can. 1497 § 2) aparece bajo el título "de los bienes temporales *de la Iglesia*" para demostrar lo que decimos.

Por eso, para nosotros es sumamente importante contemplar la doctrina desde el ángulo de la indicada distinción entre titularidad y afectación cultural de los bienes, separando de la doctrina referente a la afectación aquellos elementos que sólo son válidos en la hipótesis corriente de que los bienes afectados sean a la vez eclesiásticos.

Las recordadas definiciones de los lugares sagrados y de los bienes sagrados (cc. 1457 § 2 y 1154), a las que podemos añadir la definición del menaje sagrado establecido en el c. 1296 § 1, hacen derivar la sacralidad de dichas cosas de una consagración o bendición constitutiva a la cual la ley canónica ha vinculado ciertos efectos de índole jurídica; en lo cual la Iglesia manifiesta su doble carácter carismático y jurídico, porque la consagración referida consiste en un sacramental (cfr. c. 1144) al que se debe la nueva situación jurídica de los bienes afectados al culto. El primero y fundamental efecto de la consagración es el precepto de tratar dichos bienes con religiosa reverencia y la reiterada prohibición de usarlos para fines profanos e impropios de su destino sagrado (14). En estas disposiciones va implicado el doble carácter religioso y jurídico de los bienes afectados que corresponde a la doble faz de la Iglesia, tan subrayado por los eclesiólogos modernos. Nosotros, soslayando el primer aspecto, teológico, debemos preocuparnos únicamente del aspecto jurídico. Examinando el fenómeno desde este ángulo, diremos brevemente que la afectación se realiza por un acto de gobierno de la autoridad eclesiástica competente, en virtud del cual ciertos bienes son colocados en una situación jurídica peculiar consistente en su destino o afectación al culto sagrado con las consecuencias derivadas de dicha afectación. Huelga decir que en este acto no puede tener parte alguna la voluntad de ningún privado, aunque sea el propietario de los bienes afectados, porque en él va implicada la potestad jurisdiccional o de gobierno de la Iglesia: el privado sólo puede oponerse (o exigir compensación) porque la afectación referida limita grandemente el ejercicio de sus derechos de propietario.

En efecto, la afectación al culto de los bienes consagrados no cambia la titularidad del derecho de propiedad en lo que ésta tiene de

(14) Véanse los cánones 1165 § 2 (iglesias, 1169 § 4 (campanas), 1172 § 1, 3.ª (violación de iglesias), 1537 (cosas sagradas en general).

(15) Cuando los bienes sagrados son eclesiásticos, aun conservándose la distinción en el plano institucional jurídico entre propiedad y afectación de los bienes, pero aquélla sirve a ésta porque la Iglesia posee sus bienes solamente para el logro de sus fines espirituales y tales bienes inciden bajo la jurisdicción de la Iglesia no sólo por su afectación al culto, sino por la previa titularidad eclesiástica de dichos bienes. Tratándose de bienes privados la titularidad se rige por el Código civil y la afectación por las leyes canónicas; sólo bajo este aspecto tales bienes entran en la esfera jurisdiccional de la Iglesia, con independencia del derecho de propiedad.

compatible con la dedicación de las cosas al culto. La titularidad se rige por las leyes acerca de la propiedad, canónicas o civiles, según los casos (16). La afectación al culto es de naturaleza canónica, y dejando a salvo el núcleo del derecho de propiedad privada, pero lo restringe y limita hasta donde sea necesario para mantener en su integridad el destino cultural de los bienes consagrados o bendecidos a tal fin. Ahora bien, como observa PETRONCELLI (17), el contenido de la vinculación al culto es distinto según la naturaleza de la cosa vinculada. La afectación comporta siempre un elemento negativo consistente en la mencionada prohibición de dar a las cosas sagradas un uso inadecuado a su sacralidad (*supra*, nota 14), pero en ciertos casos, y concretamente en el de las iglesias dedicadas al culto público, que es el que a nosotros interesa, la afectación al culto implica, además, la obligación por parte del propietario privado de permitir el ejercicio del culto en la medida que lo considere oportuno la autoridad eclesiástica, única competente para decidir el cuándo, el cuánto, el cómo y, en general, todo lo que se refiere a la administración del culto; de ahí que el legislador eclesiástico exime los lugares sagrados de la jurisdicción estatal y los vincula al poder de administración de la Iglesia (18), estableciendo, además, que en el ejercicio del culto público los ministros de la Iglesia sólo dependen de sus superiores eclesiásticos.

II. LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS IGLESIAS DEDICADAS AL CULTO PUBLICO

4. Lo dicho hasta aquí vale en el orden canónico, pero no, de suyo, en el ordenamiento civil español. En efecto, la legislación tridentina fue recibida como ley del Estado por Real Cédula del Rey Don Felipe II dada en Madrid el 12 de julio de 1564 (19); en cambio, el Real Decreto de 19 de mayo de 1919, si bien dio el pase regio al Código de Derecho canónico, pero no estatuyó que debe cumplirse y aplicarse como ley del Reino. Sin embargo, las leyes canónicas referidas han pasado a formar parte del Derecho español a través del reconocimiento de las personas jurídicas eclesiásticas operado por el

(16) Can. 1160; v. también cc. 1169 § 3, 1182, 1184 y los paralelos y concordantes.

(17) PETRONCELLI, *La "deputatio ad cultum"...*, cit., pág. 61.

(18) Can. 1260; v. también can. 1171, 1261, 1264, etc.

Aquí se nos plantea un problema de sistématica. ¿Bajo qué categoría jurídica debemos situar la vinculación al culto de los objetos sagrados? Puede pensarse en un patrimonio especial o separado (pero teniendo en cuenta que la afectación es de naturaleza pública), o en una servidumbre de uso, o en un derecho real público, etc. A nosotros no nos interesa directamente el problema, pero lo insinuamos. A los civilistas corresponde buscar la solución.

(19) "... siguiendo el ejemplo de los reyes nuestros antepasados, de gloriosa memoria, habemos aceptado y recibido y aceptamos y recibimos el dicho sacro Concilio [de Trento]; y queremos que en estos nuestros Reinos sea guardado cumplido y executado..." *Novísima Recopilación*, libro I, tít. 1, ley 13.

artículo IV del vigente concordato de 27 de agosto de 1953. Ello nos exige recordar sucintamente la doctrina de la personalidad de las iglesias dedicadas al culto público para referirnos después al reconocimiento civil de las mismas, su alcance y sus efectos.

La personalidad jurídica de las iglesias es cosa admitida sin discusión en la doctrina canónica porque se apoya en preceptos legales claros que la hacen evidente (20).

El can. 99 las pone como ejemplo de personas morales no colegiadas; el 1495 § 2 les reconoce facultad de adquirir, retener y administrar bienes temporales, siendo, por tanto, sujetos de derecho; el 1521 § 1 habla de "bienes que pertenecen a alguna iglesia" (igualmente los cc. 1540 y 1555); el 1536 se refiere a donaciones hechas a una iglesia, y el 1526 nos habla de administradores que ejercitan una acción o contestan a una demanda en nombre de una iglesia. También es unánime la doctrina en admitir que la personalidad de las iglesias se constituye en el sistema canónico por vía legal, *ex ipso iuris prescripto* (can. 100 § 1), sin que sea necesaria la existencia de un decreto de la autoridad eclesiástica encargado de reconocer o de conceder dicha personalidad, ya que ésta se produce automáticamente por el mero hecho de haberse cumplido los requisitos legales de la erección canónica de la iglesia (sistema que los civilistas llaman normativo).

Pero cuando se trata de determinar el *substractum* o soporte material de la personalidad jurídica de las iglesias, la unidad doctrinal se fragmenta en una gran variedad de sentencias expresadas en una literatura de amplitud notable. El discutir este asunto no interesa directamente a los fines de este estudio que, además, se alargaría desmedidamente, por lo cual nos limitaremos a unas breves líneas de exposición, alejadas de la polémica y escuetas en la argumentación.

No es de admirar que aparezcan posiciones distintas, porque no es una sola la construcción sistemática capaz de satisfacer los datos obtenibles del examen de las normas positivas del ordenamiento canónico. Para hallar la clave tenemos que ir a la raíz filosófica del problema de la personalidad jurídica. Para no repetir lo que hemos explicado en otro lugar (21) diremos solamente que el problema de la personalidad jurídica ha recibido tres soluciones o, mejor, tres grandes grupos de soluciones; la realista absoluta, cuya base ideológica es de ascendencia platónica; la nominalista o de pura ficción legal, y la realista moderada, cuyo apoyo conceptual no es otro que la filosofía aristotélico-tomista aceptada por la escolástica. También aquí la *philosophia perennis* nos pone en el sendero de la solución

(20) G. MICHELIS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Tournai, 1955, pág. 451; WAGNON, en "Dictionnaire de Droit canonique", art. *Eglises*, vol. IV, col. 192 ss., y los autores allí citados.

(21) T. G. BARBERENA, *La sanción penal de las personas jurídicas*, en "Aspectos del Derecho administrativo canónico" (obra en colaboración), Salamanca, 1964, págs. 141 ss. Publicado también en "Revista española de Derecho canónico", 17 (1962), 732 ss.

verdadera. En el orden ontológico, lo universal no es una realidad existente en las cosas, pero tampoco es una mera palabra vacía de sentido: lo universal se extrae de las cosas por un proceso mental de abstracción, de suerte que lo universal que entendemos es una realidad extrasubjetiva, pero la universalidad misma del concepto no se encuentra en lo *en sí* de las cosas, sino en el intelecto que las entiende. En el orden jurídico, cuando el legislador crea la persona moral no la saca de la nada, pero tampoco la persona jurídica tiene existencia real con anterioridad a la acción ordenadora del legislador positivo, sino que preexiste al derecho sólo como una finalidad conveniente al bien común que interesa institucionalizar o no, según las circunstancias que pondera la prudencia gubernativa. Y aunque las instituciones jurídicas no nacen de la reflexión filosófica, sino de las necesidades de la vida social, pero su interpretación sistemático-científica no puede tener otro apoyo que la reflexión.

El *abstractum* último o remoto que subyace a toda personalización jurídica no puede ser otro que el fin socialmente conveniente y obtenible por medios sociales; así, la enseñanza (Universidades de estudios), la salud corporal (hospitales), etc.; en el caso de las iglesias, el ejercicio del culto público (22), que es función primordial en una sociedad religiosa como es la Iglesia. Fácilmente se echa de ver que esta finalidad y su conveniencia social (aunque sea incorporea) no es una mera ficción: no es ahora ocasión de discutir su localización bajo las categorías filosóficas. Junto con dicha finalidad entran a formar la persona los medios concretos que se le atribuyen; pero estos elementos no se personifican sino en cuanto tienen relación con la finalidad social perseguida, la cual es el centro de relación y el núcleo unificador de la persona moral. Las normas jurídicas no están personificadas porque o son el elemento personificador o sirven para regular el funcionamiento de la persona que, por tanto, se supone ya constituida. Veremos, sin embargo, más abajo, que parte de estas normas son inseparables de la persona canónica y que pasan con ella al ordenamiento civil.

Por eso nos parece inadmisibile la tesis de los que afirman que el elemento personificado (el sujeto de derechos) es la misma iglesia

(22) La palabra "público" aplicada al culto tiene dos sentidos principales, por su naturaleza y por su destino. Por su naturaleza es público el culto *oficial* que se realiza en nombre de la Iglesia por personas legalmente constituidas (can. 1256), y consiste en determinados actos establecidos en los libros oficiales litúrgicos (o, tratándose del culto a los Santos, por actos establecidos en la ley; cfr. T. G. BARBERENA, en *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, obra en colaboración, vol. IV, Madrid, 1954, págs. 63 s.); en este sentido, *público* se opone a los actos de devoción privada. En otro sentido más propio, que es el que aquí interesa, llamamos público al culto por razón de su destino público. En el oratorio privado, el culto, aunque público por su naturaleza, no está destinado al pueblo cristiano, sino a personas o familias particulares, mientras que en las iglesias y oratorios públicos el culto se dirige al pueblo sin distinción, por lo cual hay un oficial de la Iglesia encargado de oficial el culto, y todos los fieles tienen libre acceso a él.

considerada como "edificio sagrado", en la definición del can. 1161; el edificio no es el sujeto de derechos, sino el objeto de ellos, de modo que el templo no es la persona, sino de la persona, lo cual debe entenderse, según nuestras anteriores explicaciones, no en el sentido de que necesariamente pertenezca en propiedad a la persona iglesia, sino sólo en el sentido de que está afectada al fin social personificado del culto público, pudiendo ser propiedad particular mientras se conserve incólume la afectación. Y lo mismo diremos de los bienes y derechos de la iglesia, los cuales son medios de ella para la actuación del culto (can. 1182 § 1). También ellos pueden ser de propiedad particular y también están afectados al fin personalizado, lo cual los vincula a la iglesia, y por esta vinculación jurídica son patrimonio jurídico de la persona moral iglesia.

Más sugestiva es la construcción de PETRONCELLI (23), a quien ha seguido, entre otros muchos, VICECONTE (24); según esta teoría, el oficio del Rector de la Iglesia constituiría la personalidad de la iglesia; así lo exige el carácter público de la misma, consistente en la existencia de un oficial de la iglesia encargado de realizar en nombre de la Iglesia los actos de culto para todos los fieles. Otros, como P. MICHELIS, sostienen que el oficio del Rector y la iglesia son dos personas jurídicas distintas (25), mientras BENDER niega radicalmente la personalidad del oficio, seguido en esto por FAZZARI (26). La tesis de BENDER debe aceptarse sí, como él, entendemos el oficio como un conjunto de derechos y obligaciones y también si lo entendiéramos como actividad del Rector de la iglesia, la cual, por ser intermitente, no puede constituir una personalidad permanente. Pero el oficio puede entenderse en un sentido más amplio, como "un astratto complesso di funzioni" (27). Entendido así, el oficio no es sino el fin social institucionalizado; y en este fin social reside la esencia de la personalidad jurídica de la iglesia. El edificio mismo no es elemento esencial e indefectible. Los que en él hicieron consistir la personalidad de la iglesia

(23) La "*deputatio ad cultum publicum*" cit., págs. 114-144; igualmente en *Personalità delle chiese e proprietà degli edifici di culto*, en "Archivio di Diritto ecclesiastico", V (1943-XXI), n. 1, y en otros escritos.

(24) G. NICOLA VICECONTE, *Parrocchia, chiesa e fabbriceria nel Diritto canonico*, Milán, 1963, pág. 62.

(25) *Principia generalia...* cit., pág. 453.

(26) BENDER, *Estne officium ecclesiasticum persona moralis?*, en "Questioni attuali di diritto canonico" (obra en colaboración), Roma, 1955, páginas 86 ss.; J. M. FAZZARI, *Persona moralis ecclesiae subsidiariae*, en "Periodica de re morali", 48 (1959), 398.

(27) PETRONCELLI, obra cit., pág. 128. No entramos en el problema de las relaciones entre el oficio del rector y el carácter público de la Iglesia, punto central de la construcción de PETRONCELLI. La exposición de este autor ha contribuido notablemente a esclarecer el concepto de publicidad de la Iglesia vinculándolo acertadamente a la existencia de un oficio eclesiástico. Parece-me, sin embargo, que la existencia de un oficio con un titular encargado de realizar el culto en nombre de la Iglesia no define la publicidad de una iglesia, sino que es más bien una consecuencia de ese carácter público de las iglesias, carácter que les corresponde por su estructura jurídica esencial derivada de su afectación al culto público.

o lo consideran como elemento material necesario para la misma han olvidado que, destruída la iglesia como edificio, persevera aún su personalidad jurídica durante cien años por disposición de la ley (canon 102 § 1).

III. EL RECONOCIMIENTO CIVIL DE LA PERSONALIDAD DE LAS IGLESIAS

5. El vigente Concordato, de que hemos hecho mención, dispone así su artículo IV:

1. *El Estado español reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes a todas las instituciones y asociaciones religiosas, existentes en España a la entrada en vigor del presente Concordato, constituidas según el Derecho Canónico; en particular a las Diócesis con sus instituciones anejas, a las Parroquias, a las Ordenes y Congregaciones religiosas, las Sociedades de vida común y los Institutos seculares de perfección cristiana canónicamente reconocidos, sean de derecho pontificio o de derecho diocesano, a sus provincias y a sus casas.*

2. *Gozarán de igual reconocimiento las entidades de la misma naturaleza que sean ulteriormente erigidas o aprobadas en España por las autoridades eclesiásticas competentes, con la sola condición de que el decreto de erección o de aprobación sea comunicado oficialmente por escrito a las autoridades competentes del Estado.*

3. (Omitido.)

La hipótesis descrita en el n. 2 no tiene en la realidad práctica aplicación al caso de las iglesias de propiedad privada, porque actualmente no se construyen iglesias privadas ni la Iglesia las quiere, aunque respete la propiedad privada de las ya existentes (28). Por otra parte, el problema de reconocimiento es idéntico en el caso de iglesias nuevas y en el de iglesias existentes en España a la entrada en vigor del Concordato, por lo cual la hipótesis del n. 2 no requiere un estudio especial (salvo el trámite de la comunicación del decreto de erec-

(28) La propiedad privada de las iglesias trae las dificultades del contraste entre los intereses del propietario y la afectación al culto, y por eso, en principio, es deseable que desaparezca. Como dice WAGNON, "Diction. de Droit canon." art. *Iglesias*, V, col. 186, "c'est pour ce motif que les anciens canonistes mettaient souvent comme condition à la consécration d'une église qu'elle ne fût pas la propriété de personnes physiques". El can. 1.165 § 2, prohíbe al obispo otorgar su consentimiento para edificar una iglesia, o consagrarla si ya está construída, en el caso de que se prevea que no será respetada la afectación al culto divino; la Sagrada Congregación de Ritos, en 4 mayo 1882 respondió al arzobispo de Turín que no consagrara una iglesia que "pertinens ad laicam familiam, per vigentes leges civiles potest haereditaria ratione transmitti, aut vendi, aut in usum profanum converti": GASPARRI, *Fontes*, 8, n. 6.135.

ción, tema que aquí no interesa), ya que en ningún caso el reconocimiento civil es objeto de concesión especial del Gobierno, sino que, en la referida hipótesis del n. 2, se realiza automáticamente a la presentación del documento que acredita la erección de la persona.

La ley habla de reconocimiento de la personalidad jurídica de "las instituciones y asociaciones"; es decir, de las personas no colegiadas y de las colegiadas. Ya hemos explicado que las iglesias son personas canónicas no colegiadas.

Ahora bien, el reconocimiento plantea ciertos delicados problemas teóricos que no podemos menos de dilucidar, siquiera sea brevemente. Como dice CIPROTTI, el reconocimiento de las entidades eclesiásticas es uno de los puntos fundamentales en las relaciones que vinculan las instituciones de la Iglesia católica y el ordenamiento jurídico del Estado (29), y la actitud del Estado con respecto a este problema caracteriza todo el sistema de sus relaciones con la Iglesia. Por el reconocimiento las instituciones eclesiásticas pasan al campo del orden civil, en el cual asumen un verdadero carácter jurídico, y la medida en que este paso se permite es la medida de la amplitud y cordialidad de dichas relaciones.

Este tránsito no sería explicable si no se parte del supuesto de la existencia de dos ordenamientos jurídicos soberanos, el de la Iglesia y del Estado español: y no basta que existan esas dos autonomías y competencias soberanas, sino que es preciso que se conozcan y se admitan mutuamente, pues sin ello no tendría sentido hablar de instituciones que pasan de un ordenamiento a otro. De ahí que el tema de la autonomía no pueda eludirse en ningún sistema de relaciones de la Iglesia con los Estados. Sobre todo es necesario subrayar que el presupuesto de autonomía de la Iglesia equivale a la existencia de un ordenamiento estrictamente jurídico de la Iglesia, originario, soberano y dotado de un campo de competencias en el que la Iglesia es autónoma: digo que hay que subrayar la autonomía de la Iglesia porque la del Estado nadie la discute. Por otra parte, eso supone que el Estado tiene que abdicar del principio admitido por los positivistas de que el Estado es la única fuente del derecho vigente dentro de su territorio. Con esa concepción, que aún profesan no pocos juristas, no cabría el reconocimiento, ni siquiera sería posible un concordato. Ahora bien, los Estados se atribuyen la llamada "competencia de las competencias" es decir, el derecho a definir el campo de la propia competencia. También la Iglesia reivindica su derecho a delimitar el ámbito de su soberanía, produciéndose así un forcejeo más o menos latente entre ambas potestades, que SETLÉN ha llamado la relación dialéctica entre la Iglesia y el Estado. Hay que señalar, sin embargo, que la referida competencia de las competencias tiene una significación notablemente distinta en el Estado y en la Iglesia porque los Estados suponen que tal competencia es ilimitada por principio, mientras que en la Iglesia está limitada por ciertas bases teó-

(29) P. CIPROTTI, *Diritto ecclesiastico*, Padova, 1964, pág. 118.

ricas que no sólo la doctrina sino también el magisterio oficial proclama (30).

Sin embargo, estas bases teóricas no sirven mucho para delimitar el ámbito y los límites del reconocimiento. ALBERTO DE LA HERRA ha señalado con acierto las vacilaciones e imprecisiones del concepto de potestad indirecta (31); José María SERRÉN, en un interesante estudio, que aporta perspectivas originales al problema, afirma que las *res mixtae* no son sólo las citadas tradicionalmente, pues, por una parte, la Iglesia tiende a la realización de los valores morales en la vida política para que el mensaje revelado se encarne en toda la vida temporal, y por otra parte, las decisiones políticas que adopta el poder civil alcanzan en la realidad repercusiones que llegan fácilmente al campo de lo eclesiástico, aparte de que esas actuaciones políticas implican juicios de valor que en último análisis se nos presentan como materia de la competencia de la Iglesia (32). Con razón dice M. PETRONCELLI que “qui la teoria soccorre molto meno di quel che non avvenga nello stabilire il modo in cui si attua il collegamento tra ordinamento canonico ed ordinamento statale”; y este mismo escritor, refiriéndose a los términos “orden propio de la Iglesia”, que se lee en el artículo 7 de la Constitución italiana y “materia spirituale”, que aparece en los pactos lateranenses, testimonia que “in prattica non si è arrivati a determinare un preciso concetto di queste espressioni” (33).

6. Para el intento que nos proponemos interesa buscar la poyatura, más bien que en teorías generales, en los datos concretos de las normas vigentes. Con ellos es posible obtener una visión general del

(30) Tal vez el documento más representativo es la Encíclica de León XIII *Immortale Dei* (1 noviembre 1885), sobre la constitución cristiana del Estado (que debe completarse con algunos textos de Pío XII, sobre todo, la Encíclica *Summi Pontificatus*). En ese notable documento se dice que hay dos sociedades y dos autoridades establecidas por Dios y especificadas por *sus fines*, cada una con su esfera de competencia propia. Lo sagrado pertenece a la Iglesia y lo temporal al Estado. En lo común, ha de haber entre ambos una *ordinata colligatio* comparable a la que da en el hombre entre el alma y el cuerpo, teniendo en cuenta la excelencia y nobleza de sus fines respectivos; es decir, que se acepta lo que la doctrina llama potestad indirecta de la Iglesia en lo temporal, siempre que las actividades del Estado comporten actitudes que caen en el ámbito de lo que pertenece a lo espiritual, cuya regulación corresponde a la Iglesia.

(31) *Possibilidades actuales de la potestad indirecta*, en “Revista Española de Derecho Canónico”, 19 (1964), 755-800; v. principalmente págs. 785 s.

(32) J. M. SERRÉN, *Relación dialéctica entre la Iglesia y el Estado*, en “Revista Española de Derecho Canónico”, 19 (1964), 801 ss. Cree este escritor que la clásica división trimembre de cosas espirituales temporales y mixtas no es la más adecuada para la distinción de las competencias, porque en la situación concreta las cosas temporales y las espirituales se mezclan fácilmente, convirtiéndose en mixtas. La referida división trimembre debe mantenerse como criterio-límite, pero la división de competencias ha de basarse más bien en la diversidad de aspectos o facetas de las mismas materias a las cuales corresponde la diversificación de *funciones* eclesiásticas o estatales. Pero este moderno concepto de función, aunque doctrinalmente más ajustado, para nuestro problema concreto no es más útil que el otro, porque es tan general como él.

(33) *Manuale di diritto ecclesiastico*. Nápoles, 1965, pág. 185.

sistema de relaciones que vinculan jurídicamente el Estado español con la Iglesia católica (34).

En el ordenamiento español el supuesto previo de dos soberanías está claramente aceptado y, por tanto, la competencia de las competencias no es en el régimen español una regla absoluta, pues está limitada por el Concordato. Podrá valer en relación con soberanías extranjeras, pero no en relación con la Iglesia, cuyos súbditos viven en territorio español y son los mismos que los del ordenamiento estatal. En efecto, el artículo II del Concordato reconoce a la Iglesia católica el carácter de *societas perfecta* y establece que la Santa Sede puede promulgar dentro del territorio nacional "cualquier disposición relativa al gobierno de la Iglesia"; y aunque no tuviéramos un texto tan explícito, nos bastaría recordar que en ciertas materias, en las que se prevé la posibilidad de divergencias de criterio o de mutuas interferencias, el Concordato establece que los asuntos deben resolverse por acuerdo mutuo; así, en el artículo IX, 2, sobre la erección de nuevas circunscripciones territoriales; en el artículo XI, 1, cuando la erección de nuevas parroquias implique un aumento de la contribución económica del Estado; en el artículo XII, en el asunto de las capellanías; en el artículo XXII, 4, sobre ocupación de lugares sagrados en tiempo de guerra; y en otras materias (v. arts. XXI, 2; XXVIII, 1; XXXI, 1; XXXV, 1). A la misma conclusión nos lleva la consideración de los varios reconocimientos de instituciones jurídicas eclesiásticas (35): esos reconocimientos, tal como se entienden en el Con-

(34) Parécenos inútil avisar al lector que no espere aquí una sistemática completa de tan ambicioso temario. Nuestros escritores no han mostrado mucho interés en materia tan interesante; salvo algunos trabajos de MALDONADO, de PÉREZ MILLER y de BERNÁRDEZ, nada importante se ha hecho. Nosotros perderíamos de vista la finalidad perseguida en este estudio si intentáramos profundizar en él. Podemos únicamente recordar que la doctrina debe construirse sobre las siguientes líneas fundamentales: a) el reconocimiento de la autonomía de la Iglesia, ya expresado; b) la religión católica es la del Estado, y para los demás cultos sólo existe tolerancia (Concordato, art. I, y Fuero de los españoles, art. VI); c) fecunda colaboración de ambas potestades para el mayor bien de la sociedad (Concordato, preámbulo); d) numerosas leyes y disposiciones protectoras del sentimiento católico de los españoles, aparte de innumerables prácticas y costumbres religiosas del pueblo español, que encuentran de hecho protección en los órganos de la administración estatal; e) reconocimiento de instituciones eclesiásticas (véase nota siguiente). Por otra parte, pueden señalarse diversos puntos de contraste entre la ley vigente y la ley o los principios canónicos. Con todo esto, el sistema español debe calificarse como confesional, temperado y unionista o de colaboración, que repudia a la vez la separación de la Iglesia y del Estado y el cesaropapismo.

(35) El Estado español reconoce por medio del Concordato:

- a) el carácter de sociedad perfecta que corresponde a la Iglesia (art. II, 1; cfr. cc. 100 § 1; 106, 1.553, § 1; 2.214, § 1; 1.496);
- b) la personalidad internacional de la Santa Sede (art. III, 1; cfr. can. 265);
- c) las personas jurídicas eclesiásticas (art. IV, 1-2; cfr. cc. 99, 100, § 1);
- d) los días festivos (art. V; cfr. cc. 1.244, § 1; 1.247);
- e) la competencia privativa de los tribunales de la Iglesia en los delitos eclesiásticos (art. XVI, 2; cfr. can. 2.198);

cordato con España (más abajo explicaremos su teoría), no sólo no excluyen la autonomía de la Iglesia, sino que la suponen, añadiendo a dicha autonomía la capacidad de surtir efectos jurídicos en el ámbito del ordenamiento español. Y la razón es porque, al reconocer efectos jurídicos dentro de su ordenamiento a las instituciones canónicas, el Estado español no crea esas instituciones, sino que las toma de la realidad jurídica de la Iglesia, dando por supuesto que tienen en ella un valor jurídico y una eficacia originaria, que es precisamente lo que se reconoce (36). Es más, la autonomía de la Iglesia, *vista desde el lado del ordenamiento estatal*, no puede significar otra cosa que la atribución de efectos jurídicos estatales a las normas de la Iglesia porque la juridicidad del orden canónico no depende de que el Estado se la atribuya o deje de atribuírsela. Tal atribución sólo tendría un valor teórico, no el de una norma jurídica. *Læx iubeat, non disputet*. Al Estado corresponde su normatividad interna. Dentro de ese ámbito, el reconocimiento de la autonomía de la Iglesia equivale a reconocer de alguna manera efectividad más o menos amplia en el derecho estatal a las leyes canónicas.

Al decir que el reconocimiento de las iglesias (como el de cualquiera otra entidad eclesiástica) supone, como requisito previo, que la Iglesia es autónoma y que su competencia se extiende por el territorio español, no debe entenderse que ese reconocimiento sea una mera derivación lógica de dicha autonomía. Eso sería introducir confusión de competencias y podría implicar peligrosas desviaciones hacia el cesaropapismo o hacia el teocratismo. Sería absurdo pensar que tenga efectos civiles una absolución sacramental, aunque ésta implica el ejercicio de la jurisdicción eclesiástica reconocida en términos generales en el artículo II del Concordato. El Estado no reconoce eficacia en su ordenamiento a todos los actos jurídicos realizados por la Iglesia. Al contrario, el presupuesto recibido de la autonomía de la Iglesia implica que el Estado limita la suya propia, y con relación a ciertas materias se considera no sólo incompetente, sino también ajeno a ellas, precisamente porque da por supuesto que son de la competencia exclusiva de la Iglesia y no les reconoce efectos civiles. Y cuando reconoce esos efectos, el Estado reconoce, sí, la competencia de la Iglesia en esas materias, pero también la suya propia, al menos en aquel aspecto o faceta que es la materia reconocida a efectos civiles. Por tanto, el reconocimiento se admite en las llamadas *res mixtæ*, igualmente relevantes en el orden canónico que en el estatal, en cuyo

f) los efectos civiles del matrimonio canónico (art. XXIII; cfr. can. 1.016, 1.110);

g) la competencia de los tribunales y de los Dicasterios eclesiásticos en causas matrimoniales, de dispensa "super rato" y de uso del privilegio paulino (artículo XXIV, 1; cfr. cc. 1.553, § 1; 1.119, 1.120);

h) los efectos civiles de los estudios hechos en escuelas de la Iglesia (artículo XXXI, 1; cfr. can. 1.375).

(36) El profesor A. GARCÍA VALDECASAS, refiriéndose al artículo IV del Concordato, dice lo siguiente: "La posición jurídica del siglo pasado era la de

caso cada una de las potestades abarca una parte o un aspecto de la materia con posibilidad, por tanto, de referencias mutuas entre el orden estatal y el canónico (37). En el caso citado de la absolución sacramental, y en otros muchos similares, el Estado español considera que son de la competencia total y exclusiva de la Iglesia y no puede reconocerles efectos civiles; puede sólo considerarlos como actos lícitos y abstenerse de obstaculizarlos o proteger al que los realiza de terceras personas que pretendieran ponerles obstáculos. Por tanto, no es el campo de la Iglesia el reconocido por la Iglesia; al contrario, el Estado no reconoce lo que pertenece estrictamente al campo de la autonomía pura de la Iglesia, porque en ese campo no es competente.

Pero aun a estas condiciones previas hay que añadir una cierta discrecionalidad en el Estado que hace el reconocimiento. No todas las materias clasificables en el grupo que hemos llamado *res mixtae* están sin más reconocidas, sino que pertenece al Estado decidir cuáles quiere reconocer en su ordenamiento. En el sistema español el reconocimiento está consagrado en el Concordato, y es principalmente al estudio de este documento a donde hay que acudir para estudiarlo. En resumen, autonomía de la Iglesia, asunto mixto y cierta discrecionalidad son tres puntos de apoyo que constituyen la fase previa para el reconocimiento que nos ocupa.

7. Examinaremos ya el reconocimiento en sí mismo. En su concepto amplio el reconocimiento significa una eficacia civil de las normas legales de la Iglesia. Pero esa eficacia no es siempre la misma. Basta comparar los números 4 y 5 de la serie de los reconocimientos principales admitidos (*supra*, nota 35) para darse cuenta de que el reconocimiento no es el mismo en los dos casos. Cuando el Estado dice que tendrá como días festivos los de la Iglesia, transplanta al suelo de su ordenamiento y "estataliza" por decirlo así, íntegro el canon 1.247, el cual pasa a ser ley del Estado. En cambio, cuando en el artículo 23 del Concordato atribuye efectos civiles al matrimonio, el matrimonio no queda estatalizado, sino que sigue siendo una institución canónica solamente, pero el Estado acepta como buenos y protege con sus leyes

que el Estado, como soberano, expresaba si determinados entes jurídicos eclesiásticos cumplían ciertos requisitos sociales o llenaban ciertos fines sociales que apuntaba el Estado, y entonces discernía si les otorgaba o no el reconocimiento. En nuestro siglo se inaugura una posición doctrinal distinta, no sólo en España, sino fuera de ella; se llega a la visión distinta de que, en definitiva, la erección de esos entes depende del derecho eclesiástico, y que entonces el reconocimiento por parte del Estado debe simplemente fundarse en que hayan cumplido los requisitos que los erige en tales dentro del ordenamiento jurídico eclesiástico." *El Concordato de 1953* (obra en colaboración). Madrid, 1956, página 163.

(37) Distinto es el caso aludido en el artículo 3 del Concordato de 1851, vigente todavía en virtud del protocolo final añadido a nuestro actual Concordato. Se prevé en dicho artículo que el Gobierno "dispensará su poderoso patrocinio y apoyo a los obispos en los casos en que lo pidan". Esta antigua institución eclesiástica, conocida con la expresión "auxilio del brazo secular" (cfr. can. 2.198), no consiste en dar efectos civiles a los actos eclesiásticos ni toca la cuestión de la competencia estatal.

los efectos de orden civil que del matrimonio se derivan. En el primer caso se recoge la institución y en el segundo los efectos de ella.

Hablando, en general (38) el Estado español reconoce a la Iglesia el carácter de "sociedad perfecta" (Concordato, art. II, 1), dotada, por tanto, de poder legislativo, judicial y ejecutivo, e incluso ha consagrado una sección del Código penal (arts. 205-213) a configurar y reprimir los "delitos contra la religión católica", pero no reconoce en la misma medida cualquier norma emanada de la Iglesia, sino sólo aquellas que, en uso de su soberanía, considera relevantes y en tanto en cuanto las considera conducentes al bien común de los españoles. Según eso, el Estado puede adoptar con relación a la norma canónica tres actitudes: desinteresarse, legislar por su cuenta, remitirse a la ley canónica. Pero hay que advertir que estas tres hipótesis, aunque nos pueden ser muy útiles para orientarnos, se presentan en la realidad mezcladas unas con otras y, salvo la primera, apenas se realizan en estado puro.

Primer caso.—El desinterés del legislador estatal se manifiesta evidentemente en que se abstiene de regular una materia. Ahora bien, esta inhibición normativa no tiene la misma significación en todos los casos. Un grandísimo número de normas canónicas son materia exclusivamente eclesiástica (ejemplos: la convocatoria de un Concilio provincial, la validez del noviciado, la validez de una consagración eucarística, la canonización de los santos). Aquí el Estado español se inhibe porque se considera radicalmente incompetente y, por tanto, no puede ejercitar su *imperium* estatal imponiéndolas como normas del Estado; y como, por otra parte, dichas normas no tienen relieve civil, tampoco puede el Estado regularlas remitiéndose al ordenamiento de la Iglesia. Sólo cabe, por tanto, la abstención.

En este mismo grupo hay que clasificar las leyes que contienen referencias a la ley canónica sin remisión ninguna a la misma, sino sólo como motivo de mero presupuesto terminológico. Los vocablos religiosos, ordenado in sacris, ordinario local, parroquia, diócesis y muchos otros sólo pueden interpretarse por la significación que tengan en el orden canónico, lo mismo —dice CIPROTTI (40)— que cuando la ley utiliza conceptos científicos extrajurídicos (enfermedad mental, energía eléctrica, materias explosivas, etc.), cuya significación debe

(38) Permítasenos insistir en que está lejos de nuestro propósito el establecer una doctrina completa sobre la validez de las normas canónicas en el ordenamiento español. Esta es una tarea que todavía espera en España su investigador. Sólo aportamos los datos necesarios para nuestro problema concreto de las iglesias.

(39) Estas hipótesis encuentran su perfecto paralelismo en el Derecho canónico, en referencia a la ley estatal. Así, las normas que regulan la circulación de vehículos de motor, ni pueden imponerse por la Iglesia por ser radicalmente incompetentes, ni puede la Iglesia remitirse a la ley estatal, porque esas normas carecen de relieve canónico, por ineptitud de las mismas para procurar el bien sobrenatural, que es la misión de la Iglesia.

Igualmente, la ley canónica conoce la referencia a la ley civil de mero presupuesto terminológico: así, el *Codex* se refiere a la patria potestad (can. 89), a los tutores y curadores (cc. 1.546, 1.648, § 1).

(40) CIPROTTI, *Diritto ecclesiastico*, cit., pág. 70.

buscarse en las ciencias a las que pertenecen. Tales referencias de mero presupuesto no implican reconocimiento alguno de la norma canónica aludida.

¿Qué decir del caso en el que el Estado no legisla, tratándose de una materia que claramente tiene relieve jurídico y está disciplinada por la norma canónica? A nuestro juicio, este caso contiene una remisión implícita al ordenamiento canónico, por lo cual no se trata de una verdadera abstención o inhibición del Estado, y, en consecuencia, esa hipótesis no pertenece a este caso, sino al caso tercero, y allí le examinaremos.

Segundo caso.—No nos detendremos a examinarlo porque es evidente que cuando el Estado y la Iglesia legislan cada uno por su cuenta en la misma materia no hay remisión de un ordenamiento al otro ni tampoco reconocimiento. En materia de legitimidad de los hijos la Iglesia tiene sus leyes, y el Estado las suyas. La ordenación jurídica dictada por el Estado en un asunto que él estime de su competencia no impide a la Iglesia que legisle por su cuenta, puede suceder incluso que la legislación civil coincida en todo o en parte con la canónica, pero ni en este caso podrá decirse que el Estado ha reconocido valor a la norma canónica, sino que ha promulgado una ley estatal que coincide con la canónica. La ley española que prohíbe el uso de traje eclesiástico a quienes no tienen derecho a él coincide, excepto en la sanción penal, con la canónica, pero no reconoce efectos civiles a la misma.

Tercer caso.—No hay reconocimiento si no es cuando el ordenamiento que reconoce hace una remisión o referencia, al menos implícita, al ordenamiento reconocido. El tema de las remisiones o reenvíos (*renvoi, rinvio*) ha sido especialmente trabajado por los escritores de Derecho internacional privado para explicar el sentido jurídico del recurso a la ley extranjera. BALLADORE PALLIERI afirma que el problema es uno de los más graves y complejos de la ciencia internacionalista y que ha dado lugar a debates y figuras variadísimas para resolverlo (41). El hecho de que el ordenamiento canónico no puede considerarse en España como extranjero, si por una parte facilita las cosas, pero por otra parte las complica más por la coexistencia de dos soberanías sobre el mismo territorio y sobre los mismos súbditos.

Generalmente se aceptan dos formas de remisión de un ordenamiento a otro: la material y la formal, de fisonomía no muy definida (42), pero que difieren porque en aquélla la norma reclamada se

(41) BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*. Milán, 1946, página 23.

(42) De la remisión formal, tanto como de la recepción material, hay que distinguir el fenómeno que O. CASSOLA llama "precepto de observancia", consistente en que el legislador canónico preceptúa la observancia de la ley civil en ciertos negocios jurídicos, para que la jurisdicción estatal los garantice; cfr. *La recessione del Diritto civile nel Diritto canonico*. Tortona, 1941, pág. 47.

Así, el can. 547, § 2, ordena que la dote de las religiosas debe entregarse al monasterio en forma civilmente válida; otros casos, en los cc. 1.301, § 1; 581,

“estataliza”, si era canónica, o se “canoniza”, si se trata de ley civil venida por remisión al ordenamiento canónico. En tal caso la norma reclamada pasa a formar parte del ordenamiento receptor y la remisión no es otra cosa que un procedimiento elíptico de legislar; el legislador, en lugar de copiar la norma reclamada, se remite a ella como medio más breve y cómodo. Esto supone que el legislador se considera competente para regular las relaciones que son el contenido jurídico de la norma reclamada, pues si no fuera competente no podría recibirlas en su ordenamiento. Por tanto, la remisión material a la norma canónica requiere tres condiciones; competencia, intención de legislar y remisión a la ley canónica reclamada como medio para señalar y para imponer la ley al súbdito del legislador estatal. De ahí que a estas remisiones las llaman también normas instrumentales, o normas “en blanco” o normas de producción jurídica (43).

En la remisión o reenvío meramente formal (sin recepción) la norma canónica reclamada no se convierte en estatal porque el legislador español no la hace propia, limitándose a reconocer y recordar a sus súbditos la ley canónica cuya validez se supone (44). En la remisión material el legislador dice: yo os mando lo mismo que la Iglesia manda a sus súbditos. En la remisión formal dice: yo no os mando nada, pero os recuerdo que hay para regular estas relaciones una normación canónica válida (como la materia es tan compleja y debatida, no faltará quien tache esas fórmulas de simplistas; pero precisamente la complejidad de la doctrina es lo que nos exige reducir las ideas a sus puntos esenciales para buscar claridad).

Estas dos fórmulas pueden compararse en tres aspectos; la competencia del legislador que hace que la remisión, la validez de la norma reclamada y la nueva eficacia atribuida a la misma.

En cuanto a lo primero, es evidente que la remisión receptora es un acto de legislación y, por tanto, supone la competencia del ordenamiento receptor. También es cosa clara que para la remisión formal

§ 2; 1.513, § 2; 1.523-2.”). Aunque menos frecuente, el precepto de observancia se da también en las normas jurídicas o estatutarias del Estado.

(43) S. ROMANI, *De norma iuris*, vol. I. Roma, 1910, pág. 611.

(44) En el Derecho canónico existe la remisión material o canonizante del ordenamiento estatal. En la legislación anterior al *Code.x* la Iglesia reconocía el Derecho romano como ley supletoria reguladora de las relaciones no disciplinadas en los cánones. Hoy día no tenemos una ley general de remisión a las leyes civiles, remisión que ha sido sustituida por el sistema de la autointegración de la ley contenida en el can. 20. Pero en varias materias concretas la ley canónica remite a la norma civil, adoptándola como ley canónica. Es típico el caso de los contratos y obligaciones (cc. 33, § 2, y 1.529), pero hay otros varios (cc. 1.926, 1.930, 1.059, 1.080, 1.186, 1.170, § 2). En estas materias de la ley civil, como antes el Derecho romano, queda, en frase de SUÁREZ, “inserta canonibus”, “inter canones recepta”, es decir, convertida en ley canónica con todos los efectos (*De legibus*, lib. IV, cap. 11, n. 15; v. también PIGNANI, en el com. al libro I de las Decretales, lib. I. tít. 2, c. 1; n. 39). También conoce el Derecho canónico la remisión formal, o no receptora; al menos, tenemos claramente esa situación en el can. 1.813, § 2, comparado con el can. 1.812, en relación con la prueba documental válida en los tribunales eclesiásticos.

no es necesaria esa competencia en la materia reclamada del otro ordenamiento. Se dice por muchos que no sólo no es necesaria esa competencia, sino que es necesario carecer de ella, lo cual no nos parece tan claro. *A priori* no se ve dificultad en que el legislador no crea necesario legislar en una materia de su competencia y se conforme con remitirse solo formalmente a otra norma jurídica válida dictada por autoridad igualmente competente. *A posteriori*, la doctrina italiana admite que, en el sistema de relaciones italianas entre la Iglesia y el Estado, cuando el legislador estatal no ha regulado una relación canónica que tiene derivaciones civiles (p. e., los derechos del beneficiario sobre las rentas del beneficio), es señal de que intenta servirse del otro poder originario que es el de la Iglesia y, por tanto, existe un *reenvío tácito* al ordenamiento canónico, reenvío que PETRONCELLI afirma, sin vacilar, que es de tipo meramente formal a pesar de tratarse de materias que el Estado es competente para regular (45). Este reenvío tácito debe admitirse con más razón en el ordenamiento español, en el que las fórmulas reconocedoras de la competencia y autonomía de la Iglesia son amplias y generales y no están limitadas por legislación española en materias concretas.

En cuanto a la validez de la norma reclamada, en la remisión formal es un elemento imprescindible, pues si así no fuera, la norma no tendría valor jurídico ni por el ordenamiento *a quo* (por hipótesis) ni por el ordenamiento *ad quem*, el cual no la hace suya. En cambio, no hay inconveniente en remitir en blanco a una norma inválida o derogada porque en la remisión material la norma obliga al quedar inserta en el ordenamiento receptor, participando así de su juricidad.

En cuanto a la eficacia de la remisión, en la remisión material se otorga a la ley reclamada toda la eficacia del ordenamiento receptor. En el reenvío formal la norma reclamada queda, como si dijéramos, a medio camino, porque, ya sea por incompetencia del legislador o por voluntad del mismo, la norma se presenta ante el ordenamiento *ad quem* con el único carácter jurídico que trae de origen, y el ordenamiento receptor no le añade fuerza alguna, limitándose a atribuirle y reconocerle la que le es propia.

¿En cuál de las categorías señaladas hemos de colocar el reconocimiento de las iglesias realizado por el artículo IV del Concordato? Ni la legislación ni la doctrina nos da un concepto preciso del término "reconocimiento". La idea general implicada en esta palabra en su sentido jurídico es la de admitir como legítima y verdadera una relación o una situación existente. Reconocemos una deuda, reconocemos la competencia del juez que nos llama a responder, los Estados reconocen a otros Estados nuevos como sujetos de derecho internacional. Además, por ser el reconocimiento una realidad jurídica, ese admitir que hemos dicho no es una actitud teórica o de

(45) PETRONCELLI, *Manuale di Diritto ecclesiastico*. Nápoles, 1965, página 188 s. CIPROTTI, *Diritto ecclesiastico*. Padua, 1964, pág. 69, se inclina más a la tesis de que la remisión del caso es material.

contemplación abstracta, sino un comprometerse en la situación reconocida y, como consecuencia, un atenerse a las consecuencias jurídicas que se derivan del reconocimiento. Aún hay otra meta implícita en el reconocimiento que hay que destacar: el reconocimiento incide sobre una relación o una situación ya existente, no es, pues, una creación, sino más bien una declaración. Los escritores califican el reconocimiento como un acto constitutivo (46), lo cual debe entenderse en relación con el acto jurídico que realiza el reconocimiento y atribuye a la entidad reconocida presencia y eficacia en el ordenamiento estatal, pero en modo alguno puede decirse que el reconocimiento constituye o crea la entidad reconocida, entidad que debe su origen únicamente al ordenamiento canónico y, por lo mismo, sus modificaciones esenciales y su extinción no pueden depender del ordenamiento estatal reconocedor, sino sólo de la voluntad de la Iglesia, creadora de la entidad jurídica reconocida.

Respondiendo ya a la cuestión planteada, diremos que, al parecer, el reconocimiento puede realizarse tanto a través de una remisión material o receptora como por medio de una remisión meramente formal. Los eclesiasticistas italianos presentan un variado cuadro de opiniones al respecto. Según yo entiendo, en teoría no se ve imposibilidad que un reconocimiento se realice por medio de normas "en blanco" lo mismo que también puede hacerse por remisiones formales al ordenamiento canónico, porque, en uno y otro caso, la entidad reconocida continúa siendo eclesiástica y de ese carácter deriva su vida y su presencia en el derecho del Estado. En el sistema español, nuestra ley concordada contiene reconocimientos realizados de las dos formas. El reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónicamente válido (Concordato, art. XXIII) no estataliza la institución matrimonial ni recibe como estatales las leyes que la rigen, debiendo, por tanto, calificarse el caso como una remisión formal, lo cual es caso ordinario en los reconocimientos. En cambio, el reconocimiento de los días festivos está hecho en una fórmula que significa la recepción material de la norma canónica: "el Estado tendrá por festivos los días establecidos como tales por la Iglesia en el Código de Derecho Canónico..." (art. V).

El acto constitutivo del reconocimiento puede plasmarse no sólo en cualquier ley estatal, sino también en las cláusulas normativas de un concordato reguladoras de la materia estatal o mixta. Contra este último procedimiento podría objetarse que el concordato no es una norma propiamente estatal. Al regular las materias concordadas para los súbditos propios y en el propio territorio (aunque con derivaciones para ciertos actos realizados por los españoles en el extranjero), el Concordato no puede decirse que sea derecho externo del Estado, pero tampoco puede configurarse meramente como derecho interno,

(46) A. RANAUDO, *Posizione giuridico degli enti ecclesiastici nel diritto concordatorio*, en "Monitor ecclesiasticus", 89 (1965), 46; O. CASSOLA, *La ricezione...*, cit., pág. 54.

sino que su naturaleza específica es la de un pacto internacional o algo semejante a él; tal es la doctrina aceptada.

La solución de la dificultad aparece en una conocida distinción que es necesario hacer en el Concordato. Este puede considerarse en un doble aspecto, como pacto que hace *ius inter partes* y como ley interna del Estado, por una parte, y por otra, de la Iglesia.

El examen de este doble aspecto y sus relaciones mutuas nos separaría muchísimo de nuestro camino porque aquí anda implicado el problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, en el que combaten la tendencia dualista y la tendencia monista. Para nosotros es suficiente afirmar que el Concordato, una vez promulgado, tiene fuerza de ley estatal, lo cual nadie discute, y eso es bastante para contestar a la dificultad propuesta. Para el problema de fondo, nos remitimos al estudio de PÉREZ MIER (47).

8. El ligero esbozo que precede parece suficiente para acercarnos ya al reconocimiento de la personalidad jurídica de las iglesias. El artículo IV del Concordato no las menciona explícitamente, sino que las engloba en la formulación general de "todas las instituciones y asociaciones eclesiásticas". Lo que implica el reconocimiento de la personalidad es cosa que debe ser examinada en cada caso atendiendo a las características de cada una de las personalidades reconocidas. En términos generales sólo puede decirse que ante las personas jurídicas el Estado no hace otra cosa que atestiguar su existencia y otorgarles en el seno del ordenamiento estatal un verdadero carácter jurídico por medio de una remisión formal a la legislación de la Iglesia. Aunque esta remisión es un acto jurídico constitutivo, el Estado no crea la persona canónica, sino que ésta existe con independencia de los requisitos que la ley española establece para la concesión de la personalidad. El Estado prescinde, por tanto, del *abstractum materiale* de la personalidad canónica reconocida y sólo atiende a la erección canónica, único acto que las llama a la vida.

Ahora bien, una persona jurídica no es un ser simple e indivisible. En su realidad legal, la persona incluye no sólo aquellas normas que la constituyen y le dan su fisonomía esencial, sino también todas las leyes que regulan su funcionamiento. Así, la regulación canónica de los cabildos de canónigos incluye un elevado número de preceptos referentes a las obligaciones de los mismos. Al reconocer el Estado la personalidad de los cabildos, no da entrada en la ley estatal a todos los cánones "de capitulis canonicorum". No hay duda de que la jurisdicción eclesiástica del cabildo durante la vacación de la sede (cánones 431 § 1, 435 § 1) está operando en el orden estatal en virtud del reconocimiento del cabildo, pero no podría afirmarse igualmente que la obligación de asistir a coro (cc. 413-414) tenga carácter civil en virtud del dicho reconocimiento estatal de la personalidad del cabildo.

Por eso es de la mayor importancia establecer la medida del re-

(47) Laureano PÉREZ MIER, *Concordato y ley concordada*, en "Revista Española de Derecho Canónico", 1 (1946), 319-354.

conocimiento, determinando su contenido y sus efectos. Esa medida no puede sacarse del acto de reconocimiento porque en el sistema español ese acto no existe, ya que el reconocimiento se hace *a lege, a concordato*. Incluso en el caso de iglesias erigidas con posterioridad a la fecha del Concordato el reconocimiento se realiza tácitamente, *a lege*, con el solo requisito de la comunicación oficial dirigida por el Obispo al Ministerio en el que declara que la Iglesia está canónicamente erigida (art. IV, n. 2).

El texto concordatorio señala un efecto de singular importancia, que es la plena capacidad civil de la persona reconocida para "*adquirir, poseer y administrar* toda clase de bienes". La fórmula está copiada del can. 1495, referente a los bienes temporales de la Iglesia (48), y con distintas expresiones aparece en la mayoría de los concordatos modernos (49). Este efecto se presenta en el artículo IV como común a todas las personas reconocidas y no se señala ningún otro, y se comprende, porque es un texto general que abraza toda clase de personas jurídicas de derecho eclesiástico, colegiadas y no colegiadas; por otra parte, la frecuencia con que dicho efecto aparece en los Concordatos nos indica que esta exigencia es práctica usual de la Santa Sede, resultado, sin duda, de la rapacidad de no pocos Estados y de la tendencia de los mismos a obstaculizar el libre desenvolvimiento de las entidades eclesiásticas poniendo trabas legales a su economía. Por eso, la fórmula viene a consagrar el principio de independencia económica de la Iglesia contenido en el can. 1495, de donde está tomada.

Pero sería una grave equivocación suponer que el reconocimiento queda limitado a los derechos de adquirir, poseer y administrar los bienes de las entidades reconocidas. La redacción del artículo IV no autoriza semejante restricción, porque en ella se establece claramente que el reconocimiento afecta, en primer lugar, a la personalidad misma, y en segundo lugar, a la capacidad de adquirir, retener y poseer bienes materiales. Pero el hecho de que por los razones señaladas (o por las que sean) el legislador haya destacado los efectos económicos del reconocimiento no sugiere que no haya otros. Nadie negará, p. e., que las personas reconocidas tienen capacidad procesal para ante los Tribunales del Estado español (así lo demuestra la jurisprudencia), ca-

(48) Can. 1495, § 1: "La Iglesia católica y la Sede Apostólica, libre e independientemente de la potestad civil, tienen derecho innato de adquirir, poseer y administrar bienes temporales para el logro de sus fines.

§ 2: "También las iglesias particulares y demás personas morales erigidas por la Autoridad eclesiástica en personas jurídicas, tienen derecho, a tenor de los sagrados cánones, de adquirir, poseer y administrar bienes temporales."

(49) Fórmula idéntica a la del Concordato español, en el de la República Dominicana, 1954, art. 23; fórmulas iguales o equivalentes, en los de Baden, 1932, artículo 5; Reich, 1933, art. 17 (pero en el art. 17 se habla de personalidad jurídica "según las normas comunes del derecho estatal"); Rumania, 1926, art. 9; Austria, 1932, art. 2, y art. 15, § 7; Yugoslavia, 1935, arts. 12 y 14; Lituania, 1927, art. 17; Portugal, 1940, art. 4; otros Concordatos tienen disposiciones afines, aunque no del todo equivalentes.

pacidad que no está incluida en la formulación del artículo IV por mucha extensión que queramos dar al concepto de administración.

Si queremos concretar el sentido del reconocimiento de las iglesias, meta de este estudio, tenemos que volver sobre lo que arriba dejamos dicho sobre la personalidad de las iglesias. El texto concordatario nos dice que está reconocida por el Estado español la personalidad de las instituciones canónicas y, por tanto, la de las iglesias erigidas canónicamente. La personalidad es una palabra abstracta; pero, ¿qué hay debajo de ella? En el mundo del Derecho los conceptos abstractos nos sirven para la sistemación doctrinal, ya que sin conceptos generales no es posible ver el orden que preside a un conjunto sistemático de leyes, ni menos interpretarlo y describirlo. Pero cuando es el legislador mismo el que utiliza palabras abstractas, su intención no es la de sentar doctrina, porque un código, una ley, no es una obra científica, sino un ejercicio del *imperium* en su dimensión legisladora, atributo el más noble de la soberanía. Los términos abstractos que hallamos en las normas jurídicas no pueden ser otra cosa que medios empleados por el legislador para expresar el contenido de la norma imperadora. Así, los escritores suelen definir la legitimidad de los hijos como una *cualidad* jurídica. Pero cuando la palabra legitimidad, lo mismo que su correlativa ilegitimidad, aparecen en la normación de estas instituciones, no debemos entender que el legislador nos habla de cualidades, sino que con estas palabras está refiriéndose al conjunto de derechos concretos que corresponden al legítimo, de los cuales está privado el ilegítimo. Asimismo, cuando el artículo IV que comentamos nos dice que reconoce la personalidad de las iglesias, debemos entender que reconoce una norma jurídica o un conjunto de ellas que se cubren bajo la palabra personalidad, normas que a nosotros pertenece descubrir.

Para ello nos basta recordar que el elemento básico personalizado es la función o finalidad del culto público. Esta finalidad se encarna en unas estructuras, ya materiales (el edificio, el patrimonio), ya jurídicas (el oficio del Rector de la iglesia), y constituye el polo unificador que da forma y cohesión interna a la persona iglesia. La función dicha, traducida a norma concreta susceptible de reconocimiento, no es otra cosa que la dedicación o afectación de los bienes al culto, como ha quedado dicho. La iglesia no es un volumen cerrado por unas paredes y una cubierta. Tal vez un arquitecto aceptaría, aproximadamente, esa definición, pero para un jurista esa realidad material no sería nada. No sería ni siquiera "cosa". Para que sea cosa el jurista exigirá que dicha realidad material sea objeto de posibles relaciones jurídicas. Para que, además, sea iglesia, es necesario que esté afectada al culto divino mediante la consagración o la bendición constitutiva, de modo que el edificio no es de suyo una iglesia; será iglesia cuando el elemento material del edificio esté especificado por su destino sagrado al culto público. De aquí resulta con claridad meridiana que, cuando el Estado español reconoce la personalidad de las iglesias, lo que primeramente reconoce es la norma canónica

de vinculación del templo y de sus pertenencias a la finalidad cultural y, en consecuencia, la limitación del derecho de propiedad sobre el templo en la medida que lo exija su afectación al culto público. Si tenemos en cuenta que el ejercicio del culto público pertenece en exclusiva a la competencia de las autoridades de la Iglesia, sin posible ingerencia de los particulares (can. 1160), se comprenderá que el ejercicio de los derechos dominicales del propietario particular de la iglesia queda enormemente limitado.

No es necesario decir que las limitaciones dejan intacto el dominio del propietario. Ningún civilista encontrará anomalías en esa situación, pues los autores modernos conciben la propiedad no como una suma de facultades del propietario, sino más bien como una unidad orgánica abstracta y elástica que puede comprimirse por derechos que la limitan de modo que, si desaparece la presión de esos derechos limitadores, el dominio recupera su primitiva dimensión jurídica. La afectación al culto suprime los derechos de libre aprovechamiento del edificio y sus anejos afectados en unidad con él (50), limita también las facultades de libre disposición, p. e., transformar o destruir, dejando en pie los derechos de enajenar y de gravar. Quedan igualmente en pie las demás normas de nuestro derecho civil que no tienen influencia en la afectación al culto, tales como las de adquisición y pérdida del dominio. Si el edificio sagrado pierde la afectación al culto por decreto del ordinario competente (51), el dominio recupera su connatural amplitud y todos los derechos suprimidos por la afectación al culto revierten al dueño, o a los condueños, si este fuera el caso.

También está fuera de toda duda que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las iglesias incluye el de su capacidad y el de su representación. El ser sujeto de derechos y obligaciones va en la persona como una nota perteneciente a su misma naturaleza. La capacidad patrimonial está expresamente reconocida en el texto del concordato y vale lo mismo para la titularidad que para el uso de sus derechos sobre cosas corporales o incorporeales.

En las iglesias de propiedad privada el ente iglesia personalizado posee el uso y disfrute del edificio, pero, además de eso, puede evidentemente tener otros derechos de titularidad o de uso en los que nada tiene que ver el dueño del edificio, puede recibir donaciones, hacer contratos, aceptar fundaciones pías y realizar todos (y solos) los actos

(50) SCAVO LOMBARDO, *Aspetti del vincolo civile protettivo della "deputatio ad cultum publicum"*, en "Il diritto ecclesiastico", 61 (1950), 250.

(51) V. can. 1.187. Se trata sólo de un acto de gobierno, pero no de un acto litúrgico. Al revés de lo que ocurre con la consagración, que es a la vez liturgia y derecho, la *avocatio* es desconocida como acto litúrgico; se produce automáticamente en virtud del acto jurídico que desafecta los bienes de su destino al culto público.

(52) Según el profesor J. A. GARCÍA TREVILJANO, "falta en España una teoría general de las personas jurídicas de derecho público". V. *Las personas jurídico-públicas en el Código civil y en la legislación de arrendamientos urbanos*, en "Revista de Administración Pública", núm. 20 (mayo-agosto 1956), página 88.

que entran dentro de la finalidad de culto público a la que sirven (53). La capacidad procesal entra, sin duda, en dicha finalidad, y debe entenderse reconocida junto con la persona (can. 1649).

Acéptese o no la teoría de la ficción de las personas morales, lo que no admite duda es que la voluntad de las personas no colegiadas, en nuestro caso de la iglesia, es una ficción, porque tal voluntad no existe en la realidad objetiva de las cosas. Mas como todo acto jurídico tiene que ser voluntario, la iglesia realiza sus manifestaciones de voluntad por medio de la persona física que es el rector de la iglesia, a quien corresponde además administrar los bienes (can. 1182 § 1) y officiar el culto. Ya hemos explicado que el oficio del rector queda implicado en la función esencial de la iglesia, y ahora llegamos a la misma conclusión considerando al rector como órgano de la voluntad (o de representación, si se prefiere esta palabra) de la iglesia y como administrador de sus bienes (54).

Junto al contenido fundamental descrito del reconocimiento de las iglesias, pueden señalarse otros menos importantes a nuestro propósito y que indicaremos someramente. Como elemento implícito en la personalidad e inseparable de ella, entra también dentro del ámbito del reconocimiento el oficio eclesiástico, a cuyo titular corresponde el ejercicio del culto en ella. Ya hemos indicado arriba que las iglesias están afectadas al culto *público* en el sentido de que el destinatario del culto es la comunidad cristiana, sin discriminación, lo cual supone que la comunidad tiene derecho a participar en ese culto. Si no hubiera un oficial de la Iglesia encargado de realizar el culto, la afectación al culto público no tendría sentido y el derecho de los fieles sería *illusorio*.

Unido al reconocimiento del oficio y como aspecto esencial del mismo está el reconocimiento del carácter *público* que la personalidad de las iglesias asume en el ordenamiento canónico, carácter que viene a sumarse al que le corresponde por su misma naturaleza en el orden estatal.

Sin duda ninguna, la declaración del artículo VI del Fuero de los españoles (integrado en el Concordato en virtud del Protocolo final) de que "la Religión católica es la del Estado español", constituye un principio de nuestro derecho público, principio que informa el carácter sacro de nuestras iglesias católicas y su destino al culto

(53) V. las indicaciones que sobre esto hacemos en nuestro artículo citado *supra*, nota 21. En dicho artículo negamos la capacidad *delictual* de las personas morales de la Iglesia.

(54) Al rector de la iglesia corresponde de ordinario actuar también como administrador, pero estas dos funciones pueden separarse en distintas personas: la castística canónica sobre el asunto no nos concierne aquí. Bástanos la afirmación de que el reconocimiento de la iglesia arrastra consigo el de las funciones de Rector y administrador, así como la representación en juicio que, a tenor del can. 1649 asume el Rector o el administrador. Pero tratándose de representar a la iglesia o a otra entidad para actos ante las autoridades del Estado, entre nosotros, es práctica bastante corriente que actúe el Ordinario diocesano.

oficial del Estado. El carácter público de la personalidad de las iglesias es primordialmente el que trae consigo de su patria canónica originaria, pero también es claro que en el ordenamiento español no pueden menos de asumir la fisonomía de persona jurídica de derecho público. Pero salta a la vista que esta publicidad difiere de la que corresponde a las entidades estatales que se encuentran con el Estado en una relación de derecho público porque se integran en la organización general del Estado. Por eso no podría afirmarse sin más que a las iglesias corresponden todas las consecuencias jurídicas que la doctrina, por otra parte poco precisa, vincula a la publicidad de las personas de derecho público. En esta materia podrían surgir dudas o dificultades cuya solución quedaría al "común acuerdo" referido en el artículo XXXV, 1, del Concordato.

La sujeción de las iglesias al fuero eclesiástico y su exención de la autoridad estatal, establecida explícitamente en el can. 1160 (idéntica norma para las campanas, can. 1169 § 3) no puede considerarse como una mera disposición positiva del legislador que igualmente podría sustituirse por otra contraria a ella, sino que es una derivación ineludible del carácter público que en el sistema canónico adoptan las iglesias consagradas al culto público. Tal situación jurídica, de perfecta consonancia con el reconocimiento de los poderes espirituales de la Iglesia (art. II del Concordato), se entiende reconocida por el Estado al reconocer la personalidad jurídica de las iglesias y también, según creemos, las aplicaciones concretas fundamentales que el legislador canónico hace de esa subordinación de las iglesias al fuero canónico, por ejemplo, el derecho de visitarlas para controlar su correcto funcionamiento legal (can. 344 § 1).

También hay que mencionar en este apartado de normas canónicas, reconocidas implícitamente en el reconocimiento de las iglesias, las que se refieren a su extinción como persona jurídica, ya porque estas normas van indisolublemente vinculadas al carácter canónico-público de las iglesias, ya también porque es un principio del derecho que la creación y la supresión se emparejan en la misma categoría normativa como anverso y reverso de la misma cosa (*illius est tollere cuius est condere*). La erección de las iglesias pertenece a la Autoridad competente de la Iglesia, y sólo ella puede suprimirlas por decreto del ordinario (can. 1.187) o automáticamente por disposición de los cánones (cc. 1.170 y 102, § 1). Como el reconocimiento del Estado es automático, *ex lege*, no cabe un acto de la Autoridad estatal revocador del reconocimiento obtenido por la ley. La extinción de la personalidad produce efectos civiles importantes: además de consolidarse el dominio pleno del dueño de la iglesia cuando ésta es de propiedad privada, es de aplicación el can. 1.501, por el cual los bienes pasan a ser de la persona moral eclesiástica inmediatamente superior, en virtud del principio de concentricidad de las personas jurídicas; en el sistema español no cabe atenerse en el caso a las disposiciones del artículo 39 del Código civil referentes a la

aplicación que ha de darse a los bienes de las personas jurídicas extinguidas, aunque esas disposiciones coinciden en su espíritu con las del can. 1.187. Lo dicho vale igualmente cuando se ha producido legalmente un cambio sustancial que, afectando a la personalidad reconocida, provoca su extinción o muda su situación jurídica (por ejemplo, iglesia parroquial que pasa a ser no parroquial).

Hay otros varios puntos en la legislación canónica reguladora del funcionamiento de las iglesias, de los cuales no podríamos decir que entran en el campo reconocido por el Estado, porque tales normas no forman parte de la estructura de la persona jurídica, único elemento que aparece reconocido en el artículo IV del Concordato. Tal ocurre, por ejemplo, con la prohibición establecida en el can. 1.164, § 2, de abrir en los muros de la iglesia huecos por los que se comuniquen con las casas de los seglares y la de destinar a usos "meramente profanos" los sótanos de la iglesia o las piezas que están inmediatamente encima de ella, y lo mismo podría decirse de la prohibición de tráficos y mercados (can. 1.178), del derecho de asilo (can. 1.179), de los actos de administración realizados por el consejo de fábrica (can. 1.184), de la presunción legal que establece que los bienes donados al rector son para la iglesia (can. 1.536, § 1, del beneficio de la restitución *in integrum* en favor de la iglesia (can. 1.687, § 1), de la permisón ilimitada de las prácticas rituales (can. 1.171), de la prohibición de utilizar el lugar sagrado para usos profanos (*supra*, nota 14), de la exigencia legal sobre dotación suficiente de la iglesia (can. 1.162, § 2), del domicilio equivalente de la iglesia que reconoce a su ordinario local en virtud del principio del *locus rei sitae* (coincidente con la norma estatal del artículo 41 del Código civil), de las normas del can. 1.510 que prohíben la prescripción adquisitiva de bienes sagrados eclesiásticos en favor de personas particulares (los bienes sagrados de propiedad privada pueden prescribir en favor de otra persona cualquiera).

De la legislación actual no puede deducirse que estas normas, no estructurales sino funcionales, tengan en su favor el reconocimiento del Estado. El Código civil nada establece, limitándose a declarar que en lo concerniente a personas jurídicas la Iglesia se regirá por lo concordado entre ambas potestades (art. 38, segundo apartado); el texto del artículo IV concordado contiene mucho más que lo que parecen suponer algunos civilistas, pero desde luego no alcanza a las normas de que hablamos. Pero, a pesar de eso, también tienen eficacia civil las principales normas canónicas de funcionamiento, porque toda persona jurídica llena sus funciones por el cumplimiento de sus normas estatutarias y no tendría sentido el reconocer una institución sin conceder valor jurídico a las normas por las que rige su vida (55).

(55) El Código civil (art. 37) alude en términos algo vagos a esas normas que la doctrina recibida explica con suficiente precisión. Igualmente el *Codex* preceptúa: can. 101 § a: "Si se trata de los actos de personas morales no colegiadas, obsérvense los estatutos particulares y las normas de derecho común referentes a dichas personas."

Por eso dice acertadamente CASTÁN TOBEÑAS que, aunque la vida de las personas morales eclesiásticas haya de regularse, desde el punto de vista civil, por las disposiciones concordadas, "ello no es óbice para que se haya de acudir a los Estatutos de la Iglesia, a fin de determinar la capacidad y representación de esas personas, y, en definitiva, en este concepto *habrá de ser considerado el Código canónico como legislación complementaria de la civil*" (56). Las leyes canónicas que hemos señalado arriba y otras semejantes, desde el punto de vista civil, valen, al menos, como normas estatutarias reguladoras de la vida jurídica de las iglesias; y en este sentido está orientada actualmente la práctica y la jurisprudencia (57).

IV. CONCLUSION

9. A través de este modesto trabajo, el lector ha podido, si no me engaño, captar la significación de la personalidad jurídica de las iglesias en el ordenamiento canónico y las consecuencias que por el reconocimiento de dicha personalidad, operado en virtud del artículo IV del vigente Concordato, se producen en la situación jurídica de las iglesias de propiedad particular dentro del ordenamiento español. Aunque hemos caminado por atajos, el viaje ha sido más largo que lo deseado y previsto. Por eso quiero, para concluir, destacar aquí dos conclusiones que me parecen de particular importancia para el propósito que ha guiado estas líneas.

La primera de esas conclusiones aparece formulada así por Vincenzo DEL GIUDICE: "Las cosas sagradas son generalmente patrimonio de entes eclesiásticos, pero... pueden también estar *in dominio privatorum*... en cuyo caso hay que insistir en el concepto de que el

(56) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, tomo I, Madrid, 1949, pág. 523. También A. RANAUDO en el artículo citado *supra*, nota 46, cree hallar la solución para la situación italiana en los estatutos de los entes eclesiásticos, los cuales o consisten en las normas canónicas o las recogen suficientemente. Observa además este escritor que en las leyes italianas aplicadoras del concordato se prescribe siempre la sujeción de dichos entes a la autoridad eclesiástica. Nosotros no tenemos tales leyes, pero es evidente que esa subordinación de las personas canónicas a la autoridad de la Iglesia debe considerarse como un principio informador del Concordato.

(57) Las vicisitudes de la legislación en este punto afectan más a las asociaciones religiosas que a las instituciones no colegiadas, pero las orientaciones van paralelas. La ley de 2 de febrero de 1939 derogó la legislación de la República y volvió a las asociaciones a la situación anterior a la Constitución de 1931; y en consecuencia se aplican de hecho las normas canónicas. Así, por ejemplo, una resolución de la Dirección General de los Registros de 18 de noviembre de 1962 aplica el canon 1532 para denegar a un instituto religioso el derecho de constituir una hipoteca por no haberse obtenido la licencia seguida en dicho canon. Igualmente se haría si una iglesia pretendiera contratar ateniéndose a la legislación civil española, pero sin obtener la licencia requerida en el canon 1542. Sobre la orientación general de la jurisprudencia en el sentido de valorar las normas canónicas, puede verse M. RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina civil del Tribunal Supremo*, Madrid, 1961, págs. 406-423.

derecho de propiedad se extiende al valor económico de la cosa, pero no así al elemento espiritual a ella adherido, el cual está fuera de toda valoración económica.

Y como el vínculo de sacralidad *comprime pero no destruye el derecho de propiedad*, nada impide, hablando en general, que esa cosa pase... de un patrimonio a otro, pero *quedando siempre sujeta a una disciplina jurídica especial* por el carácter sagrado que le es inherente y que permanece íntegro hasta que se verifique su cesación o pérdida en los casos y por los modos previstos" (58).

El otro concepto destacable es que esa presión a que queda sometido el dominio de las iglesias sagradas que son de propiedad de particulares se traduce en una privación de los derechos de uso y disfrute del edificio afecto al culto público y a sus ajueros; privación que adquiere plenos efectos en el ordenamiento español en virtud del reconocimiento de la personalidad jurídica de las iglesias realizado en el artículo IV del Concordato.

En consecuencia, el régimen jurídico de las iglesias de propiedad particular situadas en territorio español está determinado por el Estatuto canónico de las iglesias y no por los artículos del Código civil, los cuales sólo serán aplicables cuando sus preceptos no contradigan a las leyes canónicas y sean compatibles con la afectación al culto público de las iglesias y de los objetos sagrados en ellas contenidos y, como ellas, dedicados al culto.

(58) V. DEL GIUDICE, *Nozioni di Diritto canonico*. Milán, 1962, págs. 331 s.

Notas sobre la individualización de inmuebles (*)

GABRIEL GARCIA CANTERO

SUMARIO: 1. Introducción: Individualización e identificación de los inmuebles.—2. Función de la individualización.—3. Diferente significado de la individualización según se trate de muebles o inmuebles.—4. Trascendencia jurídica de la individualización de los bienes inmuebles.—5. Sistemas de individualización de inmuebles.—6. Naturaleza jurídica del acto de individualización.—7. Elementos del acto individualizador.—8. Presupuestos del acto individualizador: A) Legitimación. B) Legitimación de la Administración para la individualización de inmuebles. C) Individualización en virtud de sentencia judicial. D) Limitaciones a la facultad de individualizar bienes inmuebles. E) Forma del acto individualizador. F) Prueba del acto individualizador.—9. Tutela jurídica del acto individualizador.

1. INTRODUCCIÓN: INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN DE LOS INMUEBLES

Dice Messineo (1) que, al igual que los sujetos, importa también que los bienes puedan ser identificados en su individualidad. Plantea con ello el ilustre maestro italiano un tema que no siempre aparece delimitado por la doctrina con la suficiente claridad (2), y que el propio autor, en definitiva, no llega a diferenciar con nitidez, ya que incurre en la confusión de hacer equivalentes a la individualización y la identificación de los bienes inmuebles al considerar el Catastro como medio de individualización (3); en realidad, se trata de dos ope-

(*) El núcleo fundamental de este trabajo constituyó la base del que sirvió a su autor para concurrir a las oposiciones a la Cátedra de "Derecho Civil" de la Universidad de Santiago, que fueron anunciadas por O. M. de 10 de noviembre de 1964.

(1) MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I (Milano, 1957), p. 390.

(2) Por ej., BARASSI, *Diritti reali e possesso*, I (Milano, 1962), p. 206, refiriéndose a la autonomía del bien, habla simplemente de "dificultad de identificación".

(3) Pero en el Derecho italiano el Catastro es medio de identificación, mas no de individualización de los inmuebles, como dice AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili* (Napoli, 1960), p. 34, n. 66. Sobre aquel problema en general, vid. MESSINEO, *Problemi de l'identità delle cose e delle persone nel diritto privato*, en *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania* (1949-1950). Este autor escribe (p. 10 de la separata) que "la individualización de las cosas responde a la fundamental necesidad del hombre de certeza y distinción respecto a las entidades externas que le rodean".

raciones perfectamente diferenciadas, aunque estrechamente relacionadas, hasta el punto de ser la una antecedente de la otra; sólo pueden identificarse las fincas ya individualizadas; la identificación se logra a través de su descripción, disponiendo en general el artículo 1.471, 2, C. c. que la expresión de los linderos es indispensable en toda enajenación de inmuebles, y conteniéndose en los artículos 9.º y 51 de la LH y RH, respectivamente, los datos que han de expresar los títulos inscribibles (4). En el presente trabajo me ocuparé de los problemas que plantea la individualización de inmuebles en nuestro Derecho.

2. FUNCIÓN DE LA INDIVIDUALIZACIÓN

En términos generales, la individualización consiste, dice Pugliatti (5), en determinar en el campo de la realidad objetiva material la autonomía en virtud de la cual una parte de esta realidad, diferenciándose respecto del todo, asume la configuración de una unidad objetiva que la convierte en centro de intereses humanos (económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza) que, al ser tutelados jurídicamente, dan lugar a un bien. La individualización así entendida se conecta con la Parte General, dentro del tema del objeto del Derecho; esto significa, desde luego, que el problema de la individualización interesa sólo al Derecho patrimonial; pese a la referencia de Messineo, la individualización en el Derecho de las personas requiere un diverso planteamiento.

Al exponer, en general, los caracteres fundamentales de la noción jurídica de cosa la doctrina acostumbra a mencionar su individualidad respecto del mundo exterior, o sea, el hecho de tener una existencia separada (6). En efecto, la individualización del bien, una vez producida, acarrea la consecuencia de que, en adelante, aquél será tratado jurídicamente como una unidad objetiva, independiente y autónoma respecto del todo del que se ha diferenciado y separado (7). Como

(4) En general, sobre la descripción de las fincas que ingresan en el Registro, vid. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II (Barcelona, 1954), p. 61 s. Como dice LACRUZ BERMEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario registral*² (Zaragoza, 1957), p. 92, los datos que, según los indicados preceptos de la legislación hipotecaria, fijan la realidad material de la finca en el Registro son de cuatro clases: Situación (término municipal, pago o partida, nombre de la finca, pueblo, calle y número), Delimitación (linderos y naturaleza de las fincas colindantes). Extensión (medida superficial). Características (naturaleza de la finca, clase de cultivo, número de pisos, etc.).

(5) PUGLIATTI, s. v. *Cosa. Teoria generale*, en *Enciclopedia del Diritto*.

(6) Así, vid., entre otros, BIONDI, *I beni*, en el *Trattato Vassalli* (Torino, 1953), p. 10; ENNECERUS-NIPPERDEY, *Lehrbuch des bürgerliches Recht*²⁰, I, 1 *Allgemeine Teil* (Tübingen, 1954), p. 767; LANGE, *B. G. B. Allgemeine Teil* (Müncher und Berlin, 1963), p. 199.

(7) PUGLIATTI, s. v. cit.

dice Barbero (8), mediante la citada operación el ente se presenta como uno y permanece distinto de los otros, iguales o diversos, de modo que puede afirmarse que hay tantos entes como individualidades, y cada ente constituye una individualidad, lo que determina la aplicación de un régimen jurídico unitario al objeto individualizado.

3. DIFERENTE SIGNIFICADO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN SEGÚN SE TRATE DE MUEBLES O INMUEBLES

Certeramente ha escrito Lacruz (9) que el Derecho de los bienes inmuebles se distingue del de los muebles en que aquél ha de producir primero el objeto cuyas relaciones jurídicas ha de regular luego. En efecto, los muebles pertenecen a la categoría que Barbero (10), con relación al problema de la identificación del objeto de la relación jurídica, denomina simples bienes, o *bene-qualè* (expresión ésta de no fácil traducción a nuestro idioma y que, acaso, pudiera verse por "bien-cualidad"); este autor incluye en dicha categoría los entes naturales y los productos del ingenio humano (un animal, una planta, un invento, una obra literaria o artística); se trata de bienes, añade, que por su misma simplicidad son indivisibles. La calificación de Barbero parece aceptable con tal de que no se limite a los productos de la naturaleza o del ingenio humano, ya que la configuración del objeto por planos en las tres dimensiones es también aplicable a los productos de la actividad artesana o de la transformación industrial, procedimientos ambos normales de individualización de las cosas muebles en el mundo tecnificado de nuestros días (11).

En cambio, los inmuebles se incluyen en la categoría que Barbero denomina de *bene-quantò* (que acaso pueda traducirse por "bien-cantidad"), caracterizada por agrupar bienes cuya individualidad viene dada por un confín o lindero trazado sobre una extensión mayor o menor de materia; en ellos, las fronteras horizontales, lejos de constituir normalmente un hecho natural son una artificiosa creación del Derecho (12).

(8) BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato* (Torino, 1958), p. 230. Aunque este autor incurre asimismo en la ya denunciada confusión de equiparar la identificación y la individualización de lo cosa. Como se dice en el texto, y recuerda PUGLIATTI, s. v. cit., la identificación presupone la individualización y sirve para dar a ésta certeza y permanencia a los fines de la disciplina jurídica a que la cosa individualizada ha de quedar sometida.

(9) LACRUZ, op. cit., p. 85.

(10) BARBERO, op. cit., p. 230 s.

(11) Sobre los problemas prácticos que plantea la identificación de los muebles, no obstante su fácil individualización, cfr. MESSINEO, op. et vol. cit., p. 393 s., en donde apunta que la mayoría de las veces a dicho fin puede coadyuvar la inclusión en un inventario, lo que implica descripción y valoración, y, en cierta medida, individualización.

(12) Como dice LACRUZ, op. cit., p. 85, "la naturaleza no ofrece sino una superficie continua"; en el mismo sentido LURICCHIO, op. cit., p. 28, con citas de doctrina.

4. TRASCENDENCIA JURÍDICA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE BIENES INMUEBLES

La individualización del objeto del derecho puede decirse que tiene importancia suma para todo el Derecho patrimonial. En el ámbito de los derechos reales, no cabe ejercitar la acción reivindicatoria, ni ninguna otra de naturaleza real, sin identificar la cosa, lo que exige previamente su individualización; el derecho real se extingue, en principio, cuando desaparece el sustrato material que le sirve de objeto, circunstancia cuya comprobación exige, igualmente, la identificación e individualización previas; lo propio se diga de la aplicación de los supuestos de accesión inmobiliaria y de la determinación de las partes integrantes y pertenencias de un inmueble. Sobre todo la individualización de las fincas ofrece una trascendencia evidente en el campo hipotecario, a través de los problemas que plantean las relaciones entre finca material y registral, y su identificación en el proceso inmatriculador y en las inscripciones sucesivas, con la forzosa secuela de vinculaciones entre el Registro y el Catastro; la doctrina lo destaca suficientemente y no es preciso insistir en ello (13). En el ámbito obligacional interesa la individualización por causa del diferente régimen de las obligaciones genéricas y específicas; además, todo negocio jurídico que versa sobre un inmueble presupone realizada normalmente la previa individualización de éste; la regla no se cumple cuando se trata de inmuebles futuros (por ejemplo: adquisición de piso por construir, o de la finca de reemplazo cuando aún no se ha terminado la concentración), pero tratándose de finca que tiene una existencia actual parece difícil concebir cualquier negocio jurídico que no suponga su previa individualización; con todo, individualización de la finca y determinación del objeto del negocio que tenga aquélla, a su vez, por objeto, son dos operaciones jurídicas diferentes que pueden no coincidir cronológicamente. No hay contrato, en efecto, sin

(13) La importancia registral de la individualización de las fincas aparece recogida bastante expresivamente por Roca Sastre, *op. et vol. cit.*, p. 80: "Las entidades hipotecarias, o sea las fincas en sentido registral, son a modo de seres que nacen, se modifican y mueren. De ahí que la biología de la finca, tabularmente considerada, nos presenta ésta en su proceso de formación, modificación o extinción (...). La entidad hipotecaria finca, aparte de las vicisitudes jurídicas referentes a su titularidad o gravamen, puede sufrir modificaciones en su objetividad. Estas modificaciones pueden ser cualitativas, o sea que impliquen simple alteración de las circunstancias descriptivas reflejadas en el Registro, pero subsistiendo intacta la finca en su individualidad (solar que se edifica, tierra campo que es objeto de plantación, variación de linderos, rectificación de cabida superficial, cambio de valor, nueva denominación o numeración de la calle o plaza, etcétera). Las modificaciones también pueden ser cuantitativas, entendiéndose por tales las que afectan al cuerpo de la finca en sí (división, segregación, agrupación y agregación de fincas)." Sin embargo, puede ofrecer alguna duda el que determinados supuestos que el autor considera de modificación cualitativa no impliquen realmente una alteración en la individualidad de la finca; a la vista de la Ley del Suelo parece, por ej., que la edificación de un solar supone una nueva individualización de la finca.

objeto cierto que sea materia del mismo (art. 1.261, 2.º, C. c.); el negocio, además, puede ser anulado por error en la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato (art. 1.266); pero, aunque normalmente serán idénticos el objeto, tal como resulta de la individualización operada por quien está facultado para realizarla, con el objeto del negocio, tal como lo han contemplado las partes, puede muy bien ocurrir que haya discrepancia entre ambos; los casos-límite demuestran, justamente, la existencia independiente de la operación jurídica que venimos analizando. Por último, en el Derecho de sucesiones la individualización de la cosa interesa en el régimen de los legados (así, por ejemplo, en el legado de cosa inmueble específica y determinada, o de cosa genérica; en la extinción del legado por transformación de la cosa de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía), materia que ha dado lugar a importantes cuestiones prácticas, como las planteadas en las sentencias de 28 de diciembre de 1878 y 3 de abril de 1915.

Demostrada así su trascendencia y autonomía, conviene plantear en toda su amplitud el estudio de los aspectos objetivo y subjetivo de la individualización de fincas en sentido material, así como la cuestión de la legitimación para realizarla y del procedimiento de actuación, y, por último, el problema de la tutela jurídica de la individualización ya realizada.

Es de observar que la eficacia de la individualización ya realizada trasciende al cambio de titularidad jurídica; incluso los objetos, una vez individualizados, conservan, en principio, su autonomía aunque ingresen en el patrimonio de la misma persona (14); así, si dos fincas colindantes que pertenecen a distintos propietarios son adquiridas por un tercero, no pierden su individualidad por el mero hecho de esta compra, y será preciso un posterior acto del nuevo propietario para alterar su anterior destino económico, de suerte que si no se realiza una nueva individualización los distintos negocios jurídicos (compra-venta, arrendamiento, usufructo, actos de disposición *mortis causa*) que en adelante recaigan sobre dichas fincas, aunque sean unitarios, tendrán un objeto dual; un fenómeno análogo explicará la llamada adquisición de servidumbres por signo aparente (15).

(14) AURICCHIO, op. cit., p. 48 ss. Este autor concluye: "Todo fundo constituye una unidad física y económica que asume en el mundo jurídico una individualidad precisa. Debe añadirse, además, que esta individualidad mira directamente el bien, y no es un reflejo de la subjetividad de su titular; por tanto, un fundo conserva su individualidad frente al fundo vecino aun cuando el fundo vecino pertenezca a la misma persona."

(15) El art. 541 del C. c. presupone la existencia de dos fincas que pertenecen al mismo propietario, y aunque el precepto no lo dice expresamente, es obvio que se trata de fincas que no han perdido su propia individualidad, lo que explica satisfactoriamente que pueda hablarse de "la existencia de un signo aparente de servidumbre" entre las mismas. Económicamente, una está al servicio de la otra en virtud de un acto de destinación que produce efectos jurídicos al separarse la propiedad de las fincas, siempre que se cumplan los requisitos del art. 541 (lo que significa que es necesario que no se haya modificado

5. SISTEMAS DE INDIVIDUALIZACIÓN DE INMUEBLES

Todos los bienes inmuebles que actualmente se encuentran en el tráfico están ya individualizados; pero constantemente ingresan en aquél, o se extinguen, nuevas unidades inmobiliarias. Cada bien inmueble —dice Auricchio (16)— posee una característica que le distingue de todos los demás; llegar a identificar este *quid* significa haber encontrado el elemento que a cada fundo le atribuye su individualidad propia. De aquí deriva, como observa Messineo (17), que todo inmueble es infungible, en cuanto está dotado de tales características que lo hacen inconfundible y no equivalente a otro, económica o jurídicamente.

Una elemental investigación nos permite comprobar que las tierras y los edificios —en suma, trozos delimitados de superficie terrestre, modificados o no por obra del hombre— vienen a integrar la noción de finca en sentido material. Pero cabe preguntarse: ¿cómo han venido a adquirir tales realidades materiales la cualidad de unidad económica y jurídica? En abstracto, dos sistemas son concebibles: o bien se encomienda al Registro de la Propiedad la función de determinar jurídicamente la unidad inmobiliaria, o tal función se realiza al margen del Registro, de modo fundamental por obra de la autonomía de los particulares. Prescindiendo aquí de los sistemas coloniales, aquellos dos procedimientos rigen, respectivamente, en Alemania y en España (18).

La doctrina alemana entiende por fundo aquella porción de superficie terrestre inscrita en una hoja autónoma del Registro Inmobiliario. Recuerdan Ennecerus-Nipperdey (19) que, por su propia naturaleza, falta a la finca la separación que, al individualizarla, la hace aparecer como cosa; por tanto, respecto de ella el concepto de cosa se basa únicamente en la determinación humana; en consecuencia, la respuesta

el destino, expresa o tácitamente). Sobre esta forma de constitución de servidumbres, vid. ampliamente BONET CORREA, *La constitución tácita de las servidumbres en el Código civil español*, en *ADC.* 4 (1951), 73 ss., especialmente p. 118 ss.

(16) AURICCHIO, op. cit., p. 25 s.

(17) MESSINEO, op. et vol. cit., p. 382.

(18) El sistema francés parece puede adscribirse al español. En efecto, como dicen MARTY-RAYNAUD, *Droit civil*, II^o (París, 1965), p. 14, las indicaciones que figuran en el Catastro sólo tienen valor administrativo y con frecuencia no están al día; el Decreto-ley de 4 de enero de 1955 ha introducido el fichero inmobiliario, que se lleva por partida doble, por persona y por inmuebles; el fichero real se compone de fichas llamadas parcelarias y de fichas especiales para los inmuebles urbanos; las primeras están en íntima relación con el Catastro y se llevan una por finca, urbana o rústica; en la ficha especial de cada inmueble urbano se consignarán todas sus características jurídicas. Aunque el Decreto citado le atribuye valor jurídico, no parece que su alcance se extienda a producir la individualización de la finca correspondiente. En el sistema italiano el Catastro tampoco tiene eficacia individualizadora.

(19) ENNECERUS-NIPPERDEY, op. et vol. cit., p. 768. En el mismo sentido, BAUER, *Lehrbuch des Sachenrechts*² (München und Berlin, 1963), p. 111 s., quien añade también la noción de finca en sentido económico.

a la pregunta de si una determinada parte de superficie terrestre debe considerarse o como parte de finca, o como una finca entera, o como pluralidad de fincas o partes de finca, no la da el destino económico, común o diferenciado, ni la situación o conexión, sino, en general, el modo de inscripción en el Registro; así, lo que se ha inscrito como una finca vale como una cosa singular aunque conste de varias parcelas no contiguas (cfr. § 890 B. G. B.).

En el sistema español —a diferencia del alemán— no se da una coincidencia entre la noción sustantiva y registral de finca, de modo que hay un concepto registral de finca, autónomo e independiente respecto del concepto material o sustantivo, aunque existiendo una íntima relación entre ambos; por otra parte, el carácter voluntario de la inscripción acentúa la dualidad de regímenes, fenómeno más patente en el tráfico de inmuebles rústicos, ya que en los núcleos urbanos la inscripción está generalizada. En nuestro sistema, por lo tanto, el Registro de la Propiedad no determina de modo principal la individualización de las fincas, y por ello sus criterios delimitadores no serán ni únicos ni decisivos (20). Sin embargo, si el concepto registral de finca es autónomo respecto del concepto material o sustantivo, ello no significa que pueda desentenderse de éste; por el contrario, la L. H. se apoya en las categorías civiles de bienes y las presupone. Pero en vano buscaremos una definición de finca en el Código civil; más aún, es éste un término que no se utiliza con demasiada frecuencia por el legislador, siendo de señalar que en este punto, como en tantas otras materias, nuestro primer cuerpo legal exhibe una variada terminología y una rica sinonimia; en la *summa divisio* del artículo 333 se habla de los bienes muebles e inmuebles, pero pueden notarse otras denominaciones: cosa raíz, predio, finca, edificio, casa, terreno heredado, espacio, fundo, suelo, tierras. En la L. H. la terminología se concreta, casi exclusivamente, a los términos inmuebles y finca, que se emplean como sinónimos según un curioso criterio de paralelismo (21). En definitiva, parece que en el lenguaje legal finca y bien inmueble son conceptos equivalentes.

(20) LACRUZ, op. cit., p. 87, añade: "Sin duda, el legislador podía haber optado por un sistema en el que el Registro fuera determinante de la realidad de las fincas, de igual modo que hoy la autoridad administrativa es, si bien con sujeción a ciertas normas, árbitro de la conformación de las fincas resultantes de una concentración parcelaria. Mas no lo ha hecho así, y entre nosotros las fincas materiales ingresan en el Registro sobre la base de sus antecedentes históricos (Schneider dice que se aprovecha así la historia como órgano productor de inmuebles), pueden seguir su historia material independientemente de la registral, y es en su condición material como funcionan en el tráfico." La individualización de inmuebles por obra de la autoridad administrativa será examinada *infra*. En cuanto a la historia como órgano productor de inmuebles, ¿no será más exacto decir que es la geografía y los fenómenos geológicos los que moldean la configuración de los mismos?

(21) Así, en el tít. I de la L. H. sólo se habla de inmuebles; en el tít. II parece utilizado con preferencia por el legislador el término finca, el cual también se usa reiteradamente en el tít. V de la misma.

En cuanto al Código civil, parece puede llegarse a las siguientes conclusio-

El Código no nos define qué debe entenderse por bien inmueble. En sentido negativo, y con base en el artículo 335 C. c., puede decirse que inmueble es lo que no se puede transportar de un punto a otro sin sufrir menoscabo, pero esta definición se ha quedado anticuada por cuanto que la técnica moderna hace posible el traslado de un punto a otro —incluso de un continente a otro— de monumentos artísticos, palacios, castillos, etc., conservando plenamente su integridad; a la misma o parecida concepción, de algo unido o adherido al suelo de manera fija y permanente, responden diversos números del artículo 334 C. c., y el significado etimológico de la palabra finca (derivada del verbo “fincar”, y éste, a su vez, de “ficar” que implica una idea de permanencia). Una noción positiva de finca la encontramos en el artículo 4.º del Real Decreto de 3 de abril de 1925: “porción de terreno cercada por una línea poligonal que pertenezca a un propietario o a varios proindiviso dentro de un mismo término municipal”; definición que encuentra eco en la doctrina de varios países (22).

Pero la noción misma de bien inmueble aparece hoy día sujeta a revisión. Messineo (23) ha observado que el concepto jurídico de inmueble es, en cierto sentido, relativo, pues está en función del desarrollo de las técnicas de explotación de la riqueza, y sabido es el enorme progreso que éstas han experimentado en los últimos años. Savatier (24), en reciente estudio, ha expuesto el sentido de la evolución de la distinción de los bienes corporales, que, a su juicio, consiste en pasar de una concepción concreta a una concepción abstracta; así, por influjo del progreso técnico, la propiedad del inmueble ha venido a ser propiedad de una superficie, y la de un mueble, propiedad de una materia; bien entendido que la superficie en que consiste el inmueble está integrada por materia, la cual, a su vez, está destinada a movilizarse; el civilista galo contrapone luego una concepción del inmueble basada en la geometría plana —la nueva—, a otra de geometría de las tres dimensiones —la implícita en el *Code*—, y aún

nes: 1.ª) Es preferente la expresión de cosas o bienes inmuebles; 2.ª) son equivalentes las denominaciones de bien inmueble, predio, heredad, fundo y finca; 3.ª) cuando el legislador entiende referirse exclusivamente a las fincas rústicas, habla de terrenos, suelos o tierras, mientras que para los inmuebles urbanos emplea la expresión de edificios o casas, o adjetiva la denominación genérica (así, habla de “predios urbanos”).

(22) Así, PIOLA, s. v., *Fondo*, en *DL.*, define el fundo como la parte limitada de la superficie terrestre que se encuentra sometida a propiedad privada; LEHMANN, *Parte general* (Madrid, 1956), p. 552, dice que son inmuebles las fincas, es decir, las partes de superficie terrestre delimitadas por medición humana, junto con sus partes integrantes esenciales, correspondiendo también a la finca el espacio sobre la superficie terrestre y lo que está debajo de ella, pero ambas cosas sólo en tanto exista una necesidad para tal señorío. Se trata de una típica definición de la finca concebida en sus tres dimensiones, a que aludía Savatier. En la doctrina española, cfr. parecidas definiciones en DE ROVERA MOLA, s. v., *Finca*, en *NEJ.*, y LÓPEZ PRIBEGO, s. v., *Finca*, en *Diccionario de Derecho Privado*.

(23) MESSINEO, *op. et vol. cit.*, p. 389.

(24) SAVATIER, *Vers des nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels*, en *RTDC.*, 57 (1950), 1 ss.

aventura la hipótesis de que llegará un día en que el espacio cúbico acotado será objeto de tráfico con independencia de la superficie sobre la que reposa. Las grandes líneas de esta evolución dibujada por Savatier —de la que se ha hecho eco algún autor español (25)— pueden aceptarse, siempre que se complete el ciclo evolutivo con la doble consideración del moderno desarrollo del Derecho agrario y del Derecho urbanístico, los cuales presuponen la noción de finca funcional, en mi opinión, no suficientemente tenida en cuenta por Savatier. Conforme a esta nueva concepción, la finca ya no se define exclusivamente por su superficie, sino por su aptitud para cumplir el destino fundamental del suelo. Con relación a la propiedad rústica, ha señalado muy bien Fugliatti (26), el momento en que la cosa adquiere una individualidad precisa, no siendo ya *res mere quantitatis*, que se puede dividir y subdividir casi con abstractas operaciones intelectuales o simples mediciones, sino que cada fundo es una unidad económica y no la parte de una unidad más vasta y tendencialmente ilimitada; en la misma dirección puede citarse a Cicala (27), para quien el fundo ya no es una extensión definida de la superficie terrestre, sino una institución en la que se funden en unidad sintética todos los elementos materiales e ideales ofrecidos por la naturaleza física y por la estructura jurídica que la constituye; y, sobre todo, al insigne agrarista Bolla, cuyos trabajos en la materia son muy conocidos (28).

(25) Vid. MARTÍN BLANCO, *El tráfico de inmuebles en la Ley del Suelo* (Madrid, 1964), p. 44. Sobre esta obra, vid. nuestra recensión en *ADC.* 18 (1965), 283 s.

(26) PUGGLIATTI, *Lineamenti della proprietà agricola*, en *La proprietà nel nuovo diritto* (Milano, 1954), p. 318.

(27) CICALA, *Brevi considerazioni sul "fondo" come istituzione sociale e normativa*, en *Atti del Primo Convegno Internazionale di Diritto Agrario* (Milano, 1954), II, p. 171 ss. Este autor desarrolla más tarde su pensamiento: "El fundo es para nosotros una institución individual en cuanto referido por nuestro pensamiento a aquella personalidad humana individual que en él se proyecta, y respecto de la cual el fundo aparece como objeto de dominio; pero es también institución social, ya sea porque desde un punto de vista subjetivo el sujeto del dominio, el *dominus*, hoy ya no viene tomado en consideración *uti singulis*, sino *uti socius*; o bien, desde un punto de vista objetivo porque en el fundo se radican intereses privados y públicos, individuales y sociales, e intereses morales que encuentran reconocimiento y sanción en la conciencia individual, social y moral, y en la reglamentación jurídica; por último, el fundo, en cuanto término jurídico, aparece hoy como empresa agrícola jurídicamente disciplinada y, por tanto, como un rico complejo de principios normativos que se refieren, ya sea al comportamiento de los sujetos de las correlativas relaciones jurídicas, ya sea a la actitud de la comunidad jurídica en general, es decir, del Estado, que asume y garantiza la tutela de todos los intereses antes indicados" (loc. cit., p. 186).

(28) BOLLA, *Il fondo nei suoi aspetti giuridici*, en *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario* (Firenze, 1936), p. 226 ss., y ahora en el vol. *Scritti di Diritto Agrario* (Milano, 1963), p. 281 ss.; *Il problema giuridico della terra*, en *Atti del Primo Convegno Internazionale di Diritto Agrario* (Milano, 1954), I, 3 ss.

En el primero de los trabajos citados el ilustre maestro de agraristas traza una sugestiva evolución histórica, poniendo de relieve que ya en el Derecho

Si resulta arduo definir lo que jurídicamente sea la finca, ya se comprende que no menor dificultad entrañará el definir en qué consiste su individualización. A falta de expresa norma legal, y rechazando por imprecisa la definición filosófica según la cual *forma dat esse rei*, parece necesario concluir que aquélla sólo puede definirse empíricamente. Cabe afirmar que caracterizan la individualización, en primer lugar, la "naturaleza de la cosa", es decir, la realidad física o geográfica, su situación fijada por linderos, y todo ello en conexión con las facultades de libre determinación del propietario y las limitaciones establecidas por la ley.

En términos generales, cabe decir que la actual configuración de la corteza terrestre es el término final de la actuación de un conjunto de fenómenos geológicos producidos a lo largo de cientos de miles o, quizá, millones de años. Pero si nos limitamos a períodos de tiempo sujetos a registro histórico, parece fácil comprobar que los fenómenos naturales han afectado, o pueden afectar, decisivamente a la configuración de los inmuebles; así, un movimiento sísmico puede modificar de tal forma la superficie terrestre que destruya hasta sus cimientos un edificio o altere de tal forma un trozo de superficie que haga desaparecer fincas enteras (piénsese en las grandes inundaciones, del tipo de las padecidas en Valencia o Cataluña en años pasados; o en la rotura de la presa de un embalse). En el Código se contemplan estos supuestos de modo genérico al regularse los efectos de la destrucción de la cosa que constituye el objeto de una relación jurídica real u obligatoria, y a propósito de la accesión según una casuística que se remonta al Derecho romano. Pero cabe preguntarse, ¿hasta qué punto

romano el fundo es algo unitario, inescindible, cualificado, no por la extensión, sino por el destino subjetivo a un fin, de modo que faltando éste el fundo viene a ser un trozo cualquiera de terreno. Según Ulpiano: *fundus autem integrum aliquid est*. El fundo aparecía regido por una serie de reglas formales: es *datus*, *adsignatus*, después de un procedimiento administrativo, y es *limitatus*; la *limitatio* se realiza mediante una solemne ceremonia en la que se observaban criterios religiosos, astronómicos y geométricos. El fundo tiene un nombre—*vocabulum fundi*—, con el que se inscribe en el Catastro y es designado en las ventas y en las sucesiones. Al final de su *excursus* histórico Bolla concluye que en el Derecho se observa una tendencia progresiva dirigida a impedir la disolución de los elementos organizados, y a tutelar el fundo en su integridad como ente existente por sí mismo.

En la doctrina española ha hecho una aplicación de la noción de finca funcional, LUISA SERRANO, *El patrimonio familiar* (Roma-Madrid, 1962), p. 110 s. En materia urbanística, vid. GARCÍA CANTERO, *La finca funcional en la Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956*, en el vol. *Coloquios sobre problemas de la Ley del Suelo* (Madrid, 1965), p. 21 ss. También se hace eco de esta orientación MARTÍN BLANCO, *op. cit.*, p. 45, nota 16, quien más adelante escribe: "El suelo no es para la legislación urbanística solamente sinónimo de suma o conjunto de superficies; no es solamente un conjunto de bienes inmuebles de propiedad privada; es, además, y preferentemente, una unidad o elemento orgánico que sirve de asiento y fundamento en la vida de la comunidad o núcleo sobre él asentado y que implica un factor esencial para la formación y desarrollo de aquella comunidad. La ordenación del suelo, desde el plano urbanístico, es la ordenación estatal del espacio vital de aquélla". (*op. cit.*, p. 47).

puede sostenerse que la individualización de un inmueble está producida por un fenómeno natural? En la doctrina, lo niega terminantemente Auricchio (29). En nuestro Derecho, para el supuesto de aluvión, es cierto que se produce un aumento en la extensión de la finca ribereña (con la correlativa disminución de la anchura del cauce), pero sin que parezca que exista un cambio en la individualidad del fundo beneficiado (30). En el caso de avulsión puede pensarse que aunque el Código habla de "una porción conocida de terreno", la solución adoptada —inalterabilidad de la titularidad de la misma— será idéntica en el supuesto de que lo segregado fuera una finca entera; el supuesto no es improbable cuando se trata de pequeñas parcelas (31); de cualquier forma, ya se trate de una parte de finca o de una finca entera, sólo se produce un cambio en la localización geográfica de la parcela, la cual en adelante tendrá nuevos linderos, pero no se origina —a lo que parece— una alteración en la individualidad de la finca. Las alteraciones de cauce de los artículos 370 y 372 del Código civil sólo producen una modificación en la extensión de las fincas, sin que tampoco afecten a su individualidad. En cambio, parece que debe afirmarse la existencia de una nueva finca en los supuestos de formación de isla regulados por los artículos 371 y 373 del Código, tanto si su titularidad se adjudica al Estado como si se atribuye a los dueños de las fincas ribereñas más cercanas (32). Puede, por tanto, concluirse que sólo por excepción la individualización de los inmuebles en nuestro derecho tiene su origen en fenómenos de la naturaleza, si bien la facultad individualizadora del hombre se ejerce —sobre todo en materia de fincas rústicas— sobre un sustrato físico resultado de la acción de fenómenos naturales. La naturaleza es también un límite a la facultad de individualización, de suerte que por voluntad de los particulares no puede calificarse de edificio una tierra de labor.

Los linderos son otro factor de individualización. Como dice Auricchio (33), la individualidad de cada inmueble se funda en su situación dentro de una superficie más amplia, continua e idealmente indefinida, o mejor aún, en la posición que cada inmueble asume respecto de los otros que están en la misma superficie. Por ello ya se ha recordado que en toda enajenación de inmuebles es indispensable hacer constar sus linderos (art. 1.471, 2); y la regla puede extenderse a todo negocio jurídico que tenga un inmueble por objeto. Aunque se trata de un dato de hecho, y según la jurisprudencia "el Registro

(29) AURICCHIO, *op. cit.*, p. 37 ss.

(30) Conforme AURICCHIO, *op. cit.*, p. 39.

(31) Sería el caso de pequeñas parcelas dedicadas a huerta en las márgenes o riberas de los ríos. AURICCHIO, *op. cit.*, p. 39, no admite el supuesto, de acuerdo con el artículo 944 del vigente C. c. italiano.

(32) En general, sobre la constancia registral de los cambios reales producidos en los linderos de las fincas por virtud de hechos físicos, y que la legislación hipotecaria no resuelve, vid. ROCA SASTRE, *op. cit.*, II, p. 81 s.; LACRUZ, *op. cit.*, p. 99 s.

(33) AURICCHIO, *op. cit.*, p. 30.

no ampara los datos materiales, físicos o descriptivos de las fincas" (S. 31 mayo 1955), sin embargo, cabe señalar otra orientación iniciada con prudencia por la S. de 21 de marzo de 1953, según la cual "no se puede afirmar sin incurrir en confusiónismo, que debilita la garantía y atractivos de la institución hipotecaria, ... que la inscripción nada vale ni nada protege en punto a las situaciones de hecho que el asiento pregona, pues, por virtud del principio de legitimación registral, la inscripción ampara al titular no sólo con prerrogativas de rango y disponibilidad del derecho inscrito, sino también con la presunción de que lo que diga el asiento, tanto con referencia a la situación jurídica como a otras circunstancias de la finca, en la forma o en los términos que resultan del mismo, se ha de reputar veraz, mientras no sea rectificado o declarada su inexactitud" (34).

La autonomía privada se ejerce, sobre todo, respecto de las fincas urbanas en materia de individualización; la finca rústica viene, en principio, dada por la naturaleza, mientras que la conformación de las fincas urbanas es obra del hombre; si en las primeras predomina la noción de superficie, en las segundas prepondera el concepto de volumen. Con arreglo al Código civil, el propietario puede configurar libremente su casa (según una fórmula alemana clásica: *sein Haus nach seinen Wünschen und Zwecken zu gestalten*), sin más limitaciones que las derivadas de las servidumbres legales (por ej., en materia de luces y vistas, medianería) y de las relaciones de vecindad en sentido amplio. Pero cada vez más se limita por la ley esa libertad de configuración, ya sea imponiendo el requisito de habitabilidad para que la relación jurídica de arrendamiento se someta a la legislación especial, ya sea —de modo más intenso— a través del "volumen de edificabilidad" (así en los arts. 69, 85, apartado 5.º; 88, apartado 1.º, etcétera, de la Ley de 12 de mayo de 1956) (35). Pero debe advertirse

(34) La sentencia del T. S. estimó el recurso interpuesto. Se trataba de un caso de ejercicio de la acción reivindicatoria de una faja de terreno respecto de la cual los litigantes se atribuían el derecho de propiedad como parte integrante de sus respectivas fincas; prosperó la demanda en primera instancia, pero la sentencia fue revocada en apelación. El T. S. hace notar que con la doctrina sentada por la Audiencia se llega al poco eficaz resultado de que el trozo de terreno controvertido "no se sabe de quién será, pues ni pertenece a los litigantes ni se vislumbra en el proceso la posibilidad de que pertenezca a tercero, si bien es fácil prever que, dados los términos de la sentencia recurrida, los demandados, actuales poseedores, podrían devenir propietarios por usucapión"; afirmaciones, sin embargo, que si revelan una laudable preocupación por obtener soluciones jurídicas que conduzcan a resultados prácticos, no pueden constituir *ratio decidendi* ni formar doctrina jurisprudencial. En cambio, mayor trascendencia jurídica revisten las declaraciones que se contienen en el segundo considerando: "El problema planteado por el ejercicio de la acción reivindicatoria se debe contemplar, no sólo en el ámbito del Derecho civil, único al que se ha prestado atención en la instancia, sino también en la esfera del Derecho Hipotecario, pues aunque los litigantes no invocaron normas de la legislación especial, se acompañó a la demanda, como fundamento en parte de lo pedido, un título inscrito en el Registro de la Propiedad."

Sobre esta sentencia, vid. las observaciones de LACRUZ, op. cit., p. 277 ss.

(35) Se llama "volumen de edificabilidad" —dice MARTÍN BLANCO, op. cit.,

que las limitaciones legales a la libre facultad individualizadora de los particulares no se reducen al ámbito urbanístico; en materia rústica se viene promulgando en los últimos años, con mayor o menor acierto, una importante legislación encaminada a lograr unidades agrarias que aseguren un cultivo adecuado de la tierra y a remediar los defectos de la dispersión parcelaria y del minifundio, en la que se contienen medidas que afectan decisivamente a la facultad de individualización de los inmuebles rústicos (36).

En resumen: la realidad física, la situación determinada por los linderos, la autonomía privada y la ley son los factores fundamentales que determinan la individualización de las fincas en el Derecho español.

6. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE INDIVIDUALIZACIÓN

El acto de individualización pertenece a la categoría de los actos de destinación o destino económico, que fue iniciada por Bekker y Manigk, seguida por Mirabelli, Cariota Ferrara y Auricchio, y, entre nosotros, aceptada por Albaladejo y Pérez Ordoyo (37). Son actos

p. 53—el número de metros cúbicos de construcción que se puede ejecutar por cada metro cuadrado de una superficie determinada; el volumen de edificabilidad permitido señala el límite de aprovechamiento de un solar. Más adelante (p. 54 ss.) plantea las siguientes cuestiones: el volumen de edificabilidad como posible cosa en el tráfico de inmuebles, como elemento del valor del inmueble, la constatación registral de este requisito, y su consideración como base de imposición fiscal. De todas ellas, la más importante para la dogmática es la primera, sugiriéndole a Martín Blanco las siguientes interrogantes: "El volumen ya dividido y encerrado materialmente dentro de muros, paredes, pisos o propiedad horizontal. El volumen unido al terreno y sobre él, aunque separadas las respectivas propiedades, nos encara con el derecho de superficie. Pero ¿y el volumen abstracción hecha del suelo y de su cubicación material con elementos que lo aislen o separen? ¿Cabe plantear jurídicamente esta abstracción? ¿Puede ser objeto de venta por metros cúbicos, como el terreno lo es por metros cuadrados? ¿Puede hacerse una parcelación del volumen como se hace de un solar? ¿Cuáles serían los resultados prácticos de tal configuración? ¿Cuál su forma jurídica? El volumen así considerado no es puramente un concepto jurídico-formal, sino una entidad real, susceptible de delimitación y aprehensión. La corporalidad del volumen no ofrece duda por su relación con el espacio. El espacio edificable no es sino la fórmula legal de delimitar el espacio o capacidad constructiva disponible por el particular." El autor, con arreglo a la ley española, considera posible la disposición y transmisión del volumen de edificabilidad. Pero el problema dogmático, todavía no resuelto y que aquí sólo podemos apuntar, es el de si puede considerarse como finca independiente, susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, y objeto de tráfico como bien autónomo, el simple volumen tomado con independencia del suelo.

(36) Mencionemos, a título de ejemplo, la legislación sobre huertos familiares, la Ley de Patrimonio Familiar, la Ley de Unidades mínimas de cultivo, la Ley de Superficies mínimas de explotación familiar, la legislación sobre Concentración parcelaria, y el Decreto de Ordenación rural.

(37) Citas en AURICCHIO, op. cit., p. 55, nota 2. *Addé* CARIOTTA-FERRARA, *El negocio jurídico* (trad. esp. de M. Albaladejo) (Madrid, 1956), p. 184 ss., y Notas de ALBALADEJO, p. 186. Para AURICCHIO, op. cit., p. 99, la estructura del

que, según Cariota Ferrarra (38) producen la destinación de un bien a un determinado fin digno de tutela según el ordenamiento, de donde se sigue el sometimiento del bien a un vínculo perpetuo o temporal que excluye la disponibilidad del bien para otro fin; este autor los considera una subclase de los negocios de contenido patrimonial distinta de los negocios de atribución patrimonial; dentro de la categoría se incluyen: el destino del padre de familia para la constitución de servidumbres por signo aparente, el acto de creación de una universalidad de bienes o de una relación pertinencial, el acto de constitución de dote, etc.; todos los citados son actos de indudable contenido económico, y con referencia específica a los actos de individualización se ha observado acertadamente (39) que a través de la lenta actividad de los particulares han llegado a producirse esos visibles fenómenos de pulverización de la propiedad inmueble, o de su concentración en grandes latifundios; pero, al mismo tiempo, se trata de actos de indudable trascendencia jurídica, y así, en el caso de que el propietario de dos parcelas colindantes e independientes, haga desaparecer los linderos que las separan, con voluntad individualizadora, y otorgue en arrendamiento la finca resultante, ha colocado en el tráfico una nueva unidad inmobiliaria previa la desaparición de dos unidades anteriormente existentes. Finalmente, por razón de sus efectos, deben ser considerados como actos de disposición y no de simple administración (40).

7. ELEMENTOS DEL ACTO INDIVIDUALIZADOR

Todo acto de individualización consta de dos elementos:

1.º) La intención del sujeto de considerar en el futuro la parte individualizada como una unidad económica autónoma;

2.º) El acto material, que puede consistir en cualquier signo apto para deslindar un inmueble (por ej., la colocación de hitos o mojones, el trazado de la línea divisoria, el tapiado de puertas y ventanas o, por el contrario, su apertura, etc.).

acto de destinación es similar a la del acto real, pero sin llegar a constituir un negocio de actuación. PÉREZ ORDOYO, loc. cit., p. 346 ss., describe los actos de unión y agregación de fincas—que son manifestación de la facultad de individualización del propietario—como actos jurídicos individuales, relativos a cosas materiales, jurídicamente exteriorizados y con eficacia jurídica, aceptando—en definitiva—su calificación como actos de destino.

(38) CARIOTA-FERRARA, op. cit., p. 184.

(39) LURICCHIO, op. cit., p. 54.

(40) PÉREZ ORDOYO, loc. cit., p. 347 s., vacila en atribuirles este carácter, si bien se inclina por calificarlos como acto de disposición cuando se realizan con carácter de permanencia y perpetuidad. En relación con este último carácter ha de afirmarse que la propia naturaleza del acto individualizador excluye toda idea de provisionalidad; lo que no implica que el propietario esté vinculado indefinidamente por la individualización ya realizada, pudiendo modificarla en cualquier momento. En sentido contrario al texto, MTRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano* (Napoli, 1955), p. 211 s.

Debe advertirse que los citados elementos no se dan siempre en el mismo orden cronológico. Pero para que se produzca la individualización del bien inmueble, deben concurrir ambos.

El carácter voluntario del acto de individualidad se destaca enérgicamente por la doctrina. Pérez Ordoyo (41) hace notar que, en otro caso, se trataría de una casualidad, una desgracia o un accidente, pero no de un acto jurídico. Para Auricchio (42) no cabe negar que sólo un acto voluntario puede decidir de la unidad y de la autonomía del fundo; así, si se piensa en la destrucción de un muro divisorio producida por un movimiento telúrico, y en la demolición del mismo muro realizada por el propietario, no puede sostenerse que ambas hipótesis reciban idéntico tratamiento jurídico; parece claro que cuando el propietario derriba o hace derribar el muro de separación entre dos fundos limítrofes, lleva a cabo con tal acto la unión material de dos fincas que precedentemente constituían unidades inmobiliarias diferenciadas, mientras que si la destrucción del muro ocurre por causas naturales hay que concluir que, en principio, subsiste jurídicamente la separación, y sólo los actos posteriores del propietario pondrán de manifiesto si por su parte se acepta—por declaración de voluntad expresa o tácita—la nueva situación creada de hecho, o si, por el contrario, persiste en su anterior voluntad individualizadora. A juicio de Auricchio (43), para que pueda considerarse realizado el segundo de los elementos indicados es preciso que existan signos materiales de la unidad y autonomía del bien, es decir, una modificación del mundo exterior.

Hay que mantener para nuestro Derecho, como norma general, el carácter voluntario del acto individualizador, pero esta voluntariedad ha de conciliarse con las numerosas limitaciones introducidas por la ley por razón de urbanismo o de reforma agraria, y que en ocasiones—como ocurre con la concentración—priva en determinado momento a los particulares del ejercicio de dicha facultad; además, deben tenerse en cuenta los artículos 371 y 373 C. c., ya examinados, de los que parece desprenderse que la individualización tiene por base un fenómeno natural.

(41) PÉREZ ORDOYO, *op. cit.*, p. 347.

(42) AURICCHIO, *op. cit.*, p. 57.

(43) AURICCHIO, *op. cit.*, p. 59 s. Pero la tesis de este autor de que “sólo dos fundos contiguos pueden ser unidos materialmente” para constituir una nueva unidad inmobiliaria, no es del todo aplicable al Derecho español, ya que el artículo 44 R. I., en sus números 2.º y 3.º, permite la inscripción en el Registro “como una sola finca” (en sentido registral) de varias fincas (en sentido material) no colindantes. Pero, a excepción de este supuesto, no parece que un propietario pueda, a su arbitrio, agrupar fincas no colindantes para formar otra nueva en sentido material, por lo cual cabe afirmar con aquel autor que “el alejamiento de las fincas es un obstáculo insuperable para realizar la unidad jurídica del bien”.

8. PRESUPUESTOS DEL ACTO INDIVIDUALIZADOR

Los presupuestos del acto individualizador son los siguientes:

A) Legitimación.

Como dijo la sentencia de 18 de diciembre de 1954, incumbe, en principio, al propietario la iniciativa en la configuración de su propia finca; esta facultad tiene las limitaciones que derivan de las condiciones físicas del inmueble y de la ley (43 bis).

Cabe preguntar si sólo al propietario corresponde la facultad de individualizar sus bienes. Hay que excluir, desde luego, al titular de derechos meramente personales, aunque el artículo 2.º, apartado b), del texto refundido de Concentración Parcelaria de 8 de noviembre de 1962 prevea, excepcionalmente, la posibilidad de reunir en una parcela las fincas cultivadas por un mismo agricultor, aunque pertenezcan a distintos propietarios; en este último supuesto no se trata, en realidad, de que el arrendatario o aparcerero lleven a cabo la individualización de las fincas de reemplazo, sino de que—como en los demás supuestos—la realiza el Servicio de Concentración, tomando, sin embargo, en cuenta los intereses de la explotación agraria, aunque su titular no sea propietario. Entre los titulares de derechos reales, el usufructuario parece que también carece de esta facultad, pues está

(43 bis) Esta sentencia —estimatoria de un recurso de injusticia notoria— se refería a un supuesto de arrendamiento de edificio de una sola planta destinado a almacén, el cual posteriormente fue vendido agrupado a otra finca, con la finalidad de obstaculizar el retracto del arrendatario. La doctrina que se cita en el texto es incidental, aunque suficientemente expresiva, y se halla contenida en el quinto considerando, cuyo texto literal es el siguiente: “Que si algunas veces es verdad que en principio incumbe al propietario la iniciativa en la configuración de su propia finca con arreglo al artículo 348 del Código civil, y especialmente si la edificación realizada por él en el solar integrante de una finca propia ha de ser considerada o no como una sola finca, a efectos registrales, siguiendo el oportuno expediente, es lo cierto que tal determinación debe ajustarse a las condiciones físicas del inmueble, y en el presente caso la edificación que viene siendo ocupada por el demandante a virtud del contrato de arrendamiento de que se ha hecho mérito y en el que se hace constar que se arrienda la planta baja única de la casa número 13 de determinada calle, y que además satisface contribución territorial con independencia de la denominada Villa de los Angeles, ha de considerarse para los efectos del contrato de arrendamiento como una sola finca y sin subordinación con respecto a ella, por lo que es de estimar hay idéntico fundamento al de los casos taxativamente determinados en la ley para reconocer al inquilino el derecho al retracto, por lo que es procedente estimar el recurso en su segundo motivo.” Y en el séptimo considerando se añade: “No debe estimarse sea obstáculo el hecho de que en el Registro aparezca la finca en cuestión integrando con otra una sola finca, no sólo por las razones de hecho que demuestran se trata en rigor de fincas distintas, sino porque en el contrato de arrendamiento, que es la ley para las partes contratantes, tiene el tratamiento de una finca independiente, y a este concepto deben atenderse las partes en todo el ulterior desenvolvimiento de la relación contractual.” De lo transcrito resulta claro que la sentencia sólo se refiere incidentalmente a la individualización en general, y que lo discutido en el pleito se refería a la determinación del objeto del contrato, cuestión independiente, aunque no desvinculada, de la primera.

obligado a conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada tal como la recibió del nudo propietario (art. 467); y como idéntica obligación recae sobre este último, hay que concluir que, en el orden de las relaciones internas, cualquier modificación o alteración de la configuración de la cosa usufructuada que infrinja aquel límite requerirá el común acuerdo entre ambos, mientras que, frente a terceros, la nueva individualización realizada por el nudo propietario será válida (44). No resulta fácil determinar los poderes del enfiteuta en esta materia, dada la poco clara regulación legal de esta institución; una antigua sentencia de 22 de enero de 1917 declaró que no podía negarse la condición de bienes inmuebles cuando el destino lo hace el enfiteuta; en la reciente legislación sobre los censos en Cataluña se permite la división del enfiteutico por acto unilateral del censalista cuando la finca estuviere inscrita en el Registro; la solución dependerá, en definitiva, de si se acepta la noción del dominio dividido, o si se opta por la teoría que considera dueño, respectivamente, al titular del dominio directo o del dominio útil, atribuyendo correlativamente al otro la titularidad de un derecho real de disfrute.

Hay que observar que la facultad individualizadora no experimenta modificación cuando el propietario es una persona jurídica o una comunidad; en el interior de ésta habrá de tenerse en cuenta que el acto individualizador es un acto de disposición y no de administración, rigiendo la ley de la unanimidad (art. 397); si la individualización se realiza por apoderado, será necesario mandato expreso (artículo 1.713, 2).

El Estado, en cuanto a los bienes que constituyen su patrimonio, disfruta igualmente de facultades individualizadoras. Según los artículos 13 y ss. de la Ley de Patrimonio del Estado (aprobada por Decreto 1.002/1964, de 15 de abril), la Administración tiene la prerrogativa de realizar el deslinde de sus bienes inmuebles patrimoniales mediante procedimiento administrativo en el que debe oírse a los particulares interesados; se trata de un acto sujeto al control de la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción del procedimiento, y que no impide el que los particulares lesionados en sus derechos puedan acudir a la vía ordinaria (45).

(44) En tal sentido, *AURICCHIO*, op. cit., p. 79. Sin embargo, las sentencias de 26 de abril 1916 y 13 noviembre 1923 contemplaron supuestos de individualización realizada por el usufructuario. Bajo el aspecto registral, nos dice *ROCA SASTRE*, op. cit., II, p. 123: "No precisa que consientan la segregación los titulares de derechos reales que graven la finca en cuestión; pero la segregación no perjudicará a tales titulares. Así resulta del artículo 405 C. c., y ha sido resuelto, respecto del derecho de usufructo, por las resoluciones de 24 y 27 de diciembre de 1934."

(45) Pero una vez iniciado el procedimiento administrativo de deslinde, no podrá instarse procedimiento judicial con igual pretensión, ni se admitirán interdictos sobre el estado posesorio de las fincas del Estado mientras no se lleve a cabo dicho deslinde (art. 44 del Reglamento de la Ley del Patrimonio del Estado aprobado por Decreto de 15 de noviembre de 1964). Se trata de una prerrogativa de la Administración.

El deslinde administrativo se regula por los artículos 13 a 17 de la Ley

Pero, fuera del caso en que la Administración actúa con relación a sus bienes patrimoniales—o, también, respecto del dominio público (46)—, hay supuestos en que corresponde a la misma, excepcionalmente, la individualización de los inmuebles.

B) Legitimación de la Administración para la individualización de inmuebles.

Algún autor (47) niega que existan actos de individualización *ex lege*. Sin embargo, en determinados casos la ley priva a los particulares de la facultad que normalmente les corresponde, respecto de sus bienes, para llevar a cabo la configuración de los mismos, y la atribuye a la Administración. De modo característico ello ocurre:

a) En la determinación de las fincas de reemplazo en el procedimiento de concentración parcelaria.

Sin entrar aquí en toda su problemática (48), baste caracterizarla como técnica de reordenación de la propiedad rústica, de naturaleza jurídico-pública, que influye decisivamente en las relaciones jurídico-privadas que tienen por objeto la propiedad de la tierra, introduciendo imperativamente una nueva individualización de las fincas que se considera adecuada para su explotación. En el Decreto de 2 de enero de 1964 constituye la concentración una de las medidas de ordenación rural por zonas (art. 3.º, letra b), pues viene a ser "una coyuntura excepcionalmente favorable para revalorizar el territorio a través de mejoras de su infraestructura y para estimular, al propio tiempo, una más intensa utilización de las innovaciones técnicas en las nuevas orientaciones de la producción agraria", como se dice en su preámbulo (49). En la tramitación del procedimiento encontramos elementos muy característicos de la individualización administrativa de las nuevas fincas de reemplazo. Puede señalarse la presencia de los dos

y 32 y siguientes del Reglamento. Con arreglo al Derecho anterior, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dictamen sobre deslinde de montes*, en *ADC.*, 12 (1959), 1029 ss.

(46) Con arreglo al artículo 16 de la Ley de Patrimonio del Estado, la Administración podrá aplicar las normas sobre deslindes administrativos de los inmuebles patrimoniales al deslinde de los bienes de dominio público.

(47) PÉREZ ORDOYO, op. cit., p. 347.

(48) En la doctrina española: GONZÁLEZ PÉREZ, *La concentración parcelaria*, en *ADC.*, 6 (1953), 133 ss.; *El régimen jurídico de la concentración parcelaria*, en *ADC.*, 7 (1954), 829 ss. (ambos con referencias bibliográficas); ROCA SASTRE, *Suplemento al Derecho Hipotecario* (Barcelona, 1960), p. 167 ss. En la doctrina francesa: SCHIEBER, *La réorganisation foncière en France. Le remembrement rural* (París, 1959); DUMAS, *Le remembrement rural* (París, 1963); MARTY-RAYNAUD, *Droit civil*, II, 2 (París, 1965), p. 350 ss. En la doctrina alemana: KRUESCHEL, *Landwirtschaftsrecht*, 1963, p. 24 ss., con referencias bibliográficas; BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts* (München und Berlin, 1963), p. 225.

Adde, las diversas comunicaciones presentadas al Primer Coloquio Latino de Derecho Agrario celebrado en Zaragoza en 1964 (en curso de publicación).

(49) Sobre el Decreto de 2 de enero de 1964, vid. la Comunicación de SERRANO y SERRANO, GARCÍA CANTERO y LETE DEL RÍO, *Planificación y Ordenación Rural*, a los VII Coloquios de las Facultades Pirenaicas de Derecho y Economía, celebrados en Valladolid y Bilbao en mayo de 1965.

elementos del acto individualizador en las sucesivas fases del procedimiento de concentración:

1.º) El Servicio de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural procede a preparar el proyecto de concentración haciendo la *nueva distribución de la propiedad*, con respecto a la unidad mínima y a la unidad-tipo de aprovechamiento; este proyecto se somete a encuesta durante la cual los interesados podrán formular verbalmente, o por escrito, las observaciones o sugerencias que estimen oportuno (art. 29).

2.º) Terminado el período de encuesta, el Servicio adopta el *acuerdo de concentración* (art. 31).

3.º) Firme el acuerdo, se redacta el *acta de reorganización de la propiedad* que servirá de base para la expedición de los títulos particulares (art. 56).

4.º) La declaración de utilidad pública de la concentración atribuye al Servicio la *facultad de instalar hitos o señales* en las nuevas fincas (art. 59).

Como se ha indicado antes, en toda individualización han de concurrir dos elementos: el subjetivo y el material; en la tramitación reseñada puede observarse la presencia de la voluntad individualizadora del Servicio (expresada en el acta de reorganización, la cual se prepara mediante el proyecto y el acuerdo de concentración) y su exteriorización materializada en la colocación de nuevos hitos o señales.

Hay otros supuestos en que la individualización corresponde también a la Administración:

b) En la creación de los patrimonios familiares que son obra exclusiva del Estado—dice Luna Serrano (50)—, el cual ha encomendado al Instituto Nacional de Colonización dicha tarea, realizándose por vía de ensayo sobre los terrenos colonizados. Entiendo que la individualización de tales patrimonios es acto administrativo, no sólo en el supuesto de constitución forzosa, sino también en el llamado sistema mixto, en el cual el cultivador aporta una porción de muebles e inmuebles que junto a los demás aportados por el Instituto Nacional de Colonización, constituirán el patrimonio familiar. En cualquier caso, los bienes (51) que integren el patrimonio familiar podrán constituir una sola finca en sentido material, o varias agrupadas, lo cual—como dice Luna Serrano (52) “lleva siempre consigo la creación de una sola finca, por lo menos en el aspecto funcional de explotación orgánica”; pero debe observarse que la vigente legislación hipotecaria, y pese a la reforma del Reglamento con posterioridad a la Ley del Patrimonio Familiar, no permite considerarlas como fincas especiales a efectos registrales.

(50) LUNA SERRANO, op. cit., p. 129.

(51) Sobre las características objetivas que deben reunir las tierras, vid. LUNA SERRANO, op. cit., p. 114 s.

(52) LUNA SERRANO, op. cit., p. 139.

c) En general, en todos los casos de adjudicación de tierras a particulares conforme a las Leyes de Colonización (53).

d) En la constitución de huertos familiares (54).

e) Conforme a la Ley del Suelo, en los supuestos de parcelación y reparcelación, realizadas por iniciativa del Ayuntamiento (art. 80, 2 de la Ley de 12 de mayo de 1956), o impuesta esta última obligatoriamente (art. 77, 2), las cuales —como dice Martín Blanco (55)— “constituyen operaciones que transforman material y físicamente la superficie de terreno, con trascendencia jurídica en cuanto la nueva situación de hecho resultante se somete a la correspondiente ordenación legal”. Desde el punto de vista de la individualización de la propiedad, las parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas cumplen idéntica función que la concentración parcelaria, a saber, configurar la propiedad del suelo de la forma que se juzga más apropiada a su destino (56).

C) Individualización en virtud de sentencia judicial.

Del artículo 386 del Código civil resulta que en el caso de que los títulos no determinen el límite o área perteneciente a cada propietario, corresponde al Juez, en defecto de otro medio de prueba, hacer el deslinde, distribuyendo el terreno objeto de la contienda en partes iguales. En tal supuesto parece que la individualización litigiosa se realiza por resolución judicial, que sustituye a la voluntad de los interesados. Responde este precepto a una concepción de la *actio finium regundorum* que tiene su origen en el Derecho Romano y que

(53) Así, por ej., los lotes de terrenos y montes públicos que fueron adjudicados en virtud de la Ley de Colonización y Repoblación Interior de 30 de agosto de 1907; las fincas parceladas por el Instituto Nacional de Colonización conforme a la Base 33 de la Ley de Colonización de Grandes Zonas de 26 de diciembre de 1939; las unidades agrarias creadas en virtud de los artículos 2º y 3º de la Ley de 21 de abril de 1949.

(54) La Orden de 5 de julio de 1944 y la Ley de 21 de abril de 1949 han encomendado al Instituto Nacional de Colonización la creación de este tipo de explotaciones. Las fincas en que hayan de constituirse huertos familiares pueden adjudicarse a los Ayuntamientos, quienes las cederán a los beneficiarios, obreros agrícolas cabezas de familia (D. de 12 de mayo de 1950). Sobre la constitución de huertos familiares con tierras sobrantes de concentración, cfr. artículo 40 del texto refundido de 8 de noviembre de 1962.

(55) MARTÍN BLANCO, op. cit., p. 211.

(56) Tiene razón MARTÍN BLANCO, op. cit. p. 209, cuando, criticando la formulación legal acerca de los efectos de la reparcelación urbanística, dice: “La reparcelación, en su acto y título o documento aprobatorio, constituye un acto traslativo del dominio que hace adquirir éste por modo derivativo de adquisición. Entendemos que sería conveniente analizar más profundamente la naturaleza jurídica de la reparcelación, abstracción hecha de su procedimiento formal, en cuanto traslativa de la propiedad de los inmuebles. En todo caso, parece estar fuera de duda que nos movemos dentro del recinto del Derecho civil y en torno a relaciones jurídicas de carácter privado”. Probablemente, sería insuficiente la teoría de la subrogación, a que recurre Martín Blanco, pues no parece explicar bien todo el funcionamiento de la institución. Sobre esta materia, vid. también GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, *Teoría y práctica de la Ley del Suelo* (Madrid, 1964), p. 251 ss.

aparece recogida en algunos Códigos modernos, pero que comienza a ser superada por la doctrina.

D) Limitaciones a la facultad de individualizar bienes inmuebles.

Otras veces, sin suprimirla, el Estado condiciona la actividad individualizadora de los particulares —y la suya propia en los casos en que excepcionalmente se le atribuye— mediante el establecimiento de unos módulos abstractos que, en teoría, se consideran deben constituir los tipos mínimos de las unidades inmobiliarias.

Un remedio radical para la inadecuada configuración de las unidades inmobiliarias sería estructurar *ex novo* toda la propiedad territorial. Ello sólo parece realizable en los países nuevos, como ocurrió el pasado siglo en el oeste de los Estados Unidos, y en el actual en el nuevo Estado de Israel. En su lugar, las unidades inmobiliarias mínimas cumplen una doble función: preventiva, ofreciendo a los particulares un modelo que en el futuro puede orientar el ejercicio de sus facultades individualizadoras; y represiva, sancionando con medidas de diverso alcance los actos de división o parcelación por debajo de dicha unidad mínima.

En nuestro Derecho este condicionamiento de la facultad individualizadora de los particulares se realiza a través de la técnica de las unidades mínimas de cultivo, de las superficies mínimas de explotación familiar, de la unidad-tipo de aprovechamiento en régimen de concentración, y de la parcela urbanística mínima. La exposición detallada de su funcionamiento desborda el objetivo del presente trabajo. Pero ya se advierte que cuando la ley sanciona los actos de división que infringen las unidades mínimas inmobiliarias no se sustituye a la facultad individualizadora de los particulares, sino que, reconociéndola, la somete a limitaciones que tiene por objeto cumplir los objetivos de una política del suelo. La eficacia de tales limitaciones en orden a la consecución de dichos fines está en función de la actuación efectiva de las sanciones previstas en caso de incumplimiento.

E) Forma del acto individualizador.

En principio el acto de individualización de la finca, en sentido material, no está sometido a forma (57), pero cuando se trata de operaciones de agrupación, división y segregación de fincas que han de inscribirse en el Registro, el artículo 50 R. II, exige el otorgamiento de escritura pública, y la jurisprudencia requiere que el poder sea especial (58).

La individualización operada por la Administración está sometida a rigurosos requisitos de forma: en el caso del patrimonio familiar, se exige documento público inscrito en el Registro (art. 4.º de la Ley de 15 de julio de 1952); en las fincas de remplazo resultantes de la concentración, acta administrativa protocolizada por el Notario

(57) En contra, PÉREZ ORDOYO, loc. cit., p. 348, quien parece exigir en todo caso una formalización documental.

(58) En general, sobre la problemática de estas modificaciones librarias de las fincas inmatriculadas, vid. LACRUZ, op. cit., p. 100 ss.

e inscrita en el Registro (art. 57 del texto refundido de 8 de noviembre de 1962); en las reparcelaciones urbanísticas, documento expedido por el Organismo que hubiere aprobado el proyecto con las solemnidades y requisitos dispuestos para las actas de sus acuerdos (artículo 82, 2 de la Ley de 12 de mayo de 1956).

F) Prueba del acto individualizador.

La prueba deberá recaer sobre los dos elementos que integran el acto individualizador; en la práctica, tendrá principalmente por objeto el elemento material (hito, mojón, cerca, tapia, etc.), que por sí sólo hará presumir la existencia de una voluntad individualizadora. En todo caso, lo que importa es el acto en sí mismo, y no la señal material que puede, incluso, haber desaparecido. Frecuentemente la individualización no constituye un acto aislado, sino que se inserta en otro negocio que tiene por objeto la misma finca; así, el caso del propietario que segrega una parcela a la enajena o la cede en arrendamiento; o el testador que agrupa dos o más fincas y las lega a otra persona (59). En tales supuestos, la prueba del acto de individualización vendrá dada por el título a que dicho acto se incorporó.

No están limitados los medios de prueba; el artículo 385 C. c. indica con carácter subsidiario "la posesión en que estuvieran los colindantes", y el artículo siguiente alude a cualquier otro medio de prueba, uno de los cuales puede ser la pericial a que hace referencia el artículo 2.065 de la L. E. C.

9. TUTELA JURÍDICA DEL ACTO INDIVIDUALIZADOR.

La individualización ya realizada por quien está legitimado para ello está tutelada por el ordenamiento jurídico. En el orden penal baste aludir aquí a la figura del delito de usurpación que se tipifica en el artículo 513 del Código penal, consistente en alterar "términos o lindes de pueblos o heredades o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad particular como de dominio público". Este precepto está incluido junto a los que tutelan la propiedad privada, y por ello no puede decirse que protege exclusivamente su individualización; para la existencia del delito es necesaria la concurrencia de ánimo de lucro, igual que para la falta paralela del artículo 589, 1.º del Código penal; si sólo existe *animus nocendi* el hecho podrá constituir, en su caso, un delito o falta de daños, pero no de usurpación.

En el orden civil, no cabe duda que podrá ejercitarse una ac-

(59) Un caso semejante fue objeto de la antigua sentencia de 28 de diciembre de 1878: Arquitectónicamente, tres casas contiguas, con sus patios, escaleras y terrazas, eran independientes, pero en el título de compra se describen como una sola finca; el comprador las lega posteriormente a una *sobrina-nieta*, describiéndolas unitariamente. El T. S. declara que hay unidad y que las tres casas se incluyen en el legado.

ción declarativa para tutelar la individualización ya realizada. Pero además prevé una acción típica, la de deslinde y amojonamiento, regulada en los artículos 384 y ss. del Código civil, estando reglamentado, por otra parte, como acto de jurisdicción voluntaria en los artículos 2.061 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el Derecho moderno, la naturaleza de la *actio finium regundorum* está transformándose con relación al Derecho Romano; en este último Derecho formaba parte de las acciones divisorias, asignándola un fundamento equitativo y atribuyendo al Juez facultades arbitrales (60); rastros de esta concepción pueden verse todavía en los artículos 386 y 387 de nuestro Código; según esta concepción, se trataba de obtener con el ejercicio de la *actio finium regundorum* la individualización de la propiedad mediante la fijación de un lindero controvertido por medio de una resolución judicial. En cambio, en el Derecho moderno parece que hay que sostener, con la doctrina más reciente, que esta acción tutela la individualización ya realizada, y que su titularidad corresponde exclusivamente al propietario; resulta, por ello, anómalo que se otorgue la facultad de deslindar a los titulares de derechos reales limitados. Pero el estudio de esta acción exige un tratamiento por separado (61).

(60) Al principio los litigios sobre linderos de predios rústicos colindantes se ventilaban como pleitos sobre propiedad y se regían por las normas generales de la *rei vindicatio*. Pero como en las XII Tablas se disponía que, tratándose de una franja de terreno de menos de cinco pies, no se pudiese probar la propiedad alegándose la usucapión ordinaria, en la práctica la *rei vindicatio* no podía resolver todos los litigios de deslinde; para complementarla se creó la *actio finium regundorum*, considerándose común a ambos propietarios colindantes la faja limítrofe y concediendo al juez libres atribuciones para trazar el deslinde mediante *adjudicatio*, con arreglo a las circunstancias y para dictar también, si lo creía preciso, una *condemnatio* por medio de la cual, el que recibía un trozo de tierra evidentemente ajeno, había de indemnizar en dinero a la parte contraria. Así la acción de deslinde figura, entre los juicios divisorios, dentro de la categoría de los *iudicia duplicia*, donde ambas partes son, a la vez, demandante y demandado. Cfr. CZYLLARZ, *Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechtes*¹⁶ (Wien-Leipzig, 1918), p. 102; SOHM, *Institutiones de Derecho Privado Romano* (trad. esp. de W. Roces) (Madrid, 1928), p. 290; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano*⁹ (Madrid, 1963), p. 273.

(61) En la doctrina italiana es fundamental el trabajo de BIGLIANI, *Regolamento di confine e rivendica*, en *RDPC.*, 6 (1929), I, p. 244 ss. En la doctrina española: MARTÍN RETORTILLO, *Deslinde y amojonamiento civil*, en *RJC.*, 1946, p. 15 ss.; CABRERA HERNÁNDEZ, *Reivindicación y deslinde*, en *ADC.* 15 (1962), 743 ss.

Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa

ANTONIO DIAZ FUENTES

(Continuación)

II. SOBRE EL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL

Reconocemos que al rotular nuestro trabajo con la denominación de "excepciones al personalismo de las disposiciones por causa de muerte" no hemos adoptado un título todo lo amplio que deseáramos para alcanzar el contenido total del precepto que vamos a considerar.

Justificamos inicialmente el empleo de la expresión "mortis causa" porque si usáramos en su lugar el adjetivo "sucesorias", aplicado a las disposiciones referidas, encuadraríamos la institución aludida en el artículo 671 —de la que se trató en la primera parte de este estudio—, en una categoría jurídica que venimos sosteniendo no corresponderle —como se vio, le atribuimos naturaleza fundacional—. Pero aquella fórmula de congruencia —la locución amplia de disposiciones por causa de muerte— nos produce ahora, con respecto al 831, recelos de imprecisión. Y es que la trayectoria en que opera la hipótesis de tal precepto no se marca sólo a través de actos "mortis causa", ni su sentido de excepción se acusa solamente en cuanto a la ordenación sucesional. Por tratarse principalmente de una desviación legal del régimen de los artículos 670 y 830, y ser esta perspectiva la que preferentemente motiva nuestro examen, mantenemos la rotulación inicial del presente estudio, pero muchas facetas de su contenido rebasan los límites de toda relación entre aquellos tres artículos.

El artículo 831 presenta una institución totalmente anómala en nuestro Derecho común, no sólo en el aspecto histórico, por carecer de precedentes en el Derecho castellano tradicional, sino aun en el marco de nuestro vigente ordenamiento positivo, para cuyos principios sustentadores constituye aquella norma una verdadera subversión jurídica.

Representa primeramente una excepción a los artículos 670 y 830. Insistimos en su antagonismo con respecto a ambos para destacar que, si bien están inspirados por la misma orientación doctrinal, no son equivalentes, ni superlino ninguno de los dos, como alguna vez se pensó (1). El artículo 670 rehíese a todo negocio "mortis causa", verse o no sobre mejora. El 830 alcanza a toda institución de mejora,

(1) La "Memoria" de 1902 del Tribunal Supremo parece indicar que el artículo 830 es mera repetición del precepto que con carácter más general establece el 670.

ya se realice por acto "mortis causa" o entre vivos. Esta dualidad normativa es, pues, requerida por las posibilidades abiertas para la sucesión contractual por los artículos 825, 826 y 827 del Código civil; y el artículo 831 tanto afecta al 670 como al 830, porque si la excepción que plantea rebasa la institución de la mejora a que se contrae el último —alcanza también la facultad de distribuir otras porciones hereditarias—, es cierto, asimismo, que no limita su órbita a las disposiciones testamentarias, las únicas reguladas por el artículo 670, porque su vehículo de realización es contractual.

Más allá de esta relación, el artículo 831 viene a limitar la prohibición del párrafo segundo del 1.271. Aunque se arguya que el pacto reglado en aquél no confiere a los cónyuges derecho alguno sobre la herencia y que las facultades delegadas únicamente habrán de ejercitarse después de la causación de la misma, es decir, cuando haya dejado de ser futura, es lo cierto que el mero convenio comisorio impide de antemano la fijación automática de los derechos sucesorios de los herederos forzosos en el instante mismo del óbito del "decius", originando un estado provisional —efecto del pacto— de pendencia hasta que se concrete la atribución cuantitativa de los herederos. Merecería incluso estudiar en qué medida viene a afectar al principio de intangibilidad de las legítimas, obstruyendo la realización inmediata de los derechos sucesorios de cada cual. En este sentido, también altera el régimen de los artículos 806 y 813, párrafo segundo.

Por otro lado, de consagrarse la difundida tesis (2) que inserta en el caso del artículo 831 la facultad de hacer la partición, surge un nuevo efecto de excepción, referido al artículo 1.057, al atribuir a un coheredero la condición de contador partidior.

Autores como "MUCIUS SCAEVOLA" y SÁNCHEZ ROMÁN quieren ver también en el artículo 831 una excepción al 669, prohibitorio del testamento mancomunado. Les replica Enrique SECO CARO (3) argumentando que en el pacto permitido en el 831 no hay testamento, que es una institución preventiva y subsidiaria del abintestato, que no supone disposición común de bienes, que la diferencia de supuesto con respecto al 669 se hace visible cuando el pacto no es recíproco y que nunca se hace en provecho mutuo de los cónyuges. Pero, aparte de ciertas posibilidades ofrecidas al viudo distribuidor para lucrarse en el desempeño de su función, como luego veremos, y sin considerar lo favorable que es su posición para realizar en tal caso su egoísmo económico o autoritario, es bien clara la incongruencia entre el espíritu respectivo de los preceptos citados, uno de los cuales repudia la figura del testamento mancomunado —sin duda, para asegurar la espontaneidad e independencia del querer de cada uno y amparar el secreto de

(2) La sostienen bastantes autores, a los que nos referiremos al tratar especialmente la cuestión. Por el momento bástanos señalar que la afirmó una vez el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de marzo de 1945. (V. pág. 20.)

(3) En *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo* (Barcelona, 1960), página 96, nota 10.

la ordenación testamentaria—, mientras que el otro, sobre permitir el conocimiento de la disposición, otorga una comisión para realizarla.

Así, pues, el artículo 831 plantea una desarmonía jurídica con respecto a muchos otros preceptos de su mismo ordenamiento. Es un injerto foráneo a los principios tradicionales y vigentes del Derecho civil español común.

Su origen

Ningún precedente se ha de hallar al artículo 831 en el Derecho castellano hasta la codificación.

La aspiración, consagrada por el artículo 258 de la Constitución de 1812 y mantenida en las posteriores hasta la de 1876, de que “el Código civil y criminal y el de Comercio” fueran “unos mismos para toda la Monarquía”, con las alternativas y variantes que sucesivamente modularon aquella idea de unificación legislativa, y la difusión que todo ello favoreció del conocimiento y estudio de las instituciones de Derecho foral, motivaron la incorporación de algunas de estas figuras a los proyectos y formulaciones jurídicas elaboradas con propósitos de aplicación general o para impulsar la vida jurídica de las regiones hacia una armonización definitiva.

Fruto y exponente de esta orientación son, con respecto al artículo 663 del Proyecto de 1851 (4), las palabras siguientes de GARCÍA GOYENA (5):

“En casi todos los contratos o capitulaciones matrimoniales de las Provincias de Fueros solía ponerse una cláusula autorizando al cónyuge sobreviviente, en el caso de haber muerto su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaran de aquel matrimonio, dando a uno más que a otro. Esta facultad era de suma importancia atendida la legislación foral, por la que venía a ser nominal la legítima de los hijos. Sin embargo, los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda: y se conservaba así la disciplina doméstica, a más que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaria. El amor de padre y madre, el más puro e intenso de todos los buenos afectos, merece bien esta distinción. Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando se generalicen los mismos felices resultados.”

El artículo 663 referido, primer intento de formulación legal al respecto, se ajusta a las palabras transcritas del principal autor del Proyecto de 1851. Y de dicho artículo pasó, a través del 816 del Proyecto de 1882, al 831 actual, por más que el vigente Código, en lugar de pretender la unificación legislativa nacional, guarda respeto a las diversidades jurídicas locales.

(4) Precedente directo del 831 del Código vigente.

(5) En su obra *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (Madrid, 1852), t. II, pág. 107.

Conviene advertir aquí del citado artículo 831 que, aunque sea inequívoca su inspiración foralista, no constituye, sin embargo, una reproducción de los sistemas que le sirvieron de precedentes. En realidad, constituye una figura autónoma, elaborada bajo el designio de provocar la aproximación de los regímenes vividos en el área nacional y mantenida después por inercia legislativa, pero cuya afinidad con aquéllos se destaca más por los fines y resultados pretendidos que por las fórmulas jurídicas concretas de realizarlos.

Las figuras forales correlativas a la de nuestro artículo 831, con inspiración común en propósitos de permanencia familiar, de conservación y atribución unitaria del patrimonio y de asignación de la jefatura doméstica, fruto del concepto de familia como entidad permanente y continuada, ofrecen particularidades notables, directamente relacionadas con el sistema sucesorio de cada región, derivadas principalmente del grado con que se aplique a ellas el principio de legítimas o el de libertad de testar, del régimen patrimonial del matrimonio y de la naturaleza de los actos que se tengan por válidos para ordenar la sucesión. Y estas circunstancias, hechas razones motivadoras de cada norma, además de explicar la variedad regional de matices, acordes con el respectivo clima jurídico-social en que rigen, destacan a su vez el carácter foráneo de la institución en el Código civil, tanto en el plano de la deseada concordancia sistemática de sus disposiciones como en orden a la vida jurídica, que muy escasamente aceptó la institución que nos ocupa, incluso en los territorios donde los capítulos matrimoniales son de frecuente uso (6).

Las distonía a que nos referimos, del artículo 831 del Código civil con respecto a las figuras correspondientes de Derecho foral, tanto en el aspecto institucional como en el operativo, produce para nuestro estudio la fundamental consecuencia de impedir o limitar la extensión

(6) Hemos podido observar que si bien el pacto preliminar a que se refiere el artículo 831 se consigna frecuentemente en las escrituras de capitulaciones matrimoniales, como una cláusula de estilo, falta en el pueblo la conciencia de ese poder conferido, que sólo muy raramente se ve utilizar en los territorios de Derecho común.

Aprovechamos esta ocasión para desmentir, con referencia especial a Galicia, la afirmación, bastante generalizada, de ser prácticamente desconocido en aquella región el contrato de capitulaciones matrimoniales. Por el contrario, fuera de la zona marinera, puede afirmarse que muy pocos matrimonios se contraen entre gente acomodada del agro gallego sin precederles la correspondiente escritura capitular. La advertencia de aquellos testimonios es válida en cuanto señalan la absoluta rareza de pactos sobre el régimen patrimonial del matrimonio, fuera del de sociedad de gananciales, que es adoptado con generalidad, otorgándose el contrato capitular para realizar ordinariamente finalidades sucesorias, para disponer mejora irrevocable y para constituir dote y donaciones "propter nuptias".

La descalificación de tales negocios como de capitulaciones matrimoniales previene, si bien se mira, de un concepto arcaico de esta figura, ceñido a etapas históricas pretéritas de una institución evolucionada, ensanchada en su ámbito objetivo, especialmente desde que nuestro ordenamiento la señaló como vehículo negocial peculiar para algunas de las finalidades que referíamos.

analógica de las soluciones de aquéllas a los problemas planteados por el discutido precepto de Derecho común.

Adviértase cómo en Aragón, con régimen de “legítima colectiva” —obligación genérica con respecto a los parientes e imputaciones individuales potencialmente nominales, salvo para uno (legítima estricta tradicional de diez sueldos jaqueses)—, con formas de comunidad universal de bienes en el matrimonio, como la regulada por el pacto de “hermandad llana”, y situaciones de continuidad en la explotación conjunta, después de la disolución del matrimonio, por efecto del sistema de viudedad foral o del “pacto de sociedad continuada”, que confiere al viudo la categoría de rector del patrimonio de ambos cónyuges, se comprenden aquellas formas de delegación sucesional tradicionalmente observadas y que han venido a tener consagración actual en el artículo 29 del Apéndice.

El Derecho navarro, para el que la legítima es puramente nominal y que tributa sanción de legalidad al fideicomiso, incluso con instrucciones reservadas, ofrece la mejor estructura jurídica para admitir el “pacto de confianza”, invistiendo a un comisario —cónyuge o pariente— de facultades para elegir al heredero del caserío.

Cataluña, que respeta el principio de legítima fija, aunque reducida, al modo romano, obtiene la designación del sucesor en el patrimonio y en la jefatura familiar mediante los “heredamientos”, acepta la donación universal “inter vivos” y autoriza la “cláusula de confianza” para repartir los bienes herenciales, pudiendo hacerse la encomienda incluso en testamento.

Y también en Vizcaya la comisión entre cónyuges para elegir al sucesor es un hecho perfectamente acomodado al sistema de “legítima colectiva”, al permitido régimen de “comunicación foral”, por virtud del cual se hacen comunes todos los bienes de los cónyuges, habiendo hijos de los dos, y a la permisión general del testamento mancomunado.

En Mallorca, donde prolifera el sistema de regulación “inter vivos” de la sucesión, con profusión de pactos matrimoniales de rango sucesorio, se acepta la figura del llamado “heredero distribuidor”, especie de fideicomiso familiar que implica poderes amplísimos.

Como se ve, falta entre nuestra institución y sus precedentes forales la igualdad jurídica esencial precisa para ligarlos por el método analógico. Parece aconsejable ceñir al ámbito del Código civil y a los principios de su sistema sucesorio la investigación de soluciones para los problemas que el referido artículo 831 plantea.

Desarrollo de la institución del artículo 831

Repudiada genéricamente la idea de delegación testamentaria, suprimido el testamento por comisario e instaurado por el Código civil un fuerte sentido individualista en la ordenación de las relaciones jurídico-privadas, se autoriza, sin embargo, la distribución de una herencia por persona distinta de su causante, permitiendo que un tercero se inserte

en el fenómeno sucesorio, entre el “decius” y los herederos, para suplir la voluntad omitida de aquél y evitar los efectos disgregantes que representa para el patrimonio la división igualitaria en la sucesión intestada.

Especiales consideraciones de orden familiar y económico introdujeron en nuestro Derecho común la institución jurídica del artículo 831 del Ordenamiento civil:

“... Podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.”

La institución que nos ocupa se desdobra en dos momentos sucesivos, a cada uno de los cuales corresponde un negocio jurídico diferente: el primero tiene lugar previamente al matrimonio y se dirige al otorgamiento de la delegación sucesorial; el otro consiste en la realización práctica de las facultades comitidas, habiendo de producirse después de la muerte de uno de los cónyuges.

Correlativamente a estas dos fases o períodos de desenvolvimiento de la institución, se plantean separadamente las cuestiones relativas a la *existencia* del poder delegado, por una parte, y al *ejercicio* del mismo, por otra (7).

Presidirá el desarrollo de estas cuestiones un decidido propósito práctico y crítico, con preferencia a los temas teóricos puros, salvo cuando su análisis sea indispensable o conveniente para decidir las correspondientes soluciones pragmáticas.

Constitución del poder de mejorar y distribuir

El pacto de que se trata ha de insertarse ineludiblemente en el contrato de capitulaciones matrimoniales. Adoptados los requisitos de capacidad —los del art. 1.318 del Código civil—, cumplidas las exigencias formales —según las prescripciones de los arts. 1.315 y 1.321— y expresado el contenido del pacto, dentro de los límites señalados por el artículo 831 del mismo ordenamiento, se realizan los presupuestos jurídicos de validez del negocio. Su eficacia se alcanza al cumplirse posteriormente la “conditio iuris” del proyectado matrimonio, puesto que, aparte de presuponerlo la propia “ratio” del precepto, recordamos que (art. 1.326) “todo lo que se estipule en las capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedará nulo y sin efecto alguno en el caso de no contraerse”. Hubiéramos omitido esta

(7) Esta distinción conceptual y sistemática está recogida de Enrique Seco Caro, en el estudio más amplio y exhaustivo efectuado sobre la materia: *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, trabajo de investigación presentado por el autor en la Facultad de Madrid para colacionar el Grado de Doctor en Derecho. Editado por Bosch, Barcelona, 1960. A través de nuestro trabajo descubriremos varios puntos de desacuerdo con las conclusiones expuestas en la citada monografía.

consideración "perogrullesca" si no fuera por destacar que, siendo ineficaz el pacto por falta de celebración del matrimonio, no deja necesariamente de ser válido, sin embargo, por causa de nulidad del vínculo, según algunos autores, como veremos más adelante, por consecuencia del reconocimiento de efectos civiles al matrimonio putativo, para el cónyuge que lo contrajo de buena fe.

MANRESA (8) niega la validez del pacto comisorio que se otorgase en las capitulaciones autorizadas por los Secretarios de Ayuntamiento conforme al artículo 1.324, por ser desconocido el importe que podrá alcanzar el caudal de los respectivos cónyuges a su fallecimiento. Frente a aquel autor, SÁNCHEZ ROMÁN (9), ALPAÑÉS (10) y SECO CARO (11). Tampoco nosotros encontramos justificada la restricción propugnada por MANRESA, porque siendo genérica la referencia del artículo 831 al contrato de capitulaciones matrimoniales, no debe entenderse excluida aquella forma especial de otorgamiento si se dan sus propios presupuestos materiales, siendo obvio que la limitación cuantitativa —hasta 2.500 pesetas— y la cualitativa —de exclusión de inmuebles— fijadas por el artículo 1.324 se predicán únicamente de las aportaciones actuales de los cónyuges al matrimonio, sin referirse a las adquisiciones futuras de los esposos.

Merece plantearse aquí la cuestión crítica de si es acertada o no la elección del contrato prematrimonial como vehículo negocial único de erección del poder sucesorio a que nos referimos. En principio, parece absurdo que tal pacto, naturalmente inspirado en la confianza y en el amor familiar, y llamado a producir efectos "post mortem", haya de concertarse, como única posibilidad de validez, antes de la unión conyugal. El conocimiento de los méritos y aptitudes de los esposos, en orden al ejercicio de las facultades que se deleguen, se adquirirá, indudablemente, a través de la vida en común, y muchas veces por determinación de las circunstancias de la descendencia sobrevenida. La delegación anticipada que la ley promueve resultará con frecuencia inconveniente después; en tanto que, omitida en el contrato capitular, se prohíbe conferirla cuando los hechos y las relaciones matrimoniales acaso vengan a hacerla aconsejable.

Esta restricción presenta una doble línea de inconvenientes: primeramente, la prohibición del pacto comisorio entre marido y mujer, una vez unidos en matrimonio (art. 1.315); por otra parte, la imposibilidad de revocar o alterar los esposos el pacto prenupcial (artículo 1.319). El segundo aspecto puede parcialmente corregirse, o evitar al menos sus inconvenientes inmediatos, derogando las facultades anteriormente comitidas, sin más que disponer por sí mismo la propia ordenación testamentaria, dado el carácter preventivo —de abintes—

(8) *Comentarios al Código civil español*, t. VI, pág. 532; 7.^a ed. revisada, 1951.

(9) *Estudios de Derecho civil*, t. VI, v. 2.^a, pág. 1217; 2.^a ed., Madrid, 1910.

(10) *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, marzo de 1953, página 297.

(11) *Op. cit.*, pág. 134.

tato— y subsidiario con que se erige la institución que nos ocupa. Sin embargo, este procedimiento abortivo malogra todos los efectos perseguidos por la institución del artículo 831, sin permitir, en cambio, un reajuste parcial de los términos y límites del pacto primigenio, lo que frecuentemente sería deseable y práctico, a la vista de las nuevas circunstancias familiares planteadas.

Desde otro punto de vista, la necesidad de acudir a la ordenación testamentaria para suprimir la eficacia operante del pacto comisorio previo plantea una contradicción legal de fines y medios, respecto al aludido artículo 831. Entre los propósitos de este precepto se cuenta el de diferir, aun hasta después del óbito del causante, la designación del elegido para continuador en la explotación familiar, haciendo recaer sobre el viudo su nombramiento, en previsión de que el fallecimiento del “de cuius” acontezca antes de poder los descendientes revelar sus respectivas aptitudes para ser preferidos. Pues bien, con esta determinación teleológica del precepto, si cualquiera de los esposos hubiera de ejercitar la testamentifacción para derogar las facultades delegadas anteriormente en el otro cónyuge, podría ocasionarse una prematura designación del sucesor, y si bien esta eventualidad es ciertamente corriente cuando no media la institución que nos ocupa, con respecto a ésta realiza la paradoja de operar los mismos resultados que con el artículo 831 se tiene intención de evitar.

La prohibición del pacto “post nupcias” tampoco está justificada. El legislador parece albergar en este punto las mismas prevenciones que le decidieron por la irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales desde que se celebra el matrimonio, mas, con referencia concreta al aludido pacto, si se recela de su oportunidad después de contraído el matrimonio, por los peligros de captación de voluntad entre los esposos, la promoción que del mismo se hace para antes del vínculo conyugal es una concesión a la inadvertencia y a la ofuscación. La influencia de una de las partes sobre la otra puede tener tan perjudiciales consecuencias ejercida antes del matrimonio como después, y es indudable que antes de celebrarlo se actuará con menor conocimiento de causa y persona. Y el designio de garantizar el interés de terceros, que justifica la inalterabilidad de los capítulos matrimoniales, para asegurar la fiijeza del régimen patrimonial entre los cónyuges, no hay por qué aplicarlo al pacto sobre designación de comisario, que habrá de actualizar sus efectos una vez disuelta la sociedad conyugal, que nunca ocasionará un tránsito de bienes de uno a otro patrimonio y que no entraña riesgo alguno para terceras personas.

En esta coyuntura y dada la unanimidad de la doctrina jurídica en rechazar la exigencia de reciprocidad para la delegación sucesoria tratada, pareceríamos acertadísimo permitir su constitución por vía testamentaria. En su apoyo acude la razón de la experiencia y de los conocimientos personales logrados durante la vida matrimonial, tanto para fundamentar la confianza inherente a esta institución jurídica como para decidir los límites a que convenga ceñir la actuación ulterior del

viudo, con arreglo a las previsiones concebidas por el causante. De la misma opinión, FUENMAYOR, ALPAÑÉS y SECO CARO.

A este respecto conviene traer al recuerdo que en varias de las legislaciones forales que hayan servido de inspiración a los redactores del C. c. las correlativas figuras de comisión sucesoria se plasman en fórmulas testamentarias (12), y en otras de las provincias de Fuero que consagran el pacto de que se trata en capitulaciones matrimoniales, alcanza aquél la flexibilidad deseada mediante la reconocida revocabilidad postmatrimonial del contrato capitular, o mediante la autorización de otorgarlo durante el matrimonio (13).

Circunstancias prenupciales del delegante

Sabemos por expresa prescripción legal que el viudo distribuidor no ha de contraer nuevas nupcias para conservar el poder que su cónyuge premuerto le delegase, pero falta en el precepto una prevención semejante referida a ciertas circunstancias familiares preexistentes al pacto prenupcial y de indudable importancia para la vida y efectos de la institución.

Si el cónyuge delegante tuviera hijos anteriores al matrimonio, sean naturales o de otra unión legítima previa, no es absolutamente realizable la pretendida distribución de la herencia entre los descendientes comunes, porque también los primeros participan del caudal relicto; mas, comoquiera que las facultades conferibles al viudo atañen solamente a los hijos habidos entre ambos esposos, no puede admitirse que los demás resulten afectados por los poderes del padraastro, habiendo de regir para ellos el régimen intestado (presuponemos la inexistencia del testamento, por hipótesis del artículo 831). Convenimos con MANRESA (14) en considerar raro y extraño el otorgamiento de pacto comisorio por quien tiene hijos de otra unión precedente, pero opinamos, en contra suya, que tal caso estorba la aplicación del referido precepto. El citado comentarista se decide por atribuir al viudo, en tal supuesto, las facultades de mejora y distribución, entre los hijos comunes, de la porción herencial resultante de detraer las participaciones asignadas "ab intestato" a los descendientes particulares del "de cuius"; pero esta solución presenta dificultades insuperables y en modo alguno permite realizar el propósito del precepto. Si la mejora y distribución ordenadas en tal caso agrupasen una participación suficientemente cuantiosa para atenuar la desintegración del patrimonio familiar, calculada sobre la totalidad del as herencial y reservando fija la cuota "abintestato" de los hijos anteriores, probablemente resultasen afectadas las legítimas de los hijos comunes no mejorados, puesto que aquel beneficio habría de gravitar sobre la parte

(12) Son usuales en Navarra, Aragón, Mallorca y Vizcaya.

(13) Tales permisiones son tradicionales en Aragón y Cataluña y fueron recogidas en los artículos 58 y 7.º y 9.º de los respectivos Apéndices y Compilación.

(14) *Obra y tomo citados, pág. 533.*

de herencia restante de la deducción previa de los otros hijos; si el dividendo adoptado para cómputo del tercio de mejora se hace consistir en esa porción resultante para los descendientes comunes, después de atribuido el resto a los otros, se quiebra la división tripartita de la herencia y siempre, para mejorar a uno de los hijos comunes, habrán de reducirse las cuotas de los no mejorados por debajo de las participaciones imputadas a los nacidos de anterior matrimonio, que resultarán herederos mayoritarios sin haber sido mejorados. Y, finalmente, si con los hijos comunes y los de anterior matrimonio concurrese algún hijo natural legalmente reconocido, no descubrimos cómo se habría de compaginar la actuación delegada del viudo y el régimen intestado de los descendientes legítimos anteriores, con el módulo establecido por el artículo 840 para fijación de la legítima de los hijos naturales, puesto que mejorándose a un individuo de la prole común los demás de este grupo percibirán cuota menor que los procreados de anterior matrimonio, resultando variable entre unos y otros la participación correspondiente a los no mejorados, a cuya mitad —fluctuante en este caso— habría de equivaler la legítima de los descendientes naturales.

En todo caso, la imputación máxima posible al mejorado será demasiado pequeña para evitar los efectos atomizadores de la partición sobre el patrimonio familiar, quebrándose el designio primordial del artículo comentado, aparte de los resultados notoriamente injustos que se derivasen para los hijos no comunes, de la demora que el ejercicio de las facultades distributivas ocasionará para la práctica de la partición hereditaria. Y si se incluye entre los poderes del viudo el de realizar la partición, no imaginamos cómo pueden los hijos no comunes salvar sus intereses de la influencia del cónyuge delegado en las adjudicaciones para los suyos, a no admitir el absurdo de dos operaciones particionales sucesivas, la primera para separar el acervo de cada sector de descendencia.

Considérese asimismo la anomalía de que un mismo “*decius*” cause, con respecto a algunos de sus hijos, una herencia intestada, y se opere con respecto a otros los resultados mismos de la sucesión testamentaria.

Solamente es factible y útil la realización del pacto comisorio cuando la vocación hereditaria recae exclusivamente sobre descendientes de ambos esposos, y no existen obstáculos insuperables para que una avisada jurisprudencia restrinja la eficacia del pacto a tal supuesto. Considerando el espíritu y finalidad del artículo 831, bastaría poner atención en el presupuesto legal de distribuir la herencia entre los hijos comunes para deducir que están fuera de la hipótesis del precepto y excluidos, por tanto, de su aplicación todos los casos en que haya de participar de la herencia alguien más que los comunes hijos de ambos esposos. Nada más justo ni más conveniente.

Presupuestos de la actuación delegada del viudo

Acontecido el fallecimiento del delegante sin haber hecho disposición de última voluntad y con sobrevivencia de varios hijos comunes, realizase plenamente la hipótesis legal del artículo 831 y es llegado el momento a partir del cual el viudo puede, conservando su estado, desempeñar el cometido que su consorte premuerto le confirió. La pura expectativa que tenía al respecto durante la vida de su cónyuge logra la categoría de derecho subjetivo plenamente desenvuelto al sobrevenir el óbito de su consorte, concurriendo las demás circunstancias de hecho referidas. Sin embargo, un afán de pureza conceptual nos obliga a preferir para el poder del viudo la denominación de función jurídica a la de derecho subjetivo, por cuanto su actuación no representa la atribución para sí de ningún contenido económico valuable, al menos en la construcción teórica del precepto (15), sino el desempeño de una actuación proyectada hacia los hijos y vinculada a los más caracterizados deberes familiares.

Debe plantearse aquí la posibilidad de repercusiones que sobre la subsistencia del pacto comisorio puedan producir las incidencias del matrimonio, los efectos de su nulidad o de la separación de los esposos.

Parece haber unanimidad entre los autores (16) acerca de la subsistencia de aquel poder en ambos casos, salvo para el cónyuge de mala fe o que hubiera dado lugar a la separación. Se fundamenta la supervivencia del pacto, en caso de separación, en el artículo 1.440 del C. c.:

“La separación no autorizará a los cónyuges para ejercitar los derechos estipulados en el supuesto de muerte de uno de ellos, ni los que se le conceden en los artículos 1.374 y 1.420; *pero tampoco les perjudicará para su ejercicio cuando llegue aquel caso, salvo lo dispuesto en el artículo 73.*”

Y para el supuesto de anulación, considérase aplicable la misma norma, por remisión que a ella dicta el artículo 1.429 del mismo ordenamiento.

Según esta generalizada opinión, sólo el cónyuge culpable de separación, en virtud del número 3.º del artículo 73, y el contrayente de mala fe, en el matrimonio nulo, por exclusión del artículo 69, quedan privados de la facultad jurídica que estudiamos.

(15) Recordemos, no obstante, las repercusiones patrimoniales que se producen para el viudo al reconocerle la facultad de partir, porque al componer la hijuela del mejorado señala simultáneamente los bienes que por sí mismo ha de usufructuar; e incluso, hasta la reforma del artículo 834 por Ley de 24 de abril de 1958, el juego de intereses que le era susceptible de poner en movimiento para sí, por la correlación que su cuota había de guardar con las de los hijos, fijadas por él. Véase página 20.

(16) MANRESA, op. cit., t. VI, pág. 532, y SECO CARO, op. cit., páginas 142 y ss.

(17) Manresa, Valverde, De Diego, Mucius Scaevola, Pedregal, entendiendo que el 51 se aplica solamente al cónyuge de mala fe.

Por nuestra parte, aceptamos la aplicación del citado artículo 1.440 y, por consiguiente, la conservación del poder comitado, en el caso de separación matrimonial, pero creemos que no se ha puesto todavía en su verdadero planteamiento la situación de aquel pacto al sobrevenir la anulación del matrimonio.

Debiérase exceptuar primeramente de dicha tesis el caso de nulidad por impedimento de ligamen, puesto que conforme al artículo 51 de nuestro Código, cuando cualquiera de los cónyuges estuviera ya casado legítimamente, ningún efecto civil producirá el matrimonio. Es cierto que algunos autores (17) resuelven la colisión entre los artículos 51 y 69 en favor del segundo; pero, aparte de que otros juristas se inclinan por la solución contraria (18), el Tribunal Supremo se ha pronunciado reiterada y constantemente en este último sentido, prefiriendo el artículo 51 al 69 en todos los casos de doble matrimonio, ya sea civil o canónico cualquiera de los dos (19), y la Dirección General de los Registros deniega la inscripción de todo matrimonio, aun canónico, contraído por persona ya casada, sea o no civilmente (20). Con arreglo a la doctrina jurisprudencial, en la vida jurídica nacional no se pueden aplicar los beneficios del matrimonio putativo al caso de nulidad por razón de preexistencia de otro vínculo, y en tal supuesto, es incuestionable que la nulidad del matrimonio hace absolutamente ineficaz el pacto previsto en el artículo 831 de la Ley civil, cualquiera que sea el conocimiento y responsabilidad con que se haya contraído. Mas nuestra opinión es que la nulidad del matrimonio alcanza en todo caso la de la delegación establecida en consideración a aquél.

La anulación del matrimonio produce una escisión total de la vida comunitaria no sólo entre los pretendidos esposos, sino también entre la descendencia de ambos. Los hijos se distribuyen ordinariamente en el cuidado y potestad de los padres, según las reglas de edad y de sexo ordenadas por el artículo 70 de nuestro Código. El afecto marital y la comunidad paterno-filial, que constituyen el fundamento humano y moral de la institución del artículo 831, quedan cortados con la nulidad del matrimonio. La dispersión familiar sobrevenida, con las consecuencias que naturalmente se le han de derivar, por la proximidad de cada hijo al progenitor encargado de su custodia y educación, y el alejamiento de los demás, generando preferencias inevitables, nacidas de la convivencia, del conocimiento, de la asistencia

(18) Díaz Guijarro y Martínez Ruiz, Sánchez Román, Castán Tobeñas y Bonet Ramón consideran inaplicable el artículo 69 al supuesto de impedimento de ligamen. Se encontrará amplia y metódica exposición de estos criterios encontrados en: LACRUZ y ALBARRAÑO, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, págs. 127 y ss. (Barcelona, 1963); FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, enero-marzo 1964, págs. 65 y ss.; CONDOPUMPIDO, FERREIRO, Rv. G. L. J., abril 1963, págs. 481 y ss.

(19) Ss. de 31-XII-1912, 12-III-1942, 12-V-1944, 14-VI-1953, 16-XI-1905, 19-I-1926 y muy recientemente la de 20-V-1962 (Aranzadi, 2613).

(20) Res. 11-XII-1948, 23-IV-1949, 6-VI-1950, 16-III-1951, 3-X-1952, 15-N-1960.

recíproca, y aun prioridades afectivas normales en tal estado, incluso por consecuencia de la postura de los hijos ante el hecho causante de la ruptura matrimonial, produce la situación más inadecuada para que uno de los otorgantes del antiguo pacto comisorio se halle en condiciones de ejercitar debidamente ante los hijos las extraordinarias y venerables facultades que fueron previstas solamente en consideración a una unión legítima e ininterrumpida. Nos sorprende que no se alcen voces de protesta contra la aceptación que se dedica al pacto estudiado en el caso de nulidad matrimonial y estamos persuadidos de la repudiación legal de tal parecer.

En primer lugar, no puede encontrarse apoyo en el artículo 1.429 del Código civil, como quieren varios autores, para fundamentar la subsistencia de aquella delegación sucesional al sobrevenir la anulación del matrimonio, porque la renisión que dicta al 1.440 solamente puede acogerse para disolver la sociedad matrimonial de bienes:

“Cuando la *sociedad de gananciales* se disuelva por anulación del matrimonio, se observará lo prevenido en los artículos... y 1.440.”

En este precepto, dictado para regular las relaciones económicas de los esposos entre sí, en cuanto implican una liquidación de patrimonios y el posible tránsito de bienes de uno a otro por efecto de la transitoria unión, no debe tener encaje la situación legal que estudiamos, la cual, aparte de no entrañar derechos de un cónyuge frente al otro, consiste esencialmente en una función jurídica y se aparece tan desprovista de contenido económico para su titular como repleta de valores familiares netos. Nuestra institución no cabe en el contenido objetivo del artículo 1.429.

Y la socorrida construcción del matrimonio putativo tampoco creemos que ampare la impugnada teoría. La figura del matrimonio putativo, nacida históricamente para dar legitimidad estrictamente a los hijos de uniones incestuosas y ampliada progresivamente en dos sentidos, en cuanto a sus causas, a cualquier otro supuesto de nulidad, y en cuanto a sus efectos, haciendo también relativamente eficaz el matrimonio para los cónyuges que lo intentaron de buena fe (21), por consideraciones de equidad (“*pietas*”, “*humanitas*”), protección de la prole inocente, defensa del interés público frente al aniquilamiento de todo vínculo, posesión del estado familiar, etc., viene a cumplir una función que no puede ser ajena al ordenamiento jurídico, el cual, después de decretar la inexistencia del vínculo aparente, no podría desconocer las relaciones múltiples surgidas de un estado “*de facto*” que nació con la investidura formal de la ley y que ha tenido una vigencia operativa en el tiempo hasta la declaración de nulidad. Y esta misma “*ratio*” fundamentadora de la institución acota el área de su eficacia. Copiamos de LACRUZ Y ALBADALEJO (22): “Recuérdese que cuando hablamos de los efectos del matrimonio putativo nos referi-

(21) Seguimos la exposición de LACRUZ Y ALBADALEJO en su citada obra, páginas 118 y ss.

(22) Op. cit., pág. 125.

mos a la subsistencia de los efectos producidos por el matrimonio nulo desde su celebración hasta la declaración de nulidad. Lo que pretende decir el artículo 69 al afirmar que el matrimonio produce efectos civiles es que la declaración de nulidad no obra retroactivamente, sino "ex nunc"...

Así, pues, los privilegios de la buena fe en el matrimonio putativo cesan en la fecha de la anulación, dejando a salvo los resultados nacidos durante la etapa de apariencia del vínculo nupcial. A estos efectos y para decidir acerca del reconocimiento o denegación de tales derechos se atiende al momento de la producción del hecho causal de su normal erección; por lo cual los hijos nacidos o concebidos antes de la sentencia de nulidad no pierden después de ella su condición de legítimos, y al fallecimiento de uno de los contrayentes el cónyuge putativo ostenta derechos sucesorios si la herencia se causó antes de la declaración de nulidad, pero no queda ninguna potencialidad de futura sucesión entre ambos si la anulación se produce en vida de los dos.

A este tenor, la conservación del poder comitado según el artículo 831 puede admitirse cuando la muerte del delegante y el ejercicio por el viudo de la facultad correspondiente se cumplen antes de decretarse la anulación del matrimonio; pero si ésta les precediese habría de arrastrar consigo el pacto prenupcial, sin que sea válido argüir la prioridad cronológica del mismo, pretendiendo derechos nacidos con él previamente a la anulación, para situarse en la hipótesis de eficacia del matrimonio putativo. Destruirán esta argumentación las siguientes consideraciones:

a) El pacto capitular no crea en este sentido ningún derecho, sino una mera eventualidad, cuyo primer presupuesto de validez es la celebración del futuro matrimonio.

b) Aun después de las nupcias y aunque éstas sean válidas, ninguno de los esposos ostenta a este respecto derecho alguno frente al otro para que pueda aplicarse la privilegiada doctrina del respeto a los derechos nacidos antes de la anulación. El poder derivado de aquel pacto surge al plano de vigencia jurídica con la muerte del delegante. Éste es el hecho causal de su aparición, si su eficacia no se la roto con la anulación precedente del matrimonio.

c) La facultad del viudo no nace como derecho, sino como función, y ligada de tal modo al efecto y a la comunidad marital, como fundamentos esenciales, que su conservación después de anulado el matrimonio parecería tan absurda como la subsistencia de las demás funciones matrimoniales. La doctrina del matrimonio putativo puede amparar la titulación de derechos singulares engendrados durante la etapa matrimonial aparente, pero nunca la promoción de una función familiar póstuma, para la cual no debe mitigarse el principio "quod nullum est nullum producit effectus".

La herencia durante la pendencia de la facultad comitada

En el caso que estudiamos, al acontecer la muerte del cónyuge delegante surge la excepción al régimen supletorio de la ley (intestado), a pesar de faltar el acto de disposición personal. Con el artículo 831 se intercala una forma intermedia, creándose una nueva jerarquía de las reglas sucesorias: voluntad personal, voluntad delegada, voluntad legal. La ordenación legal intestada ya no actúa supliendo la voluntad del causante, sino en tercer lugar, si el viudo omitiese su actividad delegada; pero en esta actuación de segundo orden se mixtifican caracteres del régimen testado y del intestado: del primero toma la libertad de distribución; del segundo, la fijeza de vocación hereditaria y la exclusión de extraños.

Desaparece la división tripartita de la herencia. El tercio libre pierde su caracterización, y al recaer necesariamente sobre los hijos comunes asimila su condición jurídica al de mejora, viniendo a haber dos tercios tales.

Pero las consecuencias más importantes de este caso singular provienen del estado de interinidad de la herencia y de la incertidumbre que la sucesión sufre en varios aspectos durante el tiempo que transcurre entre la causación y el ejercicio del poder del viudo. Por consecuencia de ello, la constitución del derecho sucesorio sigue una trayectoria anormal. El artículo 831 abre una brecha en el dilema jurídico del 658. Mientras el viudo no defina la ordenación sucesoria, la herencia, abierta por la coyuntura del fallecimiento del causante, está sujeta a una delación imperfecta, concretada la identidad de los sucesores (sólo los hijos comunes), pero absolutamente inciertas la extensión y la naturaleza de sus respectivos derechos hereditarios. Pese a la certeza de las personas llamadas, sus títulos sucesorios no han sido erigidos todavía, y, sin ellos, penden de determinación la cuantía de sus respectivas atribuciones y las figuras jurídicas (herencia, legado, mejora) de adquisición de cada una de ellas. Hay una delación pluripersonal y simultánea en favor de los hijos comunes, pero en condiciones de provisionalidad tales que el llamamiento, incalificado y genérico por el momento, no permite realizar la perfección del derecho hereditario en orden a su adquisición. Bien puede hablarse en este sentido de una delación imperfecta y, correlativamente, de una especie de yacencia del as hereditario.

Las consecuencias prácticas de esta situación se multiplican y presentan efectos acentuadamente perniciosos:

Se impide toda operación particional inmediata, provocando la persistencia del régimen comunitario, y la indeterminación de cuotas sustrae al tráfico los derechos inciertos de los herederos.

En el orden interno, el carácter híbrido con que se aparece normalmente la comunidad hereditaria, entre la concepción germánica y la romana, se decide en nuestro caso hacia la primera, presentándose como una verdadera comunidad sin cuotas, interinamente, donde falta

no sólo la cuantía abstracta del derecho individual, sino incluso la medida del goce, pese a lo cual, la futura concreción de partes ideales y la correspondiente aceptación hereditaria han de retrotraer a la fecha de la muerte del causante los efectos de proporcionalidad de las imputaciones, que regirán, "a posteriori", el disfrute previo y la liquidación del aprovechamiento y goce realizados durante el estado anterior de indeterminación.

Hay fuertes razones económicas y sociales que amparan la institución de comunidad en mano común (son notables sus éxitos seculares en materia de montes), sobre la base de su esencial perpetuidad, indivisibilidad e intransmisibilidad de los derechos comunitarios, pero sólo perjuicios y discordias puede ocasionar la provocación de tal régimen con carácter provisional, para regir durante un tiempo limitado, si su liquidación posterior ha de consagrar reglas de división y proporcionalidad esencialmente incongruentes con el sistema sobre que operan. Véase, si no, en una situación como la estudiada, destinada a resolverse en atribuciones individualizadas y cuantitativas, los problemas de administración que plantea; adviértase la inoperancia del artículo 398 del Código civil, por imposibilidad de acordar actos de administración, como no sean por unanimidad. No vale argüir que, caracterizado el supuesto por un régimen de mano común, no hay lugar a plantear problemas de administración, por ser característico de tal institución el disfrute directo, comunal e indiferenciado de sus titulares, sin posibilidad de cesión del uso o disfrute de las cosas, ni del derecho. Este pensamiento pone en olvido el destino ulterior de la situación, llamada a resolverse en una comunidad por cuotas, que ha de operar efectos "ex tunc", provocando una revisión de los actos de goce anteriores a la determinación del viudo. Al producirse ésta se imponen las reglas de la comunidad hereditaria normal, tanto para antes como para después. La situación previa resulta puramente aparental y jurídicamente intrascendente. No tuvo realidad institucional; fue la consecuencia malsana de una incertidumbre jurídica. La comunidad hereditaria surge con el fallecimiento del "decius" para ser una comunidad por cuotas, por más que contingencias anómalas a nuestro sistema sucesorio motiven un desconocimiento interino de aquéllas.

Mientras la herencia pende del acto de distribución del cónyuge sobreviviente, la regla mayoritaria del artículo 398 es absolutamente estéril, por no ser posible conocer qué partícipes representan "la mayor cantidad de intereses", y, en defecto del acuerdo unánime, habrásese de acudir al recurso judicial previsto en el párrafo segundo de aquel precepto, con su complejidad de diligencias e impugnaciones, y la onerosidad necesaria de todo ello.

La imposibilidad de obtener acuerdos mayoritarios, durante el estado provisional aludido—que era absoluta hasta la reforma del Código por Ley de 24 de abril del año 1958—, ha resultado, sin embargo, atenuada al fijarse la cuota viudal con respecto al caudal he-

reditario, permitiendo alcanzar la seguridad de que los acuerdos del cónyuge sobreviviente con más de la mitad de los hijos representan la mayoría de intereses en orden a la administración. No obstante, esta solución, bien poco flexible, sólo se obtiene a costa de acentuar la dictadura del viudo, que así viene a añadir, a la facultad comitada en orden a la distribución del caudal, los más eficaces medios para imponer su voluntad entre tanto no usa de la primera.

El artículo 831 en relación con el 809 y 811

Ya hemos aludido a la rotunda subversión jurídica que el artículo 831 representa con respecto a la estructura de nuestro derecho sucesorio, en muy diferentes aspectos, pero la más grave consecuencia del ejercicio de los poderes comitados según aquel precepto surge cuando entre la causación de la herencia y la distribución que el viudo haya de realizar sobreviene la muerte de uno de los hijos comunes, sin descendencia. Entonces el viudo, llamado a la sucesión, aunque con la forzosa condición de reservista, en cuanto a lo adquirido por el descendiente a título lucrativo del otro padre, reuniría las posiciones incompatibles de distribuidor y destinatario, engendrándose para él un interés económico personal en el resultado de su determinación, si no se palián de algún modo los efectos de esta contingencia. Se trata de evitar que el ejercicio libre y omnímodo de los poderes del cónyuge sobreviviente acarree la realización de sus egoísmos utilitarios, como causahabiente del hijo fallecido, cuya participación hereditaria—su propia atribución—ha de fijar el viudo mismo, y al propio tiempo orientar la vida de la institución de manera que sus fines—los pretendidos por la ley y por los cónyuges, en orden a la estabilidad del patrimonio familiar—no resulten truncados porque la contingencia sobrevinida provoque la extinción de las facultades delegadas, al engendrar una incompatibilidad en el viudo.

Subrogado el viudo en el lugar de hijo fallecido, es inmoral permitirle distribuir libremente consigo y los demás descendientes la herencia del consorte, no sólo en la hipótesis de realizar atribuciones mayoritarias en favor del hijo a quien heredó—la prohibición tendría razones radicales—, sino igualmente en todo caso, porque la participación que quisiera percibir como causahabiente del hijo, en la condición de no mejorado, provocaría una gran posibilidad de variaciones en el “quantum” de la mejora, velando mejor o peor su propio interés, y, en último término, la posibilidad de omitir su acto distributivo pondría en condiciones de erigirse en beneficiario de la herencia intestada de su consorte, truncando la “ratio legis” de la institución que nos ocupa.

También se trunca el destino de la misma si estimando la incompatibilidad producida por la sucesión del viudo a un hijo, declaramos extinguido el poder del viudo, pero el jurista ha de anteponer la alta

inspiración moral de la ley a la realización, ya comprometida, de un propósito particular, y prevenir los fraudes a que pueda dar lugar su planteamiento.

El fundamento de la repudiación que propugnamos de la función del viudo en el caso analizado hállase en el propio texto legal del artículo 831, que contempla únicamente el caso de distribución de la herencia entre los "hijos comunes", expresión indudablemente extensiva a los descendientes de cualquier grado, pero excluyente de la actuación del viudo con respecto a otras personas, y, por tanto, para sí mismo; enfocando, desde luego, la cuestión bajo el prisma de la interpretación restrictiva que debe aplicarse a los preceptos de excepción (Ss. 27-II-1926, 12-V-1955, 10-III-1951, 30-X-1951, 12-I-1952, 23-II-1952, 14-XI-1952, 20-I-1956, 8-IV-1957).

Igualmente, la permanente sujeción de los actos jurídicos a los principios morales y al orden público haría recaer la sanción del artículo 1.255 sobre el supuesto que nos ocupa.

Tampoco debe omitirse la mención del párrafo segundo del artículo 1.271, cuya previsión sería atendible para estudiar si la subrogación realizada por el viudo en los derechos del hijo fallecido transfor­maría la situación del pacto prenupcial en un negocio sobre la herencia futura, desde el plano que el viudo viene a ocupar.

Y, además, la doctrina del fraude de ley y el principio de prohibición del enriquecimiento torticero (causa torpe) podrían ser invocados, al menos en muchos casos, al postular la nulidad de actos de distribución realizados contraviniendo los anteriores principios de legalidad.

Acto idóneo para el ejercicio del poder delegado

Los escasos estudios doctrinales elaborados sobre el precepto que nos ocupa dedican generalmente su más atento estudio a la cuestión de si la facultad concedida en los supuestos del artículo 831 es de institución o de partición.

El acto encomendado al viudo, ¿ha de encaminarse a la distribución material de los bienes relictos, mediante la correspondiente operación particional, o bien se orienta a la ordenación de las cuotas ideales de los herederos, supliendo el acto institucional que el causante omitió? ¿Las facultades del viudo sobre la herencia deferida han de actualizarse o no acudiendo a la institución testamentaria? ¿Cuál es el acto jurídico idóneo para realización de la función distributiva?

Se pronuncia Enrique ALPAÑÉS en el sentido institucional del poder del viudo (23). Según su opinión, el pacto a que se refiere el artículo 831 del Código civil otorga a favor del cónyuge sobreviviente un poder para testar.

DÍAZ GUTJARRO y MARTÍNEZ RUIZ (24) sostienen que en nuestro

(23) *La delegación de la facultad de mejorar*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, marzo de 1953, págs. 309 y ss.

caso el viudo viene a hacer el testamento de su cónyuge premuerto, y señalan como lugar adecuado para el precepto que nos ocupa, en una buena sistemática legal, a continuación de 670.

SÁNCHEZ ROMÁN (25) viene a considerar el artículo 831 como una reminiscencia del testamento por comisario, si bien, como veremos más adelante, esta afirmación ocasional no se puede tomar como rotundamente indicativa de su pensamiento sobre la materia, puesto que en otro lugar—véase nota (29)—reconoce al viudo facultades particionales.

Se objeta a la tesis institucional la prohibición absoluta del testamento por comisario en el Derecho español común, negando la posibilidad de presunir un propósito legal de excepción a la norma absoluta del artículo 670 de nuestro Ordenamiento civil y sin considerar atribuible la anomalía a una falta de sistemática en la ley. Por otra parte, se arguye que siendo elemento esencial de la institución hereditaria la vocación de herederos y hallándose éstos en nuestro caso determinados faltamente por disposición legal, en el juego de la sucesión intestada, el vehículo testamentario carecería de valor institucional para los herederos, aunque por él trascendiera la voluntad del viudo a los hijos comunes. Sin embargo, es clara la pobreza del argumento enunciado: la constitución de mejoras sería ya un acto institucional, aunque la vocación hereditaria estuviese realizada de antemano, y en todo caso es muy semejante la posición del viudo, en cuanto al llamamiento de los hijos comunes, a la del causante mismo, con respecto al cual también tienen aquéllos la condición de herederos forzosos, independientemente de su ordenación testamentaria. Negar valor institucional al poder del viudo, sólo porque la delación hereditaria ya es cierta desde la muerte del causante, nos parece adoptar una conclusión apriorísticamente querida y elucubrar luego los argumentos que se le puedan injertar.

Otra dirección sobre la materia está representada por los que atribuyen al viudo, en la realización del artículo 831, facultades particionales.

Ya GARCÍA GOYENA (26), en varias alusiones a través de su obra, demuestra entender que el artículo 663 del Proyecto de 1851 (precepto correlativo al 831 vigente) autorizaba al viudo a hacer la partición.

MANRESA (27), con referencia ya a la ley actual, afirma que el viudo establece la partición de su consorte premuerto.

Coincidente opinión la de MUCIUS SCARVOLA (28): "El cónyuge

(24) *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo* (Madrid, 1908), pág. 387.

(25) *Estudios de Derecho civil* (Madrid, 1910), t. VI, v. 2.ª, págs. 1214, 1221.

(26) *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español* (Madrid 1852). Véanse comentarios a los artículos 663, 558 y 900.

(27) *Comentarios al Código civil español*, 7.ª ed. revisada (Madrid, 1951), t. V, pág. 531.

(28) *Código civil*, t. XIV, pág. 595 (Madrid, 1944).

supérstite es contador partidor único de la herencia de su consorte finado”.

Igualmente SÁNCHEZ ROMÁN (29), por lo que su referencia anteriormente hecho no puede tenerse por concluyente.

Finalmente, sostiene en términos radicalísimos la misma orientación Enrique SECO CARO (30). Sus palabras son:

“Según nuestra tesis, el cónyuge viudo, autorizado para distribuir los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, recibe poder para hacer la partición de la herencia del premuerto. Es una forma excepcional de hacer la partición, figura intermedia entre la que realiza el causante y la que se encomienda a un contador-partidor” (pág. 168). Cita asimismo los autores relacionados y concluye categóricamente (pág. 193): “... que el modo o forma única de hacer uso del poder que estudiamos es la división del caudal en las operaciones particionales. El viudo carece de poder para hacer testamento y distribuir así la herencia del premuerto”.

Y el Tribunal Supremo, que nunca abordó directamente el problema que presentamos, una vez, de modo accidental al fallo, declaró que el artículo 831 tantas veces citado autoriza a delegar en otra persona la facultad de hacer la partición. El segundo considerando de la sentencia de 6 de marzo de 1945 se expresa así:

“... El Código... da a la facultad de división mayor amplitud y flexibilidad que la que tiene en el Derecho francés, sin duda para facilitar las finalidades prácticas de aquélla, tanto en lo que se refiere a los sujetos de la partición (admitiendo que todo testador, tenga o no herederos forzosos, pueda hacer la partición de sus bienes, e *incluso ejercitarse este derecho en algunos casos, por vía de delegación, según resulta del artículo 831*) como en lo que se refiere al contenido...”

Ya decíamos al principio de este estudio que al aceptarse la tesis del poder particional del viudo surge un nuevo efecto de excepción del artículo 831, al atribuir a un coheredero la condición de contador partidor, posibilidad que parece rotundamente prohibida por el artículo 1.057. La Jurisprudencia aplicó concretamente esta prohibición al viudo (Ss. de 8-II-1892 y 13-VI-1898), a menos que renuncie a la herencia (argumento de la S. de 18-V-1932). La Resolución de la Dirección General de los Registros de 17-VII-1915 mantiene la prohibición aunque la renuncia se produzca.

La actuación del viudo ha perdido su aspecto más alarmante desde la reforma del artículo 384 por la Ley de 24 de abril de 1958, pero merecía la más grave reprobación mientras perduró el sistema de fijar la cuota viudal por referencia a la legítima de los descendientes no mejorados, por cuanto la facultad concedida al viudo para distribuir la herencia entre los hijos le permitía manejar a su voluntad los factores determinantes de su propia atribución. Actualmente, el reconocimiento de facultades particionales al viudo se prestaría todavía a

(29) *Estudios de Derecho civil*, t. VI, v. 2.ª, pág. 1215.

(30) Op. anteriormente citada.

notorias immoralidades, porque la posibilidad de componer los lotes o hijuelas le permitiría realizar la elección de los bienes sobre los que haya de recaer su cuota usufructuaria, los de la mejora (31). Ya no hay, sin embargo, ninguna repugnancia en la legalidad vigente, si el cometido del viudo se limita a la determinación de cuotas.

Por todo ello, la prohibición del artículo 1.057 adquiere su máximo rango de oportunidad precisamente para este caso, aconsejando la privación de facultades particionales al viudo. Y si comparamos la objeción que se hacía a la tesis institucional, por oposición al artículo 670, con la que representa para la teoría particional la prohibición del 1.057 —que no aparece limitada por ninguna remisión de su texto al artículo 831—, no cabe duda del rango principal de la última.

Añádase a ello la imposibilidad práctica de realizar el viudo el acto particional cuando la determinación del caudal partible requiera como operación previa la liquidación de la sociedad conyugal, que el viudo no podrá realizar consigo mismo. No nos convencen los paliativos que pretende aplicar a esta cuestión MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (32).

Analicemos ahora cuál de las dos alternativas propuestas por la doctrina (función institucional y función divisoria) resulta más acomodada a la expresión y al espíritu del artículo 831. Emplea este precepto los términos “distribuir” y “mejorar”. Pueden suscitarse dudas acerca de si el primero alude a una designación de cuotas, o bien expresa un acto de división material, pues, apriorísticamente, de ambas maneras puede entenderse; pero es incuestionable que el segundo vocablo referido (mejorar) no se emplea en su sentido gramatical amplio—con idea de comparación o como expresión material de una ventaja—, sino en su acepción estrictamente jurídica—como institución legal autónoma—, no sólo por la incardinación del precepto en la sección correspondiente y por su concatenación directa (ligada por el adverbio “no obstante”) con el artículo precedente (que alude a la

(31) No es explicable esta situación más que como producto de una imprevisión en la tarea legislativa. En efecto, el artículo 831 vigente es transcripción sustancial del 663 del Proyecto de 1851, pero la significación jurídica y las consecuencias prácticas de la norma son diferentes—en cuanto a los resultados de comprender las pretendidas facultades particionales— en cada una de dichas formulaciones, por la simplísima razón de no existir en la más antigua el derecho hereditario reconocido al esposo sobreviviente en el Código actual.

La Comisión legislativa de 1851 introdujo la institución de que se trata, pero no concedió al cónyuge supérstite ninguna participación en la herencia del premuerto. El legislador de 1888, impelido por la Base 1.ª de la Ley de 11 de mayo del mismo año, adoptó la figura del 663 precedente, sin considerar el cambio de posición que provocaba al introducir la novedad—disentida y desechada en el intento de 1851— de designar al viudo heredero forzoso.

Así resulta ser el mentado artículo 831 un injerto foráneo, jurídicamente desarmonizado con los principios generales de nuestro ordenamiento, como consecuencia de su exotismo de origen y de su alambicada elaboración, y que no llegó a cuajar en la vida jurídica.

(32) EDUARDO MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, en *Las particularidades de derecho patrimonial en el noroeste de España, ante la Compilación gallega y el Código civil*, págs. 198-199. Publicado por el Ilustre Colegio Notarial de La Coruña (1964).

mejora como facultad, como poder jurídico), sino incluso porque en el mismo artículo 831 habrán de emplearse en el mismo sentido el infinitivo “mejorar” y el sustantivo “mejoras”, que utiliza seguidamente para referirse a las ordenadas en vida por el finado. Pues bien, si el precepto alude a la figura jurídica que referimos, tal mejora que el viudo ordene habrá de ser necesariamente instituida, sin que en principio aparezca cercenado para él ninguno de los medios autorizados por la ley para su ordenación normal (testamento, capitulaciones matrimoniales, contrato oneroso con tercero).

Aunque admitiéramos, a efectos dialécticos, la tesis de comprender facultades particionales en el poder del viudo, desecharíamos igualmente la opinión (de Seco Caro) que propugna la división hereditaria como forma única de realizar la función delegada en el cónyuge sobreviviente. Admitir que la partición es el único acto idóneo para realizar el viudo su poder de mejorar equivale a inventar una nueva forma de disposición sucesoria que ni al causante mismo le estaba permitida. Al autorizar el artículo 1.056 del Código civil que el propio testador realice, por acto entre vivos o de última voluntad, la partición de sus bienes, requiere que las operaciones divisorias se ajusten a la norma de un testamento o a la de la ley, porque la operación particional es un acto solutivo que ha de apoyarse en el basamento de una proclamación institucional. Así lo declaran las sentencias del Tribunal Supremo de 13-VI-1903, 6-III-1917, 9-VI-1940, 6-III-1945 y 6-V-1956, entre otras. Tratándose de un fenómeno de delegación el que estudiamos, es forzoso negar que el poder comisario ensanche para el viudo la esfera de facultades y posibilidades originarias del comitente, de donde se infiere que no habría de permitirse al viudo la realización de la distribución y mejora en un acto exclusivamente particional, sin mediación de un negocio verdaderamente dispositivo, independientemente de la posibilidad de confluír ambos en un mismo instrumento que reúna las necesarias formalidades.

Y si la partición no es el único acto que da virtualidad a la actuación distributiva del viudo, aunque le fuera permitido realizarlo también, ninguna razón legal se lo hace exigible, porque nada estorba la posibilidad de que el delegado deje de agotar el contenido de su poder y limite su función a señalar las cuotas de participación de los coherederos, cumpliendo su función con determinaciones ideales, sin concreción material de los bienes atribuidos y sin que de esta manera tenga que diferir su actuación hasta después de liquidar la sociedad conyugal.

La actuación del viudo tendrá primero e indudablemente un carácter institucional, aunque sólo sea en cuanto a la ordenación de la mejora, pero que se amplíe o no al ejercicio de una función divisoria dependerá, entre otras razones, del sentido que reconozcamos en el texto legal el vocablo “distribuir”. Hay que apuntar aquí la falta de consecuencia de algunos autores, que atribuyen al viudo tanto la facultad de partir como la de disponer desigualmente del tercio libre, sien-

do de todo punto imposible la coexistencia de ambas. Las funciones del cónyuge sobreviviente están expresadas en la ley con los términos respectivos de "distribuir" y "mejorar", y si consideramos determinado el alcance del último como queda dicho, todas las demás facultades comitidas han de darse a entender en el término "distribuir", que o se tome en el sentido material de división física, aceptando la función particional del viudo, o bien en la acepción amplia de asignación de cuotas ideales, permitiéndonos aplicar su significación a la ordenación del tercio libre. La cuestión plantea el dilema (33) de optar para el viudo entre las funciones de mejorar y partir, dejando intangible el tercio libre, o las de mejorar y distribuir dicho tercio, sin realizar la división material.

Si la cuestión se enfoca desde el punto de vista puramente gramatical, referido al verbo "distribuir", no llegaremos a una conclusión segura, sobre todo si atendemos tanto como a los varios matices de su significación, al sentido usual que da la ley a éste y a otros vocablos semejantes, porque si bien encontramos empleado aquel término en su acepción estrictamente material, de partición, en los artículos 671, 1.058 y otros del Código civil, el texto de los artículos 810, 926, 932, 933 y 937 nos ofrece, en cambio, el verbo "dividir" en el más claro sentido ideal, de fraccionamiento en cuotas. La "división de una cosa entre varios, designando lo que a cada uno corresponde" (34), no implica necesariamente la ejecución de una operación física sobre el objeto. El Diccionario de la Lengua reconoce como segunda acepción de "distribuir" la de "dar a cada cosa su oportuna colocación o el destino conveniente", e incluso el término "dividir" se usa correctamente en sentidos absolutamente inmateriales, como el de "desunir los ánimos y voluntades, introduciendo la discordia", o el de "averiguar cuantas veces una cantidad, que se llama divisor, está contenida en otra, que se llama dividendo". En el orden gramatical no vemos razón que nos lleve al criterio cerrado de presuponer en la voz comentada el significado consciente y deliberado de partir.

Poco o nada nos puede alumbrar el examen de los antecedentes forales del precepto, porque otra vez tendremos que destacar la semejanza fundamental entre éste y aquéllos. Uno de los elementos configurantes de nuestra norma, la institución de la mejora, no existe en las legislaciones forales, que tanpoco reconocen la división tripartita de la herencia y tratan de orientar ésta hacia una atribución unitaria, frente al efecto disgregante que generalmente le imprime el Código civil, bajo la fuerte presión de la legítima individual y el régimen igualitario de la sucesión intestada. Ni la idea de partición es propicia a la función del viudo en las regiones forales, que buscan por principio la indivisión del patrimonio hereditario, ni la distribución del mismo en cuotas conviene a la idea de su atribución integral a un sucesor, que impera por lo general en aquellas legislaciones.

(33) Apuntado en la obra citada de MENÉNDEZ-VALDÉS, págs. 194-195.

(34) Definición del Diccionario Manual de la Real Academia (1927). Voz: *distribuir*.

El propio artículo comentado es el que ha de ofrecernos, en sí mismo y en sus conexiones dentro del Ordenamiento a que pertenece, las vías de su inteligencia. Si se piensa que el vocablo "distribuir" expresa una función particional, nada queda en la ley que nos permita reconocer al cónyuge delegado su espontánea actuación sobre el tercio libre y, en consecuencia, las posibilidades de distribución mayoritaria se reducen al juego de la mejora. En tal caso, el indiscutible propósito legal, de evitar la atomización del patrimonio, resultaría frustrado si dos tercios íntegros de la herencia (el de legítima y el de libre disposición) quedasen sustraídos a la actuación del viudo, y la expresión del precepto también quedaría perjudicada, porque la dicción de la ley solamente preserva de la libertad del delegado "las legítimas y las mejoras hechas en vida por el finado". Ni a unas ni a otras afecta la distribución desigual del tercio libre y, sin embargo, la tesis de su intangibilidad no se aviene con el sentido que parece haberse querido imprimir al texto legal en su referencia al "prudente arbitrio" del distribuidor.

Si el cometido de partir y la función de hacer asignación única o desigual del tercio libre son recíprocamente excluyentes, la segunda tiene valiosas razones de preferencia. Pero hay, además, un argumento de orden principal que no permite acoger la tesis particional sin torturar el alma de la norma: "... podrá válidamente pactarse... que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda...". La hipótesis legal viene configurada por un presupuesto inexcusable (el fallecimiento intestado del comitente) y lo que entró a formar parte de la hipótesis legal ha de ser recogido también en la determinación de su finalidad, si no ha de carecer el precepto de un sentido racional y teleológico; de manera que, tratándose de un supuesto de delegación personal, la misma dependencia que el ejercicio de la función comitada guarda con la falta de disposición testamentaria del esposo premuerto, debe guardar el contenido de aquella función con el acto omitido que le sirve de presupuesto (no estorba la actuación del viudo la existencia de cualquier disposición sucesoria del finado, puesto que el artículo 831, al salvar las mejoras instituidas en vida por el causante, reconoce la subsistencia del poder comitado y solamente lo anula por la mediación de una ordenación estrictamente testamentaria). Estas consideraciones, inevitables en la tarea investigadora de la norma, nos llevan lógicamente a inferir que el acto destinado a realizar el viudo habrá de tener finalidad y resultado correspondientes al que su cónyuge dejó de otorgar y cuya falta motiva la actuación ulterior de aquél. El esposo sobreviviente llegará a intervenir si el delegante no testó por sí mismo, y el marcado carácter supletorio con que nace la función del primero le hace corresponderse a la del causante, de cuya omisión proviene aquélla. La función particional se comprendería como ejecución de la voluntad del premuerto, pero, omitida por éste, ha de suplirla el viudo, que le sustituye en su manifestación. Lo que se pretende, en definitiva, es evitar el régimen abintestato, ordenando el viudo

o completando (si hubo mejoras previas) la sucesión del causante, mediante su función, que la ley bien denomina de "distribuir", y su contenido deberá concebirse como equivalente al que hubiera tenido el testamento de su esposo fallecido: un contenido necesariamente institucional, independientemente de la forma que le sea propicia. No queremos decir que se trate necesariamente de una comisión para testar, ni que el acto del distribuidor haya de revestir formalidades testamentarias; será ello objeto de ulteriores consideraciones y sólo queremos significar por ahora que la tesis particional no congenia con la configuración del precepto estudiado, porque lo que la ley se propone prevenir no es la indivisión hereditaria, sino la sucesión igualitaria propia del régimen intestado. De otro modo, no hay razón para detener la actuación del viudo, aunque su consorte hiciera testamento, si la función que se encomendase a aquél fuese la de partir.

Y aún se refuerza la tesis institucional con la expresa mención legal de operar el viudo su actuación solamente entre los hijos comunes, acotamiento de facultades concebible y oportuno a quien se le reconoce una cierta función de naturaleza dispositiva, con objeto de señalar sus límites, pero absolutamente innecesario como aclaración a un cometido puramente particional, en que no constituiría especialidad el que sólo puedan ser adjudicatarios los que hayan recibido el llamamiento hereditario, que el viudo no realizaría. No es que nuestro pensamiento atribuya a la actuación institucional del viudo la vocación hereditaria, que ya está indudablemente realizada desde el óbito del causante, por imperativo de la ley, pero, como decíamos en otro capítulo (35) de este trabajo, la apertura de la sucesión se produce en nuestro caso bajo unas condiciones de delación imperfecta, concretada en la identidad de los sucesores (los hijos comunes), pero insegura en cuanto a la extensión y naturaleza de los respectivos títulos hereditarios, que el viudo ha de fijar en definitiva. Por su actuación se completa la delación hereditaria y se perfecciona la constitución de los derechos sucesorios. Pues bien, la función que erige todo ello no puede definirse más que como institucional, y si en este concepto llena la finalidad supletoria del precepto legal, como subsidiario del abintestato, no sabemos qué clase de conveniencias pueden apoyar la idea de abultar todavía más la originaria anomalía del artículo 831 en nuestro ordenamiento jurídico, para enfrentarlo aún a la radical prohibición del 1.057. Siempre será preferible mantener la operancia rigurosa de esta última norma, que tantas razones tiene de acierto, y rehuir, en cambio, la inflación de una figura foránea y tan peligrosa como es la del artículo 831, que además no ha llegado a ocupar lugar en la vida jurídica de las regiones de Derecho común.

Y no hallamos ningún serio inconveniente a nuestra posición en que la verdadera paternidad de la tesis particional que impugnamos radique precisamente en uno de los más calificados elaboradores de la institución, porque aunque la interpretación de GARCÍA GOYENA

(35) Véase pág. 15.

fuera ciertamente opinable, sin quebranto de la sistemática legal, durante la vigencia histórica del Proyecto de 1851, que no reconocía ningún derecho hereditario al viudo, ni lo situaba, por consiguiente, en plano de incompatibilidad para la función divisoria, el cambio provocado por la publicación del Código actual debe instigarnos a la investigación de la verdadera "mens legis" que entrelaza la unidad sistemática de este último ordenamiento, sin servidumbre al criterio cada vez más anticuado de la "mens legislatoris", que en lo que al citado autor se refiere sólo puede predicarse a un cuerpo jurídico diferente y que no ha llegado a tener vigencia legal.

La cuestión acerca de la clase de acto en que el viudo solemnice su función requiere un planteamiento analítico.

Hay una cierta tendencia doctrinal a considerar que el carácter personalísimo del testamento lo hace improcedente para el ejercicio de la facultad del artículo 831. Sin embargo, no parece difícil impugnar esta opinión. El espejismo consiste en circunscribir el régimen personalista al sistema testamentario, cuando no es en él sino aplicación concreta de un principio general a todo orden sucesorio, por testamento o por contrato. El personalismo triunfa como principio innamablemente a todo el sistema sucesorio y no sólo veda la comisión para testar, sino para mejorar "inter vivos". Por eso tiene la doble formulación de los artículos 670 y 830. Pues bien, si lo generalmente prohibido no es solamente testar por otro, sino también encomendar la facultad de mejorar —en cualquiera de las formas de realizarla—, la excepción que el artículo 831 plantea a la más amplia conceptualización del principio no hay por qué entenderla suprimida en una esfera reducida de su aplicación normal, en el ámbito del testamento, imaginando la excepción de una excepción. Igual fuerza y razón tienen las prohibiciones de testar y de mejorar por otro, y la delegación que el artículo 831 autoriza produce el mismo impacto en los dos campos de un único principio, sin que la dualidad de sus formulaciones (los arts. 670 y 830) deba ocultarnos su unicidad fundamental ni permitirnos hacer discriminaciones entre los medios de realización afectados igualmente por el principio que nuestra institución suspende.

Parece acertada la opinión de que el pacto del artículo 831 no confiere al viudo un poder para testar —aunque sólo sea por estarle indudablemente permitida su realización en acto no testamentario—, pero no se nos aparece oposición legal a que la manifestación de voluntad con que cumpla su cometido pueda verse en acto que sea su propio testamento, teniendo en cuenta que esta calificación provendrá de la disposición que en él haga de "sus bienes (propios) o de parte de ellos", por definición del artículo 667, y no de haber elegido la ocasión para cumplir la función distributiva que se le comitió, como para reconocer hijos o deudas, nombrar tutores o autorizar matrimonios. En tal caso, el viudo no testaría por su cónyuge, sino que en su propio testamento, como pudiera efectuarlo en instrumento diferente, vendría a dar expresión o constatación a la decisión tomada sobre la herencia de su esposo fallecido. Las conveniencias de solemnidad y autenticidad

dad no se cumplirían de peor manera que en cualquier otro medio, y acaso la naturaleza unilateral del acto testamentario ofrezca las mejores garantías de espontaneidad que tanto cuida la ley en la disposición del causante mismo. Por otra parte, la ordenación simultánea de las herencias de ambos esposos favorecería la armonización de sus disposiciones en orden a la mejor realización del destino propuesto para el patrimonio familiar y, en definitiva, de los fines inspiradores del artículo 831.

Es válida, sin embargo, la objeción (36) de que al realizarse la distribución en el testamento del viudo la publicidad de su resolución habrá de demorarse después de su fallecimiento —salvo que el otorgante la comunique espontáneamente—, por las limitaciones que establece el artículo 226 del Reglamento notarial, pudiendo quedar comprometida la eficacia de la distribución por la actuación de un plazo, que luego estudiaremos, para el ejercicio de la función delegada. No obstante, se trata de un inconveniente de orden práctico.

A la idoneidad del contrato de capitulaciones matrimoniales y del contrato oneroso con tercero para el ejercicio de las facultades comitadas al viudo (37) solamente aplicamos la prevención de que el distribuidor no sujete su decisión a beneficios personales que obtenga del negocio, faltando a la lealtad y a la independencia de su cometido, ni la someta a materia de estipulación, porque el poder comisario implica una función estrictamente personal que no es susceptible de convertirse en objeto negociable, contratando con terceras personas.

Por lo que respecta al contrato capitular, será con frecuencia ocasión muy oportuna para realizar la elección del heredero mayoritario, sucesor calificado en el patrimonio familiar, que es la finalidad esencialísima de la institución que nos ocupa.

Y tampoco hallamos inconveniente a que el viudo cumpla su delegación mediante un acto unilateral “inter vivos”, que, al igual que el testamento, reunirá las mayores garantías de espontaneidad.

Límites cuantitativos a la función del viudo

La distribución de los bienes del premuerto, en el caso del artículo 831, habrá de llevarse a cabo por el cónyuge sobreviviente “a su prudente arbitrio”, con un margen de libertad que no tiene en la ley otra limitación que el respeto debido a las legítimas y a las mejoras dispuestas en vida por el finado.

No se pone en tela de juicio (38) la facultad omnímoda del viudo para señalar al destinatario o destinatarios del tercio de mejora, con la libre determinación que autoriza al causante el artículo 823.

La opinión general atribuye también al cónyuge supérstite idéntico poder respecto al tercio de libre disposición, y es excepcional el

(36) Vid. MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, op. cit., pág. 201.

(37) Consultar la obra y página de la cita anterior.

(38) Parecen estar conformes en ello todos los autores consultados.

parecer de SÁNCHEZ ROMÁN (39). Se inclina este autor por la opinión contraria a la asignación íntegra del tercio de libre disposición, considerando que, aparte de quedar suficientemente satisfechas con el tercio de mejora las preferencias sentidas hacia uno o varios hijos, el significado del verbo "distribuir" sólo puede entenderse cumplido cuando todos ellos, en más o en menos, participen del tercio de libre disposición. Sin embargo, el citado tratadista reconoce que el precepto legal "parece que quiere decir libremente, ya que aquellas palabras (la frase legal: a su prudente arbitrio) no significan medida, tasa ni tipo de distribución, sino fórmula de equidad presumida por la ley en el padre o madre que distribuyen...". A esta consideración puede añadirse, frente a la opinión restrictiva de SÁNCHEZ ROMÁN, el argumento de que la función distributiva se predica (en la ley) respecto de la herencia como totalidad y no particularmente del tercio libre (cuya naturaleza específica se pierde, en el supuesto que nos ocupa, asemejándose su condición jurídica al de mejora, por la exclusión radical de extraños y la potencial distribución desigual entre los hijos). Además, si la distribución de dicho tercio implica, según el sentido usual y gramatical del término, su división en porciones no necesariamente iguales, la falta de límites para cada fracción equivale prácticamente a la posibilidad de una atribución total, porque ningún sentido tendría la prohibición de excluir del tercio libre a algunos hijos, si ciertamente sus participaciones, de ser forzosas, pudieran ser cuantitativamente mínimas, puramente nominales.

La ley no dispuso otra limitación que el respeto a las legítimas y a las mejoras ordenadas por el causante, y fuera de estos límites, la actuación del viudo se realizará "a su prudente arbitrio", en lo que se refiere a los resultados cuantitativos de su distribución.

Del tiempo o plazo en que el viudo deba realizar su encargo

La excepcional situación de interinidad que se provoca a la herencia causada, mientras pende de cumplimiento la comisión encomendada al viudo, motiva la necesidad de señalar un plazo legal para distribuir y mejorar, a falta del que hubiera podido determinarse en el contrato matrimonial.

La inconveniencia de mantener la indivisión hace aplicables a nuestro caso las mismas razones por las que se aconseja la fijación de un plazo limitado y relativamente corto para el ejercicio de las funciones de albacea y de contador-partidor. Pero en el caso del artículo 831 la situación es aún más extremada y grave, porque, sobre los perjuicios de la indivisión, rige un estado de interinidad en el que están indeterminadas las cuotas, se da una situación imperfecta de comunidad que obstaculiza el comercio jurídico y dificulta la administración de la cosa común, aparte de otras consecuencias de orden procesal y fiscal.

(39) *Estudios de Derecho civil*, t. VI, v. 2.º, pág. 1221 (2ª ed., Madrid, 1910).

La prolongación de tal estado conduce a la injusticia, favorece la opresión de los hijos bajo la dictadura del cónyuge sobreviviente más allá de cuanto es tolerable y le predispone al abuso de su egoísmo económico y autoritario.

De estas consideraciones nacen, acaso, las más notables censuras que el artículo 831 merece, además de su mácula de origen y de su defectuosa formulación, que ya por sí engendra un sinfín de controversias inacabables.

Tanto MANRESA como MUCIUS SCARVOLO, SÁNCHEZ ROMÁN y SECO CARO (40) declaran aplicables a nuestro supuesto los preceptos observados para el contador-partidor, que son los establecidos para el ejercicio del cargo de albacea (arts. 904 a 906 del Código civil, que fijan el término ordinario en un año, y el extraordinario de dos años, por concesión del Juez o por acuerdo mayoritario de los herederos, o del tiempo que éstos crean necesario, si lo adoptan por unanimidad).

Sólo ALPAÑÉS (41) pretende la aplicación del término hasta que el menor de los hijos alcance la edad de contraer matrimonio. La razón que señala (hacer viable la finalidad del artículo, de conseguir una elección del sucesor en el patrimonio familiar con suficiente fundamento) no puede considerarse de validez general, ni puede citarse norma legal que le dé apoyatura.

Una conclusión es segura: que la prolongación indefinida del poder distributivo significa un gravamen para la legítima. En nuestro caso se impone la misma reflexión que se hizo el Tribunal Supremo en su S. de 8 de febrero de 1892, con ocasión de decidir el plazo aplicable al contador-partidor: "... el artículo 1.057 del Código civil no deroga el principio de que los herederos forzosos deben recibir su porción legítima libremente y sin ningún agravamiento y sin ninguna condición". Y, en general, parecen susceptibles de aplicación al cónyuge delegado según el artículo 831 las razones por las que se extendió a los contadores-partidores el plazo del albaceazgo, expresadas por la S. de 22 de febrero de 1929:

"La omisión en el Código civil de normas que regulen la institución de los contadores-partidores de bienes, no obstante su antigüedad y lo necesario de su existencia, que hasta llegó a ser en la época del poder absoluto un oficio enajenable de la Corona, ha dado lugar a que este Tribunal Supremo, cumpliendo uno de sus principales fines, supla, en lo posible, por medio de sus resoluciones tal silencio, y de ahí que en las S.S. de 24 de febrero de 1905, 5 de febrero de 1908 y 14 de enero de 1913 se haya equiparado, en virtud de la semejanza que guardan, el cargo de contador o comisario con el de albacea, que en lo antiguo fueron uno solo, como lo demuestran las L.s. del tít. 10 de la Partida 6.^a, especialmente la 2.^a, que autorizaba a los albaceas para

(40) MANRESA, *op. cit.*, t. VI, pág. 539; M. SCARVOLO, *op. cit.*, página 606; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, t. VI, v. 2.^o pág. 1222; SECO CARO, *op. cit.*, págs. 196 y ss.

(41) *Op. cit.*, págs. 320 y ss.

el cumplimiento de las disposiciones testamentarias, y la tercera, que les confería la facultad de pagar ciertos legados, habiéndose hecho también la declaración por el T. S. de que los albaceas son mandatarios del testador, y no de los herederos, siéndoles, por tanto, aplicables los preceptos del C. c. relativos al mandato, según las SS. de 4 de junio de 1895, 24 de febrero de 1905 y 14 de enero de 1913.”

Y más adelante: “Partiendo, pues, de la premisa establecida hay que estimar que los contadores o comisarios, al igual que los albaceas testamentarios, no disponen a su arbitrio de un plazo ilimitado para cumplir los mandatos recibidos del testador, sino, al contrario, que deben hacerlo en el término que les fue señalado por éste como supremo legislador en esta materia, ... o, en su defecto, en el tiempo que les señala el artículo 904 del C. c.”

Coincide con esta doctrina la formulada por la Dirección General de los Registros en su Res. de 13 de noviembre de 1903.

Con palabras terminantes y precisas, la S. del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1908: “El cargo de contador partidior, encomendado por un testador a determinada persona, no constituye una función esencialmente diferente de la de los albaceas, ni se distingue más que por la especialidad del trabajo que se les encomienda, como puede distinguirse entre los albaceas mismos por las limitaciones con que uno y otro sean nombrados, así como, por la inversa, se les confiere a veces conjuntamente aquel encargo, sin que por ello se altere ni modifique el verdadero y único carácter que les presta la confianza del testador para el fin más o menos extenso o restricto del cumplimiento de su voluntad, que en ningún caso puede dejarse al mero arbitrio y discreción del nombrado; por lo que es manifiesto que son aplicables a los contadores-partidores, como a los albaceas, las mismas reglas de funcionamiento, por su igual carácter y representación y por concurrir idéntica razón legal para su aplicación.”

“Mutatis mutandis”, con las mismas razones se fundamenta la acertada opinión de los autores citados que aplican al cónyuge delegado, para la distribución y mejora en la herencia del premuerto, las reglas dictadas para los albaceas por los artículos 904 y ss. del C. c.; advirtiendo que la adopción de este parecer no está ligado a la atribución de facultades particionales al viudo, como si esta tesis, que antes rechazamos, representase la necesaria vía analógica para extender a nuestra institución las reglas del albaceazgo. La semejanza radica en el común carácter de realizadores, cumplidores o ejecutantes del fenómeno sucesorio, con los cometidos varios que corresponden a los ejercientes de cada una de estas figuras, y en la idéntica nati- zación de todos ellos por el origen comisorio de sus facultades, para actuar en nombre del causante, después de su muerte, cuando el patrimonio relicto pasó ya a los herederos y está reclamando la oportuna actuación de los mandatarios para intervenir en una situación que sólo es concebida como provisional y que ellos han de resolver imputándola en su tránsito hacia un estado definitivo, en la forma o medida que a cada uno compete. Si por descartar la función particional

en el viudo distribuidor llegáramos a dudar en la aplicación a éste de las normas cronológicas dictadas para el ejercicio del albaceazgo, habríamos de desecharlas también para el contador, porque las facultades partitivas de éste no concurren en el albacea, y, no obstante, es incontrovertible que les son comunes.

De lo expuesto se sigue que la distribución y mejoras ordenadas después de los plazos referidos han de tenerse por inválidas por haber sido otorgadas fuera del tiempo legal.

La clave para establecer la categoría jurídica de ineficacia de las mismas se deriva de considerar que, una vez transcurrido el plazo de vigencia de los poderes delegados al viudo, el sistema sucesorio legal recobra su plena imperatividad, para aplicarse a la herencia del cónyuge premuerto "ab intestato", los derechos de los hijos comunes quedan automáticamente definidos bajo un régimen igualitario, y cuantas facultades dispositivas sean posibles sobre la herencia se trasladan a la esfera jurídica de los herederos. De tal modo, la declaración posterior que el viudo verifique adolece de la falta del esencial requisito de proceder de los sujetos de la titularidad correspondiente: rige para el caso el concepto jurídico de inexistencia, por carecer totalmente del requisito del consentimiento el acto que el viudo pueda realizar.

Es la misma doctrina de la S. del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1927 —aplicable a este supuesto por la razón analógica referida—, cuando declara:

"Si el testador sólo estableció que durase (el albaceazgo) el tiempo que las leyes lo permitiesen, es evidente que no pudo exceder de dos años, que es el señalado por los artículos 904 y 906, *siendo nulos, por inexistentes*, los contratos que después haya celebrado el albacea."

Y de la misma resolución son las siguientes palabras:

"Terminado el mandato del albacea por transcurso del término legal, es nulo por llevar implícita la invalidez absoluta el contrato celebrado por dicho albacea, *por carecer de facultad para prestar el consentimiento, sin que prescriba la acción de nulidad por el término de los cuatro años que fija el artículo 1.301, que es inaplicable.*"

Aplicable sería, en cambio, la común doctrina de que la inexistencia es perpetua e insubsanable, ni admite prescripción sanatoria.

Irrevocabilidad de los actos de distribución y mejora ordenados por el viudo

La opinión más general niega al viudo la posibilidad de repetir el ejercicio de su función delegada, teniendo por irrevocable el acto en que la realice una vez.

No hay motivos de discrepancia sobre este particular en cuanto a la actuación formalizada en acto "inter vivos", pero se ha dudado de

si es susceptible de revocación la distribución y mejora ordenadas en testamento (42).

A este respecto, en nuestro Derecho histórico puede tenerse como precedente la ley XXXV de Toro: “El comisario no pueda revocar el testamento queuviere por virtud de su poder una vez fecho, ni pueda después de fecho hacer codicilo aunque sea ad pias causas, aunque reserve en sí el poder para lo revocar, ó para añadir, ó para menguar, ó para hacer codicilo, ó declaración alguna.”

Puede menospreciarse el valor orientador de este texto, relativo a la clásica figura del testamento por comisario, por su diversidad de origen y naturaleza con la institución del vigente artículo 831, que tiene sus formas inspiradoras en los Derechos forales. En cuanto a éstos, SECO CARO (43) afirma que “suponen facultades para distribuir irrevocablemente”, pero esta consideración genérica no se ajusta al contenido del artículo 29 del Apéndice aragonés, cuyo párrafo segundo sólo priva de revocabilidad a los actos que el viudo (comisario distribuidor) otorgue entre vivos. Y si bien la compilación de Alava y Vizcaya sienta el principio de irrevocabilidad para todo caso, en el párrafo tercero de su artículo 19, el artículo 155 de la Compilación catalana admite, por el contrario, la revocabilidad de la elección y distribución hecha por el viudo en testamento, haciendo triunfar la posición tradicional de la doctrina regional frente a la orientación del Tribunal Supremo, partidario de la irrevocabilidad anteriormente en sus SS. de 29 de enero de 1883 y 17 de febrero de 1894. Y también los artículos 19 y 75 de la Compilación balear dan carácter de revocable a la asignación o distribución hechas por la persona comitada en acto de última voluntad.

Al enfocar la cuestión en el ámbito de nuestro Derecho común, respecto al comentado artículo 831, habremos de volver a considerar la idea antes apuntada de que la actuación del viudo no representa el ejercicio de un poder para testar, sino que el uso del vehículo testamentario para desempeñarla es una mera posibilidad entre los varios medios que se reconocen como idóneos, y la calificación que reciba el acto como testamento dependerá de las disposiciones que el viudo adopte en él sobre su propia herencia, conforme al artículo 667 del Código civil, y no de servirse de aquella ocasión para distribuir el caudal de su esposo premuerto. Por consecuencia, la condición original, revocable o irrevocable, del acto en sí, del acto delegado, debe prevalecer sobre la revocabilidad del instrumento ocasionalmente escogido para publicarlo, que no es el medio necesario y único de realización.

El encargo del viudo se cumple en un acto de distribución y mejora, y no dudamos en opinar que, realizado aquél, se agota en él el contenido del poder conferido, que no tendrá ya ningún medio que lo haga renacer o reencarnar. Su ejercicio lo agota, y sólo un mandato

(42) Consultar página 200 de la citada obra de MENÉNDEZ-VALDÉS.

(43) *Op. cit.*, pág. 206.

expreso de la ley, que no existe, lo podría erigir de nuevo. Compréndase que la revocabilidad de los actos testamentarios del causante es congruente con la operancia futura de los mismos, proyectados hacia adelante a la fecha de la muerte y apertura de la sucesión, pero la actuación delegada del viudo se ejerce sobre una herencia causada de antemano, transmitida ya a los herederos y que sólo está pendiente de una resolución del distribuidor para cerrar el ciclo de todo el fenómeno sucesorio. Por la decisión del viudo adquieren determinación y firmeza los derechos de cada cual en la herencia causada, y esa consolidación de títulos no puede ya desintegrarse por la voluntad unilateral del cónyuge sobreviviente. La falta de una norma legal que lo estatuya esteriliza todo intento de un segundo ejercicio.

Antecedentes del Código civil vigente

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS

Lefrado de la D. G. R. N.

(Nota informativa complementaria)

1. Al dar cuenta en este mismo ANUARIO del Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888) indicábamos que venía a ser casi el único de los antecedentes inmediatos que había llegado hasta nosotros (1). Hoy tenemos que rectificar ya tal apreciación. Recientemente han vuelto al Archivo de la Comisión General de Codificación (Ministerio de Justicia) importantes documentos que enriquecen el número de los antecedentes conocidos relativos a la última etapa de la elaboración del Código civil (2).

La Sección de lo Civil de la Comisión de Códigos trabajó desde 1881 en función del Anteproyecto. El Anteproyecto vino a ser, naturalmente, primero la meta y, después, la base de los trabajos. Los documentos de que ahora damos noticia hacen referencia a los trabajos previos y ulteriores del Anteproyecto, y por lo ya dicho, a la vez que lo completan, en él encuentran el eje y la clave para el mejor entendimiento de los mismos.

Por estos documentos podemos conocer mucho mejor el proceso formativo del Código, las fuentes de inspiración y, lo que es más importante, la intención de los redactores. Son particularmente interesantes los datos relativos a la primera parte del Código (Título Preliminar y Libros I y II). Así resulta que esta parte, que era la más desprovista de indicaciones auténticas sobre fuentes de cada precepto (cf. el *Anteproyecto*), pasa a ser ahora, con mucho, la parte de que se poseen más antecedentes.

(1) Cf. *El Anteproyecto del Código Civil en 30 de abril de 1888*, An. D. C., XIII, 4, 1960, págs. 1171 y sigs. El Anteproyecto ha sido después publicado; cf. *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Centenario de la Ley del Notariado, Sección 4.ª, vol. I, Madrid, 1965.

(2) En el Ministerio de Justicia se encuentran también antecedentes relativos a Códigos distintos del civil, a Leyes especiales, a diversos proyectos. Todos pueden tener interés, más o menos directo —a veces muy directo—, en relación con el Código civil. Entre ellos destacan los relativos al Proyecto de 1851. Allí están: 1) El Proyecto (manuscrito) de Código Civil de Ayuso-Tapia-Vizmanos, presentado al Gobierno el 15 de septiembre de 1836. 2) Actas de la Comisión de Códigos, relativas al período 1846-1851 (alguna se dedica sólo a materias del Código civil; cf. la de 14 de marzo de 1846 sobre *la división de los bienes*). 3) Actas de la Sección de lo Civil de los años 1849 y 1850: las sesiones tienen por fin ultimar la redacción del Proyecto de 1851; en las actas se expresa de modo fácilmente legible (hay también signos taquigráficos) no la discusión, sino sólo el resultado a que se llega sobre la redacción de los distintos preceptos. 4) El Proyecto (manuscrito) de 1851.

2. Ahora podemos ya conocer el contenido exacto de las actas —aunque no las mismas actas (3)— de las sesiones de la Sección de lo Civil habidas desde el comienzo de la última etapa codificadora (18 marzo 1881) hasta el 5 de mayo de 1882 (4).

La mayor parte de las sesiones se dedican a la elaboración de la primera parte del Anteproyecto (la que constituiría el Proyecto de 24 de abril de 1882), la cual se termina por la Sección el 21 de marzo de 1882. Algunas sesiones (a partir de 9 de septiembre de 1881) se dedican a la consideración del Proyecto de Bases presentado por Alonso Martínez. En la sesión del 27 de abril de 1882 —tres días después, por tanto, de la presentación del Proyecto de 1882 a las Cortes— se discute, a propuesta de Alonso Martínez, el título *del Matrimonio*, cuya redacción —como ya era sabido— no se debía a la Sección de lo Civil. Todavía tenemos referencias de dos sesiones más: las de 4 y 5 de mayo de 1882, destinadas a hacer observaciones diversas sobre la redacción de distintos preceptos del Proyecto ya presentado oficialmente.

Al relatar las sesiones se indica el texto de las ponencias, las opiniones encontradas y el texto acordado. Con frecuencia se citan las fuentes de que se traen los preceptos, y son muy citados los Códigos portugués e italiano.

Por las referencias de las sesiones conocemos quiénes son los ponentes de las distintas materias:

Título preliminar: Igón.

Nacionalidad: Igón.

Domicilio: Igón.

Matrimonio: Se redacta por Alonso Martínez, fuera de la Sección.

Paternidad y filiación: Benito Gutiérrez. Excepto la parte relativa a la filiación ilegítima (incluida la natural), de la que fue ponente Manresa.

Patria potestad (incluida adopción): Silvela.

Tutela: Gamazo.

Consejo de familia: E. García Goyena.

Emancipación y mayoría de edad: Se redactan fuera de la Sección de lo Civil, cuando el Proyecto estaba ultimado.

Registro del estado civil: Igón.

División de las cosas: Silvela.

Propiedad: Igón.

Comunión de bienes: Gutiérrez.

(3) Se trata de los borradores que habían de servir para extender las actas. En alguna ocasión (sesiones de 9, 13 y 16 de septiembre de 1881, dedicadas a la discusión del Proyecto de Ley de Bases), además de los borradores están las actas correspondientes, puestas en limpio y firmadas por el secretario. A pesar de no estar los borradores formalmente autorizados, prácticamente vienen a constituir el original, del que las actas formales no serían más que transcripciones.

(4) Uno de los borradores se refiere a la sesión de 25 de octubre de 1882 (sobre tutela), pero parece haber equivocación en el año (debe decir 1881).

Posesión: Silvela.

Usufructo, uso y habitación: Gutiérrez.

Servidumbres: Manresa; excepto los artículos relativos a la *comunidad de pastos*, que, propuestos inicialmente por Gutiérrez dentro de su ponencia sobre la comunidad de bienes, fueron trasladados, por acuerdo de la Sección, al título *de las servidumbres*.

3. Transcribimos, como ejemplo, algunos trozos relativos a distintas sesiones de la Sección de lo Civil:

a) *¿Qué hijos pueden ser reconocidos?*

Sesión de 14 de junio de 1881: El señor Manresa comenzó por el primer artículo, "que se había redactado del siguiente modo:

"Art. 40. ... Sólo podrán ser reconocidos los hijos naturales.— Este reconocimiento podrá ser hecho por el padre y la madre de común acuerdo, o por uno de ellos separadamente."

El señor Gamazo dijo que le agradaba más esta redacción que la que tenía el artículo, por ser interesante la declaración con que principia, y que él cree que debe consignarse en el Código. En sentido opuesto, dijo el señor Igón que como no son sólo los hijos naturales los que pueden ser reconocidos, puesto que la madre reconoce también a los espúreos, no puede asertarse con verdad lo que dice el artículo en su primera parte según lo propone el señor Manresa. Y después de pesados los inconvenientes y ventajas de la nueva redacción, se convino en conservar la primitiva, que dice: "El hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos."

b) *¿Qué significado tiene la aprobación judicial del reconocimiento de filiación natural? ¿Qué significado tiene la impugnación que del reconocimiento de un menor puede hacer el reconocido dentro de los cuatro años siguientes a la mayor edad?*

Sesión de 14 de junio de 1881:

"... Impugnó el señor Gamazo la intervención que en el reconocimiento de un menor se da al Ministerio Fiscal, pareciéndole que esto es convertir el reconocimiento en un contrato bilateral, y falsear además los principios, puesto que el reconocimiento no es en el padre un derecho que ejercita, sino un deber que cumple, creyendo, por otra parte, que no ha de producir en la práctica ningún fruto, porque el Ministerio Fiscal no ha de entrar en una investigación de las circunstancias que acrediten si conviene o no al menor el reconocimiento, o si el que lo hace procede de buena o mala fe.—En sentido opuesto, dijo el señor Igón que el reconocimiento de un menor se presta a abusos que es necesario evitar, porque puede tener por objeto apoderarse de sus intereses o utilizar al niño que se reconoce en alguna profesión dañosa, citando como ejemplo la de los saltimbanquis, y que estando los menores y los huérfanos a cargo de la sociedad, ésta tiene el deber de ampararlos y de velar por ellos, in-

terviniendo en los actos que pueden serles de grave trascendencia, para evitar que se les cause perjuicio. Ni le parecía suficiente que el menor pueda reclamar contra el reconocimiento en otra edad de la vida, porque el daño estaría ya hecho cuando llegase el remedio.—Insistió el señor Gamazo en no creer conveniente la intervención que se propone, prefiriendo que esta intervención viniese llegado el caso de disponer el padre de los intereses del hijo; pero el señor Albacete dijo que no se concebía la patria potestad con una restricción semejante, y que, precisamente, para evitar el perjuicio que al menor pueda sobrevenirle con un reconocimiento hecho de mala fe, es para lo que se establece la intervención previa.—Recordó el señor García Goyena, al oír decir al señor Gamazo que no surtiría todos los efectos necesarios la intervención del Ministerio Fiscal, que por eso él había ido más allá proponiendo que se le nombrase para este caso un tutor o curador, lo cual no había aceptado la Sección.—Los señores Cárdenas y Silvela manifestaron que la intervención del Ministerio Fiscal puede ser provechosa en muchos casos porque este Ministerio examinará las condiciones que concurren en el que quiere hacer el reconocimiento, y velará por que no sean perjudicados el menor ni sus intereses.—En este estado de la cuestión, y para venir a una transacción que conciliase los pareceres opuestos, propuso el señor Mauresa y aceptó la Sección que siempre que el reconocimiento del menor lo hagan los padres o alguno de ellos en acta de nacimiento o en testamento, no será necesaria la intervención del Ministerio Fiscal; pero lo será cuando se hiciere de otro modo; quedando, por tanto, el artículo 50 redactado en estos términos:

“Art. ... El hijo mayor de edad no podrá ser reconocido sin su consentimiento.

Cuando el reconocimiento del menor de edad no tenga lugar en el acta de nacimiento o en testamento, será necesaria la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal.

En todo caso, el menor podrá impugnar su reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes al de su mayor edad.”

c) *¿Qué carácter tiene el crédito hipotecario en la división de los bienes en muebles e inmuebles? ¿Qué carácter tiene el derecho real en el supuesto de que esté incorporado a títulos valores?*

En esta materia, como ya hemos dicho, fue ponente Silvela. En su propuesta, el artículo correspondiente a la enumeración de las “cosas inmuebles” terminaba: “Las servidumbres y los derechos reales sobre bienes inmuebles, siempre que no estén representados en títulos al portador, transmisibles por endoso, etc. (sic)”.

Sesión de 2 de diciembre de 1881:

“Explicó el señor Silvela el pensamiento de este artículo en su última parte, diciendo que cuando sobre la garantía de una finca se emitan cédulas hipotecarias, las cuales se negocian en la plaza con igual facilidad que los efectos públicos, es indudable que el derecho

real que esos valores representan se moviliza perdiendo, por tanto, su carácter de inmueble; y esta doctrina es la que ha consignado en el artículo.—A ella se opuso el señor Igón diciendo que el derecho real no puede dejar de ser inmueble siempre que tiene por base bienes inmuebles, y que este carácter no lo pierde aunque el papel que lo representa tenga otro distinto, citando en apoyo de su dicho una sentencia del Tribunal Supremo recaída sobre un punto análogo.—Hizo notar el señor Gutiérrez que convenía proceder de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, que en su primer artículo define los bienes inmuebles, y en el 109 amplía esta idea declarando qué bienes no pueden ser hipotecados, incluyendo en ellos las acciones, aun cuando sean nominativas.—Dijo el señor Manresa que en su concepto se confundían y era necesario separar en esta cuestión dos cosas que son distintas, a saber, el derecho real sobre una finca y el título que representa ese derecho, de los cuales el primero es, en su concepto, inmueble, aunque el segundo es mueble, y recordó que esta cuestión tiene su origen en las obligaciones que se emitieron con motivo de los negocios de La Peninsular, en cuyo caso se declaró que tales obligaciones representaban la hipoteca, pero podían transmitirse por endoso.—También el señor Durán y Bas creía necesario distinguir entre el derecho real, que reputaba inmueble, y el título al portador, que puede representarlo en algunos casos, y que tiene carácter mueble. La propiedad no se moviliza en su concepto; sólo se moviliza en tales casos el título que la representa por la facilidad con que puede ser transmitido.—También el señor Cárdenas dijo que el derecho real no pierde en el caso de que se trata su carácter de inmueble, y alegó en prueba de ello el ejemplo del billete de banco, que representa una parte de la fortuna de este establecimiento, cuyo billete, decía, viene en último resultado a hacer a su tenedor partícipe de la propiedad del Banco.—Insistió el señor Silvela en su opinión de que la propiedad representada por valores móviles debe considerarse movilizada; pero como la de la Sección no fuese conforme a la suya, se acordó reformar este artículo suprimiendo las palabras “siempre que no estén representados en títulos al portador, etc., y dejándolo como más arriba aparece inserto” (5).

El pensamiento de los redactores del Código se completa en la *sesión de 6 de diciembre de 1881*. En ella continuó “el señor Silvela dando cuenta de sus trabajos sobre el título de la división de los bienes”. En esta sesión se aprobó el siguiente precepto: “Se reputan cosas muebles todas aquellas susceptibles de apropiación no comprendidas en el capítulo anterior, y en general todas las que puedan transportarse o ser transportadas de un punto a otro sin quebrantar para ello su unión con una cosa inmueble”. Seguidamente propuso Silvela tres artículos que tenían por finalidad, sin duda, precisar los límites

(5) En consecuencia, el número final del artículo había de quedar así: “Las servidumbres y los derechos reales sobre bienes inmuebles, y las acciones para la reivindicación de los mismos bienes.”

de la distinción siguiendo el orden de cuestiones planteadas en la larga enumeración de las cosas inmuebles. Leyó primero dos artículos cuya omisión se acordó por entenderlos superfluos (6). Y, en cambio, el tercero “fue aprobado sin discusión y decía así: “Art. ... Las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, las concesiones administrativas de obras o servicios, los títulos o valores de préstamos hipotecarios, tienen también la consideración de cosas muebles”.

d) *¿Cómo se introdujo el artículo 464, Código civil? ¿Con qué finalidad?*

Sesión del 24 de enero de 1882:

“... La segunda observación del señor Cárdenas se refería a los efectos de la posesión en las cosas muebles, sobre lo cual tampoco recordaba hubiera disposición alguna en el título aprobado, y, sin embargo, le parecía deber establecerse algo sobre este punto, a fin de determinar bien cuándo se gana la posesión de estas cosas, puesto que en su adquisición es muchas veces fácil que haya vicio, conocido o ignorado.

(6) Al relatar la sesión de 6 de diciembre de 1881 se dice que “a continuación” de aprobarse el precepto general sobre qué cosas se reputan muebles, “propuso” el señor Silvela los dos siguientes artículos:

“Art... Los árboles, plantas, frutos, una vez cortados y separados de la tierra, los abonos y semillas puestos en almacén, los animales, las máquinas, vasos, conducciones de aguas, instrumentos o utensillos destinados a la agricultura o la industria, segregados que sean de las fincas o explotaciones de la que formaban parte o de la que son producto, y en disposición de ser apropiados como objetos independientes, adquieren la condición de cosas muebles.”

“Art... Las estatuas, relieves, pinturas u objetos de uso u ornamentación colocados en un inmueble cuando se separen de él, o cuando constituyan colección con carácter independiente del fundo en que se hallan, los minerales arrancados del yacimiento en que se explotan, las aguas en vasijas, las construcciones flotantes cuando se destinen a transportar o ser transportadas de un punto a otro, adquieren también por esos hechos la condición de cosas muebles.”

“Oídos estos artículos, dijo el señor Igón que son innecesarios en su concepto después de lo dicho en el que define lo que son bienes inmuebles, porque habiéndose expresado allí que tienen ese carácter los muebles cuando se hallan en alguno de los casos que se expresan, es indudable, y no hay necesidad de decirlo, que no estando en ninguno de tales casos tienen la condición de muebles.—A esto dijo el señor Silvela que como en el artículo a que se refiere el señor Igón se ha calificado de bienes inmuebles a algunos que no lo son, haciendo en cierto modo violencia a la verdad de las cosas, por eso le había parecido que el pensamiento se completaba expresando ahora que cuando no se encuentran las cosas muebles en ninguno de los casos allí expresados recobran su condición verdadera, y para eso había relectado los artículos que acababa de leer y que no consideraba esenciales, aunque sí convenientes.—En el mismo sentido se expresó el señor Gutiérrez... Leyó, para corroborar la conveniencia de esta declaración, los artículos del Código italiano en que hay análogas clasificaciones... En sentido opuesto dijo el señor Cárdenas, confirmando el parecer del señor Igón... porque en las leyes lo que está de más (*sigue Cárdenas*), puede en algunos casos ser inconveniente.—En vista de estas observaciones se acordó omitir los dos artículos leídos.”

del que las adquiere... Se recordó que sobre esto contiene alguna disposición el Código de Comercio y se leyó, en efecto, el artículo 57 del Proyecto en que se dan reglas sobre la reivindicación de efectos o valores públicos o particulares (7); pero el señor Cárdenas dijo que la disposición del Código de Comercio, la cual se refiere a las materias de su especialidad, no excusaba la que para el Código civil reclamaba; y reconociéndolo así la Sección, encomendó al señor Silveira el estudio del punto que acababa de tratarse, y la redacción del artículo que indicaba el señor Cárdenas" (8).

e) *Sobre el acrecimiento en el usufructo.*

Sesión del viernes, 10 de febrero de 1882.

"... Consultó luego el señor Gutiérrez la adopción de otro artículo nuevo, tomado del Código portugués, que dice así:

(7) En el artículo 57 del *Proyecto de un Código de comercio redactado por la Comisión creada por Decreto 20 de septiembre de 1869* (que se conserva también (manuscrito) en el Ministerio de Justicia) se dice: "No estarán sujetos a reivindicación los efectos o valores públicos o particulares al portador, vendidos en la bolsa con la intervención de agente colegiado, y donde no lo hubiere, con la de Notario público o corredor de comercio.—Quedarán a salvo los derechos y acciones del legítimo propietario contra el vendedor u otras personas responsables, según las leyes, por los actos que le hayan privado de la posesión y dominio de los efectos vendidos."

(8) En el *Anteproyecto*, y dentro del capítulo relativo a *los efectos de la posesión*, aparece ya el artículo dedicado a la posesión de bienes muebles (artículo 469 del *Anteproyecto*). ¿Adónde quería ir Cárdenas? En la Introducción a los Comentarios de Manresa expone Cárdenas, aunque sin gran claridad, su pensamiento en relación ya con el artículo 464 del Código civil vigente: "Tampoco puedo considerar como novedad en la práctica, aunque ha sido censurada por la crítica, la disposición del artículo 464 que exime a los Montes de Piedad de la obligación de restituir las cosas empeñadas, mal adquiridas por el que las haya dado en prenda, sin recibir la cantidad prestada sobre ellas. Mas esto no constituye, como se ha dicho, un privilegio odioso. La seguridad del dominio sobre las cosas muebles exige garantías más eficaces y más fáciles de obtener que las de la propiedad inmueble. El hecho de la posesión es por sí mismo un título, cuando concurren las circunstancias expresadas en dicho artículo 464. El poseedor de buena fe de una cosa mueble perdida a substraída, si la hubiere adquirido en venta pública, tiene a su favor todas las presunciones posibles de ser su dueño; y por tanto, no está obligado a devolverla al que la perdiera por substracción o acaso, sin ser reembolsado del precio dado por ella. Está sí es una novedad en nuestro Derecho, donde prevalece la regla *res suo domino clamat*, sin limitación alguna. Pero en su lugar domina hoy el principio que para facilitar la transmisión y asegurar la propiedad de las cosas muebles atribuye a la posesión de ellas, adquirida con ciertas solemnidades y requisitos, los efectos de la propiedad legítima. Y admitido este principio, no sé cómo puede impugnarse su aplicación a las cosas empeñadas en los Montes de Piedad, de cuya buena fe en sus operaciones no puede dudarse más que de la de los particulares que compran muebles en subasta pública o títulos de la Deuda en Bolsa y con intervención de agente. Este favor concedido a los Montes tenía ya un cierto precedente en la Ley de... etc." (Cf. *Comentarios al Código Civil español*, por J. M.^a Manresa con la colaboración de varios jurisoconsultos, con una Introducción de Francisco de Cárdenas, tomo I, 4.^a ed., Madrid, 1914, págs. XLV y XLVI.)

“Art. ... El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de constituirse, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere” (2.250 Código portugués) (9).

Aunque sobre este artículo indicó el señor Manresa que su precepto no parecía necesario, puesto que en él no se hace más que sancionar el derecho de acrecer reconocido ya por nuestras leyes, dijo el señor Cárdenas que no lo consideraba ocioso porque, de no establecerse así, se podría pretender que el usufructo se iba extinguendo por partes a medida que iban falleciendo los usufructuarios; por lo cual se acordó conservar este artículo; y para evitar toda clase de dudas, añadir al principio del mismo, donde dice: “en provecho de varias personas”, la palabra “conjuntamente”.

4. Obran también en el Archivo de la Comisión General de Codificación diferentes manuscritos relativos a los libros III y IV del Anteproyecto. En ellos se transcriben los preceptos tal como habían de incorporarse al mismo, pero, a la vez, proporcionan con frecuencia, datos muy escuetos sobre autores de las ponencias, tiempo en que se estudian las mismas, modificaciones de última hora (con o sin referencia a la sesión, de la Sección de lo civil, en que se acuerdan), fuentes, etc.

Ya conocíamos que, a fin de elaborar los libros III y IV, en 7 de marzo de 1884 la Sección de lo civil se subdividió en dos subcomisiones, presididas ambas por su presidente, Alonso Martínez. Ahora sabemos que del Libro 3.º, “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”, fueron ponentes Manresa y Benito Gutiérrez, bajo la presidencia de Alonso Martínez (10). Correspondieron a Benito Gutiérrez las ponencias sobre *disposición preliminar*, ocupación, donación, legítimas y mejoras y sucesión intestada. De Manresa son las relativas a testamentos en general, forma de los testamentos (al menos el ológrafo), y capacidad para disponer y adquirir por testamento. La sección relativa a la aceptación y repudiación de herencia es ponencia de Gu-

(9) El artículo 2.250 del Código portugués establece: “El usufructo, constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, sólo se acaba por la muerte de la última que sobreviviere.”

La exigencia portuguesa de que los favorecidos vivan al tiempo de la constitución se explica por lo dispuesto en el artículo 2.199 del citado Código: “El usufructo puede establecerse a favor de una o de varias personas, simultánea o sucesivamente, siempre que existan al tiempo en que se hace efectivo el derecho del primer usufructuario.” (Cf., en cambio, lo dispuesto en el artículo 787 de nuestro Código civil.)

(10) Según lo relatado sobre la sesión de 27 de enero de 1881, Cárdenas había sido encargado de la distribución, entre los miembros de la Sección, “de algunos materias del Libro 3.º” y cumplió el encargo, distribuyendo entre Silvela, Gamazo, Igón, Manresa y Gutiérrez toda la materia de sucesiones (excepción colación y partición), sobre la base del Proyecto de 1851. Pero este método no llegó a tener efecto por los nuevos criterios que se impusieron en 1884.

tierrez, pero, en cambio, la relativa al beneficio de inventario correspondió a Manresa.

El fascículo 1.º del Libro IV del Anteproyecto, relativo a las obligaciones y contratos en general, fue ponencia de Gamazo. El fascículo 2.º (régimen patrimonial del matrimonio, compraventa, permuta) constituyó ponencia de Albacete (11). El fascículo 3.º no fue ponencia de un solo autor. La parte relativa a la Sociedad fue ponencia de Igón y se discutió en la sesión de 3 de febrero de 1886. El "Secretario de la Comisión" se encargó del título de la prenda, y en él, en una sesión 2.ª, se acoge la figura de la anticresis, aunque luego ésta no pasó al Anteproyecto (12). Isasa fue el encargado de los preceptos relativos a la prescripción.

Entre la documentación se encuentra una carpeta relativa a la ponencia de Oliver sobre la materia hipotecaria, con indicación de los preceptos que iban siendo aprobados por la Sección. Una nota indica: "Estos trabajos no se utilizaron en el Proyecto, acordando el señor ministro que sólo se trajesen a él lo substancial de la materia de Hipotecas, dejando intacta la Ley Hipotecaria."

5. También existen en el citado Archivo diferentes ejemplares de la impresión (13) que del Anteproyecto se hizo para ser repartido entre los individuos de la Comisión de Códigos, a fin de que éstos pudieran hacer sus observaciones. Y entre estos ejemplares están los devueltos por varios de estos individuos que enviaron sus observaciones escritas—como estaba previsto—, al margen de los mismos textos impresos. Constan observaciones de Cárdenas, Pisa y Pajares, Fabié, Bravo, Dauvila, Comas, Franco y López, Ripoll, López Lago.

6. Ultimado el Anteproyecto, la Sección de lo Civil trabajó intensamente durante casi todo el año 1888. Las correcciones acordadas afectaron a todos los Libros del Anteproyecto. Conocemos hoy una etapa avanzada de estos trabajos en cuanto afectan a los Libros I y II. Se presenta con este título: "Proyecto de Código Civil, formado por la Sección 1.ª de la Comisión de Codificación (1882-1888), Libros I y II, corregidos de conformidad a las correcciones acordadas en las sesiones de abril, mayo y junio de 1888" (14). La base de este trabajo está constituida por el Proyecto de 1882: sobre los textos im-

(11) Albacete se encargó de cuidar la impresión de este fascículo 2.º (al menos de la de los artículos 1.328 a 1.380). Lo confirma la correspondencia que dirige al secretario de la Comisión: en estas cartas hay indicaciones sobre la redacción definitiva de ciertos artículos.

(12) Los preceptos ofrecen una redacción bastante distinta a la que luego pasó al Código. Se cita como fuente de inspiración el Anteproyecto belga de Laurent.

(13) Se conservan también pruebas de imprenta con las correcciones que se estimaron oportunas.

(14) En la portada de este trabajo se consigna la siguiente nota: "Hizo el Secretario este trabajo, pero resultó inútil porque se imprimieron de nuevo estos libros que figuran por separado en el Archivo de la Comisión."

presos se hacen correcciones a mano, indicando, a veces, las fuentes que se tienen en cuenta para hacer las correcciones. El nuevo título *Del matrimonio* está redactado ya según lo acordado en la Ley de Bases. Los preceptos sobre alimentos constituyen ya doce artículos (15).

(15) En el mismo Archivo se encuentra también un ejemplar manuscrito de las reformas introducidas en el Código por la Sección de lo Civil, en virtud de la Ley de 26 mayo 1889.

VIDA JURIDICA

NOTICIAS

Programa especial de derecho comparado sobre «Evolución y perspectivas del derecho de sociedades a la luz de las diferentes experiencias nacionales»

(Organizado por la *Faculté Internationale pour l'enseignement du Droit comparé* y por el *Istituto di Diritto commerciale e comparato «L. Mossa»*; Pisa, 12/30 - 9 - 1965).

La *Faculté Internationale pour l'enseignement du Droit comparé*—cuyo Decanato ostenta el profesor René Rodière, ilustre jurista conocido de manera particular por sus trabajos sobre el derecho de transportes—viene ofreciendo periódicamente, junto a los cursos ordinarios de derecho comparado organizados en sus diversos ciclos, numerosos cursos especiales que se ocupan de alguna materia especialmente elegida.

En esta ocasión, la *Faculté Internationale de de Strasbourg* ha organizado, con la colaboración del *Istituto di Diritto commerciale e comparato "Lorenzo Mossa"*, una sesión extraordinaria para desarrollar un programa especial de derecho mercantil comparado, destinado a exponer la "Evolución y perspectivas del derecho de sociedades a la luz de las diferentes experiencias nacionales". La sesión se celebró en Pisa, del 12 al 30 de septiembre del presente año, y su presidencia de honor estuvo ocupada por el profesor G. Ferri, ordinario de la Universidad de Roma, siéndolo la presidencia efectiva por el profesor Piero Verrucoli, quien asumió la labor organizadora —ordinario de la Universidad de Pisa, director del *Istituto "L. Mossa"* y comparatista bien conocido por sus trabajos en el derecho de sociedades y, particularmente, en materia de cooperativas—.

La inclusión, entre los cursos especiales organizados por la Universidad, de uno dedicado al derecho de sociedades constituye inicialmente un acierto, pues siendo—como se ha dicho por la voz más autorizada de nuestros mercantilistas—"el tema de nuestro tiempo en Derecho mercantil" la asociación, es indudable la trascendencia que este sector jurídico posee para la exacta comprensión del mundo económico contemporáneo.

Pero es que, además de este inicial acierto, la consideración de los temas seleccionados para ser expuestos durante el curso refuerzan esta impresión, ya que los mismos reflejan la problemática más acuciante que tiene planteada el desarrollo de esta tendencia a la asociación a los ordenamientos contemporáneos. El curso especial organizado por la *Faculté Internationale de Strasbourg* pretende, considerado globalmente, proporcionar una visión actual de las transformaciones que ha experimentado y está experimentando el derecho de sociedades a través del posible cambio de significado de instituciones tradicio-

nales —por ejemplo, asociación, sociedad anónima— y de la aparición de nuevos fenómenos —por ejemplo, agrupaciones de empresarios— que, mal encuadrados en los ordenamientos vigentes de carácter tradicional, demandan una disciplina congruente con la estructura real que arroja el análisis de los mismos.

Designados para exponer las materias que integraban el curso fueron los profesores Baugnicet (Bruselas), Bernini (Ferrara), Bürgi (Saint Gall), Casanova (Génova), Duque (Salamanca), Ferrara (Florencia), Ferri (Roma), Garrigues (Madrid), Hémard (París), Houin (París), Jauffret (Aix-la-Provence), Manne (Washington), De Martini (Pisa), Mignoli (Milán), Parker (Exeter), Patry (Ginebra y Berna), Pennington (Birmingham), Renauld (Lovaina), Rodière (París), Sandrock (Bonn), Verrucoli (Pisa), Wedderburn (Londres) y Weidner (Bonn). En las tareas del curso colaboraron eficazmente los profesores asistentes Ruffini (Pisa), Anzizu (Barcelona) y Piras (Pisa).

El programa se centraba alrededor de cuatro temas, cuyo contenido, expuesto brevemente, era el siguiente. El primero de ellos —“sociedad y asociación - sociedad y empresa”— se ocupaba de los criterios y significado de la distinción entre sociedad y asociación y, además, de la importancia que el concepto de empresa puede tener para el de sociedad, analizando los momentos más relevantes de la incidencia de aquella realidad sobre ésta: participación de los trabajadores en el funcionamiento de la sociedad y para poner de manifiesto la existencia de una sociedad o de una agrupación de sociedades.

El segundo grupo de conferencias, arrancando de la evolución histórica de los tipos de sociedades, tenía como finalidad poner de manifiesto la función actual de cada uno de los tipos de sociedades recogidos en los ordenamientos nacionales, enlazando con los temas pertenecientes al primer grupo mediante la consideración de los problemas de las sociedades irregulares y de las sociedades civiles con forma mercantil.

El tipo social de la sociedad anónima en el momento concreto de su reforma actual constituía la materia a desarrollar en el tercero de los grupos de conferencias. La reforma de la sociedad anónima que, como es sabido, preocupa actualmente a casi todos los países, muchos de los cuales o han aprobado en fecha cercana leyes de reforma o se ocupen de ella— es una consecuencia de la evolución de los hechos que han provocado la necesidad de que una nueva disciplina, superada ya la vigente, se ocupe de la realidad que hoy es una sociedad por acciones. Y esta evolución se manifiesta en la existencia de dos tipos de sociedades, en la distinta relevancia que poseen los accionistas en el juego de poderes constitucionales en la estructura de la sociedad y en los diversos medios de control. De aquí los temas a tratar: posible distinción de disciplina jurídica para la sociedad anónima de tipo familiar y para la sociedad anónima normal, amplitud del poder de los administradores y repercusiones sobre su responsabilidad, control del funcionamiento de la sociedad por personas técnicas extrañas al círculo de los socios.

Por último, el cuarto tema, relacionado con el anterior, en cuanto que buena parte de los problemas de la sociedad anónima se deben a su inserción en unidades más complejas de asociaciones de empresarios, se ocupaba de las agrupaciones de sociedades y de las perspectivas que existen para una nueva disciplina de este fenómeno, que hasta ahora ha quedado al margen de los

ordenamientos tradicionales, teniendo que construirse su régimen a base de los dispersos y escasos elementos que aquéllos proporcionaban.

Pese al intenso esfuerzo que representaban las cincuenta horas de conferencias, distribuidas en catorce días lectivos, y las sesiones de coloquios, prolongados durante varias horas, el interés de los asistentes no decayó un momento, interés manifestado en la constante asistencia de los matriculados—procedentes de Argentina, Francia, España, Estados Unidos, Gran Bretaña, Italia, Méjico, Polonia, República Federal de Alemania, Yugoslavia, etc.—a las conferencias y en la participación en los coloquios con que se cerraron cada uno de los grupos de conferencias, pidiendo numerosas aclaraciones a las cuestiones tocadas en las conferencias y suscitando otras nuevas relacionadas con las mismas. Estos coloquios fueron presididos por los profesores Houin (el primero), Bagniet (el segundo), Ferrara y Pennington (el tercero y el cuarto respectivamente).

Como instrumento de trabajo, con vistas a la preparación de las pruebas finales, los participantes pudieron utilizar los fondos del *Istituto di Diritto commerciale e comparato* "L. Mossa", que a los suyos propios incorpora la magnífica biblioteca que el profesor Mossa, vinculado tan profundamente a los ambientes jurídicos españoles, legó a la Universidad de Pisa.

Finalmente, la publicación—en curso—de las conferencias y de los coloquios celebrados en esta Sesión permitirá hacerse cargo de la importancia del mismo y de la oportunidad de haberse dedicado por la Facultad Internacional de Estrasburgo una sesión especial al derecho de las sociedades.

J. F. D.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

DE LOS MOZOS, José Luis: «El principio de buena fe (Sus aplicaciones prácticas en Derecho Civil Español)». Barcelona, 1965. Editorial Bosch. Un volumen, 305 páginas.

El Profesor De los Mozos aporta al panorama bibliográfico español un libro dedicado al principio de la buena fe, que lleva como subtítulo: «Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español». Está estructurado comprendiendo dos partes, claramente diferenciadas por el autor. La primera, dedicada al concepto y tipos de buena fe. La segunda, a sus aplicaciones en el Derecho español.

No se puede dar un «concepto general de la buena fe» (para unos, hecho; para otros, principio), sino una serie de criterios de orientación, que requieren en cada caso una precisión distinta. Clara expresión de lo dicho es la «diversificación» de la figura en buena fe subjetiva y objetiva. La primera, basada en la creencia de no dañar a otro, se considera como requisito habilitante en determinada situación jurídica. La segunda tiene valor normativo. A esta diversificación acompaña una cierta «unidad de contenido material» que designa «el elemento cualificativo de un comportamiento referible a la persuasión subjetiva (interna), por la cual, en conformidad o en antinomia con la regla remota moralitatis se entiende obrar rectamente». Elemento ético que ni tan siquiera se esfuma cuando la buena fe es considerada en su aspecto objetivo.

En el segundo capítulo, titulado «Consideraciones dogmáticas de índole general y previa», se profundiza en la distinción de buena fe objetiva y subjetiva, se estudian los límites de ésta y la relación entre buena fe y equidad.

La «buena fe objetiva» comporta una función normativa, no basada en la voluntad de las partes sino en «la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial». Actúa unas veces restringiendo el contenido del contrato, y otras, ampliándolo; pero estas facetas se entroncan en un criterio único de apoyo, el de «reciprocidad» (comportamiento debido y esperado). Así entendida, guarda relación con los «standards» jurídicos.

La «buena fe subjetiva» se refiere a la «consciencia del sujeto, en relación con la «propia situación» o «con la ajena», de la que deriva su derecho según los casos. En el primer supuesto consiste en la creencia o ignorancia de no «dañar un interés ajeno tutelado por el Derecho». El otro campo de actuación de la buena fe se funda en la «apariencia» jurídica, es decir, la creencia o error no se refiere a la situación propia sino a la de aquella persona con la que el sujeto se relaciona.

Los «límites de aplicación» de la buena fe hacen clara referencia a la subjetiva. Son de dos tipos: internos, ausencia de dolo y culpa, y externos. «Los verdaderos límites externos de la buena fe se dan cuando por razón de la materia, interviene la aplicación del principio de orden público, sentido que hay que dar a la imposición que viene determinada por una norma

de derecho estricto». Sólo cuando no existe tal determinación actúa el error legitimante. Se subpone al ordenamiento, y consiste en una disposición psicológica del sujeto que se halla en situación de buena fe, disposición referida a un contenido moral, consistente en la creencia de que su actuación o situación no causa daño a otro. Está referido, por fin, al error de hecho, y su naturaleza es de error propio.

La «relación entre la buena fe y la equidad» se enjuicia así: «La buena fe es un principio jurídico, aunque nada tenga que ver el que se nutra en ocasiones de criterios de equidad, pero normalmente sus criterios son propiamente jurídicos, plenamente recibidos por el Derecho, si bien no pertenecan al Derecho estricto y en algunos supuestos sea susceptible y necesaria su concreción en la aplicación del Derecho».

El tercer capítulo de la primera parte se destina a la formación histórica de los principales tipos de buena fe en la técnica jurídica.

La segunda parte se refiere a las aplicaciones prácticas del principio de buena fe en el Derecho civil español. La «buena fe objetiva» cumple una función integradora de la voluntad negocial (arts. 1.258 C. c. y 57 C. de c.). «Hay que pensar, nos dice el autor, que de una manera o de otra lo que se aplica es la buena fe en aquellos supuestos en que tiene lugar la salvación de la nulidad del intento práctico de las partes, bien porque se opere solamente una nulidad parcial, por aplicación de la máxima «*utile per inutile non vitiatur*», o cuando, con los elementos no inutilizados del negocio nulo, tenga lugar el nacimiento de otro negocio distinto, siempre que las partes no hayan manifestado una voluntad contraria, como sucede en la «conversión» del negocio jurídico».

Siguiendo a Larenz, «el principio, no puede limitarse a las relaciones obligatorias, sino que se aplica siempre que exista una especial vinculación jurídica, y en este sentido puede concurrir, por tanto, en el Derecho de cosas, en el Derecho procesal y en el Derecho público». De los Mozos nos indica los siguientes preceptos (arts. 1.173, 1.119, 1.094, 69-4, C. c. y 9-1 L. A. U.) en los que se aplica la buena fe. Ella, es también, el fundamento que autoriza la revisión del contrato, cuando se trata de aplicar la cláusula «*rebus sic stantibus*». Influye, por fin, en la doctrina de los actos propios, «aunque no desempeña una función autónoma».

La «buena fe subjetiva» encuentra campo de aplicación en nuestro ordenamiento, en el Derecho de obligaciones y en los derechos reales. El autor expone estas aplicaciones.

En los dos últimos capítulos se estudia la buena fe y la apariencia, y las formas típicas de la actuación procesal de la buena fe.

El intento del libro es digno de elogio. Superado el positivismo, se ha de ver con buenos ojos toda luz que aclare el horizonte de los Principios Generales que sustentan el ordenamiento. Las dificultades para acometer tal tarea la hacen igualmente meritoria. Estas dos consideraciones deben ser nuestra guía al enjuiciar la obra. Su valor radica en el esfuerzo constructivo que despliega el autor. Pero quizá resulte demasiado dilatado y poco coherente el campo de aplicación del principio.

LABRUSSE-RIOU, Catherine: «L'égalité des époux en droit allemand»; préface de M. René David. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1965; 263 p.

La *Gleichberechtigungsgesetz* alemana comienza a interesar a este lado del Rin. El fenómeno puede escribirse en el marco de la evolución renovadora que puede observarse últimamente en la doctrina civilista francesa, y de la que son testimonio las diversas Tesis de tema comparatista publicadas en la *Bibliothèque de Droit Privé*, en que también aparece publicada la presente. La Universidad de Estrasburgo —de la que es profesora la autora— se presenta como un buen observatorio, a modo de avanzada de lo germánico en el mundo cultural latino. De cualquier forma cabe decir que la Doctora Labrousse-Riou domina el alemán tanto como el francés, lo que le coloca en inmejorables condiciones para dar a conocer al lector galo la profunda revolución que para el Derecho civil alemán ha supuesto la declaración de la *Grundgesetz*, según la cual *Männer und Frauen sind gleichberechtigte*.

Mientras que el tema de la influencia de los principios constitucionales en el Derecho privado apenas comienza a ser estudiado en otros países, por lo que hace referencia a Alemania ha sido objeto de amplios desenvolvimientos, especialmente en relación con el principio de igualdad. Pero la igualdad de sexos tiene amplias resonancias éticas, y si bien fue proclamada solemnemente por la Revolución Francesa, probablemente sólo hasta los tiempos actuales pudo obtener concreta aplicación en el ámbito del Derecho de Familia, al venir impuesta como consecuencia de la transformación de la sociedad. Cabe, sin embargo, la duda de los límites de aplicación de tal principio a las relaciones familiares, dada la especialidad de las mismas.

En la primera parte, la autora se ocupa del principio de igualdad y sus relaciones con la autoridad marital, observando que frente a la familia jerárquica, basada en la unidad y estabilidad, se levanta, en las costumbres y en la legislación, otro tipo de familia, caracterizada por la ausencia de jefe; junto al sistema alemán se estudia la legislación escandinava y la de los países socialistas. Si negativamente el principio de igualdad de los conyuges implica la desaparición de la autoridad marital, positivamente supone la aparición del principio de solidaridad entre los mismos, así como importantes modificaciones en la situación jurídica de la mujer casada. En la segunda parte de su Tesis —probablemente la más trabajada— la autora descende a las aplicaciones concretas del principio de igualdad con constantes referencias al Derecho francés; así se ocupa de la dirección de la familia, de la elección de domicilio común, de los derechos de ambos padres sobre los hijos y de la situación jurídica de la mujer casada en relación con su apellido, fijación de domicilio independiente, ejercicio profesional y potestad doméstica. En la tercera parte sólo se estudian algunos problemas concretos de la aplicación del principio de igualdad a las relaciones patrimoniales (por ejemplo, colaboración a las cargas del matrimonio, deber recíproco de colaboración profesional, ideas generales sobre los regímenes matrimoniales).

Para un jurista español probablemente lo más interesante de esta obra

es lo que puede denominarse "óptica francesa" sobre la reforma alemana del Derecho de Familia. Advierte la autora que el principio de igualdad entre cónyuges obliga a reconstruir sobre nuevas ideas y conceptos el Derecho de Familia. Si hasta ahora los litigios familiares se resolvían con arreglo al principio de potestad marital que excluía en la práctica la intervención judicial, en adelante esta última será decisiva. Pero la naturaleza de las relaciones familiares se acomoda mal a las intervenciones extrañas. Por ello juzga con cierto escepticismo la reforma alemana de 1953-1958.

Es lástima que la autora desconozca las aportaciones italianas sobre el Derecho de Familia, en las que acaso hubiera encontrado respuesta a algunos interrogantes de su obra. También se ignoran las reformas españolas de 1958. Con todo, hay que decir que se trata de un estudio bien realizado, muy bien documentado, y que cumplirá la importante función de dar a conocer en Francia el sentido y la trascendencia de la reciente reforma alemana del Derecho de Familia.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

LEARNED HAND: «The Bill of Rights», con una Introducción de Charles E. Wyzanski, Jr., Nueva York. Atheneum. 1964 (79 págs).

En una de sus acepciones, probablemente la más constante a lo largo de su historia, el «Common Law» es el derecho no escrito o, mejor aún, el no legislativo o no legislado («Unenacted», en Maitland; «Non-statutory», en Batt), esto es, el conjunto de normas jurídicas que no tienen por fuente los órganos legislativos ordinarios del Estado (el Parlamento, con el Rey, en Gran Bretaña; el Congreso, con el Presidente, en los Estados Unidos).

Contra lo que tan firmemente creyera y defendiera Blackstone (1) la fuente de este derecho no es la costumbre popular, sino, más concretamente, la costumbre de los tribunales o, dicho con terminología «continental», la jurisprudencia, la doctrina legal contenida en las decisiones de los jueces y tribunales, la «razón artificial», en la conocida expresión de Coke; la «opinión colectiva de los juristas», en Pollock (2).

Aunque la polémica sea de intensidad relativa al respecto, tanto en Gran Bretaña como en los Estados Unidos, nadie parece poner en duda seriamente que el juez en «Common Law», y juzgando en caso de «Common Law» es, más que un intérprete o aplicador de la norma, un creador de la norma misma, esto es, una fuente del derecho en sentido propio y estricto.

Sobre esta base y con esta convicción, este conocido ensayo del muy conocido —más como juez que como tratadista— Learned Hand, se plantea el problema de cuáles sean las limitaciones que el juez deba tener en su función creadora del derecho. Sus conclusiones son terminantes y vienen a sumarse a las muchas y continuadas que vienen produciéndose en «Common Law» desde la famosa de Bacon («Let judges... remember that Solomon's throne was supported by lions on both sides; let them be lions, but yet

(1) *Commentaries*, vol. I, págs. 23 y sigs. (ed. Ehrlich, Nueva York, 1959).

(2) *The Science of Case-Law*, en *Jurisprudence and Legal Essays*, ed. A. L. Goodhart, Londres, 1963 (pág. 179).

lions under the throne, being circumspect that they do not check or oppose any ponts of sovereignty») (3): aún ejercitando una «potestas normandi», el juez debe aplicar los principios generales del ordenamiento jurídico, los del derecho legislado incluido, con celoso respeto para con los mismos y para con sus propios precedentes. Aún actuando sin norma previa, en función creadora, el juez debe olvidar toda preferencia personal y ajustarse al sentimiento comunitario, a lo que hubiera sido la voluntad general de haber podido tener expresión; lo que no le está permitido al juez es «introducir encubiertamente en su decisión sus opiniones personales de lo que es deseable, por muy desinteresadas que puedan ser» (pág. 42); punto sobre el que insiste la introducción de Wyzanski: «no es lícito a los jueces el contemplarse a sí propios libres de toda restricción excepto la de sus nociones privadas de justicia» (pág. XIV).

El tema es especialmente grave en los Estados Unidos, donde el juez federal tiene (se la ha arrogado sin base firme en la Constitución, a juicio de Hand; la tiene efectivamente por prescripción constitucional, a juicio de Wyzanski) la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes por cuanto entonces, si se deja llevar por sus opiniones o prejuicios personales, inyecta unos y otros en el esquema constitucional, erigiéndose en árbitro irresponsable de las decisiones de los órganos verdaderamente responsables, en cuanto representativos y, por tanto, sujetos periódicamente a la voluntad última del cuerpo electoral. En este terreno, más que en ningún otro, es precisa la continencia y la templanza del juez, que jamás debe entrar a considerar la oportunidad o inoportunidad de las medidas legislativas ni los principios políticos, sociales o económicos que las inspiren, dándolos siempre por buenos y aceptables, y limitando su análisis al tema puro y simple de si existe una oposición manifiesta, externa y tangible entre el precepto constitucional y el texto legal cuya constitucionalidad se debate.

Este análisis abstracto sobre las limitaciones que el poder judicial, cuando no le vengan impuestas desde fuera, debe imponerse en cualquier caso a sí propio, se completa con su estudio ante ejemplos concretos, sumamente significativos, en cuanto a posibles latitudes de interpretación y configuración, en las que el juez puede arrogarse a sí propio, si no se autovigila, un papel de definidor de estructuras comunitarias; así, en cuanto a la cláusula de «due process» como garantía y protección —substantiva, no meramente procesal— de los derechos individuales, o la doctrina del «riesgo claro y presente» como limitativa de la libertad de expresión; así en las múltiples aplicaciones del principio de indiferencia estatal ante las religiones organizadas; siempre el «delt motiv» de Hand es el mismo; expresándolo con la frase de una sentencia del Tribunal Supremo norteamericano que cita, «no somos —los magistrados— una superlegislatura para juzgar de la sabiduría de la legislación, ni para decidir si la política que en la misma se expresa es contraria al interés público ... [los legisladores] ... son los que establecen sus propios niveles de interés público, dentro de límites amplísimos y... en tanto en cuanto no sean violadas prohibiciones constitucionales específicas» («Day-Brite Lighting, Inc.» versus «Missouri»; pág. 44).

(3) *Of Judicature*, en *The Works of ...*, ed. W. J. Black, Nueva York, 1932, pág. 196.

La introducción de Wyzanski tras de destacar la enorme personalidad de Hand como mentor del «Common Law» mantiene que, en los Estados Unidos, la historia constitucional demuestra que existe una delegación real de poderes en los jueces al tiempo que afirma que, «en tanto haya jueces con el escepticismo, tolerancia y humildad del juez Hand para recordar lo cautamente que los jueces deben proceder, esa delegación popular no es probable que sea revocada» (pág. XIV).

M. ALONSO OLEA

PUIG FERRIOL, Luis: «El heredero fiduciario» (prólogo de Francisco F. Villavicencio). Publicaciones de la Cátedra de Derecho civil «Durán y Bas». Barcelona. 1.^a edic., 1965. Un volumen de 262 páginas.

El estudio (tesis doctoral) se centra sobre la posición jurídica del fiduciario en los fideicomisos catalanes y, más concretamente, en la sustitución fideicomisaria, que el autor empieza por separar del fideicomiso puro, cuya subsistencia independiente en la Compilación crítica desfavorablemente, pues debería haberse refundido en la herencia de confianza o en el albaceazgo universal, instituciones con las que guarda marcada analogía (pág. 39), siquiera estas últimas respondan mejor a la concepción romana. La fundamental diferencia entre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria estriba en que mientras en aquél el fideicomisario es el único heredero (págs. 27, 31), la sustitución fideicomisaria a título universal es una institución sucesiva de heredero (pág. 38). Son herederos tanto el fiduciario —en propiedad— como el fideicomisario (pág. 53).

Una vez estudiada la apertura de la sucesión fiduciaria (págs. 54-82), con el análisis de los casos en que es necesaria la aceptación del fiduciario (pág. 55) y la solución dada en el Derecho moderno, acogida por la Compilación (art. 155, párr. 3.º), para el supuesto de que el fiduciario no llegue a ser heredero, consistente en acudir a la sustitución vulgar tácita (págs. 57-58), desarrolla lo que propiamente constituye el tema de la obra, esto es, la figura del fiduciario como heredero o legatario en propiedad, distinguiendo los derechos del fiduciario en general de sus facultades dispositivas sobre los bienes fideicomitidos.

En el primer aspecto caracteriza la posición jurídica del fiduciario antes de la delación fideicomisaria como heredero con titularidad «caducable» o «revocable» (pág. 153), tecnicismo que no compartimos y que parece oponerse al principio de que quien ha sido heredero una vez lo es siempre, siquiera las consecuencias económicas derivadas de tal condición pasen a otro sujeto. Igualmente nos parece algo aventurada la opinión de que la figura verdaderamente contemplada por el artículo 781 del Código civil es el fideicomiso y no la sustitución fideicomisaria (pág. 26). Constituye, en cambio, un evidente acierto destacar que, en realidad, no hay tal supuesta «obligación» de restituir para el fiduciario —argumento: arts. 204 y 206 de la Compilación—, sino que existe adquisición automática de los bienes fideicomitidos.

Entre los derechos y obligaciones del fiduciario en este momento se estudian detalladamente la posesión, el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos, las garantías para el fideicomisario (administración y conservación),

la distinción entre bienes libres (los que no tienen la consideración de frutos o rentas) y los gravados de restitución, el derecho de mejorar los bienes, el cobro de créditos, sus facultades con respecto a los valores mobiliarios, ejercicio de acciones hereditarias, facultades para comprometer en árbitros y derecho a percibir la cuarta trebeliánica.

Respecto a las facultades dispositivas del fiduciario (págs. 148-226), opina que el término «disposición» utilizado en la *Compilación* (arts. 186, 188) se circunscribe a la enajenación y gravamen, con exclusión de la renuncia. El punto de partida de los compiladores es ampliar las facultades dispositivas del fiduciario, lo que se estima indispensable para actualizar la institución; ello no se opone a que el principio general sea la inalienabilidad de los bienes fideicomitidos en concepto de libres (art. 186, párr. 1.º), que el autor encuentra injustificado, por estimar que el requisito esencial para la existencia de la sustitución fideicomisaria, el «ordo successivus», igual se logra sentando como principio general el de la facultad de disponer de los bienes fideicomitidos, siempre que se rodee de las debidas garantías para salvaguardar el llamamiento fideicomisario (pág. 153). Precisamente, reconociendo amplias facultades dispositivas al fiduciario, de tal modo que el heredero sucesivo no haya de recibir necesariamente los mismos bienes, se evita el estancamiento de éstos, principal inconveniente de la institución, que llegó a determinar su exclusión del Proyecto de 1851.

De los actos dispositivos de los bienes en concepto de libres hay que separar los actos de disposición con subsistencia del gravamen fideicomisario, que la *Compilación* admite para las sustituciones fideicomisarias condicionales y a término incierto (arts. 163, 164).

Acto seguido, pasa a estudiar las excepciones al principio de inalienabilidad de los bienes fideicomitidos (págs. 159-183), bien mediante la oportuna autorización del testador, bien consintiéndolo los fideicomisarios, bien por disposición de la ley (legítimas, dotes, pago de deudas, cuarta trebeliánica, gastos extraordinarios, garantía de créditos refaccionarios). Como casos particulares de disposición estudia la venta, dación en pago, permuta, donación, renta vitalicia, transacción, aportación a una sociedad, constitución de prenda, hipoteca, anticresis, servidumbres, censos, derecho de superficie, «rabassa morta», opción, arrendamientos rústicos y urbanos y préstamos, ocupándose de la determinación del gravamen fideicomisario en el supuesto de herencia o bienes poseídos en común (págs. 206-221) y terminando este capítulo, el más importante del libro, con el análisis de la subrogación real y las garantías para los fideicomisarios.

El capítulo III se refiere a la delación fideicomisaria (págs. 227-257), distinguiendo los elementos personales (quién debe entregar los bienes y a quiénes), reales (qué es lo que hay que entregar o extensión del gravamen fideicomisario) y formales (forma de la entrega), así como el tiempo en que ésta debe hacerse, terminando con los efectos de la delación fideicomisaria.

Por lo expuesto puede comprenderse que estamos ante una obra muy útil para plantearse un riguroso tratamiento científico de la posición del fiduciario en la *Compilación* catalana, que prestará valiosa ayuda a cuantos, foralistas o no, se interesan por el Derecho patrio y su deseable unificación.

REVISTAS

A cargo de Antonio Manuel MORALES MORENO

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *La Compilación de Derecho civil especial de Galicia*. RGLJ, año CXI, diciembre de 1963; págs. 707 a 734.

En el trabajo del señor Castán se podrían distinguir dos partes. En la primera, de encuadre, se sitúa en su medio apropiado la Compilación (Galicia y España, fisonomía espiritual del país gallego, ¿es Galicia territorio de Derecho foral?). La segunda, referida específicamente al estudio de la Compilación, va precedida de apartados como: los trabajos preparatorios, la Compilación en las Cortes. Por fin, el autor se refiere a la reforma del Derecho privado español, realidades y perspectivas.

FASSO, Guido: *La lege della ragione*. RDDC, año X, núm. 2, marzo-abril 1964; págs. 126 a 138.

El Derecho es posible entenderlo como expresión de la razón, antes que mandato de una voluntad. El sistema inglés, jurisprudencial, es prueba histórica de esta afirmación. Así, se puede disolver la pretendida contraposición entre Derecho natural y positivo. Los países en que la exigencia iusnaturalista de la racionalidad ha sido acogida, han logrado un más próspero desarrollo de la libertad política, y fecunda garantía, porque el límite al poder del soberano ha sido realidad.

FORCIBELLI, Paolo: *Lesione dell'interesse, violazione del diritto, resarcimento*. RDDC, año X, núm. 4, julio-agosto 1964; págs. 241 a 363.

La doctrina según la cual el daño extracontractual, para ser resarcible, ha de consistir en la violación de un derecho subjetivo absoluto, está hoy superada por la mayor parte de los civilistas. El nuevo C. c. italiano exige tan sólo que la conducta dañosa sea injusta, es decir, reprobada por el ordenamiento.

Desde el punto de vista jurídico, es ocioso hablar de lesión de interés legítimo o de derecho, porque la lesión se refiere a la norma. Hay hipótesis en las que el resarcimiento está dispuesto expresamente en la norma. Pero en otros casos se puede llegar a conclusiones favorables al mismo, por aplicación de estos principios, aun cuando no esté previsto en ella. Así sucede en la violación de la posesión.

FROSINI, Vittorio: *Osservazioni sulla struttura giuridica dell'ufficio*. RDDC, año X, núm. 2, marzo-abril 1964; págs. 138 a 149.

La construcción del *oficio* sobre el *derecho-deber*, encuentra sus bases en los nombres de Al. Levi y M. S. Giannini. Las principales figuras jurídicas del oficio en el Derecho privado son: patria potestad, potestad marital, potestad del tutor, ejecutor del testamento, administrador de la sociedad por acciones.

GLOBSCHMIDT, Werner: *La teoría tridimensional del mundo jurídico*. RGLJ, año CXI, tomo 47, núm. 4, octubre de 1963; págs. 379 a 391.

Los tres ingredientes del mundo jurídico en la concepción del profesor Goldschmidt son: uno el axiológico, otro el sociológico, y, por fin, el tercero, el normativo. La justicia realiza una función de reparto, sobre un elemento material (sociología jurídica). Las normas describen e integran el orden de repartos.

JARDI, Enrique: *El elemento consuetudinario en la compilación de Derecho civil especial de Cataluña*. RGLJ, año CXII, febrero 1964; págs. 168 a 190.

El derecho consuetudinario ha quedado, en Cataluña, prácticamente suprimido, por obra de la compilación. Anteriormente, el Tribunal Supremo declaró que a falta de ley debe observarse la costumbre, la cual tiene fuerza de obligar con preferencia a la legislación supletoria. El texto actual, en dos casos da entrada al derecho consuetudinario: remisión e incorporación.

MARÍN PÉREZ, Pascual: *La reforma del Derecho civil español*. T., núm. 15, año 1964; págs. 73 a 89.

El autor, decidido partidario de la reforma de nuestro Derecho civil, hace una exposición crítica de las últimas orientaciones legislativas españolas en este orden, el Anteproyecto de reforma del Título Preliminar del C. c.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *Orientaciones modernas del Derecho civil*. RGLJ, año CXII, octubre 1964; págs. 393 a 432.

El Derecho civil es el terreno de afirmación de la libertad humana. Son tendencias actuales del mismo: frente a la propuesta romanización, la socialización; frente a los preceptos concretos recogidos en forma de código, la tendencia a configurarlo como conjunto de principios básicos. El autor combate las tendencias que afirman que el Derecho civil está llamado a desaparecer, y se muestra optimista, en la creencia de que estamos en vías de superación de la actual crisis.

RUGGERO, Heneghedì: *In torno al problema della desuetudine*. RDDC, año X, núm. 5, septiembre-octubre 1964; págs. 441 a 477.

Es preciso diferenciar la costumbre contraria a la ley del desuso, aunque se identifiquen por la doctrina, pues en el primer caso, además de la abrogación, común a ambos, hay sustitución de la norma por otra de contenido contrario. Ante el problema que plantea el desuso, que fundamentalmente es el de su propio alcance, no se puede adoptar una postura puramente formal. Importa considerar la *valides efectiva* de la norma abrogada, concepto que nos remite a su arraigo histórico sociológico.

SALVADOR, Antonio: *Nuestro concepto de justicia y su génesis*. RGLJ, año CXI, julio-agosto 1963; págs. 5 a 53.

El concepto de Justicia, previo al Derecho, es ciertamente básico y fundamental en todos los momentos de la vida de éste. Importa por ello precisar cómo nació el concepto de Justicia, sobre el que el pueblo romano levantó la estructura jurídica de occidente, y cuáles son las bases estructurales del mismo.

STOLFI, Giuseppe: *Il principio di buona fede*. RDC, año LXII, núm. 5-6, mayo-junio 1964; págs. 163 a 176.

La doctrina italiana ha ofrecido un cierto desinterés por el principio de buena fe, como consecuencia de una determinada concepción de la norma civil. La Corte Suprema no ha dudado proclamar que la violación del deber de lealtad y de *correttezza* tan sólo da lugar a responsabilidad por daños, cuando se concrete en la violación de un derecho ajeno, reconocido por otra norma. Pero para el autor el deber de "*correttezza*" está específicamente impuesto por el legislador. Su ámbito de aplicación impone restricciones. No se aplica a las relaciones hereditarias, y a los negocios inter vivos, relativos a la formación, modificación, transmisión y extinción de derechos reales.

DEL VECCHIO, Giorgio: *El Derecho Natural como fundamento de una sociedad del género humano*. RGLJ, año 111, núm. 1, enero de 1963; págs. 5 a 14.

Acceptando la máxima de obligatoriedad de los pactos, el arbitrio ilimitado de los estados quedaría superado en la vida internacional, en base a reconocer los dictados de la recta razón como ley imperativa.

2. Derecho de la persona.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Los últimos avances de la condición jurídica de la mujer española*. RGLJ, año 111, núm. 1, enero 1963; págs. 15 a 51.

La etapa de la monarquía y la Constitución de la segunda República supusieron un avance en la condición jurídica de la mujer española, aunque esta

última lo hiciera de forma meramente programática. Y ya antes, el Código civil, "aun cuando muestra una postura poco avanzada en la regulación de los derechos de la mujer, no dejó de levantar algunas de las antiguas incapacidades...". La Ley de 24 de abril de 1958 da un gran paso hacia la equiparación de los sexos, aunque subsiste en dicha ley la llamada, con poca propiedad, incapacidad de la mujer casada. Se puede decir en el momento presente que las limitaciones que afectan a la mujer casada, y que lógicamente no pueden ser construidas como incapacidades, están establecidas sólo en interés de la comunidad conyugal y serán únicamente de aplicación concreta a determinados tipos de negocio, sin que puedan ser objeto de ampliación.

CONDE-PUNPIDO FERREIRO, Cándido: *La nueva ordenación de las responsabilidades penal y civil en la circulación*. RGLJ, año CXI, segunda época, tomo XLVI, núm. 2, febrero 1963; págs. 183 a 233.

La Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre uso y circulación de vehículos de motor está inspirada, en lo relativo a la responsabilidad civil, en los principios de responsabilidad objetiva (art. 39) y seguro obligatorio para cubrir los riesgos de daños a terceros (art. 40). Son límites al principio de responsabilidad sin culpa, que el hecho fuere debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado, o a fuerza mayor extraña a la conducción o el funcionamiento del vehículo.

CRIOCUOLI, Giovanni: *Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà*. RDDC, año X, núm. 4, julio-agosto 1964; págs. 364 a 386.

El principio de conservación (*utile per inutile non vitiatur*) "atestigua una tendencia del legislador a conservar los valores creados en el mundo del Derecho". La falta de una norma que, como la del artículo 1.419 del C. c. italiano que dispone la nulidad objetivamente parcial, disponga la anulabilidad objetivamente parcial del negocio, hace surgir la duda de si los vicios parciales de voluntad comportan o no la anulabilidad del mismo. La solución debe estar iluminada por el principio de conservación. Se analiza la teoría de Daemartello; los vicios de violencia, error y dolo parciales.

DÍEZ DÍAZ, Joaquín: *El derecho a la vida*. RGLJ, año CXII, septiembre de 1964; págs. 249 a 295.

El derecho a la vida es fundamental. Es la base de los demás. Su lesión origina un resarcimiento.

DÍEZ DÍAZ, Joaquín: *¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?*. RGLJ, año CXI, núm. 6, junio 1963; págs. 858 a 901.

Reconocidos los derechos de la personalidad, se apunta el problema técnico de si constituyen auténticos derechos subjetivos o hay que considerarlos como bienes de la persona.

ESPINAR LA FUENTE, FRANCISCO: *Líneas de orientación para una concepción del negocio jurídico*. RGLJ, año CXI, núm. 6, junio de 1963; págs. 819 a 857.

“Los negocios vienen a constituir núcleos integrantes del Derecho positivo socialmente existente, y como todo Derecho se compone de casos y normas, los negocios son también en sí mismos casos y normas.” Distinguiendo negocios y actos jurídicos, así como los negocios y cuasi negocios, clasifica a aquéllos por su sujeto, objeto, forma y causa.

FERNÁNDEZ BOADO VILLAAMIL, PEDRO: *El negocio jurídico de crédito agrario*. T., núm. 15, 1964; 27 a 53.

El negocio de crédito agrario ofrece importantes especialidades que le confieren una indudable tipicidad. Las notas típicas que caracterizan el crédito agrario pueden centrarse en las siguientes: 1.º El destino exclusivamente agrario del crédito. 2.º La posición jurídica del Estado en la relación crediticia. 3.º Especialidad en cuanto a los sujetos. 4.º Especialidad en cuanto al contenido y efectos, fundamentalmente a la tasa de interés y al tiempo de duración de la relación crediticia. Trata del concepto de crédito agrario, cauces contractuales, clases de crédito agrario, garantías.

GRECO, PAOLO: *Saggio sulla concezione del Diritto di autore*. RDDC, año X, número 6, noviembre-diciembre 1964; págs. 539 a 583.

El propósito no es ofrecer una nueva teoría, sino proceder a un examen crítico de las ya existentes, refiriéndose especialmente a las que contemplan la relación entre el derecho de carácter moral de autor y el carácter económico o patrimonial, y más concretamente, a las que hoy parecen estar más en pugna: la dualista y la del monismo *integral*.

RUFFINI, MARIA LETIZIA: *Il concorso di colpa e di caso fortuito nella produzione del fatto dannoso: l'esperienza francese e il Diritto italiano*. RDC, año LXII, núm. 1-2, enero-febrero 1964; págs. 39 a 59.

La jurisprudencia francesa ha acogido una solución de *causalité partagée*, en aquellos hechos dañosos que aparecen causados por dos factores que operan entre sí con independencia: uno humano y otro fortuito. Forchielli ha levantado su voz, contraria a la aplicación en Derecho italiano de esta solución propia del francés. El autor disiente de esta opinión.

SRISA, GIUSEPPE: *Sul cognome della moglie nel matrimonio putativo*. RDMSP, año VI, núm. 1, enero-marzo 1964; págs. 30 a 50.

El autor distingue dos aspectos del problema, correspondientes a otras tantas posibles situaciones del matrimonio: no existencia de hijos o existencia de

los mismos. No existiendo hijos, la cuestión queda referida a las relaciones entre los cónyuges, y en este aspecto no es aplicable analógicamente el artículo 149 C. c., que dice así: "La mujer durante su estado de viuda conserva el apellido del marido." Cuando los hijos han nacido, parece innegable el interés de éstos en que la madre lleve el mismo apellido del padre, para que su posición de hijos legítimos quede patentizada. E incluso la madre tiene el mismo interés para que su posición de madre legítima se haga pública.

STELLA RICHTER, Giorgio: *Contributo alla determinazione del cognome della donna coniugata*. RDMSP, año VI, núm. 2, abril-junio 1964; págs. 205 a 229.

El C. c. italiano determina en su artículo 144: "la mujer sigue la condición del marido y asume su apellido". Esta variación del apellido es consecuencia directa e inmediata del cambio de estado personal, siendo obligatorio su uso por parte de la mujer. Se estudia el apellido de la mujer viuda, separada, y en caso de anulación del matrimonio. Contenido y coercibilidad de la obligación de usar el apellido del marido.

TALAMANCA, Mario: *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*. RDDC, año X, núm. 2, marzo-abril 1964; págs. 150 a 167.

Su objeto es demostrar que el criterio estructural de diferenciación, generalmente acogido, entre "revoca" y "receso" no responde a una exacta valoración del supuesto tenido en consideración.

3. Derecho de cosas.

CARIOTA FERRARA, Luigi: *Enfiteusi di quota. Coenfiteusi*. RDDC, año X, número 2, marzo-abril 1964; págs. 168 a 172.

¿Es admisible la enfiteusis de cuotas? Admitida, se examinan supuestos prácticos en que puede presentarse.

DIFERNÁN, Bonifacio: *Existencia y regulación del Derecho de propiedad en la Rusia Soviética*, RGLJ, año CXI, diciembre 1963; págs. 766 a 822.

Se estudian los tipos de propiedad a la luz de la Constitución de 1936, y la doctrina. Estos son: propiedad del Estado, propiedad koljosiána o cooperativa, propiedad familiar, propiedad común de los cónyuges y propiedad individual.

MARTÍN RETORTILLO, Cirilo: *El derecho de superficie según la Ley del suelo*. RGLJ, año CXI, diciembre de 1963; págs. 735 a 765.

El derecho de superficie, ausente en nuestro C. c. salvo mención indirecta, es resucitado en nuestras leyes administrativas como instrumento al servicio de una política de construcción de viviendas. En la Ley del suelo aparece regulado con "matiz social y administrativo". Se estudian, referidos a esa Ley, los requisitos formales para su constitución y la contraprestación del superficiario.

MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, Luis: *Problemas jurídicos de una planificación agraria*. T, núm. 15, 1964; págs. 11 a 26.

En torno al campo, se enriquece aceleradamente la legislación de múltiples países. Así, también en España existen múltiples disposiciones reguladoras de problemas agrarios concretos. Pero el Derecho agrario español, como disciplina autónoma, aún no se ha producido. El autor propone, para el análisis de las disposiciones sobre el agro español, el siguiente esquema de trabajo: Normas jurídicas, objeto, sujetos, relación jurídica (contratación, derecho de familia, sucesiones).

SANTA PINTER, J. J.: *El Registro de la Propiedad en Puerto Rico*. RGLJ, año CXII, julio-agosto 1964; págs. 29 a 76.

Estudia: El Registro de la propiedad, asientos, anotación preventiva, menciones, el registrador, el elemento calificación.

SANZ JARQUE, Juan José: *Estudio de la vigente Ley de concentración parcelaria* (texto refundido de 8 de noviembre de 1962). RGLJ, año CXI, tomo 47, núm. 4, noviembre 1963; págs. 577 a 619.

Antes de abordar el texto refundido de 8 de noviembre de 1962 en su estructura, carácter y contenido, se exponen los antecedentes del mismo. La Ley de Concentración parcelaria es para el señor Sanz Jarque "un pequeño código de la propiedad de la tierra que afecta a gran parte de la superficie cultivable de la nación, esté en expectativa de concentración, concentrándose o concentrada".

VENTURA-TRAVERSET GONZÁLEZ, Antonio: *Patología de la propiedad horizontal*. RGLJ, año CXII, julio-agosto 1964; págs. 12 a 28.

Expone a grandes rasgos las principales enfermedades que padece nuestra propiedad horizontal.

4. Obligaciones y contratos.

CARROZZA, Antonio: *La conversione legale del contratto privato come strumento d'intervento pubblico in agricoltura*. RDDC, año X, núm. 2, marzo-abril 1964; págs. 171 a 204.

La existencia de pactos agrarios preconstituídos podía significar un obstáculo a la labor planificadora, en este sector. La solución es *transformar* o *convertir* el contrato. Se expone la situación de la legislación italiana ante este punto, apoyándose algunas reflexiones dogmáticas sobre el tema.

GIORGIANNI, Michele: *Gli obblighi di fare del venditore*. RDC, año LXII, número 1-2, enero-febrero 1964; págs. 1 a 23.

En ocasiones el vendedor ha de construir, crear o dar vida a la cosa vendida, aún no existente en el momento del contrato. Tal hipótesis impide que la venta produzca el efecto traslativo real, normal en el Derecho italiano, siendo su carácter más bien obligacional. Entonces se ha de considerar, junto a la obligación de entrega, consistente en un dar, otra consistente en un hacer. El esquema de la compraventa no parece incompatible con obligaciones de hacer. A juicio del autor, la indudable prevalencia del dar, en el supuesto que estudiamos, no implica necesariamente que el hacer sea considerado tan sólo como reflejo del dar, privado de todo relieve autónomo. Estudia la relación entre esta hipótesis y la locatio operis.

MARÍN PÉREZ, Pascual: *La crisis del contrato*. RGLJ, año CXII, mayo 1964; páginas 669 a 730.

A juicio del autor, es preciso retornar, otra vez, a la doctrina del Derecho común en consonancia con el Derecho natural, resucitando el concepto de negotium que responde mejor al significado tradicional que la voz contrato, puesto que es precisa la configuración institucional.

OGÁYAR Y AYLÓN, Tomás: *La nueva regulación arrendaticia urbana* (somero estudio de la Ley de 11 de junio de 1964). RGLJ, año CXII, junio 1964; páginas 831 a 900.

Estudia: Necesidad de la reforma e insuficiencia de la realizada. Naturaleza de los derechos concedidos. Cesión y traspaso. Subrogación mortis causa. Excepciones a la prórroga. Renta, obras, jurisdicción y disposiciones transitorias, adicionales y finales.

PAZZAGLIA, Ludovico: *La sorte del mandato (e di contratti simili) in caso di fallimento d'una delle parte*. RDC, año LXII, núm. 1-2, enero-febrero 1964; páginas 24 a 38.

La jurisprudencia y la doctrina han mantenido, en Italia, diversas soluciones. La primera mantiene la tesis de la supervivencia, basada en argumentos

que se critican, y la segunda la de la extinción. Para el autor, aunque la disposición del artículo 78 L. de quiebras no existiese y el mandato no se disolviese, en caso de quiebra de una de las partes, se disolvería el mandato in rem propriam. Exigencias objetivas así lo imponen, debido al contraste entre la ejecución del mandato y las exigencias del procedimiento, garantía de satisfacción de los acreedores.

SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco Miguel: *Problemática de las obligaciones naturales*. RGLJ, año CXII, marzo 1964; págs. 327 a 381.

Las obligaciones morales constituyen una categoría especial del vínculo obligatorio. Se estudian en el Derecho romano y comparado. El C. c. español, si bien desconoce el nomen, reconoce sus efectos: irrepetibilidad del pago.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Fernando: *La diferencia entre los conceptos de imposibilidad y de excesiva onerosidad sobrevenidas en el contrato de trabajo*. RGLJ, año CXII, abril 1964; págs. 575 a 588.

La imposibilidad afecta al objeto. La excesiva onerosidad afecta a la causa. La imposibilidad opera ipso iure. La excesiva onerosidad autoriza a pedir la resolución.

5. Derecho de familia.

BUZZI DI MARCO, Mario: *La trascrizione del matrimonio di coscienza*. RDMSP, año VI, núm. 1, enero-marzo 1964; págs. 51 a 65.

Analiza el matrimonio de conciencia en el Derecho canónico, y relaciones entre el ordenamiento canónico y civil en relación con la inscripción del matrimonio. Inscripción del matrimonio de conciencia, y relevancia de la voluntad de los cónyuges en la inscripción del mismo.

CARNELUTTI, Francesco: *Riforma del diritto di famiglia*. RDMSP, año VI, número 1, enero-marzo 1964; págs. 24 a 29.

El Derecho de familia italiano necesita una reforma. Sus objetivos primordiales, a juicio del autor, deben ser dos. Lograr la paridad de los sexos, pues la dignidad y el valor de la mujer es semejante a la del marido. Abolir la separación de los cónyuges por mutuo consenso, en atención a la prole.

CONDE-PUNPIDO FERREIRO, Cándido: *El artículo 51 del C. c.: Alcance de su precepto y de su sanción*. RGLJ, año CXI, núm. 4, abril de 1963; páginas 481 a 553.

El artículo 51 del C. c. puede plantear problemas al relacionarlo con otras normas del C. c. Importa por ello señalar su alcance. Por lo que se refiere a

la sanción se exponen diversas tesis mantenidas: tesis de la ineficacia relativa; tesis de la nulidad radical; tesis de la inexistencia.

JUCCI, Gianni: *Il mancato adempimento del debitum coniugale*. RDMSF, año VI, núm. 3-4, julio-agosto 1964; págs. 525 a 531.

La oposición injustificada de uno de los cónyuges a la realización del débito conyugal, es considerada por la doctrina y jurisprudencia dominantes causa de separación matrimonial.

MAGNANI NOVA, María: *I rapporti patrimoniali tra coniugi*. RDMSF, año VI, número 1, enero-marzo 1964; págs. 66 a 84.

Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, tal como se regulan en el actual Código civil italiano, responden a una sociedad familiar diferente de la actual. El camino de la emancipación de la mujer está más adelantado. Se impone una reforma legislativa que refleje en el terreno económico familiar la nueva situación. Se analizan las bases de la organización actual, proponiéndose una fórmula de sustitución.

MALBERTI, Claudio: *Alcuni rilievi sociologici sulle motivazioni dell'adulterio*. RDMSF, año VI, núm. 3-4, julio-diciembre 1964; págs. 540 a 547.

Son las motivaciones sociales (educación ambiental, hábito, fallo del matrimonio), más que las psíquicas o económicas, las que considera el autor causa del adulterio.

MALINVERNI, Alessandro: *Inseminazione artificiale e adulterio*. RDMSF, año VI, número 3-4, julio-diciembre 1964; págs. 476 a 496.

La inseminación artificial ha sometido a revisión el modo tradicional de valorar los actos constitutivos del delito de adulterio. Este ataca el bien jurídico de certeza de la prole, al menos poniéndolo en peligro, y viola la obligación de la mujer de no engendrar hijos que no sean del marido, atentando gravemente a la firmeza del matrimonio. Pero su realización implica un procedimiento que aparece ofensa del derecho de exclusividad sexual del cónyuge, por eso el autor lo denomina adulterio casto.

MANTOVANI, Ferrando: *Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*. RDMSF, año VI, núm. 3-4, julio-diciembre 1964; págs. 509 a 516.

El Código penal italiano prevé, en su artículo 571, el delito de abuso en los medios de corrección y disciplina, encuadrado entre los delitos contra la familia.

PELEARI, Enrico: *Il comportamento prematrimoniale come causa di separazione coniugale*. RDMSP, año VI, núm. 2, abril-junio 1964; págs. 230 a 238.

La expresión comportamiento prematrimoniale del cónyuge debe entenderse, como situación subjetiva, voluntaria o involuntaria, conocida por el que la vive y acompañada de la voluntad de ocultarla al otro cónyuge. Determinar sus consecuencias es punto que requiere sumo cuidado, por tratarse de las relaciones de familia.

REYES MONTERREAL, José María: *Anotación de embargo trabado sobre bienes gananciales*. RGLJ, año CXI, núm. 3, marzo 1963; págs. 313 a 375.

El marido puede contraer válidamente obligaciones con cargo a la sociedad de gananciales, sin consentimiento de su mujer, susceptibles de cumplimiento forzoso. La demanda para el cumplimiento de las mismas se dirigirá contra marido y mujer, aunque luego todas las diligencias procesales se entiendan sólo con el marido; el embargo preventivo se comunica a la mujer a fin de que pueda ejercitar las acciones pertinentes y no plantee incidencias que puedan dilatar la normal marcha del apremio. Y en el caso de que la mujer se negara a dar consentimiento para el otorgamiento de la escritura al rematante, ese consentimiento se puede suplir por el juez.

III. DERECHO MERCANTIL

2. Comercinates y sociedades.

COSTI, Renzo: *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*. RDDC, año X, núm. 3, mayo-junio 1964; págs. 258 a 283.

El artículo 2456 C. c. italiano establece: "Dopo la cancellazione della società i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione..." Reconoce a los acreedores, que con la cancelación de la sociedad ven extinguirse su *derecho de garantía* (lado activo de la responsabilidad derivada de una deuda; carácter sustantivo), el poder de satisfacerse sobre el mismo patrimonio de la sociedad transmitido a los socios.

GALGANO, Francesco: *Repliche in tema di società personali, principio di maggioranza e collegialità*. RDDC, año X, núm. 3, mayo-junio 1964; páginas 205 a 257.

La jurisprudencia y doctrina están en Italia encontradas en la solución de un problema: la forma de adoptar sus decisiones la sociedad personal. Los jueces se han situado en la teoría de la persona jurídica. Para ellos la cole-

gialidad es exigencia de la misma. La sociedad de personas no es tal persona, y el principio de mayoría es, por consiguiente, el adecuado. La doctrina, por su parte, contempla el problema desde la teoría del acto jurídico. Los actos deliberatorios, aunque no provengan de una persona jurídica, exigen el método colegial. El autor es contrario a la común doctrina.

GHIDINI, Gustavo: *La c. d. concorrenza parasitoria*. RDDC, año X, núm. 6, noviembre-diciembre 1964: págs. 616 a 645.

La *concorrenza parasitoria* consiste en la continua y sistemática imitación de las realizaciones e iniciativas de un empresario concurrente. Acoger tal figura en Derecho italiano requiere la existencia de un principio general de *correttezza professionale* apoyado en el artículo 2.598, 3, C. c., y no es posible tal extensión.

En el terreno práctico, tal figura de concurrencia significaría privar a los concurrentes del *leader*, del arma de defensa más común y eficaz de que disponen; y adoptar una postura favorable al monopolio en el mercado y ventajosa para la economía del *leader*.

MONTERO PALACIOS, Francisco: *Sobre los efectos de las marcas virtualmente caducas*. RGLJ, año CXII, enero 1964: págs. 78 a 83.

Si la marca está caducada, aun cuando no se haya publicado esta caducidad, la ley concede a su titular el derecho a rehabilitarla, pudiendo ejercitar este derecho dentro del término de tres años, contados a partir de la publicación de la caducidad. Pero, entre tanto, durante la latencia de este derecho, ¿la marca puede servir de obstáculo para que se registre otra semejante? A juicio del autor, no.

SIMONETTO, Ernesto: *Società e mutualità*. RDDC. año X, núm. 4, julio-agosto 1964; págs. 387 a 414.

El tema de la diferencia entre sociedad y cooperativa constituye el interrogante de este artículo. Y esta diferencia existe no sólo en el plano causal y estructural, sino incluso en el terreno cuantitativo, porque existe para ésta un tope máximo en la producción de utilidades.

VANZETTI, Adriano: *La repressione della pubblicità menzognera*. RDDC, año X, núm. 6, noviembre-diciembre 1964; págs. 584 a 615.

Para el autor, la publicidad constituye, sin duda, un fenómeno no sólo útil, sino necesario en la moderna economía industrial. La publicidad engañosa es un hecho patológico, dentro del cuadro de la actividad publicitaria; contra ella han reaccionado los Estados modernos. La legislación italiana no ha seguido

aún esta línea, y la jurisprudencia se ha mostrado igualmente contraria a la represión del fenómeno, apoyándose en la licitud del *dolus bonus*. El autor explica cómo este concepto, basado en la idea de inocuidad, no es adecuado a economía actual.

VASSEUR, Michel: *Per una società di tipo europeo*. RDC, año LXII, núm. 3-4, marzo-abril 1964; págs. 83 a 99.

Son muchas las razones que abogan en el marco de la CEE la creación de una sociedad de tipo europeo. Su ausencia, como se reconoce en el Tratado de Roma, falsea las condiciones de la concurrencia y crea obstáculos a la consecución de los fines que se han propuesto los países firmantes del Tratado de Roma. Está propugnada en los principios en que se apoya la CEE, y en algunos artículos del Tratado. Su régimen debería recoger las tendencias generales existentes en el Derecho de los seis. Se alude a diferentes procedimientos de formulación de la norma rectora.

VILLAR ROMERO, José María: *Forma de hacer constar en el Registro Mercantil la amortización de las obligaciones de una sociedad anónima*. RGLJ, año CXII, febrero 1964; págs. 191 a 210.

El procedimiento más rápido, idóneo, eficaz y seguro para lograr la finalidad cancelatoria e inutilizadora perseguida es el judicial, propio de los actos de la jurisdicción voluntaria, en los negocios de comercio (arts. 2.109 a 2.118 LEC). Podrían ser también procedimientos adecuados el juicio ordinario de mayor cuantía y el acta notarial de notoriedad, aunque su empleo no es tan aconsejable, pues el primero, además de sugerir dudas sobre su pertinencia, implicaría en todo caso gastos y dilaciones muy superiores; y el segundo no tendría para el señor registrador mercantil la fuerza vinculante y la virtualidad propia de un mandamiento judicial de cancelación de asientos.

3. Cosas mercantiles.

ALVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo: *Letra de cambio: impugnación impropia de la aceptación*. RGLJ, año CXI, noviembre 1963; págs. 620 a 636.

Refiriéndose a la tacha de falsedad de la aceptación opuesta no por el aceptante, sino por tercero, y por esta razón, llamada impropia, se establece 1) Ilegitimación de las personas con las que según el artículo 504 C. de c. debe entenderse subsidiariamente el protesto, pues se trata de simples receptores del protesto y la tacha es acto personal. 2) Ilegitimación del apoderado general del aceptante. 3) Se encuentra legitimado el tercero que ostenta poder e instrucciones concretas de la persona a cuyo cargo estuviere girada la cambial.

SATTA, Salvatore: *Il titolo esecutivo*. RDC, año LXII, núm. 5-6, mayo-junio 1964; págs. 177 a 186.

El título ejecutivo constituye la sutura esencial entre la norma y la acción. La doctrina común lo concibe como un derecho degradado. Como el poder de conseguir un bien con independencia del derecho. La concepción del autor, como se ve, trata de unir derecho y título.

SOGLIA, Sergio: *Le azioni quitate in borsa*. RDC, año LXII, núm. 3-4, marzo-abril 1964; págs. 100 a 117.

El autor destaca la conexión existente entre la sociedad por acciones y la bolsa, proponiendo una mayor coordinación en la disciplina de ambas instituciones.

V. DERECHO PROCESAL

2. Parte general.

BOLEA FORADADA, Juan Antonio: *Las cuestiones civiles y el proceso contencioso administrativo*. RGLJ, año CXII, diciembre 1964; págs. 715 a 734.

No corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa, por determinación de la Ley, las cuestiones de índole civil atribuidas a la jurisdicción ordinaria. Pero en ocasiones el ordenamiento faculta a la Administración pública para pronunciarse sobre materias que en apariencia pertenecen al campo del Derecho privado. En tal caso, cree el autor que la Administración actúa en el campo del Derecho público, mereciendo sus actos la calificación de administrativos. Fuera de estos supuestos, en caso de extralimitaciones jusprivativas de la Administración, hay que proceder con suma cautela, como lo ha hecho el Tribunal Supremo. La jurisdicción contencioso-administrativa debe limitarse a declarar si procede o no la anulación del acto recurrido.

MANZANARES, Henri: *El Tribunal de Justicia de las comunidades europeas*. RGLJ, año CXII, julio-agosto 1964; págs. 77 a 90.

El tribunal de las comunidades europeas es: Juez internacional, en los litigios de los Estados miembros, entre sí y con las instituciones. Juez de lo contencioso administrativo de las comunidades. Institución reguladora de la vida de las comunidades.

SILVA MELERO, Valentín: *El jurado en las directrices jurídicas contemporáneas*. RGLJ, año CXII, noviembre 1964; págs. 569 a 583.

Los partidarios del jurado se basan en consideraciones políticas y sentimentales. Pero, indudablemente, esta institución está inclinada a no ser siempre un

medio correcto de impartir justicia. Por eso merece un juicio desfavorable. Se alude al jurado en Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Alemania y a nuestros antecedentes.

SOTO NIETO, Francisco: *Preferencias e interferencias entre la jurisdicción especial de menores y la jurisdicción ordinaria*. RGLJ, año CXII, octubre 1964; págs. 433 a 496.

Estudia: Competencia de los Tribunales tutelares de menores. Intervención de los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria en relación con los hechos de la competencia de los Tribunales tutelares de menores. Delimitación de atribuciones entre la jurisdicción ordinaria, las autoridades gubernativas y los Tribunales tutelares de menores por razón de las conductas previstas en la ley de 26 de julio de 1878 sobre ejercicios peligrosos ejecutados por los menores de dieciséis años; ley de 23 de julio de 1903 sobre mendicidad de los menores de edad, y Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933. Conflicto entre la jurisdicción de menores y la ordinaria.

3. Procesos especiales.

MANDRIOLI, Crisanto: *In tema di modificabilita dell'ordinanza presidenziale interinale nel giudizio di separazione dei coniugi*. RDMSP, año VI, número 2, abril-junio 1964; págs. 194 a 204.

La providencia interina, que pronuncia el presidente, fallido el intento de conciliación, en el juicio de separación contenciosa o por culpa, no es impugnabile, ni es modificada o revocada en el juicio de primer grado, si no es por el juez instructor, cuando se hayan producido cambios en las circunstancias.

El trabajo es una contestación al de Ligi: "la revocabilita, da parte del presidente, dei provvedimenti urgenti nel processo di separazione personale". (RDIC, 1963, págs. 622 ss.)

MARTÍNEZ RUIZ, Luis-Fernando: *El procedimiento francés de Référé y su posible adaptación al enjuiciamiento civil español*. RGLJ, año CXII, abril 1964; págs. 555 a 574.

El procedimiento francés de *Référé* es: "un procedimiento rápido que en primera instancia tiene lugar ante un juez único a quien se puede acudir instantáneamente y pronuncia inmediatamente una resolución de carácter provisional" (Solus). El enjuiciamiento civil español, con su intrincada multiplicidad de procedimientos, provee con más o menos fortuna a casos de urgencia concretos. Mas el ritmo y complicación con que se desarrolla la vida moderna son clima propicio para la multiplicación de los problemas que requieren una solución inmediata. El juicio de *Référé* es instrumento procesal muy idóneo en el momento actual, digno de importarse a nuestro Derecho procesal.

OGÁYAR AYLÓN, Tomás: *Recursos contra el laudo arbitral*. RGLJ, año 111, número 2, febrero 1963; págs. 153 a 182.

El autor sienta las siguientes conclusiones en su trabajo: 1.^a Contra el laudo arbitral no debe darse recurso alguno. 2.^a Cuando los árbitros se extralimiten en su función se podría oponer la parte agraviada a la ejecución del laudo ante el Juzgado de primera instancia en donde dicha ejecución se hubiera instado, por vía de incidente, solicitando la ineficacia del laudo. 3.^a Responsabilidad de los árbitros por los daños y perjuicios causados a las partes.

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. Zeitschrift 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 Oeffentliches 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 = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generales delle Obbligazioni (Milán).
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
 REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Bibliografía

- 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 (París).
RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
RIDCO = Revista del Instituto de Derecho 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 Jurisprudença (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).
ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio de LEYVA Y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO CIVIL

1. *Facultad del Registrador para pedir documentos complementarios con el fin de calificar la capacidad de los otorgantes. Ley aplicable a los apátridas. Autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera para pago de precio con fondos procedentes de "cuentas extranjeras".*

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

B) Dada la situación técnica de apátrida, la cual, no obstante ser anormal, puede tener lugar, es lógico que se tienda a dar solución para determinar la legislación que habrá de ser aplicada a quienes se encuentran en tal circunstancia, problema que la doctrina en base a principios de Derecho internacional privado, resuelve de distintas formas, bien por entender competente la última Ley nacional, cuando ésta es conocida, o bien la de la residencia o bien la del domicilio. Este último criterio es el más predominante, y aparece seguido también en España. Según se infiere de la Legislación del Registro Civil, especialmente en la exposición de la Ley de 8 de junio de 1957, en la que se alude al domicilio de los apátridas, e igualmente en el Decreto de 22 de febrero de 1957, en el que se dispone que se rijan los apátridas por la Ley del domicilio, y determinará sobre esta base la legislación aplicable a efectos de arrendamientos urbanos.

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

cia, las paterno-filiales, se rigen por la Ley aplicable al padre, ya que se presupone que todos los miembros, mujer e hijos menores de edad, gozan de la misma situación jurídica que el cabeza de familia.

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

C) En cuanto al tercero y último efecto, el certificado del Banco que ejerce por delegación las funciones del Instituto Español de Moneda Extranjera, y en donde se precisa la venta en el Mercado de Divisas, por el concepto de “Inversiones en bienes inmuebles”, de 15.250,41 D. M., que se acreditan en la cuenta corriente del representante de la compradora, se acomoda a lo establecido en la circular del mencionado Instituto, de 19 de julio de 1961, de la que dio traslado esta Dirección el 10 de octubre del mismo año, que permite se sustituya la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera por la Certificación del Banco Español a través del cual se hubiera realizado la provisión de fondos. (Res. de 14 de julio de 1965. “Boletín Oficial” del 7 de agosto.)

2. Interpretación de poder otorgado ante un fedatario extranjero. La facultad de constituir y cancelar toda clase de cargas reales comprende la de hipotecar.

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

B) En el poder discutido, aun cuando las palabras empleadas carecen de la precisión técnica exigible a un Notario español —pues no hay que olvidar que ha sido otorgado ante fedatario extranjero—, el sentido literal de su texto y la concordancia de unos términos con otros ponen de relieve, con una claridad indiscutible, que entre los actos autorizados por la Sociedad propietaria del inmueble se encuentra el de hipotecar, ya que atribuye expresamente la facultad de constituir y cancelar toda clase de cargas reales, con la enorme amplitud que señala el párrafo final de la misma cláusula, en donde se abstiene concretamente de enumerar nuevas facultades para que no se entienda que si lo hiciese le imponía alguna limitación, y porque también incluye la de enajenar la finca, por todo lo cual debe concluirse que procede inscribir la escritura calificada. (Res. de 29 de septiembre de 1965. “Boletín Oficial” del 18 de octubre.)

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente

(Comentario a la Sentencia del T. S. de 12 de noviembre de 1963)

ANTECEDENTES DE HECHO

En la villa de X existían dos fincas: la casa número 5 de la plaza de Y, y la casa fragua, sin número, de la calle de Z. Dichas dos fincas, aunque inscritas separadamente y cada una con individualidad propia en el Registro de la Propiedad, eran físicamente colindantes y en la realidad se venían explotando conjuntamente, estando comunicadas interiormente por una puerta. En 1937 don B. tomó en arriendo a su propietaria doña A. los locales que integraban los dos inmuebles citados, estableciendo en ellos la fonda P. Aunque no resulta claro de los términos del contrato que éste se extendiera a las dos edificaciones dichas, se afirma como cierto que venía ocupando ambas a título de arrendamiento, destinando los locales de la segunda finca a cocinas, servicios y galerías, adosados todos ellos a la casa principal de la plaza de Y, siendo la intención de los contratantes esa ocupación conjunta. En 1942 falleció don B., pasando el arriendo y la explotación de la fonda a su viuda, doña C. El 9 de enero de 1945 fue celebrado un nuevo contrato de arrendamiento de aquellos dos locales a favor de doña C. por don D., que ya había adquirido poco antes los inmuebles arrendados, si bien la formalización en escritura pública de la compra de D. no se hizo hasta después de celebrarse este nuevo arrendamiento. En la cláusula quinta de dicho contrato arrendaticio se estipuló que en el caso de venta de dicha finca, que no podrá realizarse sin el consentimiento de la arrendataria, ésta será la compradora preferida en análogas condiciones, y desde luego el adquirente vendrá obligado a respetar el contrato. Y el 12 de enero de 1956 don D. vendió a don E. la casa fragua, sin número, de la calle Z. Expresamente se reconoce que don E., al comprar la finca, conocía la ocupación de la misma por los arrendatarios y la existencia de una comunicación interior entre ambos inmuebles, si bien don D., al venderle la casa fragua, le advirtió que no estaba alquilada, por extenderse el contrato de arrendamiento vigente sólo a la otra casa, siendo los ocupantes de la casa fragua meros precaristas sin título. Fracasada una reclamación judicial de don E. contra doña C. para desalojarla de los locales arrendados, don E. vendió en 30 de octubre de 1956 a don F. la casa fragua que había comprado, habiéndose inscrito en el Registro estas sucesivas transmisiones de propiedad.

Los hijos y herederos de doña C. demandaron a don D., don E. y don F. ante el Juzgado de Primera Instancia, solicitando se declarara que el contrato de arrendamiento celebrado el 9 de enero de 1945 comprendía tanto

la casa número 5 de la plaza de Y como la casa fragua sin número de la calle Z en favor de los herederos de doña C.; que dicho contrato de arrendamiento debía consignarse en escritura pública con los requisitos necesarios para ser inscribible en el Registro de la Propiedad, condenando a los demandados al otorgamiento de esa escritura; y que la casa fragua sin número de la calle Z no había podido ni debido venderse eficazmente por don D. a don E. ni por éste a don F., ya que, según la cláusula quinta del contrato de arrendamiento, los arrendatarios tenían el derecho de ser notificados previamente del propósito de venta y de adquirir el inmueble arrendado con preferencia a los extraños, pidiendo que se declarara, en consecuencia, la nulidad e ineficacia de las transmisiones realizadas y de las inscripciones registrales practicadas, así como que se condenara a los demandados a otorgar la correspondiente escritura de venta en favor de los demandantes, por el precio que figuraba recibido en las transmisiones anteriores.

A su vez, don D., al oponerse a la demanda, trató de precisar que el contrato arrendaticio celebrado el 9 de enero de 1945 con doña C. nada tenía que ver con el primer arrendamiento concertado entre don B. y doña A. Según el nuevo contrato sólo se arrendaba la casa número 5 de la plaza de Y y la mitad de la huerta contigua, por plazo de doce años a contar del otorgamiento de la escritura de venta en favor del arrendador, quedando fuera del arrendamiento la casa fragua. Que, contra lo afirmado por los demandantes, no había existido confabulación entre don D. y don E., sino que este último había adquirido la casa fragua por interesarle sus locales para establecer un almacén, habiéndose realizado esta venta en escritura pública y en concepto de libre de toda carga, gravamen o arrendamiento la finca vendida.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y declaró que el contrato de arrendamiento celebrado el 9 de enero de 1945 entre don D. y doña C. era extensivo en favor de los hijos de doña C. a la casa fragua.

Apelada la sentencia por ambas partes, fue confirmada íntegramente por la Audiencia.

Contra la sentencia de la Audiencia los demandantes interpusieron recurso de casación por infracción de ley, fundado en diversos motivos. De ellos extractamos aquí sólo algunos de los más importantes:

a) Inaplicación de los artículos 1.089, 1.091, 1.124, 1.254 y 1.255 C. c. y del principio "pacta sunt servanda". Por cuanto se había desconocido la norma, contenida en la estipulación quinta del contrato de arrendamiento, que concedía a la arrendataria el derecho a ser notificada de la venta, recabando su consentimiento para ello. Ya que se había realizado la enajenación de la finca sin el cumplimiento de esos requisitos, lesionándose igualmente el derecho de la parte arrendataria de adquirir con preferencia a un tercero en caso de venta. Alegando, además, la falta de buena fe en don E. y don F.

b) Inaplicación de los artículos 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria. Por estimar que la sentencia recurrida vulnera esos preceptos en cuanto de ella resultan válidas transmisiones consideradas por los recurrentes nulas y

con mala fe, y se deniega la petición de nulidad de las inscripciones practicadas.

c) Inaplicación de los artículos 1.258, 1.279 y 1.280 C. c., 1, 2, 3, y 9 L. H. Porque, a juicio de los recurrentes, el contrato de arrendamiento y preferente adquisición debió elevarse a escritura pública con los requisitos necesarios para su inscripción en el Registro de la Propiedad, siendo el plazo pactado del arriendo superior a seis años. Y no cabe estimar la inutilidad de la inscripción, una vez vencido el plazo estipulado de doce años, como afirma la sentencia recurrida, porque el derecho de tanteo contractualmente originado sólo podía tener eficacia frente a terceros por la inscripción.

Con independencia de esos concretos motivos, el recurso se fundaba en otros varios de orden procedimental, relativos a la presunta incongruencia de la sentencia de apelación, por no resolver todas las cuestiones contenidas en la demanda; y a la correcta formulación de la demanda, no reconocida por la Audiencia, que no había entrado íntegramente en el fondo del asunto por ese defecto formal. A dichos motivos no nos referimos ahora por rebasar el ámbito puramente civil y sustantivo de esta nota.

LA SENTENCIA

El T. S., en Sentencia de 12 de noviembre de 1963, declara no haber lugar al recurso de casación en base a la siguiente doctrina:

«La cláusula quinta del contrato arrendaticio, antes transcrita, envuelve en realidad una limitación a la facultad de enajenar por cierto tiempo, voluntariamente impuesta por el propietario-arrendador, concediéndole (al arrendatario) la preferencia de adquisición del inmueble en el supuesto de que proyecte venderlo o lo haya vendido a otra persona: pero su incumplimiento por parte del obligado no puede tener la trascendencia que los demandantes pretenden de otorgarle efectos reales, porque a partir de la reforma de la L. H. promulgada en 30 de diciembre de 1944, mantenida por la vigente de 8 de febrero de 1946—y a sensu contrario de lo que ésta expresa en su artículo 27—las prohibiciones lícitas de disponer establecidas en actos a título oneroso, que no sean de las comprendidas en él, no tienen alcance real y, consiguientemente, en caso de infracción, como únicamente (*) proclama la doctrina, sólo producen, para la persona afectada por la limitación o prohibición, la obligación de abonar los daños y perjuicios causados» (Considerando 2.º).

«Así entendida la cláusula cuyo alcance se discute, se impone la desestimación del primer motivo del recurso, en el cual se denunció la infracción de los concretos preceptos del C. c. que sancionan el principio de derecho "pacta sunt servanda", con arreglo a los que, según los recurrentes, al venderse la finca litigiosa sin haberse dado conocimiento a la arrendataria del precio y condiciones en que proyectaba transmitirse, vulneró el vendedor la ley del contrato, y surgió en los causahabientes de la arrendataria—fa-

(*) Debe querer decir "unánimemente", debiendo atribuirse la redacción del adverbio referido a errata en la copia de la Sentencia.

vorecidos por la cláusula—un derecho de adquisición preferente de dicha finca que la sentencia recurrida desconoce; y se impone tal desestimación porque la cláusula comprensiva de esa limitación de la facultad de disponer, que voluntariamente estableció el propietario arrendador, no puede tener esa trascendencia real que se pretende, y su vulneración, aunque constituya una infracción de la ley del pacto, no puede originar más que la obligación de indemnizar daños y perjuicios que, en el presente caso, no han sido reclamados por los demandantes» (Considerando 3.º).

“A mayor abundamiento, como esa limitación de la facultad de disponer no se hizo constar en el Registro de la Propiedad, no puede afectar al tercero que de buena fe adquirió a título oneroso de quien en él figuraba con facultades para transmitir, pues está favorecido por la protección registral que le dispensa el artículo 34 L. H., que sólo se le podría negar destruyendo la presunción de buena fe que le atribuye el párrafo segundo de dicho artículo, presunción que, en el caso de autos, no estimó el Tribunal a quo que estuviese destruida por la prueba suministrada por quienes la impugnan, pues no hizo declaración de tal mala fe, limitándose a afirmar que esas transmisiones se habían efectuado “para complacer a don D.”, pero sin proclamar esa falta de buena fe precisa para enervar aquella presunción” (Considerando 4.º).

“Tampoco cabe afirmar, como pretendían los recurrentes, que la Sentencia de la Audiencia vino a convalidar transmisiones originalmente nulas, hechas con mala fe, ni que dejaba vivas y vigentes inscripciones que debieran declararse nulas, según los artículos 33, 34 y 38 L. H., porque ni la cláusula pactada, de preferencia para caso de venta, tiene esa pretendida eficacia real, ni ha sido reflejada en el Registro de la Propiedad para que pudiera afectar a terceros adquirentes, ni se estimó por la Sentencia recurrida que en ese tercer adquirente que inscribió su derecho concurriese la mala fe precisa para privarle de la protección registral que le otorga el artículo 34, 2.º L. H.” (Considerando 9.º).

COMENTARIO

De las diversas cuestiones implicadas en el caso que motiva la presente Sentencia, vamos a excluir inicialmente las de orden estrictamente procesal (incongruencia, defecto formal en la formulación de la demanda), así como las relativas a la determinación exacta del objeto arrendado (si comprendía los dos inmuebles colindantes o sólo uno de ellos; cuestión de interpretación contractual que la Sentencia de instancia da por resuelta en forma extensiva). Con esas voluntarias limitaciones queda reducido el contenido de esta nota a examinar la calificación del contrato celebrado y, especialmente, a matizar su posible eficacia.

I. A la vista del contrato arrendaticio celebrado el 9 de enero de 1945, se observa que nos encontramos en presencia de un contrato complejo o de múltiple contenido. En efecto, según su cláusula quinta “En el caso de venta de dichas fincas antes de expirar este contrato, que no podrá realizarse sin el consentimiento de la arrendataria, ésta será la compradora

preferida en iguales condiciones, y, desde luego, el adquirente vendrá obligado a respetar este contrato". Al lado de las estipulaciones estrictamente arrendaticias (cesión de los locales por plazo de doce años y determinada renta), se consignaban otras complementarias, pero inseparables. Por virtud de ellas se establecía: a) la necesidad del consentimiento de la arrendataria para la válida enajenación de las fincas arrendadas; b) su derecho de adquisición preferente en caso de venta de los locales; c) la subsistencia del derecho arrendaticio así creado frente a los posibles adquirentes de las fincas. Es decir, al lado de la cesión del uso arrendaticio, una restricción a las facultades dispositivas del dueño arrendador, un derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario, y el establecimiento de la eficacia frente a terceros del arrendamiento concertado.

De esa variedad de contenido deducimos la calificación de contrato complejo. Complejidad que deriva de la yuxtaposición de las diversas estipulaciones. Más que de atipicidad legal del contrato, podría hablarse aquí de mixtura o multiplicidad en su contenido (1). En este sentido, pudiera ser útil la escueta consideración por separado de esos diversos pactos concurrentes. Sobre todo, para tratar de precisar su respectiva eficacia, que es lo que ahora más nos interesa.

Pero antes conviene orillar una dificultad que surge fácilmente en este punto. Si el contrato es algo unitario, y como tal querido en su integridad por los contratantes, sin distinguir entre esas distintas facetas obligacionales. ¿resulta lícito distinguir el contenido de los distintos pactos que lo integran? ¿Puede afirmarse la inscribibilidad del arrendamiento urbano, pongo por ejemplo, y no la del derecho de adquisición preferente? ¿Podrá tener menor eficacia el derecho del arrendatario a intervenir en la enajenación de la finca prestando su consentimiento que la obligación del comprador de respetar el arrendamiento concertado por el transmitente? Viejo tema éste de la consideración unitaria del pacto complejo, que divide a la doctrina en dos amplias direcciones, según se admita su apreciación como un todo (teoría de la absorción) o como una agregación de pactos separados, cuya respectiva naturaleza conjunta determinará la eficacia total (teoría de la combinación). Sin perjuicio de lo que se dice más adelante sobre la eficacia frente a terceros de los derechos concurrentes nacidos de un mismo negocio, baste con tener presente aquí una idea: si no es sencillo la fusión de elementos heterogéneos en orden a la búsqueda de una reglamentación común, lo cierto es que sólo analizando por separado la naturaleza y eficacia de los distintos pactos podremos comprender el contenido total del negocio complejo. Claro que las partes quisieron el contrato combinado como un todo, y que esa consideración separada podrá de alguna manera fraccionar o desvirtuar la unificación del fin perseguido. Pero no olvidemos que la eficacia reglamentadora de la autonomía de la voluntad descansa en su previa admisión por el ordenamiento; que los particulares no pueden válidamente pretender una eficacia jurídica más allá de donde el derecho objetivo les permite; y que la unidad contractual vendrá dada a posteriori, después de considerar

(1) Cfr. CASTÁN: *Derecho Civil (D. C.)*, tomo IV, Inst. Edit. Reus, Madrid, 1956, p. 14 y sigs.

por separado los diversos pactos concurrentes, cuando el contrato aparezca unitariamente tipificado como tal por la ley. Pero no puede pretenderse a priori, antes de estudiar la posible homogeneidad de la combinación, y, sobre todo, sus respectivos efectos. Todo lo cual es doblemente válido desde el punto de vista de la eficacia externa u oponibilidad frente a terceros de los derechos nacidos, como luego veremos. De modo que parece necesario aludir separadamente a la naturaleza de aquellas estipulaciones pactadas en el contrato que ahora nos ocupa.

II. Por virtud de la primera parte de la cláusula transcrita, si se vendían las fincas arrendadas dentro del plazo de vigencia del contrato de arrendamiento, era preciso el consentimiento del arrendatario para la validez de la enajenación. Partimos de la idea de que, al menos la primera venta de la casa fragua en favor de don E., celebrada el 12 de enero de 1956, se hizo estando vigente el arrendamiento, ya que el plazo pactado de éste era de doce años a partir de 1945. Pues bien, el necesario consentimiento del arrendatario para la disposición y la atribución al mismo de esa facultad, ¿entrañan para el arrendador una auténtica prohibición de disponer? ¿Se trata de la concesión del *ius disponendi* a un tercero con eficacia absoluta o de la mera obligación, como tal susceptible de incumplimiento por el obligado, de contar con aquél? La atribución de la facultad dispositiva, ¿jugará con eficacia real, impidiendo los efectos normales de la enajenación frente a todos, o con eficacia meramente personal o inter partes, susceptible de desatar su incumplimiento tan sólo la indemnización supletoria de perjuicios?

1. Inicialmente, podemos apreciar en esta estipulación una finalidad de garantía. La finalidad de la cláusula parece apuntar a la concesión al arrendatario de un derecho: el de adquirir los locales arrendados, en caso de ser vendidos, con preferencia a cualquier otro. Pero como ese derecho de preferente adquisición no se especifica suficientemente, quedando sin regular los plazos de notificación, la sanción de su incumplimiento, su posible ejercicio a posteriori, etc., se llega a más, y el arrendador concede al arrendatario la facultad de consentir o impedir la enajenación. Sin contar con el arrendatario no se puede enajenar válidamente los locales. La atribución de la facultad dispositiva al arrendatario implica para éste un mayor reforzamiento o garantía de su pretensión a adquirir con preferencia. Mediante su intervención necesaria en el momento de la venta, ya no cabe desconocimiento del acto dispositivo ni fraude a su prelación adquisitiva. Tal parece ser la finalidad del pacto que comentamos y que, de otra manera, rebasaría con exceso las provisiones de un mero arrendamiento. Finalidad de garantía o aseguramiento que, a su vez, es bien frecuente en la modalización causal de las prohibiciones de disponer.

2. Bajo la rúbrica general de prohibiciones de disponer se pueden incluir figuras de muy variada contextura. Cabrían aquí tanto la prohibición que el arrendatario urbano retrayente tiene de vender el local adquirido dentro de los dos años, salvo el supuesto de venir a peor fortuna (art. 51 L. A. U.), como la impuesta testamentariamente al heredero para lograr el tránsito de los bienes a un fideicomisario (art. 785-2.º, C. c.), la prohibición

de donaciones entre conyuges (art. 1.334 C. c.), la ordenada por el juez como medida cautelar en un juicio para asegurar la efectividad de la futura sentencia al amparo del art. 1.428 L. E. C., la estipulada en un contrato de compraventa a cargo del comprador y en beneficio del vendedor hasta el pago total del precio aplazado, etc., etc. Al mismo tiempo pueden distinguirse las que deben su origen a una norma legal, a una decisión judicial o administrativa, o a la autonomía negocial; las que producen eficacia absoluta o relativa; las que implican atribución de facultades a otro sujeto de las que sólo restringen la esfera de actuación jurídica del obligado, y tantas otras clasificaciones. Todo ello pone de relieve la complejidad de la figura, sus borrosos contornos y la necesidad de perfilar su naturaleza como medio para una mejor comprensión y aplicación de su disciplina jurídica.

Al mismo tiempo no existe una reglamentación completa de estas limitaciones dispositivas. El C. c. sólo alude, esporádicamente, a algunas de sus manifestaciones (2). La L. H. actual regula su eficacia oponible en los artículos 26, 27 y 107-3.º (3), este último relativo a un supuesto muy concreto de eficacia de la prohibición de subhipotecar. Y aunque los primeros artículos sientan un cuadro más sistematizado de sus distintos efectos, aluden todavía, como no podían por menos, a un criterio de validez legal, civil, ajeno a la propia ley. El art. 4.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954 de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento prohíbe al deudor la enajenación de los bienes de esta naturaleza hipotecados o pignorados, sin el consentimiento del acreedor garantizado. Al margen de esto, la figura de la prohibición de disponer aparece también dispersa en el articulado de disposiciones procesales (arts. 764, 1.618, 1.428 L. E. C.) y administrativas (artículo 91 R. D. 3 de noviembre de 1928, aprobando los Estatutos del Banco Hipotecario de España) (4). Tan escueta y dispersa regulación ha encontrado su complemento necesario en abundantes decisiones jurisprudenciales (del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado) y en no pocos estudios doctrinales (5).

(2) Vid. arts. 59-3.º, 61, 151, 164, 186, 196, 225, 269-5.º, 270, 275-1.º, 317, etc.

(3) Vid. también el art. 57 R. H., complementario del 27 de la Ley y relativo a la posible garantía hipotecaria de las prohibiciones no susceptibles de inscripción; como luego veremos, se trata de suplir a través del equivalente económico el posible incumplimiento de la prohibición sin publicidad. Y el artículo 145 del propio Reglamento sobre su eficacia registral.

(4) Vid. Roca Sastre: *D. H.*, II, p. 376 y sigs.

(5) Entre los estudios más importantes dedicados a esta materia podemos recordar:

JERÓNIMO GONZÁLEZ: "Prohibiciones de disponer", en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1948, páginas 480-498.

CASTÁN: *Derecho Civil Español, Común y Foral (D. C.)*, tomo II, 7.ª edición, Reus, Madrid 1950, p. 149 y sigs.; Tomo I, vol. II, Madrid 1956, páginas 88-91.

LA RICA: *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Aguilar, Madrid 1945; pp. 182-186.

Una mera ojeada a las normas legales apuntadas y, mejor todavía, a las múltiples formas en que jurídicamente encarna esta figura nos pone en seguida de manifiesto que no existe un tipo de prohibición de disponer sino diversas clases o manifestaciones de esta figura. El problema que surge entonces es doble: ¿son susceptibles de unificación o sistematización esas diversas formas de limitaciones dispositivas? Por otra parte, ¿cuál es la esencia última de la figura jurídica así denominada? (6)

3. Desde un punto de vista genérico y gramatical podemos pensar que las así llamadas limitaciones de disponer implican una restricción o condicionamiento en el ejercicio de la facultad dispositiva de un derecho. Esto supuesto, cabría subdistinguir aquellas que sólo limitan el ius disponendi, permitiéndolo con restricciones, de aquellas otras que lo excluyen en absoluto. Limitaciones y prohibiciones de disponer sería su calificativo adecuado. Pero el problema es meramente terminológico. Y, por regla general, la doctrina engloba dentro de las llamadas prohibiciones de disponer o enajenar todas estas restricciones. En cualquier caso, y admitiendo sin dificultad esta más laxa denominación, una cosa resulta evidente: sólo podrán ser

ANGEL SANZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Academia Matritense del Notariado, Madrid, s. a., pp. 202-208.

ANGEL SANZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Reus, Madrid 1953, pp. 438-471.

ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario (D. H.)*, tomo II, Bosch, Barcelona 1954, p. 361 y sigs.

MOXÓ RUANO: *Propiedad limitada: prohibiciones de disponer*, en el volumen "Propiedad y matrimonio", Colegio Notarial de Barcelona, conferencias de los años 1948 y 1949, Barcelona 1950, pp. 9-55.

VALLET: "La Ley de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 17 de junio de 1955 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento", en *Estudios sobre Derecho de Cosas y Garantías Reales*, Barcelona 1957, páginas 626-7.

L. CERES: "Valor de las prohibiciones de disponer en el Derecho Español", R. D. P., 1946, pp. 179-185.

CÁNOVAS COUTIÑO: *Comentario a la Res. D. G. R. N. de 21 abril 1949*, R. Cr. D. L., 1949, pp. 500-511.

ALFAÑÉS: *Aportación al estudio de las prohibiciones de disponer*, R. G. L. J., julio-agosto 1950, pp. 33 y sig.

TALÓN MARTÍNEZ: *Prohibiciones convencionales de disponer*, R. J. C. 1954, pp. 46 y sigs.

Para el concreto tema de la facultad de disposición, ver:

LADARIA CALDENTY: *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, Barcelona 1952, pp. 20 y sigs.

VILLAVICENCIO: *La facultad de disposición*, A. D. C., III-IV, pp. 1025 y sigs.

(6) El tema de las prohibiciones de disponer está en contacto con el Derecho Civil, el Registral e incluso otras parcelas ajenas: Mercantil, Procesal, Administrativo, etc. Encierra problemas de no pequeña entidad y presenta especiales dificultades constructivas. Su tratamiento adecuado debe estar en los Tratados o monografías especializadas. Fácilmente se comprenderá que no ha sido el propósito de esta nota abordar aquí toda aquella problemática. Mucho más sencilla y limitadamente se ha querido apuntar alguna de aquellas cuestiones para la mejor comprensión de esta figura. Como antecedente de su aplicación a un caso jurisprudencial bien concreto, que es el que ahora nos ocupa.

objeto de prohibición los derechos susceptibles de normal enajenación o tráfico patrimonial. No cabe hablar de prohibición de la facultad dispositiva de un derecho indisponible. Respecto a éste, su propia naturaleza y su configuración legal lo excluirán del tráfico jurídico (7). De esta manera, por ejemplo, no cabe decir que el heredero fiduciario en una sustitución fideicomisaria está sujeto a una prohibición de enajenar, porque la inalienabilidad deriva de la naturaleza de su situación jurídica (8).

A pesar de esa inicial limitación —quedan fuera de nuestro estudio los derechos inalienables—, el concepto nos resulta inútil por demasiado amplio. Si queremos depurar su significado y convertirlo en instrumento técnico, es preciso todavía restringirlo más y excluir de las prohibiciones dispositivas otras figuras conexas, parcialmente coincidentes, pero de distinta naturaleza. A este trabajo se ha dedicado la doctrina con rara unanimidad, adelgazando el contenido típico de esta figura, sin duda para ganar en comprensión lo que se ha perdido en extensión. Los autores, en general, distinguen la prohibición de disponer de la incapacidad subjetiva para realizar el acto dispositivo. El menor emancipado no puede disponer de sus bienes inmuebles sin el consentimiento concurrente de ciertas personas (artículo 317 C. c.). Lo cual no quiere decir que su derecho de propiedad sobre las fincas esté sujeto a prohibición de disponer. Parece claro. La prohibición de disponer en sentido estricto tiene un perfil objetivo, afecta al derecho que limita o a la relación jurídica básica, con exclusión de cualquier otra incidencia subjetiva. Las nociones de capacidad, incapacidad y legitimación se proyectan sobre el sujeto de la relación y obedecen, en general, a motivaciones de protección de incapaces o de su familia, conservación de la unidad familiar, etc. La de legitimación, igualmente subjetiva, alude a la conexión existente entre el sujeto de derecho y una relación jurídica concreta, por virtud de la cual aquél puede actuar sobre ésta con eficacia jurídica. La prohibición, por el contrario, se incrusta en la misma entraña del derecho; actúa sobre una de sus facultades típicas: *ius disponendi*; obedece a diversas causas que hacen necesaria o conveniente la inalienabilidad temporal de ciertos derechos, y actúa sobre el derecho mismo con carácter objetivo, sin atender al sujeto titular con ella gravado (9).

Al enfrentarnos con las prohibiciones de disponer, tratando de reducir

(7) Sea cualquiera la causa de esta exclusión: interés público —cosas comunes, bienes de dominio público—, derechos inherentes a la persona —derecho al nombre—, vinculación a un destino concreto —patrimonio familiar—, etc.

(8) Lo mismo podríamos decir, con carácter general, de las llamadas prohibiciones legales de disponer: adquisición de la propiedad por el arrendatario, adquisición de herencia por los herederos del ausente, bienes de interés artístico, etc., etc. El derecho adquirido resulta total o parcialmente indisponible por su propia naturaleza y por imperativo legal. No se trata de prohibiciones de disponer en sentido técnico. Su limitación rebasa el cauce de la mera prohibición. Por eso producen eficacia frente a terceros por sí mismas, por mandato legal, y no tienen acceso al Registro (art. 26-1 L. H.).

(9) Para la distinción entre incapacidades y prohibiciones, Roca, loc. cit., pp. 383-7.

a esquema unitario la multiplicidad de tipos existente en nuestro ordenamiento, surge espontánea una doble reflexión:

Primera. Que la prohibición de disponer se nos aparece como una manifestación negativa de eficacia, como un resultado, independientemente de la causa que la origine. Sin perjuicio de que puedan ser clasificadas en atención a su origen (legales, contractuales, judiciales, etc.) y que la diversidad de causa pueda traducirse en una distinta eficacia (cfr. art. 26 L. H.), lo cierto es que la característica última de esta figura radica en esa restricción o suspensión del *ius disponendi*. Lo esencial es la limitación de la disposición. Tal sería la nota unificadora de las distintas formas de prohibiciones existentes.

Segunda. Desde el punto de vista de su eficacia, lo normal es que la prohibición, efectivamente, impida o haga ineficaz el acto dispositivo posterior. La doctrina primero, y la jurisprudencia después, particularmente la hipotecaria, con base en ideas de derecho germánico, se han cuidado de distinguir entre los posibles efectos personales y reales de las prohibiciones de disponer (10). Según que la prohibición implique un mero compromiso negativo inter partes (pacto de non faciendo o de non alienando), cuyo incumplimiento desata la indemnización subsidiaria de daños y perjuicios, o haga imposible el acto enajenativo contrario, tachándolo de ineficaz incluso frente al tercero, que trae causa de esa enajenación prohibida. Técnicamente hablando, tal distinción no parece muy acertada. La prohibición de disponer entraña una restricción en la facultad dispositiva. Su eficacia típica se traducirá en afectar negativamente al posible ejercicio del *ius disponendi*, impidiendo su desarrollo cuando vaya en contra de la prohibición. Hablar de una prohibición de disponer con efectos puramente obligacionales parece una contradicción en los términos. O la prohibición condiciona el acto dispositivo y afecta necesariamente al presunto adquirente posterior, o carece de eficacia como tal prohibición. Si el tema de la proyección sobre los terceros adquirentes es esencial al estudiar los efectos de cualquier instituto jurídico, en materia de prohibiciones de disponer es especialmente relevante. Por su propia naturaleza, la prohibición de disponer afecta al acto dispositivo y, en consecuencia, debe repercutir sobre el adquirente de la enajenación (11). Por eso, en materia de prohibiciones

(10) Cfr. Resoluciones de 15 enero 1918, 14 abril 1921, 27 septiembre 1929 y 13 diciembre de 1955.

(11) En este sentido, tratando de delimitar la noción de las prohibiciones de disponer, decía ya ALANÉS: "El derecho subjetivo sufre un cercenamiento en una de sus facultades más significativas —la dispositiva—, de la cual se ve privado o al menos limitado; ello depende de la intensidad de la prohibición, que puede excluirla permanentemente, suspenderla temporalmente o exigir para su validez la concurrencia de ulteriores requisitos. Esta indisponibilidad debe impedir enérgicamente el ejercicio del *ius disponendi*; si válidamente lo permite, siquiera sea obligando al contraventor a la indemnización de daños y perjuicios, es claro que no ha llegado a afectar con trascendencia real la esencia del derecho... Quedan, por tanto, fuera del ámbito de la prohibición de disponer los simples compromisos obligacionales" (loc. cit., pp. 44-5).

MOXÓ RUANO, que ha dedicado a la prohibición de disponer uno de los mejores trabajos publicados, refiriéndose a la eficacia frente a terceros de

de disponer, la oponibilidad o eficacia erga omnes es esencial. Pero la oponibilidad va ligada a la publicidad. Sin publicidad no hay —no debe haber, al menos— oponibilidad. Consecuencia: las prohibiciones de disponer, para ser tales, plenamente eficaces, requieren del apoyo registral. Siendo el Registro de la Propiedad la forma organizada de publicidad de los inmuebles. Esa es la causa de la consideración preferentemente registral o hipotecaria de las prohibiciones de disponer.

En realidad, el problema es más terminológico que fundamental. O se incluyen en las prohibiciones de disponer la consecuencia negativa de las estipulaciones meramente obligatorias, o se reserva aquella calificación técnica para las restricciones con eficacia real. Cabría hablar, incluso, de un concepto civil y otro registral de las prohibiciones de disponer, según su diversa proyección de eficacia. Teniendo en cuenta que la L. H. recoge casos posibles de prohibiciones de disponer no susceptibles de inscripción (artículo 27), y que la jurisprudencia de la Dirección General matiza cuidadosamente los efectos reales y obligacionales de las así llamadas prohibiciones de disponer, no tenemos inconveniente en considerar incluidas, dentro de la noción de prohibiciones de disponer, tanto unas como otras, sin vincular a tal calificación la necesidad de eficacia que parece desprenderse de su propia naturaleza. Si desde un punto de vista estricto y técnico la prohibición de disponer postula su eficacia erga omnes, en sentido usual, más impreciso y a la vez más amplio, podría llegar a admitirse que tales prohibiciones recogen supuestos de limitación de la facultad de disponer, cualquiera que sea el grado de su eficacia. La admisión de este concepto lato, de ser conveniente —lo cual no resulta indudable—, debe completarse con la referencia a su respectiva eficacia en cada caso.

esta figura, añade: "El erga omnes es una nota de relevante caracterización: quiere significar el grado de su eficacia, que en las prohibiciones debe alcanzar a todos, si bien se despliega equívocamente en campos y con matices diferentes... Esto no quiere decir que no se den las prohibiciones obligacionales: para el art. 27 L. H. todas las onerosas lo son. Pero para nosotros, si reducimos la prohibición a un pacto de mera obligación, con los efectos propios de la regulación contractual, podrá incumplirse bajo la sanción correspondiente y dejar de ser prohibición de disponer" (loc. cit., p. 23).

Igualmente a favor de excluir los compromisos obligacionales de no disponer del campo de las prohibiciones, ROCA SASTRE (loc. cit., p. 362), SANZ (*Instituciones*, pp. 440-1). A nuestro juicio, el problema no está —como creen Roca y Sanz— en la configuración negocial de la prohibición o forma de redactar el documento en que se contiene, según se estipule como mera obligación o como auténtica vinculación afectante al ius disponendi. Por el contrario, creemos que la eficacia erga omnes de la prohibición depende no tanto o no sólo de la voluntad negocial, cuanto de la sanción legal de su oponibilidad. Por mucho que se quiera configurar con plenitud de efectos, la prohibición contenida en una compraventa, por ejemplo, no tendrá acceso al Registro y carecerá de eficacia oponible si no es conocida por el tercer adquirente. Es la ley la que determina la oponibilidad, no la autonomía negocial, aunque los particulares puedan escoger libremente los tipos legales más adecuados a la finalidad que pretenden. Por eso la calificación de una figura de este tipo como prohibición de disponer en sentido técnico y concreto, si se admite la necesidad de su eficacia erga omnes, sólo puede hacerse a posteriori, después de considerar su acceso al Registro.

Exclusión de los derechos intransmisibles y de las incapacidades subjetivas. Perfil objetivo de la limitación. Posible admisión del condicionamiento cualquiera que sea el grado de su eficacia. Por este camino nos vamos acercando a la delimitación del concepto de prohibición de disponer. Pero nos falta aún la consideración de un dato esencial. A saber: que la prohibición de disponer recae directamente sobre la facultad de disposición. Como es sabido, la doctrina moderna considera a la facultad de disposición como un poder de función jurídica, que no pertenece al contenido del derecho subjetivo disponible, accesorio a una situación jurídica determinada y requisito necesario para los negocios dispositivos. Normalmente coinciden titular de la facultad dispositiva y titular del derecho subjetivo objeto de disposición. Pero caben dos excepciones a esta coincidencia: la atribución de la facultad de disposición sobre derechos ajenos y la autolimitación de esa facultad sin necesidad de su traspaso a terceros (12). Pues bien, las prohibiciones de disponer, que afectan intrínsecamente a esa facultad o poder, implican una modificación o restricción en el orden normal de proceder, según el cual coinciden titular del derecho disponible y titular pleno del poder de disposición. Cuando el titular no puede realizar válidamente el negocio de disposición, o cuando para ello necesita el consentimiento concurrente de un tercero, estamos entrando en el campo de las prohibiciones dispositivas.

Si, como recordaba HOFMAN (13), la prohibición de la enajenación puede derivar del sujeto transferente, de la cosa enajenada, del derecho que correspondía en ella al transferente o de la causa de la enajenación, y dejando ahora aparte el ámbito de la causa —ilicitud de la causa o fin legítimo a que luego aludiremos—, resulta que las prohibiciones de disponer en sentido técnico afectan, no individualizadamente al sujeto titular, ni siquiera a la cosa o soporte objetivo de la relación —cosas intrínsecamente indisponibles—, sino al contenido de la relación jurídica básica, al propio derecho del transferente o, si se prefiere, a una de las facultades independientes que normalmente acompañan a la titularidad del derecho, aunque no formen parte de su contenido. Facultad refleja o accesoria del derecho subjetivo que, como tal, viene condicionada por éste. La prohibición de disponer no es un derecho, sino una carga, gravamen o restricción; entraña una relación jurídica restrictiva o modificativa, afectante a otra relación jurídica básica como es el derecho restringido.

A partir de este acotamiento del tema, los autores se ocupan de definir las prohibiciones de disponer en sentido técnico o estricto. Para ROCA son "restricciones o limitaciones impuestas al ejercicio de la facultad dis-

(12) Cfr. VILLAVICENCIO, loc. cit.

En este sentido, todo estudio que se haga sobre las prohibiciones de disponer tiene que partir del esclarecimiento previo de aquel poder de disposición, cuya elaboración, aunque generalmente admitida por los autores, no es todavía pacífica y está sujeta a discusiones y opiniones contradictorias. Quizá buena parte de las vacilaciones doctrinales de la figura que nos ocupa se deba a no haberse precisado suficientemente la naturaleza del poder de disposición.

(13) *Die Lehre vom Titulus*, Vienna-Mainz, 1873, citado por JERÓNIMO GONZÁLEZ, loc. cit., p. 482, nota 10.

positiva (ius disponendi), que normalmente integran el contenido de un derecho subjetivo, y en cuya virtud el titular del mismo no puede válidamente enajenarlo, gravarlo o disponer de él" (14). Y MOXÓ las considera como "impedimentos que en un derecho normal de tráfico el ordenamiento jurídico tolera o impone, suspendiendo su disponibilidad, por un fin legítimo, temporalmente y erga omnes, sin necesidad de la creación de un derecho subjetivo" (15). La definición descriptiva de Moxó parece más completa por cuanto subraya limitativamente las notas esenciales de la figura técnica así contemplada: su origen último en el ordenamiento, bien directamente, creándolas, bien indirectamente, sancionando su creación por los particulares, ya que éstos no pueden por sí mismos modificar una cualidad esencial de los derechos, como es ésta, si previamente no lo permite la Ley; la necesidad de fin legítimo o causa jurídica legitimadora, especialmente destacable aquí por el carácter negativo de la prohibición; asimismo, la necesidad de que la restricción no sea perpetua sino temporal, su intrínseca eficacia frente a terceros, etc. A pesar de esa enérgica delimitación del concepto, integrado por esta serie de notas, reconoce el propio Moxó la precariedad de un concepto unitario en este punto, tan diverso de contenido en sus distintas manifestaciones. Y CERES, refiriéndose especialmente a las prohibiciones decretadas por autoridad judicial o administrativa, señala su función cautelar o de garantía, función que también juega en el caso origen de este pleito, como hemos tenido ocasión de señalar.

Todavía nos falta por precisar un extremo en orden a la extensión de la figura contemplada. Hemos dicho antes que las limitaciones del poder de disposición —al menos las voluntariamente establecidas— pueden organizarse de dos modos diferentes: mediante la concesión a un tercero de esa facultad dispositiva, excluyente o compartida, según pueda disponer sólo el tercero o tenga que codisponer con otra persona, normalmente el titular originario concedente; o, pura y simplemente, mediante la autolimitación del ius disponendi por su titular originario, sin desmembración en favor de otra persona. Pues bien, la cuestión que ahora se plantea estriba en decidir si ambas formas restrictivas pueden ser consideradas como prohibiciones de disponer en sentido técnico, o esta última calificación debe reservarse para la segunda de aquéllas.

Buena parte de la doctrina hipotecaria se inclina a considerar dentro de las prohibiciones de disponer sólo a la segunda de aquéllas limitaciones. Don JERÓNIMO GONZÁLEZ decía que las prohibiciones de disponer son restricciones impuestas por mandato jurídico en orden al ejercicio de un derecho subjetivo, que limitan las facultades de su titular *sin atribución de otro derecho subjetivo a persona determinada* (16). ANGEL SANZ piensa que las prohibiciones de disponer pueden obedecer a un derecho real existente a favor de otra persona, o pueden darse sin atribución de un derecho de esta naturaleza a favor de sujeto determinado. Las primeras no son verdaderas prohibiciones, pues emanan precisamente del ejercicio de esta facultad

(14) Loc. cit., p. 361.

(15) Loc. cit., p. 22.

(16) Loc. cit., p. 480.

de disposición. Las segundas son las típicas prohibiciones de disponer (17). Para ALPAÑÉS, las prohibiciones de disponer de origen voluntario son aquellas que como pacto especial se introducen en el negocio transmisivo y, *sin que vaya a parar a nadie la facultad dispositiva*, privan de ella al adquirente (18). Según la definición de MEXÓ, ya transcrita, no es necesario, para que la prohibición de disponer exista, que implique la creación de un derecho subjetivo correlativo. Para GERNÉS CÁNOVAS, este último rasgo es fundamental, y la configuración de un contraderecho correlativo en otro titular sólo puede dar lugar a una prohibición impropia o refleja (19). En igual sentido se pronuncia la jurisprudencia hipotecaria (20).

En relación con este punto creemos necesaria una distinción previa:

a) Las restricciones a la libre disponibilidad de los derechos —derechos naturalmente transmisibles— derivan para su titular de la atribución de un derecho correlativo a otra persona. Este segundo derecho, que confiere normalmente una facultad de adquisición preferente, aparece legalmente tipificado, recae directamente sobre los bienes o implica una pretensión hacia los mismos, es susceptible de tratamiento unitario independiente y de la adecuada publicidad para su repercusión sobre los terceros. Ejemplo típico: el derecho de opción. El optante tiene un derecho real de adquisición preferente por consecuencia del cual el propietario actual no puede enajenar a un tercero sin previo ofrecimiento a aquél. Es el caso también de los derechos de tanteo. O de la sustitución fideicomisaria, en que la vocación del fideicomisario modaliza el contenido típico del derecho del fiduciario, impidiendo su libre enajenación. La restricción dispositiva aparece embebida en o condicionada por el contenido de otro derecho subjetivo normalmente real. No hay aquí prohibición de disponer en sentido estricto, sino eficacia concurrente de un derecho ajeno.

b) El titular de un derecho lo transmite a un tercero, impidiendo o condicionando su enajenación. El adquirente es titular del derecho, pero no de la facultad dispositiva. Generalmente, la prohibición de disponer así estipulada beneficia al propio transmitente o a sus herederos, a los herederos del adquirente o a terceras personas. También es frecuente que estas restricciones impuestas al adquirente obedezcan a una finalidad de garantía de derechos o expectativas ajenas. Pero lo característico de estos supuestos es que no existe aquí un derecho concurrente por parte del beneficiado con la prohibición, como ocurría en el caso anterior. Frente a la carga o limitación impuesta al adquirente, no se da una facultad concretamente dirigida a su cumplimiento. Tal es el ejemplo más típico de las prohibiciones de disponer en sentido estricto, tradicionalmente consideradas por la doctrina como tales. Quizá por esto, por este aspecto de carga o limitación excepcional, exigen los autores particulares requisitos para su validez: finalidad legítima y limitación temporal. Dentro de estas prohibiciones negociales pueden distinguirse las constituidas a título oneroso (ejemplo: prohi-

(17) *Comentarios...*, p. 202.

(18) *Loc. cit.*, pp. 69-70.

(19) *Loc. cit.*, pp. 503-4.

(20) *Cfr. Res.* 23 marzo 1926 y 13 diciembre 1951, entre otras.

bición de disponer en garantía del precio aplazado en la compraventa) y a título gratuito (ejemplo: institución de heredero con prohibición de disponer hasta llegar a determinada edad). Como en seguida veremos, esta distinción tiene importantes repercusiones sobre su respectiva eficacia.

e) Otras veces resulta que existe diversidad entre la titularidad del derecho y la titularidad plena del poder de disposición. Bien sea porque se concede este poder a quien carece del derecho (disposición de derecho ajeno: usufructo con facultad de disposición, por ejemplo), bien porque el transmitente del derecho se reserva ciertas facultades dispositivas (donación con reserva de la facultad de disponer: art. 639 C. c.), bien porque el titular actual de un derecho concede a otra persona la facultad de concurrir con él en el acto de disposición futura que pueda realizar (tal sería, por ejemplo, el caso que nos ocupa: el dueño arrendador no puede enajenar los locales arrendados sin la intervención del arrendatario). Por vía de la transmisión o de la reserva de derechos, aparecen las facultades dispositivas vinculadas a más de una persona. Pluralidad personal que puede funcionar, para la validez del acto de enajenación, en forma alternativa o conjunta. A veces son dos las personas que separadamente pueden disponer. Otras es preciso la concurrencia de ambas —recordemos el caso objeto del presente pleito—. Pues bien, sólo en este último supuesto —concurrencia conjunta de dos personas para la disposición— cabe hablar de prohibición, o mejor, restricción de la facultad de disponer. Tampoco aquí se atribuye a la otra persona un derecho subjetivo típico que entrañe recíprocamente en el sujeto obligado limitación dispositiva. Sino mera concesión del poder de enajenar. Lo que, por consiguiente, se traduce en una legitimación para disponer (21). No se ve inconveniente ninguno en considerar como auténtica prohibición de disponer el resultado que sobre el titular del derecho produce esa diversidad concurrente. Por cuanto entraña una carga o limitación, restringe voluntariamente el *ius disponendi* y no supone concesión de un derecho subjetivo de mayor entidad, sino mera legitimación para intervenir con carácter necesario en el acto dispositivo.

Tenemos, pues, de acuerdo con todo lo dicho, que dentro del concepto técnico o estricto de prohibición de disponer deben incluirse tanto las figuras restrictivas unilaterales, sin titularidad actual de otro sujeto, como aquellas otras en que la disposición válida exige la concurrencia de dos o más personas. Siempre que, en ambos casos, no coexista un derecho subjetivo en la otra persona. En este sentido resulta exacta la afirmación del T. S., en relación con el caso que nos ocupa, de que la cláusula quinta del contrato arrendaticio envuelve una limitación a la facultad de disponer. Que esa limitación existe resulta indudable. Lo que nos ha parecido, además, necesario es afirmar que dicha estipulación entraña una auténtica

(21) Como ha puesto de relieve LADARSA, la legitimación para disponer no es más que una consecuencia de la atribución de la facultad dispositiva. Aunque, desde el punto de vista del tráfico y de la dinámica de los derechos, interese primariamente el aspecto de legitimación, no se puede desconocer la relación causal en que se encuentra con la preexistencia del *ius disponendi*.

prohibición de disponer en el sentido estricto en que, a nuestro juicio, puede ser delimitada esta figura.

Pero el problema que aquí se plantea no es tanto de calificación cuanto de eficacia. Determinar qué resultado produce el incumplimiento voluntario de aquella prohibición. Problema éste de la eficacia jurídica que tiene una importancia muy peculiar al proyectarse sobre las prohibiciones de disponer.

4. La regulación legal de las prohibiciones de disponer aparece principal, y casi exclusivamente, contenida en los arts. 26 y 27 L. H., junto con sus complementarios: 107-3.º L. H. y 57 y 145 R. H. Como es bien sabido, la doctrina formula un doble reproche a esta escueta regulación. En primer lugar, por su carácter fragmentario y parcial. Remite expresamente la L. H. al problema de validez de fondo de estas prohibiciones, cuando no hay una norma general de la legislación civil en que se aborde esta cuestión. Al lado del precepto estrictamente hipotecario, que contempla sólo su acceso al Registro, y esto en forma mediata, falta una declaración legal expresa de reconocimiento de la validez de esta figura, de su licitud y admisibilidad, de su eficacia. Precepto de puro derecho civil, en conexión con la teoría general del derecho, que rebasa el estricto ámbito hipotecario. Por otra parte, se censura con razón la norma contenida en el párrafo 3.º artículo 26 y en el art. 27, que permiten tan sólo la inscripción de las prohibiciones contenidas en actos a título gratuito y algún otro asimilado, pero niegan, en cambio, el acceso al Registro de las prohibiciones onerosas.

4.1. Ciertamente falta en nuestro ordenamiento una norma general, de carácter civil, relativa a la eficacia de las prohibiciones dispositivas, a su caracterización causal y a las condiciones básicas de su validez (22). A la L. H. sólo le interesa el aspecto registral del problema: su acceso al Registro. Las cuestiones de su validez y licitud, su eficacia general y los requisitos de su admisibilidad constituyen un problema previo, sustantivo, rebasan el campo hipotecario y corresponden más bien a la teoría general de derecho civil. Por eso el artículo 26 permite su inscripción—aspecto formal—siempre que, además de la tipificación legal establecida, se cumplan los requisitos generales de validez—aspecto material—. En ausencia de esa norma civil básica, la doctrina primero y la jurisprudencia después, han perfilado los requisitos mínimos para la admisión de esta figura, de acuerdo con su naturaleza, sus repercusiones y los principios generales que informan el tráfico privado de los bienes en nuestro derecho. Se apuntan así los siguientes caracteres: necesidad de una razón suficiente y seria en atención a la cual se establezca la prohibición; racionalidad del fin como criterio legitimador:

(22) A las prohibiciones de disponer reguladas en el art. 26-3.º y 27 L. H., son de aplicación las categorías, pertenecientes a la teoría general del negocio jurídico, de validez y eficacia, conceptos que en modo alguno pretenden involucrarse aquí. El problema básico radica en la validez de la figura y las condiciones de su admisión en nuestro Derecho. Problema que está en íntima conexión, aparte otras circunstancias, con la motivación causal y la finalidad económico-social que con estas restricciones se pretende. La validez de fondo condiciona su eficacia. Aunque en este último plano quepa luego distinguir diversa intensidad de efectos—inter partes, frente a terceros, etc.—. Vid. sobre la aplicación de estos conceptos, TALÓN MARTÍNEZ, loc. cit.

temporalidad, por cuanto las prohibiciones que impliquen prohibición perpetua de enajenar están prohibidas por el artículo 781 C. c.: ventaja patrimonial para alguien o para algo; permisión legislativa, etc. (23).

Ahora bien, partiendo de esa norma hipotecaria y de la ausencia de una más amplia regulación civil, ¿puede inducirse de ese precepto registral un criterio legal general sobre la eficacia frente a terceros de las prohibiciones de disponer? Parece que sí. La posibilidad de acceso al Registro y de publicidad, y su natural consecuencia de repercusión en el tráfico, pueden estimarse como aplicación concreta de un principio más amplio relativo a la eficacia frente a terceros de esta figura. Porque, como ya hemos dicho, la prohibición se establece cabalmente para desplegar sus efectos frente a terceros, y no debe quedar desvirtuada en su energía restrictiva por la posible interposición de un tercero. Aunque luego, desde el punto de vista estructural y técnico, se permita al lado de las prohibiciones con eficacia real otras sin más valor que el mero pacto obligacional de no enajenar. Quiero decir que las prohibiciones deben jugar condicionando la disposición ulterior frente a cualquiera, y esto tanto en el campo estrictamente registral como en el más amplio de su eficacia general, si bien la obtención de unos determinados efectos requiera en cada caso el adecuado medio técnico de exteriorización. La norma hipotecaria se nos aparecería así—en la medida en que esta interpretación integradora se estime válida—como el reflejo de un principio general de oponibilidad en nuestro Derecho. Según éste, sólo las prohibiciones de disponer pactadas en negocios gratuitos o semejantes, según la enumeración legal—podrían llegar a tener eficacia real, no las onerosas. Si estimamos que el artículo 26 contiene no sólo una norma de estricta inscribibilidad, sino que traduce un criterio general de eficacia frente a terceros, es decir, de oponibilidad en sentido riguroso. Por este camino, que estimamos perfectamente defendible, discurren las opiniones de parte de nuestra doctrina.

4.2. Más justificada parece la crítica de fondo dirigida contra el precepto que comentamos, y que niega la inscribibilidad o repercusión sobre los terceros de las prohibiciones onerosas. Sólo las prohibiciones contenidas en actos gratuitos—donaciones, disposiciones de última voluntad—y los legalmente asimilados—capitulaciones matrimoniales (24) tienen acceso al Registro. Las onerosas, en cambio, no son en ningún caso susceptibles de

(23) ROCA: D. H., pp. 388-390; Moxó: loc. cit., p. 53. Vid. Res. 15 enero 1918 y S. T. S. 25 junio 1945.

(24) En cuanto a las capitulaciones, obsérvese que al lado de las normas estrictamente estatutarias, reglamentadoras del régimen de la sociedad conyugal, puede haber otras relativas a la apuración de bienes por los esposos. Si el carácter gratuito de las prohibiciones contenidas en las primeras estipulaciones no parece muy claro, tampoco lo será cuando incidán sobre los bienes concretamente aportados. Sin embargo, la L. H. no distingue y permite la inscripción de las prohibiciones capitulares, atendiendo quizá al perfil más estatutario que contractual y sinalagnático de este tipo de estipulaciones.

¿Qué de los actos gratuitos con causa mixta: donación remuneratoria, especialmente la donación con carga cuando el gravamen y la prohibición de enajenar consiguiente obedecen a fines de no estricta liberalidad, o en el caso de legado testamentario en pago de deuda reconocida? La dificultad de dis-

inscripción (art. 27 L. H.). Pero si admitimos la posible validez de estas últimas, en atención al interés lícito que con ellas se protege, la sanción legal puede resultar excesiva. Los ejemplos que se pueden aducir en este punto son numerosos. Pensemos en el caso típico de prohibición de disponer contenida en un contrato de compraventa, hasta que se verifique el total pago del precio aplazado y en garantía de su cumplimiento. Tanto por su temporalidad, como por la licitud del fin pretendido y de la función cautelar que desempeña, no se ve motivo suficiente para privarla sin más de su natural eficacia real sólo por tener su origen en un pacto oneroso. También podemos imaginar un supuesto de hecho semejante al que ahora nos ocupa. Para garantizar el derecho de adquisición preferente del arrendatario, el arrendador condiciona su *ius disponendi* obligándose a no enajenar sin notificárselo previamente a la otra parte. Obligación o carga que sólo puede cumplir su función específica si se la dota de eficacia frente a terceros, pues de otro modo la facultad de codisposición quedaría burlada en cuanto el arrendador quisiera, y sólo dispondría el arrendatario de una supletoria indemnización de perjuicios, que en este caso bien poco resuelve. Y así sucesivamente en tantos otros supuestos, en que para garantizar un derecho de adquisición o de goce de otra persona, el titular actual del dominio restringe sus facultades dispositivas. Siendo esto así, ¿por qué no permitirles eficacia real e inscripción a este tipo de prohibiciones?

Cabría argumentar en contra que para conseguir esta finalidad bastaría con darle naturaleza real al derecho del favorecido con la prohibición—tanto, retracto, opción, arrendamiento inscribible, etc.—, que como tal podría inscribirse; y que las restricciones de la facultad dispositiva son contrarias al régimen normal de transmisión de los derechos, deben ser interpretadas estrictamente y acogidas con grandes reservas por el ordenamiento, para evitar la amortización de la propiedad inmueble. Pero todas estas consideraciones se nos aparecen hoy como residuos de una mentalidad liberal ya superada, de movilización de la propiedad en todo caso. No se puede olvidar, al lado de esto, la función social de la propiedad, su perfil como reflejo de la estabilidad familiar y su vinculación actual permanente a finalidades más altas que las del mero comercio o libre cambio. Además de que no parece adecuado privar a los particulares de estas formas negociales, imponiéndoles necesariamente otros cauces más estrictamente tipificados para el cumplimiento de sus fines respectivos, cuando éstos son en sí mismos dignos de protección. Lo que importa es matizarse por el ordenamiento la licitud de estas estipulaciones, en función del fin perseguido y de la licitud de la causa, determinando en cada caso cuándo deben estimarse válidas y dignas de protección. Y a partir de ahí, sancionar su eficacia real a través del correspondiente medio técnico de publicidad. Ni siquiera cabe admitir la hipoteca en garantía del cumplimiento de la prohibición obligacional, traducido su incumplimiento en una indemnización supletoria, porque ello equivale a desconocer la naturaleza misma de la prohibición, que debe tener eficacia

tinguir ambos elementos causales, o la conveniencia de dar al precepto una interpretación más flexible inclina a permitir sin más la inscripción de las prohibiciones así reguladas.

impeditiva. De una u otra forma, la doctrina dominante se pronuncia en este sentido de criticar el estrecho cauce legal reservado a esta figura y se muestra partidaria de una mayor eficacia posible para las prohibiciones onerosas.

En resumen, y de acuerdo con la L. H., las llamadas prohibiciones legales no se inscriben. Pero tal especie restrictiva no tiene la naturaleza de prohibición de disponer en sentido estricto, según la delimitación que antes hemos intentado hacer de esta figura. Las prohibiciones judiciales y administrativas son en general medidas cautelares, provisionales. En armonía con esa naturaleza preventiva y provisional, sólo son susceptibles de anotación en el Registro. Las prohibiciones negociales integran el grupo más interesante y mejor susceptible de sistematización. La ley las distingue, según la estructura de su título originador, en onerosas y gratuitas. Sólo estas segundas se pueden inscribir cuando cumplan las condiciones generales de validez, e inicialmente se dan frente a terceros. Las onerosas no tienen acceso al Registro, aun cuando estén válidamente establecidas. Por eso distingue la jurisprudencia entre prohibiciones con eficacia real o meramente personal (25). En puridad técnica, sólo las primeras serían prohibiciones de disponer en sentido estricto. Pero la cuestión terminológica no importa tanto. Cualquiera que sea su denominación precisa, ambas formas de eficacia se agrupan hoy bajo la rúbrica de prohibiciones de disponer. La solución legal será criticable, pero es taxativa y sigue vigente. Sólo en el plano de *lege ferenda* puede ser orientada hacia una mayor admisión de efectos.

4.3. El tema de la inscribibilidad de las prohibiciones dispositivas se conecta con otra cuestión más amplia de no pequeña importancia en Derecho registral: la determinación precisa de cuál sea el objeto de la inscripción en nuestro Registro de la Propiedad. Problema éste de especial dificultad interpretativa y constructiva, que tiene dividida la opinión de los autores, según se inclinen por estimar que el objeto de la inscripción es el título en sentido material, acto originador de una titularidad, o bien el derecho mismo ya originado, si se inscriben actos o derechos. No es esta ocasión adecuada para entrar en tan ardua discusión, que nos llevaría muy lejos. Personalmente entiendo más satisfactoria la teoría según la cual se inscriben derechos inmobiliarios conectados a su título, no meros actos o negocios. Creo que la publicidad del Registro se extiende no sólo al negocio o acto jurídico, sino también a la relación negocial de ahí derivada. Buena prueba de ello sería el art. 7 L. H. cuando exige que la primera inscripción sea de dominio. Luego los asientos sucesivos recogerán las transmisiones, modificaciones o desmembraciones de ese dominio previamente inscrito. Pero insisto en que no vamos a entrar ahora en ese problema. Por ello, la afirmación transcrita carece, de momento, de apoyo suficiente y podrá ser desvirtuada por quien opine lo contrario. Lo que importa destacar aquí es que el tema de las prohibiciones de disponer como inscribibles arroja nueva luz sobre el objeto de la inscripción. En las prohibiciones dispositivas no

(25) Res. 15 enero 1918, 14 abril 1921, 27 septiembre 1929, 21 abril 1949 y 13 diciembre 1955.

se inscribe solamente su título originador: por ejemplo, donación, como pudiera ocurrir en caso de transferencia del dominio. Pero tampoco se inscribe un derecho concreto —dominio, hipoteca, etc.—, sino más bien la carga o gravamen que tal prohibición encierra, la limitación de las facultades dispositivas del titular registral, como mera limitación, sin necesidad de un derecho concurrente en otra persona para impedir la enajenación —recuérdese lo dicho más arriba— (26). ¿Quiere esto decir que estaba previamente inscrita la facultad dispositiva —*ius disponendi*— como facultad separada respecto de la cual se inscriben ahora sus modificaciones o restricciones? No parece que esto sea del todo exacto. Aunque la moderna doctrina civil tienda a configurar el *ius disponendi* como facultad separada, independiente y extrínseca al contenido del derecho subjetivo sobre el cual se proyecta, registralmente esta facultad va ya embebida en el mismo derecho inscrito. Porque no hay norma expresa que autorice la publicidad separada de esta facultad positiva, y sí sólo la constancia registral de su ausencia o restricción, respecto de la cual es necesaria su preexistencia anterior. Como al Registro tienen acceso los derechos inicialmente disponibles, el *ius disponendi* va implícito en el asiento del titular actual. Sólo por excepción se inscriben las restricciones o limitaciones, siempre anómalas, de esa facultad dispositiva. Al Registro de la Propiedad, que refleja el tráfico de los bienes inmuebles, interesa especialmente la legitimación dispositiva para el tráfico y, consiguientemente, sus posibles modificaciones. Ocurre aquí algo parecido a lo que sucede en las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas. La plena capacidad del titular es lo normal y deriva de sus circunstancias personales y de su estado civil. Pero cuando esa capacidad se restringe judicialmente en casos especiales, también es objeto de constancia registral.

Ahora bien, las prohibiciones de disponer (27) no son objeto de ins-

(26) Para Moxó (loc. cit., pp. 24-5), la prohibición de disponer no es un derecho real, sino que representa más bien el negativo o hueco del derecho filial. El derecho matriz sigue íntegro, pero comprimido en cuanto a una de sus facultades, lo cual le hace recordar el lado pasivo que Ihering describió como elemento de los derechos con sujeto indeterminado. De donde deduce cierta analogía de esta figura con la de los derechos reales, si bien aquí se actúa en sentido negativo —privación— y sin atribución correlativa de facultades a un sujeto determinado. Todo lo cual confirma, a su juicio, la necesidad de su publicidad registral.

Quizá hoy pueda perfilarse con mayor precisión técnica la naturaleza de esta figura, a partir de la consideración independiente de la llamada facultad de disponer y su posible restricción o condicionamiento temporal en aras de un fin legítimo. Ello nos separa un tanto de esa presunta asimilación con el lado negativo de los derechos reales. Pero, en cualquier caso, resulta evidente ese aspecto negativo de limitación o restricción (carga en sentido técnico) y necesaria la publicidad registral como vehículo de su repercusión frente a terceros, por afectar directamente a la legitimación dispositiva para el tráfico.

(27) Me estoy refiriendo, como es obvio, a las prohibiciones voluntarias o negociales. Las judiciales y administrativas constituyen medidas cautelares de aseguramiento provisional del proceso o procedimiento de que se trate. Y por eso se anotan.

cripción en forma separada, sino conectadas a un negocio traslativo —o estatutario en caso de capitulaciones—, gratuito y válido. Son condiciones del negocio y modifican el contenido normal del derecho subjetivo que se publica. Se inscribe, por ejemplo, el dominio del donatario y, dentro de su contenido normal, la ausencia o restricción de uno de sus elementos: la facultad de disponer. Desde este punto de vista, la prohibición de disponer, más que un derecho o condicionamiento del mismo, implica una modificación de la relación jurídica básica —de donatario, de heredero, etc.—. Se trata de una relación jurídica mutilada o privada de uno de sus elementos naturales. Por eso el tema del objeto de la inscripción debe ser estudiado a través de la relación jurídica inscrita más que a través del derecho subjetivo publicado. Relación jurídica que, al ponerse en contacto con la publicidad del Registro, se convierte en relación jurídica registral. Pero de la posible configuración de esta última ya nos ocuparemos en otra ocasión.

4.4. Desde estas perspectivas mentales tiene razón el T. S. en la Sentencia que comentamos. La prohibición de disponer contenida como pacto accesorio en el contrato arrendaticio no pudo inscribirse y, por tanto, no pudo tener virtualidad frente a los terceros compradores de la finca. La estipulación contemplada tendrá pura eficacia personal o inter partes y, caso de ser incumplida, sólo dará lugar a la supletoria indemnización de daños y perjuicios. Pero, ¿y la buena fe? Entre los hechos determinantes del presente litigio se afirma que don E., al comprar la finca, sabía de su ocupación por los arrendatarios. Dicho conocimiento, ¿puede dar base a la existencia de mala fe, que impediría adquirir la casa como libre? El T. S. no da por probada la mala fe y, en vista de ello, se limita a aplicar la doctrina general de irrelevancia de lo no inscrito frente al adquirente de buena fe. En cualquier caso, el tema tiene más importancia en cuanto a la subsistencia del arrendamiento. Porque el comprador podrá conocer la ocupación del inmueble por los arrendatarios, pero es muy improbable, casi imposible, que conozca la restricción de la facultad dispositiva del vendedor, ya que este último condicionamiento no se exterioriza en forma visible o posesoria. Tan sólo conociendo el contenido íntegro del contrato complejo en que esa prohibición se contenía, y llegando a probarse suficientemente ese conocimiento, llegaría a plantearse el problema de su posible mala fe, que impediría el quedar protegido de lo no inscrito. Es decir, que sólo entonces podría afectarle esa limitación. Supuesto que, evidentemente, escapa del caso que nos ocupa.

4.5. Sin embargo, séanos permitido recoger aquí este último y difícil supuesto de hecho, aunque sea a efectos puramente dialécticos y ejemplares: el comprador conocía de hecho la prohibición de disponer contractualmente estipulada que afectaba a la titularidad de su vendedor, aun no estando inscrita. En tal caso, ¿la publicidad de hecho (28) puede suplir a la registral

(28). Hablamos aquí de publicidad, como fácilmente se advierte, en sentido impropio o lato. No como medio técnico de divulgación frente a todos —causa—, sino como efectivo conocimiento —resultado—. No hay aquí cognoscibilidad

enervando la buena fe? ¿Cabe distinguir una buena fe positiva para adquirir fiado en los pronunciamientos del Registro y una buena fe negativa para no ser perjudicado por la realidad extrarregistral? En pura teoría de oponibilidad, indudablemente, la limitación así conocida por el adquirente debía afectarle, privando de eficacia a su compra. De otra forma, quedarían protegidos en el tráfico el fraude y la mala fe. Sin buena fe no debe haber protección en el tráfico jurídico. La dificultad está en que el comprador no podría denunciar el vicio del contrato, de que ya tuvo conocimiento, para no ir contra sus propios actos; y, por igual motivo, tampoco el vendedor. Pero el tercero perjudicado —arrendatario en este caso— o presunto perjudicado por la enajenación —recordemos que las prohibiciones de disponer no siempre juegan en beneficio de una persona concreta— podrá pedir la nulidad de la venta dirigiéndose contra el tercer adquirente siempre que pruebe su mala fe. En cambio, si se interpreta la norma hipotecaria como reveladora de un criterio general de eficacia frente a terceros de esta figura, si se estima entonces que las prohibiciones onerosas no deben afectar a terceros —solución que dista mucho de estar racionalmente justificada—, en tal caso la solución legal sería tajante e irrelevante la concurrencia de mala fe. Aunque siempre cabría argumentar en contra que la L. H., destinada a reglamentar el tráfico de inmuebles a través de su publicidad, lo hace presuponiendo esa necesaria exigencia de buena fe, implícita en toda protección de la apariencia en el tráfico jurídico. A pesar de su infrecuencia, el problema tiene cierta importancia y la solución no deja de ser dudosa. Personalmente estimamos más adecuado hacer repercutir en perjuicio del adquirente la limitación dispositiva de su transmitente cuando tuvo conocimiento de ello.

4.6. En cuanto a la eficacia de la prohibición de disponer inscrita, viene hoy sancionada por el art. 145 R. H., que recoge la recta doctrina: se cierra el Registro para los actos dispositivos realizados por el titular sometido a prohibición después de la inscripción de ésta. Salvo que la enajenación cuya inscripción se pretende se funde en asientos vigentes anteriores al de la prohibición. Dejando aparte la incorrección técnica y posible ambigüedad de esta última expresión, la interpretación de dicho artículo plantea, por lo menos, tres cuestiones:

a) Si la doctrina reglamentaria expresada es aplicable no sólo a las anotaciones preventivas —prohibiciones de disponer judiciales y administrativas—, sino también a los asientos de inscripción —prohibiciones negociales—. Parece que sí. Por recoger la finalidad intrínseca, institucional, de la publicidad de las prohibiciones. Por falta de norma expresa contradictoria relativa a los asientos de inscripción, lo que facilita la analogía legal, supuesta la identidad de fundamentos. Y porque lo importante aquí es la eficacia impeditiva de la restricción, su función esencialmente prohibitiva, sea cualquiera la forma de su constancia registral. La diversidad del asiento vendrá condicionada por su distinto origen y, particularmente,

legal, que es el efecto inmediato de la publicidad en nuestro ordenamiento, sino conocimiento real sin exteriorización previa.

por su desigual eficacia temporal. Pero una vez publicada por el Registro, y mientras el asiento esté vigente, debe producir todos sus efectos propios. A veces, los efectos de las anotaciones no coinciden totalmente con los de las inscripciones. Aquí, por el contrario, la publicidad registral despliega una eficacia homogénea, sea cualquiera la forma en que se exteriorice.

b) Si la enajenación cuya inscripción se solicita es posterior a la fecha en que se inscribió —o anotó— la prohibición, entonces no hay cuestión. La eficacia impeditiva de la prohibición cierra el Registro respecto a los actos posteriores, que no podrán ser inscritos. Mas, ¿qué ocurre si la enajenación es de fecha anterior a la inscripción de la prohibición, pero llega al Registro después de extenderse ésta? La solución es más dudosa. En puridad formal podría pensarse que, después de registrada la prohibición, quedaba cerrado el camino a las inscripciones posteriores contradictorias. La fecha fehaciente anterior del acto dispositivo perfilaría su eficacia civil; en el aspecto registral, formal, su virtualidad quedaría inoperante por no haberse presentado antes en el Registro. Supuesto que el momento de nacimiento de la relación jurídica registral es el de su inscripción respectiva, que se retrotrae a la fecha del asiento de presentación del título.

La doctrina jurisprudencial no es unánime en este punto. Como ejemplo de contradicción podemos recoger dos resoluciones, ambas de 1943, y cronológicamente bien cercanas. El T. S., en Sentencia de 22 de marzo, sancionó la validez de la enajenación hecha con anterioridad a la fecha de la anotación de la prohibición de disponer. He aquí el fundamento de su decisión: "La prohibición de enajenar por llevar fecha 18 de julio de 1932 no puede acreditar que en 5 de mayo del mismo año estuviera privado el que enajenó las fincas de transmitir los bienes de que entonces dispuso en favor de los actores, en uso de facultades dominicales que no estaban limitadas por anotación ni declaración alguna; y por otra parte, como quiera que el vendedor, en la expresada fecha de 5 de mayo, tenía inscrito en el Registro su derecho de propietario, adquirido sin reserva alguna por escritura pública, hay que reconocerle, de acuerdo con el art. 41 L. H., todos los derechos consignados en el libro II C. c. a favor del propietario y poseedor de buena fe, sin excluir el de libre disposición de los bienes a su nombre inscritos."

Pocos días más tarde, la D. G. R. N., en su Resolución de 8 de mayo, sentó la doctrina contraria en un caso parecido. Se había trabado depósito judicial y secuestro de una finca urbana con prohibición de disponer. Después de la anotación se presentó en el Registro escritura de venta de fecha anterior. La Dirección no permitió la inscripción porque... "si bien la escritura de venta de la casa fue otorgada el 14 de julio y el mandamiento judicial de secuestro y depósito judicial de la finca con prohibición de enajenarla fue expedido el 31 de agosto del mismo año, es indudable que en el Registro de la Propiedad, donde se había tomado anotación preventiva del mandamiento y de la prohibición, existía en el momento de presentar el título un obstáculo fundamental que, por el momento, impide la extensión del asiento solicitado, sin prejuzgar la validez o nulidad de las obligaciones y derechos constituidos...; la atribución de una energía impeditiva al asiento de anotación preventiva practicado no puede ser contrarrestada

por razón de la fecha anterior de los documentos presentados con posterioridad”.

Obsérvese que ambas Resoluciones son anteriores a la entrada en vigor de la actual L. H. de 1946. El art. 145 del vigente Reglamento, antes transcrito, podría dar base a la interpretación menos formal y más amplia, acorde con la Sentencia del T. S. El Reglamento permite que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación. Desde el punto de vista del tracto o enlace registral, el propietario inscrito que enajena su derecho antes que la prohibición llegue al Registro ejercita su ius disponendi, que entonces aparece sin restricción. El asiento antecedente de la nueva inscripción es el de dominio libre, que como tal desplegará su normal eficacia hasta que se registre la prohibición. Aun después de publicada ésta, si la enajenación es anterior debe encontrar su fundamento registral en el asiento anterior. La fecha del nuevo asiento de prohibición no puede retrotraerse, privando de efectos a los actos de fecha fehaciente anterior. El Registro publica un dominio libre hasta tal fecha y una restricción o prohibición desde tal otra. La calificación y el antecedente registral han de reconducirse a uno de esos dos momentos. Además, la solución de permitir la inscripción de las enajenaciones anteriores que llegan al Registro después, aparte de tener en su apoyo esa interpretación reglamentaria, resulta en la práctica más justa. De otra manera quedarían sin protección registral situaciones válidas sólo por razones ocasionales, oportunistas y de difícil solución —retraso causado por el plazo de la liquidación del impuesto, hoy tan frecuente; prioridad puramente momentánea en el asiento de presentación; subsanación de defectos o aportación de datos complementarios, etc.—, sin ninguna otra razón de peso. El Registro no publica la prohibición abstractamente, sino vinculada a un concreto acto originador y desde una determinada fecha. Una cosa es que la relación jurídica registral sea formal, viva a veces al margen de la relación civil o sustantiva, y otra que no sea conveniente su más estrecha correlación desde su origen. Por todo ello nos parece más ajustada y defendible la tesis de permitir la inscripción de las enajenaciones anteriores a la inscripción de la prohibición, aunque lleguen al Registro después (29).

Constituye una excepción a la norma expuesta la anotación preventiva de prohibición de disponer acordada en juicio universal de quiebra. La retroacción de los efectos de la declaración de quiebra al llamado período sospechoso impone que la eficacia obstativa de la anotación se extienda también retroactivamente a ese período previo. De modo que no podrán inscribirse los actos de enajenación realizados por el quebrado, no sólo los posteriores a la inscripción de la resolución judicial en que así se declare, sino también los que, siendo anteriores a esa fecha, resulten comprendidos dentro del período de retroacción. Así lo declaró expresamente la Resolución de 7 de junio de 1920 (30).

(29) En igual sentido, ROCA SASTRE, D. H., II, p. 379.

(30) “La prohibición de enajenar, cuyo objeto es impedir que el inmueble a que se refiere salga del dominio de aquel a quien tal restricción fue im-

c) El art. 145 es aplicable a los actos de disposición o enajenación de carácter voluntario. ¿Quid respecto a las enajenaciones forzosas? La cuestión es, por lo menos, dudosa, dado el silencio de la legislación hipotecaria al respecto.

A favor de la tesis que excluye las ventas judiciales de la eficacia normal de la prohibición de disponer cabe argüir su distinta naturaleza respecto de las ventas voluntarias y la necesidad de defender el interés de los acreedores impagados, permitiendo el embargo de los bienes del prohibido para hacerse pago con su valor de sus respectivos créditos. En contra cabría oponer el hecho de que la Ley no distingue entre ambos tipos de enajenaciones —el reglamento habla de “actos dispositivos” en general—; y, sobre todo, la facilidad del fraude legal, simulando el titular registral sujeto a prohibición una deuda, que luego incumple, y desata la ejecución forzosa de los bienes inmuebles que integran su patrimonio, si efectivamente carecía de otros bienes embargables de más fácil realización (art. 1.447 L. E. C.). Por este camino sería bien sencillo eludir la norma prohibitiva.

Llegados a este punto creemos conveniente una ulterior distinción. Si el embargo o el negocio constitutivo de hipoteca, causantes de la posterior enajenación judicial de la finca, tienen fecha anterior a la de la prohibición de disponer, en principio tendrán acceso al Registro en forma normal (31). En el momento en que se realizó el acto —dispositivo o aprehensivo— origen de la garantía, el deudor no tenía limitada la libre disponibilidad de la finca gravada. Vale aquí lo dicho en el apartado anterior b). Pero si el contrato de hipoteca o el mandamiento de embargo llegan al Registro después de inscrita o anotada la prohibición y tienen fecha posterior a ésta, parece fundado pensar que ya no será posible su inscripción. En cuanto a la hipoteca, lo impone así el art. 128 L. H. Tal solución resulta congruente con la finalidad y alcance legal de la prohibición. Si se trata

puesta, y en tal sentido se diferencia profundamente del simple embargo, reviste, cuando se ha tomado como consecuencia de la declaración de quiebra, las apariencias de un verdadero cierre de los libros para los actos del quebrado posteriores no sólo a la declaración, sino al tiempo a que alcance la retroactividad de la misma, toda vez que el Registro ha de ser fiel reflejo de las enérgicas medidas que por consideraciones de orden público adoptan los artículos 893 y 870 C. de c. y 541 C. P.”

(Como ampliación de esta materia, vid. MANUEL OLIVENCIA: “Publicidad registral de suspensiones y quiebras”. Madrid, 1953, pp. 71 y sigs.

Aunque el tema que aquí se recoge es el de las prohibiciones de disponer, y como tal resulta aludido en el texto, obsérvese, sin embargo, que en la actualidad la inscripción registral más frecuente es la de declaración de quiebra (artículo 2-4.º L. H.), más que la posible anotación de la prohibición de disponer judicialmente acordada como medida cautelar.

(31) No hace falta aludir aquí al supuesto de hipoteca inscrita anterior a la prohibición y venta en pública subasta judicial hecha en ejecución de la hipoteca, cuya inscripción se solicita después de la inscripción de la prohibición. La solución parece clara. Jugaría aquí el último párrafo del art. 145 R. H.: inscripción del acto dispositivo ulterior por enlazar con la inscripción de la hipoteca anterior a la de la prohibición. Lo mismo cabría decir en caso de embargo.

de fincas adquiridas a título gratuito —herencia, donación— con esa restricción, no hay inconveniente ninguno para esa función impeditiva. Los acreedores verán detenido en cuanto a esos bienes su derecho de persecución. Pero por la publicidad del Registro ya conocían esa limitación, que podía afectarles. Y el disponente a título gratuito puede muy bien establecer la inembargabilidad de los bienes donados (argumento a fortiori, artículo 1.807 C. c.). Si, por el contrario, se trata de prohibiciones ordenadas por el juez o por la autoridad administrativa —objeto de anotación—, éstas obedecerán normalmente a funciones de garantía; carácter cautelar en beneficio del demandante, o del acreedor, de la Hacienda pública o del Estado, que restringe la capacidad dispositiva del titular afectado, y postula todavía con más rigor la ineficacia de los actos contradictorios posteriores. Resultaría en verdad incongruente que, ordenada por un juez la prohibición de disponer de unos bienes, se pretendiera luego, por otro juez, dejar sin efecto su eficacia impeditiva para hacer posible la reclamación de un acreedor. No olvidemos, en fin, la *vis* atractiva de los juicios concursales para evitar la reclamación individual victoriosa contra el perjuicio de la masa de acreedores.

La jurisprudencia ha estado vacilante frente a este problema. Una antigua Resolución de 3 de enero de 1881 afirmó que el pacto por el cual los herederos se comprometieron a no enajenar una casa a persona extraña a la familia mientras viviese cualquiera de los hermanos, tendría lugar en todo caso si la enajenación subsiguiente fuese voluntaria, pero no cuando es forzosa (?). Más moderna, la Resolución de 19 de julio de 1922 vuelve a la recta doctrina e impide la inscripción de las enajenaciones judiciales posteriores a la prohibición (32). Tampoco las opiniones doctrinales son seguras. Roca Sastre duda de que el art. 145 R. H. se extienda a las enajenaciones forzosas, aunque cree que ésa debiera ser la consecuencia natural de las prohibiciones (33).

Resumiendo las razones antes expuestas, personalmente creo que la eficacia de las prohibiciones de disponer inscritas debe atribuirse tanto a los actos voluntarios de disposición como a los judiciales. Y que ambos deben tener su cabida en la norma del R. H., cuyos contornos estamos perfilando.

III. Tan extensas consideraciones nos han alejado un poco del caso que nos ocupa. Volvamos a él y tratemos de recordar escuetamente algunas de las otras cuestiones que en aquél se contenían.

1. Según las tantas veces repetida cláusula quinta del contrato que nos ocupa, en caso de venta de la finca arrendada, la arrendataria será la com-

(32) "La anotación preventiva del número 4 del art. 42 L. H., de prohibición de enajenar (se había decretado judicialmente para asegurar un juicio declarativo ya iniciado de reclamación de cantidad), supone para el dueño de los bienes un verdadero cierre de los libros del Registro por el tiempo que duren sus efectos, ya que no puede realizar ningún acto de adquisición (debe querer decir de enajenación) sobre ellos, no siendo posible tampoco que la autoridad judicial ordene actos de tal naturaleza que produzcan inscripción en el Registro, en virtud de derechos nacidos con posterioridad a la existencia de la anotación de que se trata."

(33) D. H., II, p. 381.

pradora preferida en análogas condiciones de venta que la realizada con un extraño. Igual que ocurría con la prohibición de disponer estipulada, el problema estriba aquí en determinar la naturaleza de esa preferente facultad de adquisición y el alcance de su eficacia.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia dominantes en nuestra Patria, partimos de la existencia de los derechos reales de adquisición, y dentro de ellos, de las tres típicas formas en que esa preferencia adquisitiva con eficacia real se manifiesta: tanteo, retracto y opción.

La facultad de adquisición preferente de la finca concedida a la arrendataria, ¿en cuál de esos tres tipos debe ser encajada? Cuestión no tan sencilla como pudiera parecer. Porque tanteo y retracto son figuras bien semejantes, cuyas líneas de separación resultan a veces borrosas. Y porque la redacción no muy precisa de la cláusula que comentamos pudiera ofrecer dudas de interpretación contractual. Para ALBALADEJO, el derecho de adquisición preferente en el tanteo funciona normalmente *entre el contrato* de compraventa, del que sólo nace la obligación de transferir la cosa, *y la enajenación* o transferencia de ésta, mediante su tradición al comprador. Mientras que en el retracto, el derecho de adquisición funciona después del contrato de compraventa y después también de la transmisión o entrega de la cosa al comprador (34).

En el contrato que comentamos parece se quiso conceder a la arrendataria el derecho de adquirir la cosa con preferencia a cualquiera y antes de que un tercero llegase a ser su dueño. Facultad previa y excluyente que apunta más bien al llamado derecho de tanteo. Pero la cuestión no termina de ser dudosa porque en la cláusula quinta del contrato no se especifica si la pretensión de adquisición de la arrendataria podría entrar en juego por el mero hecho de convenir la venta con un tercero, o sólo después de que éste llegase a adquirir la finca. Cuestión de interpretación contractual que, en los términos en que fue redactada la estipulación, no llega a ser muy clara. Pero es que, además, la doctrina moderna estima que tanteo y retracto no son más que dos formas de manifestarse una misma preferencia adquisitiva. Que precipitan en una u otra especie según el momento de su juego respectivo. Y que el fenómeno es reversible, porque el tanteo incumplido origina - o debe originar, por lo menos - una pretensión de retracto contra el subadquirente. Sea cual fuere la precisión

(34) *Instituciones de Derecho Civil*, II, Derecho de cosas. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Bosch, Barcelona, 1964, pp. 544-5.

Y sigue diciendo el mismo autor: "Como el retracto funciona después de que la cosa la adquirió el tercero, no es posible que el derecho del retrayente se viole transmitiéndola a aquél en vez de a éste, pues por definición es precisa esta transmisión para que se pueda retraer. Por el contrario, como lo mismo la opción que el tanteo funcionarían normalmente antes de que la cosa fuese adquirida por el tercero, sí que cabe violarlos transmitiéndola a éste en vez de a quien tiene el derecho de adquisición de hacerla suya. Y en tal caso, como son derechos reales, permiten perseguir la cosa aún en poder del tercero. Por lo cual, en dicho caso funcionan *después* de la transmisión (en vez de, como es normal, uno entre contrato y transmisión y otro antes del contrato). Pero esto ocurre para evitar que sean defraudados, y no porque su destino normal les lleve a operar entonces" (loc. cit.).

técnica de estas expresiones (véase lo dicho antes recogiendo la opinión de ALBALADEJO), es lo cierto que reflejan una dosis no pequeña de realidad. Que si doña C. podía comprar la finca arrendada antes que cualquier otra persona y en las mismas condiciones que el presunto comprador extraño tendría a su favor un derecho de tanteo, que a su vez comportaría la facultad de ser notificada de la venta proyectada o realizada sin consumación. Y que, aunque esa no fuera la exacta intención de los contratantes, siempre podría dirigirse contra el subadquirente, en virtud de su retracto convencional para readquirir la cosa.

2. A partir de ahí, el problema que se plantea es el de determinar la naturaleza real o personal del derecho de adquisición preferente así pactado y que, para entendernos, denominaremos derecho de tanteo. En primer lugar, ¿es posible configurar como derecho real el derecho de tanteo convencional? La Res. de 4 de enero de 1927 negó esta posibilidad basándose en razones no muy convincentes. Pero, posteriormente, la mayoría de los autores (PÉREZ Y ALGUIER, ROCA, CASTÁN, ESPÍN, VALLET, BADENES, ALBALADEJO) admiten la naturaleza real de esta figura, sobre todo después del artículo 14 R.H. 1947, que permite atribuir eficacia real frente a terceros por su inscripción al derecho de opción de compra, partiendo de la analogía funcional —ya que no estructural— de ambas figuras. Y las S.T.S. de 13 diciembre 1958 y 30 abril 1964 se inspiran en semejante criterio de admisibilidad. Personalmente, compartimos esta opinión más amplia y hoy generalizada en nuestra doctrina teniendo en cuenta la naturaleza real del derecho de tanteo legal (35), la regulación como oponible del derecho de opción en el vigente R.H. y, sobre todo, la necesidad de que estos derechos de adquisición desplieguen su eficacia frente a terceros, pues de otra manera quedaría automáticamente desvirtuada su propia finalidad en cuanto dejaran de cumplirse por el concedente y se interpusiera un tercer adquirente.

Algunos autores niegan que los derechos de adquisición preferente puedan construirse como reales o personales, dependiendo de la mera voluntad de los interesados, o del pacto expreso de que se inscriban, o de la declaración formal en este sentido. Creemos que el problema está mal planteado en estos términos. No se trata de que los contratantes puedan convertir a su arbitrio un derecho personal en real, ni de que la naturaleza real de un derecho arranque sólo de la solicitud de inscripción o del acuerdo de las partes; especialmente si partimos de las modernas direcciones interpretativas, partidarias de configurar nuestro derecho como un sistema de *numerus clausus*, a pesar de la generosa dicción del art. 7 R.H. El establecimiento de los derechos reales corresponde a la ley. La eficacia real y la oponibilidad frente a terceros son materias de orden público; no pueden quedar al libre arbitrio de los interesados. Estos sólo podrán ejercitar su autonomía negocial eligiendo de entre los diversos tipos que les brinde el ordenamiento aquel que mejor se acomode a sus finalidades. Pero elegir no es crear. Cuestión distinta es la de si en un determinado caso, para que un derecho real reconocido por la ley llegue a adquirir

(35) En contra, Roca, D. H., III, pp. 6 y sigs.

eficacia de tal, sea precisa su inscripción registral o la declaración expresa de los particulares en este sentido. Porque entonces, declaración o inscripción son requisitos de su nacimiento o de su eficacia. Pero su naturaleza institucional arranca siempre de la ley que los acuña. Aunque muchas veces la ley permita el establecimiento de relaciones personales o reales para conseguir las finalidades sociales pretendidas, dejando al arbitrio de los interesados la elección del instrumento jurídico más adecuado.

3. Pues bien, si admitimos la posibilidad de un derecho de tanteo convencional de naturaleza real, ¿cuáles serán los requisitos o condiciones del derecho de adquisición así concedido para que participe de esta naturaleza *in rem*? El C. c., que no contempla expresamente la figura del tanteo convencional, regula, en cambio, el llamado retracto convencional dentro de los supuestos de resolución del contrato de compraventa (arts. 1.506 y siguientes). Pero el así llamado por nuestro Código retracto convencional no es en puridad un tipo de retracto, sino más bien un pacto de retro o condición resolutoria establecida a favor del vendedor. En relación con esa finalidad, su eficacia es la de resolver *erga omnes* el dominio del comprador si el pacto de que se trata obtuvo la adecuada publicidad. Como cualquier otra condición resolutoria expresa. Tal supuesto de hecho nada tiene que ver con el caso que ahora nos ocupa, completamente distinto en su estructura y en su función. Consciente de su diferente naturaleza, la doctrina más autorizada niega la calificación de tanteo para esa figura de dominio resoluble, a pesar de la imprecisa dición legal, y reserva aquel nombre técnico para la pretensión de adquisición real pactada en negocio jurídico. Por eso, las previsiones legales del Código, al tratar de aquella causa resolutoria, no pueden ser de aplicación aquí. Fuera de este estricto campo de enfoque, el Código regula los retractos legales en la compraventa (artículos 1.521-25) y otros diversos casos de tanteos y retractos legales (comuneros, coterrederos, socios, enfiteútico, etc.). Y el art. 14 R. H. precisa los requisitos del derecho de opción para que pueda ser inscrito.

Ayuno de expresa regulación legal, el derecho de tanteo convencional o voluntario si, como parece, puede llegar a ser construido con naturaleza real, sería entonces un derecho real de adquisición atípico (36). ¿Cuáles serán las normas que deben disciplinarlo? ALBALADEJO estima supletorias, para los derechos de adquisición voluntarios, las normas que regulan los derechos legales análogos a aquéllos (37). Pero los tanteos legales tampoco aparecen suficientemente desarrollados, y, además, regulan supuestos de hecho muy diversos entre sí, de difícil asimilación analógica. Si acaso se aprecia más generalmente en estas figuras, y en las de retracto legal --bien próximas, por su similar naturaleza-- la necesidad de un plazo fijo de ejercicio y de una posible preferencia entre titulares concurrentes. Llegados a este punto no podemos olvidar la importancia que el llamado principio de especialidad tiene en la configuración de los derechos reales. Para que éstos funcionen como tales y afecten a terceros deben estar pre-

(36) CASTÁN, D. C., II, p. 35.

(37) Loc. cit., p. 575.

viamente perfilados, delimitados en su extensión y condiciones. Tanto si se contemplan los derechos reales como carga o gravamen de la finca en sí misma, o como proyectados sobre los adquirentes posteriores, desde ambos costados se nos aparece la necesidad de que resulten inicialmente determinados en cuanto a su titular, objeto, condiciones, forma de ejercicio y eficacia. Exigencia que no parece tan rigurosa en el plano de los meros derechos de crédito o compromisos obligacionales, como es evidente.

Por otra parte, creemos que la analogía de regulación legal para la disciplina del tanteo debe hacerse más bien a través de la figura del derecho de opción, tal como se recoge en el R. H. Por su pretensión de derecho real, desde luego. Y también, si atendemos a los requisitos de su inscripción en el Registro como medio de hacerlo eficaz contra terceros, que es lo que ahora más directamente nos interesa. Partiendo de esa posible analogía, de las exigencias de su eficacia real y del condicionamiento intrínseco de esta figura, derivado de su propia naturaleza, creo que los requisitos del derecho de tanteo, para ser real e inscribible, podían ser los siguientes:

a) Plazo de duración del tanteo.—El plazo debe ser cierto, no indeterminado. Más dudoso resulta si debe jugar aquí la limitación de cuatro años vigente para el derecho de opción. La falta de regulación expresa pudiera dar base a sentar esta norma por analogía, unida a la conveniencia práctica de no mantener por mucho tiempo vigentes estas pretensiones de adquisición. Pero no se ve razón suficiente que impida un plazo de duración más extenso (por ejemplo, diez años).

b) Precio de la adquisición onerosa del derecho de tanteo en su caso.

c) Forma de ejercitar el derecho de tanteo: Notificaciones, plazos, recursos subsidiarios en caso de enajenación de la finca gravada sin notificación previa.

d) ¿Será también necesario en el tanteo, como lo es en la opción inscribible, el pacto expreso de las partes para que se inscriba, o, por lo menos, la declaración expresa de querer constituir un derecho real? No parece. Ante la posible dificultad de matizar la naturaleza meramente personal, inter partes o real del derecho concebido, podrá ser conveniente aquella declaración en tal sentido. O el pacto expreso de inscripción, como muestra de la voluntad negocial de crear un derecho oponible. Pero el tanteo será inscribible en la medida en que resulte un derecho real o, al menos, un derecho legalmente oponible. Cuestión de naturaleza jurídica resultante de la calificación registral, que no puede quedar subordinada a la mera declaración de las partes. Y que tampoco puede vincularse al pacto expreso de inscripción, por no ser requisito formalmente exigido por la legislación hipotecaria con carácter general (38).

(38) La cuestión no deja de ser dudosa. Porque si se parte de la analogía con el art. 14 R. H., como único precepto directamente aplicable a la inscripción de los derechos voluntarios de adquisición, habría que concluir la necesidad de este consentimiento dirigido a la inscripción. En la duda, y teniendo en cuenta que la identidad entre tanteo y opción no es absoluta; que el derecho de opción puede descubrir más difícilmente que el de tanteo su perfil real;

En relación con el primero de los requisitos apuntados no debemos olvidar —y así se alegó en los Autos— que en este caso se trataba de un derecho de arrendamiento concertado por doce años, respecto del cual era accesorio el derecho de adquisición preferente a favor de la arrendataria en caso de venta. Ello pudiera hacer pensar que el plazo tácitamente fijado para el tanteo era el mismo que el del arrendamiento. Cuestión que encierra un doble problema: 1) De interpretación contractual. Si se quiso atribuir al tanteo efectivamente el mismo plazo de duración de doce años, tácitamente apuntado. 2) De interpretación legal. Si pudo válidamente pactarse ese plazo de duración superior a los cuatro años (duración de la opción) y a los diez años (duración del pacto de retro). En cualquier caso, y aun dando por resuelto de esta indirecta manera el problema del plazo, quedarían por precisar los otros requisitos que a continuación se indican, y subsistiría la falta de plena configuración del tanteo así estipulado.

Sin todos esos requisitos, derivados de la propia naturaleza del derecho de tanteo y de su analogía con el derecho de opción, no será aquél susceptible de inscripción registral. Sólo a través de esa previa especificación de su contenido podrá figurar como carga o afección real, repercutible sobre los terceros. Cuestión de estructura formal o de requisitos de constitución que no excluye la necesidad de considerar su propia finalidad como derecho de adquisición y, en definitiva, su naturaleza como derecho real. A pesar de lo cual, o al margen de ello, lo que aquí más nos interesa no es su presunta naturaleza de derecho real, sino su estricto carácter de derecho oponible, es decir, su repercusión sobre los terceros adquirentes de la finca. Se ha llegado a afirmar por ALBALADEJO que la diferencia entre los derechos reales de adquisición y los meramente personales radica en que éstos facultan a exigir la transmisión o preferencia sólo del obligado a ella (dueño de la cosa), y si éste no cumple, sólo cabe la indemnización de daños y perjuicios; mientras aquéllos permiten obtener la transmisión de cualquiera que tenga la cosa, sea o no el antiguo dueño (39). La naturaleza real se manifiesta prácticamente en su eficacia erga omnes. Por encima de dudosas configuraciones teóricas sobre su realidad o personalidad, lo que en definitiva importa es su eficacia externa, su repercusión sobre los terceros. Lo que en última instancia puede reconducirse al concepto de oponibilidad. En estos casos límites o dudosos, en que la clasificación tradicional presenta dificultades de encaje, el único criterio seguro y suficiente es el de la eficacia oponible. A su vez, la condición real u oponible de un derecho, que sólo puede ser atribuida por la ley, constituye el presupuesto de su publicidad registral. Sólo los derechos oponibles serán publicables. La publicidad es el instrumento técnico a través del cual se actúa la oponibilidad de las relaciones. Sin publicidad no debe haber oponibilidad. Lo cual no significa que todo derecho oponible tenga que ser necesariamente

y que el último requisito del art. 14 R.H. resulta excepcional en nuestro derecho hipotecario, donde aquella exigencia carece de aplicación general, nos inclinamos a no estimarla necesaria en el tanteo convencional, aunque su formulación no deje de ser útil.

(39) Loc. cit., p. 540.

inscrito, porque, además del Registro inmobiliario, existen otros medios de publicidad. Pero sólo a través de la publicidad llegan a tener eficacia frente a terceros las relaciones oponibles.

Si admitimos la inscripción del derecho de tanteo voluntario en las condiciones antes expuestas, tendremos resuelto el problema de su eficacia erga omnes sin necesidad de abordar el tema, más hondo y dudoso, de su plena naturaleza real. Llegados a este punto, no olvidemos algo que ya antes se apuntó. A saber: Que los derechos de adquisición preferente, para que cumplan cabalmente su propia finalidad, deben de estar dotados de eficacia real. De otra manera, quedarían fácilmente burlados si se enajenaba la finca como libre a un extraño y el titular de este derecho o facultad no podía accionar la retransmisión. El tercero ajeno aparece aquí siempre que el ofrecimiento de enajenación se incumple. Igual que ocurriría en materia de prohibiciones de disponer. Es necesario, pues, arbitrar el medio por el cual quede protegido el atributario de la futura adquisición. La eficacia oponible del tanteo y su publicidad registral salvaguardan justamente la posición de su titular.

4. Volviendo al caso que nos ocupa, la conclusión parece clara. El derecho de adquisición preferente concedido a la arrendataria para el caso de enajenación de la finca arrendada carecía de eficacia real y no pudo ser inscrito por falta de suficiente especialidad. No había sido bastante precisado en su contenido y ejercicio. Más que de una obligación real, se trataba de un mero pactum de faciendo. La Sentencia que ahora comentamos así lo reconoce paladinamente, aunque en sus Considerandos mezcla un tanto los dos elementos aquí concurrentes, cuales son la prohibición de disponer y el derecho de adquisición preferente. Es curioso observar que ambas figuras, a pesar de su distinta naturaleza, desarrollan en relación con el derecho de arrendamiento de que son accesorias, y de su conversión en dominio futuro, una idéntica función de garantía. Ello no obstante, ambas presentan perfiles institucionales distintos, aunque en el presente caso, por no haber sido establecidas con eficacia real y no haber sido inscritas, pueda predicarse igual ineficacia relativa en cuanto a ambas.

5. Aún cabría recordar aquí un problema de posible planteamiento: Qué ocurriría si el comprador de la finca arrendada conociera de hecho la reserva del derecho de tanteo a favor de la arrendataria, aún no inscrito; es decir, si adquiriera la finca en situación de mala fe respecto a la existencia del tanteo. En primer lugar, habría que acreditar la mala fe, que el T. S. no da por suficientemente probada. Pero, si así fuera, ¿debería entonces el comprador ser vencido por la reclamación de la titular del tanteo? La cuestión, que se liga con la publicidad de hecho y el alcance protector de la buena fe, no es de fácil solución. En puridad de principios y de justicia, la repercusión frente a terceros de la limitación conocida por éstos parece evidente. Prácticamente ello resulta más difícil porque va unido a la distinta concepción que se tenga de la oponibilidad de estos derechos de acuerdo con su contenido pactado. Nos remitimos en este punto a lo expuesto más arriba, en relación con las prohibiciones de disponer no inscritas y la mala fe del favorecido por su inexistencia.

IV. Antes de terminar nos falta por aludir brevemente a otra de las estipulaciones contenidas en el contrato de arrendamiento que comentamos. Según éste, "en caso de venta de la finca arrendada, el adquirente vendrá obligado, desde luego, a respetar el arriendo". En presencia de dicha estipulación complementaria, cabría preguntar: ¿Es posible un pacto de esta naturaleza?, ¿puede tener alguna utilidad?, ¿dentro de qué límites podrá establecerse?. Y para tratar de responder a estos interrogantes hay que empezar distinguiendo entre dos tipos de normas: las contenidas en el C. c. y en la legislación especial arrendaticia.

1. El artículo 1.571 C. c. establece la norma general según la cual, en caso de venta de la finca arrendada, el arrendamiento se extingue a instancia del comprador. A pesar de su publicidad posesoria, el arrendamiento urbano no afecta al posterior adquirente de la finca, frente al cual se extingue, sino que subsiste sólo frente al primitivo arrendador concedente de aquel derecho. Concebido como un vínculo meramente personal o inter partes, el arrendamiento no tiene eficacia frente a terceros, no es oponible frente a los subadquirentes de la finca arrendada y se extingue cuando aparece un comprador.

Sin embargo, ese criterio legal no es absoluto. El mismo artículo admite por lo menos dos excepciones: "salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la L. H.". Nuestra legislación hipotecaria de siempre permitió la inscripción de los arrendamientos en determinadas condiciones: duración superior a seis años, anticipación de rentas de tres o más o, al menos, pacto expreso para que se inscriba. Admitida la inscripción registral de los arrendamientos, el problema no era tanto el de investigar la presunta naturaleza real o personal del arrendamiento registrado, o el de hasta qué punto la inscripción podía modificar la naturaleza original del derecho, como discutió infructuosamente la mayor parte de la doctrina; cuanto el de matizar su diversa eficacia oponible, a partir de su acceso al Registro, en relación con los arrendamientos no inscritos. Problema, pues, de mera oponibilidad frente a terceros, más que de su dudosa naturaleza institucional. En este caso concreto, nuestro derecho atribuye a la publicidad registral una eficacia oponible que no reconoce a la mera exteriorización posesoria del ejercicio de aquel derecho. Si bien, condiciona su inscripción a determinados requisitos, fuera de los cuales seguirá en vigor el inicial criterio de simple subsistencia inter partes.

La otra excepción posible es el mero pacto contrario a la extinción legal. Parece, pues, viable que las partes estipulen, al celebrar el contrato de arrendamiento, que éste producirá efectos frente a terceros. Y la eficacia positiva de este pacto aparece sancionada por el propio artículo 1.571 C. c. Pero recordemos que la publicidad es el instrumento técnico necesario para que un derecho sea oponible. El mero pacto estipulado por los contratantes de dar eficacia frente a terceros al arrendamiento concertado, ¿puede en verdad afectar a los sucesivos compradores de la finca arrendada que desconocían el contenido de esa estipulación? Ni siquiera cabe argüir que la publicidad posesoria del arrendamiento estaría al servicio de esa repercusión, porque una cosa es la publicidad del ejercicio del derecho y otra la publicidad del pacto oponible. Sobre todo, teniendo en cuenta que el

criterio legal inicial es cabalmente el contrario, es decir, el de la extinción. No se puede hacer depender la subsistencia arrendaticia en cada caso del efectivo conocimiento por parte del tercer adquirente de la vigencia de aquel pacto si no ha tenido otra exteriorización.

Po eso creemos, tratando de armonizar el artículo 1.571 C. c. con el artículo 2-5.º L. H., que para que el arrendamiento urbano sometido al régimen del C. c. sea oponible a terceros debe ser previamente inscrito en el Registro de la Propiedad. Ello por razones puramente institucionales, por ser necesaria la publicidad registral para la repercusión frente a terceros y por no bastar la mera publicidad posesoria o de ejercicio, ya que, aun con ella, la norma general del Código es la contraria, es decir, la de la extinción. Sólo que la inscripción registral vendrá causada por el pacto de subsistencia o por las condiciones de plazo del arriendo. De esta manera, el "pacto en contrario" del artículo 1.571 se aproxima al "convenio expreso de las partes para que se inscriba" del artículo 2-5.º L. H. (40). Nuestro derecho pudo estimar suficiente la publicidad posesoria para fundar la subsistencia arrendaticia en todo caso. Pero no ha sido así. A pesar de esa exteriorización de hecho, el comprador de la finca arrendada puede desconocer el arrendamiento anterior, que frente a él carecerá de eficacia. Para que el arriendo le sea oponible precisa de algo más, la publicidad registral, derivada del plazo concertado, o de las rentas anticipadas, o bien del pacto expreso de subsistencia.

Desde esta perspectiva estimamos suficientemente justificada la posibilidad y suficiencia del pacto que nos ocupa. Y si se admite la interpretación aquí defendida, llegaremos a la conclusión de que dicho pacto, en el presente caso, aunque lícito no llegó a ser eficaz frente a todos por no haber sido inscrito. Igual que nos ocurría al estudiar los efectos de otros mecanismos jurídicos—prohibiciones de disponer, derechos de adquisición preferente, etc.—, la falta de adecuada publicidad priva a estas figuras de su normal ámbito de eficacia en el tráfico.

2. La legislación especial de arrendamientos urbanos sienta un criterio radicalmente distinto al del C. c. en este concreto punto de eficacia frente a terceros. Tanto el artículo 70 de la Ley de 21 de marzo de 1947 como el artículo 57 de la Ley de 13 de abril de 1956 establecen la prórroga obligatoria para el arrendador del contrato arrendaticio, aunque cambie el dueño o titular arrendador o—como dice la Ley más reciente—aunque un tercero

(40) Evidentemente no es lo mismo el pacto expreso de someter a inscripción un arrendamiento que el de hacerlo subsistente sin más frente al comprador de la finca arrendada. Por su mayor extensión, aquella estipulación incluye a ésta, pero no viceversa. El problema práctico está en si podrá ser inscrito este último pacto de excepción al artículo 1.571, unido a la solicitud verbal de inscripción del documento; problema que, si acaso, se planteará tan sólo en los arrendamientos a corto plazo, ya que en los superiores a seis años, su propia duración les abrirá el acceso al Registro. Y aunque el pacto expreso para la inscripción sea una exigencia taxativa y formal de la L. H., teniendo en cuenta lo dicho arriba no vemos inconveniente en admitir la interpretación más amplia, de estimar implícitamente comprendido en el pacto de subsistencia arrendaticia el de su inscripción al Registro. Porque de otra manera nacería aquél condenado al fracaso si no iba unido al pacto de inscripción.

suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones. No obstante la imprecisión técnica que supone confundir dos instituciones distintas, como son la prórroga y la oponibilidad, y a pesar de su deficiente técnica expresiva, la finalidad perseguida por la ley parece clara, y así es interpretada unánimemente: la subsistencia del arrendamiento en todo caso, aunque cambie el dueño de la finca arrendada, a voluntad del arrendatario, como la medida más eficaz de protección de este último. Es decir, la oponibilidad frente a terceros del arrendamiento urbano que se afirma de un modo positivo, por pura declaración legal y sin necesidad de ningún otro requisito, ni siquiera la inscripción registral. Es la llamada publicidad legal o por ministerio de la ley, si bien en este caso podía venir atenuada atribuyendo eficacia oponible *ex lege* a la posesión del arrendatario. Sea de ello lo que fuere, es lo cierto que el arrendamiento urbano subsiste frente a terceros adquirentes, y que sólo a través de una de las causas legales de excepción a la prórroga o de resolución del arrendamiento, podrá éste declararse extinguido en contra de la voluntad del arrendatario. En pocos casos la protección legal ha llegado más lejos o ha arbitrado medios más enérgicos de eficacia. Todo ello en función de un pretendido carácter social y tuitivo de la legislación arrendaticia.

Bajo el régimen del C. c. el pacto de subsistencia arrendaticia es, desde luego, útil, y puede llegar a ser necesario para conseguir esa eficacia externa mediante su inscripción, cuando por razón del plazo no tuviera acceso al Registro. Claro que en este caso concreto no juega esa causa supletoria, porque el plazo pactado era el de doce años y, de haberse formalizado el arrendamiento en documento público, hubiera sido inscribible por sola esa razón. En cambio, la regulación del derecho especial de arrendamientos urbanos impone por sí misma la subsistencia sin necesidad de ningún otro requisito, al margen incluso de la inscripción registral, que ya no se precisa para tales efectos *erga omnes*; y priva de toda eficacia al mencionado pacto, suplido ahora ventajosamente por la declaración legal.

Sin embargo, como la subsistencia legal frente a terceros juega en caso de prórroga del plazo pactado, es decir, después de expirado el plazo contractual, cabría pensar si antes de entrar en vigor la prórroga, cuando aún se está dentro del plazo contractual, no jugarán entonces las previsiones de las partes en lugar de la enérgica protección legal, sólo existente en período de prórroga. La interpretación a que nos conduce la finalidad del artículo 57 L. A. U. no parece ser ésta, sino la contraria. Si aún después de expirar el plazo pactado, el arrendamiento debe subsistir *ex lege* frente a terceros, con doble razón subsistirá y tendrá eficacia oponible cuando aún no se haya agotado el plazo inicialmente previsto. El arrendamiento subsiste siempre y el tercero sucesor o causahabiente del arrendador no podrá desconocerlo, salvo por las causas legalmente tasadas. La prórroga no es aquí motivo de eficacia, de modo que sólo en período de prórroga despliegue su plenitud de efectos, sino instrumento técnico incorrectamente empleado para sancionar la oponibilidad a ultranza. Sólo así se consigue la finalidad extremadamente proteccionista de la ley. De modo que ni siquiera durante sus primeros doce años de duración pudo hacerse depender la estabilidad del

arrendamiento concertado del aludido pacto. Siempre que, por su naturaleza, deba estimarse sujeto a la legislación especial. El único problema estará, pues, en decidir cuál de ambas normas deberá disciplinar el arrendamiento que nos ocupa.

3. El contrato arrendaticio se celebró el 9 de enero de 1945, antes, por tanto, de entrar en vigor el texto articulado de la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946, lo que tuvo lugar a partir de la Orden aprobatoria de 21 de marzo de 1947 (3 de abril de 1947). En el momento de su celebración, antes del nacimiento de la ley especial, pudo estar sometido al régimen normal del C. c. (41). Pero la disposición transitoria primera de la Ley de 1947 estableció la necesaria aplicación de las nuevas normas a todos los contratos ya celebrados, con lo que generalizó su régimen imperativo a todos los arrendamientos urbanos. A partir de esa disposición, parece indudable la competencia normativa de la ley especial respecto a todos los contratos de arrendamiento urbano, siempre que encajen en su ámbito de aplicación no excluido. Con lo que llegamos a la conclusión de que a partir del 3 de abril de 1947, el pacto tantas veces referido carecía de utilidad desde el punto de vista de su eficacia frente a terceros, que era la finalidad negocialmente buscada, porque tal eficacia oponible le venía concedida en forma bien generosa por la propia ley. Lo cual no excluye que dicho pacto, como cualquier otro, tuviera la virtualidad de desatar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento. Pero ésa ya es otra cuestión bien distinta.

Resulta curioso observar que el problema de la subsistencia arrendaticia no fue planteado en el recurso. Si acaso se alude indirectamente a él en el motivo extractado al principio bajo la letra c), cuando se pide la elevación a escritura pública del contrato de arrendamiento para ser inscrito, y se afirma la necesidad de tal inscripción y su no inutilidad, porque—se dice rectamente—el derecho de tanteo pactado sólo podía tener eficacia frente a terceros por la inscripción. De esta manera se elude el problema, centrándolo sobre uno de los extremos del pacto—el derecho de adquisición preferente—, sin recoger la inscripción del arrendamiento stricto sensu. Esto es natural porque lo que se pretendía por los recurrentes era la declaración de ineficacia de las ventas realizadas y de su derecho a adquirir la propiedad de los locales con preferencia a los demás, en vez de defender el reconocimiento de su mera titularidad arrendaticia frente a los nuevos dueños. De modo que el tema de la subsistencia arrendaticia frente a terceros resulta marginal en el presente caso y casi independiente de la sentencia que comentamos. A pesar de ello, no hemos querido silenciarlo aquí por su íntima conexión con el tema de la publicidad oponible y por su vigencia práctica nada escasa.

MANUEL AMOROS GUARDIOLA
Registrador de la Propiedad

(41) La cuestión, hoy puramente académica por lo que en seguida se dirá, no deja de ser dudosa; porque ya antes se había promulgado, entre otras disposiciones proteccionistas, el Decreto de 21 de enero de 1936, que, en cuanto al arrendamiento de locales destinados al ejercicio del comercio o industria, imponía ya la prórroga legal forzosa con excepciones tasadas.

JURISPRUDENCIA

II. SENTENCIAS

A cargo de José T. BERNAL-QUIROS Juan J. BERNAL-QUIROS, Luis FERNANDEZ DE LA GANDARA, Gabriel GARCIA CANTERO, Rafael GARCIA VILLAVERDE, Antonio MORALES MORENO, José M.^a PEÑA, José PERE RALUY, Ricard RUIZ SERRAMALLERA y Urbana VALERO, con la dirección de Manuel PEÑA.

DERECHO CIVIL

I.—Parte general.

1. ERROR DE HECHO: CONFESIÓN: *Para denunciar el error de hecho hay que apoyarse en el conjunto armónico de la confesión judicial, y no en la absolución de una sola de las posiciones evacuadas por el demandado.*

DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: *No es aplicable cuando se atribuye tal cualidad a determinadas manifestaciones de la contestación, las cuales, ni por su naturaleza, ni por su fragmentaria cita, en contraposición a otras formuladas en los escritos del pleito, pueden contradecir los hechos sentados en la sentencia.* (S. 30 de octubre de 1965; no ha lugar.)

2. CONDUCTA PROCESAL INSINCERA: *Aun admitiendo que la estipulación adolece de cierta anfibología y que hasta pudiera tildarse, en parte, de contradictoria, la interpretación dada por el Tribunal de instancia debe ser respetada, máxime si se tiene presente la actitud procesal insincera y obstructiva observada en la litis por el demandado.*

ACTOS PROPIOS: *Los actos propios a que se refiere la doctrina como vinculantes son aquellos que entrañan la declaración o reconocimiento, modificación o existencia de un derecho u obligación con influencia legal decisiva sobre un extremo o particular discutido en el pleito.* (S. 23 de marzo de 1965; no ha lugar.)

Aunque no se aportó al apuntamiento un testimonio literal del contrato básico, el segundo considerando estima probado que «los dos mil metros de terreno adquiridos por la parte demandante los podía cortar (*sic*) la señora Martín Matilla en el sitio que le convenga, paralelo al canalillo, por el fondo que estipulen, y que la extensión de esos dos mil metros había de ser segregada en el ángulo sudeste de la finca». Parece, por tanto, que aquí la superficie de terreno funciona como cosa genérica, al menos como género limitado por tener que estar comprendida dentro de los límites de otra finca. La compradora exige el cumplimiento del contrato de compraventa, ejercitando su facultad de individualización del objeto que integraba el *jus optionis*. El vendedor alega indeterminación del objeto del contrato. La conducta procesal del demandado, calificada por el T. S. de insincera y obs-

tructiva, consistió en alegar, sin fundamento, que había firmado los documentos en estado de embriaguez y en que los aportados por la actora no habían sido liquidados en Hacienda, careciendo además del timbre.

La invocación de la doctrina de que *adversus factum suum quis venire non potest* se hace para sostener que la parte que está conforme con la designación de un Archivero como perito ha de pasar por su informe, que en el presente caso fue que la persona que estampó las firmas padecía de cierto trastorno mental. Invocación inadecuada, ya que existe una norma sobre valoración de la prueba pericial. Lo que no obsta para calificar de poco clara la formulación jurisprudencial de la doctrina de los actos propios que hace la sentencia. Cfr. el libro fundamental de Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los propios actos* (Barcelona, 1963). (G. G. C.)

3. TÍTULO NOBILIARIO: MEJOR DERECHO: COMPETENCIA DE LA JURISDICCION ORDINARIA: *Después del decreto de 1912 la competencia de la jurisdicción ordinaria en materia de Títulos y Grandezas del Reino ha quedado reducida a la declaración del mejor derecho en el orden genealógico, según los términos de la concesión o por aplicación del derecho supletorio; deja de conocer en asunto sometido a su decisión la Sala que acoge la excepción de incompetencia de jurisdicción por entender que no cabe que conozca la jurisdicción ordinaria de cuestión relativa al mejor derecho a suceder, hasta tanto se resuelva el expediente administrativo sobre sucesión en el título.*

DOCTRINA LEGAL: *Un solo fallo no es suficiente para constituir doctrina legal útil a los fines de la casación.* (S. 24 de mayo de 1965; ha lugar).

4. INTERPRETACIÓN DE NEGOCIO JURÍDICO: *Los artículos 1.281 y 1.282 C. c. forman un conjunto armónico y se complementan, de modo que aunque los términos sean claros y precisos puede acudir a los actos anteriores, coetáneos y posteriores de los interesados.* (S. 26 de mayo de 1965; no ha lugar.)

5. DOCUMENTOS PRIVADOS: AUTENTICIDAD: *Cuando en las instancias de un litigio se ha discutido sobre el alcance de la «eficacia» de unos documentos privados, adoptándose por ambas partes una posición favorable a los mismos, no es lícito al recurrente poner en duda su «autenticidad» al interponer el recurso de casación.*

ARRENDAMIENTO: INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *No hay razón para afirmar, contrariando los términos literales del documento, que el arrendamiento contenido en él implica una cesión o subrogación en los derechos y obligaciones de otro arrendamiento anterior, basándose en el parentesco entre los respectivos arrendatarios, la inmediatez de fechas y una cláusula que toma como módulos de futuros aumentos legales la renta del contrato anterior.* (S. 8 de mayo de 1965; no ha lugar.)

Celebrado el contrato de subarriendo un posterior arrendatario ejercita el desahucio (por precario) contra la subarrendataria, pues el anterior arrendamiento dejó de existir por mutuo acuerdo de las partes. Y siendo su relación contractual plenamente independiente de la anterior, por estar configurada por un nuevo contrato, la situación de la subarrendataria es de precario. (A. M. M.)

II.—Derechos reales.

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA: *Es requisito para interponer la acción reivindicatoria: titularidad del que intenta reivindicar, identidad de la cosa y detentación injusta en el demandado. (S. de 29 mayo de 1965; no ha lugar.)*

2. ACCIÓN REIVINDICATORIA; REQUISITOS: *Para el éxito de la acción reivindicatoria se precisa prueba cumplida del título de dominio de los bienes reclamados, de la identidad de la cosa y de su posesión o detentación por parte de los demandados.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA; LEGITIMACIÓN DEL HEREDERO: *Aunque sólo la partición confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le han sido adjudicados, y la posibilidad de reivindicarlos, en el presente caso se ejerce la acción que compete a cualquier heredero para reclamar los bienes pertenecientes a su causante en beneficio de la comunidad hereditaria.*

ADMISIBILIDAD EN JUICIO DE DOCUMENTOS SUJETOS A INSCRIPCIÓN: *Al ser los artículos 313 de la L. H. y 585 al 588 R. H. preceptos reguladores de la admisibilidad o inadmisibilidad en juicio de documentos susceptibles de la inscripción en el Registro de la Propiedad, el incumplimiento de lo dispuesto en los mismos no puede ser impugnado en un recurso de casación sobre el fondo, dada su índole dilatoria y carácter procesal. (S. 10 de noviembre de 1965; no ha lugar.)*

Se ejercitó con éxito, en todas las fases procesales, la acción reivindicatoria por unos herederos, en beneficio de la comunidad, dirigida contra la persona que adquirió la cosa en pública subasta, para ejecución de deuda propia del administrador, que se hizo pasar por dueño. (A. M. M.)

3. SEGREGACIÓN DE FINCAS: *El perfil real de una parcela segregada de una finca de mayor cabida tal como aparece descrito en la escritura de segregación, es el único admisible, no teniendo valor las manifestaciones unilaterales que sobre mayor cabida hace el primer adquirente, al transmitir después la parcela, en la escritura de venta de la misma.*

CASACIÓN POR ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *El error de derecho se ha de invocar en casación por la vía núm. 7, artículo 1.692, señalándose, además, la norma de valoración probatoria que ha sido infringida. No son normas tales los artículos 1.253 y 1.281 C. c.*

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA: *No es incongruente el fallo que interpreta la descripción de los linderos fijados en una escritura pública de segregación de una parcela, aunque el actor haya limitado su petición al deslinde entre el saldo de finca primitiva, y la segregada. La interpretación es un proceso necesario para satisfacer la petición del demandante. (S. 15 de junio de 1965; no ha lugar.)*

Habiendo pedido el actor el deslinde entre su finca, y una parcela segregada de la misma años atrás, se aportan dos títulos que atribuyen a la parcela diferentes magnitudes: la escritura de segregación y la de venta otorgada por el primer adquirente a favor de un tercero.

III.—Obligaciones.

1. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Se realizará de acuerdo con las enseñanzas doctrinales que la teoría científica y la jurisprudencia establecen; no puede detenerse en el sentido gramatical de las mismas y se precisa buscar en cada caso la intención de las partes —tanto con sujeción al criterio clásico o subjetivista como atendiendo al significado y alcance que de sus declaraciones de voluntad se deriven (criterio objetivista)— y la finalidad que preside el negocio, infiriéndose de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados, según el artículo 1.282 C. c., que no excluye los actos anteriores ni las demás circunstancias que puedan contribuir a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes, teniendo gran importancia, de entre estos elementos, la conexión que el acto o negocio guarde con otros que le hayan servido de antecedente o base legal, siempre que la parte contra la cual se esgrime esta norma interpretativa haya tenido, o debido tener, conocimiento de ello.*

CORRESPONDE A LOS TRIBUNALES: *Es, en principio, facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación, aun cuando cupiese alguna duda sobre su absoluta exactitud, salvo: a), cuando se evidencian, por el cauce del artículo 1.692-1.º L. E. C., que infringe notoriamente alguna de las normas legales de hermenéutica contractual; b), cuando se demuestra, en la forma establecida en el artículo 1.692-7.º L. E. C., el error del juzgador al fijar los hechos en que la interpretación se apoya.*

OBLIGACIONES BILATERALES O RECÍPROCAS: CONTENIDO: *Tienen por contenido un sinalagma doble: a) Genético, en cuanto una atribución patrimonial debe su origen a la otra. b) Funcional, con el que se expresa la interdependencia que las dos atribuciones patrimoniales tienen entre sí en el «sucesivo» desarrollo de la relación contractual, cuyas consecuencias jurídicas recoge el artículo 1.124 C. c.*

RESOLUCIÓN: EJERCICIO EXTRAJUDICIAL: *La facultad de resolver las obligaciones recíprocas sólo puede hacerse extrajudicialmente por el perjudicado cuando el otro obligado no cumpliera lo que le incumbe, siempre y cuando éste último, reconociendo su infracción, acepte la resolución; pero si no media tal conformidad y se suscita contienda, sólo por vía judicial puede decretarse la resolución de la obligación y determinarse las respectivas responsabilidades de los contratantes, no bastando, en este supuesto, la sola manifestación de una de las partes de que fue el contrario quien faltó a sus obligaciones, mientras él tenía cumplidas las suyas.*

CONDICIONES PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.124 C. c.: *Es preciso determinar previamente el contenido y alcance de las obligaciones contraídas por las partes y su posterior desenvolvimiento. Además, son necesarios los siguientes requisitos: a) La acusada reciprocidad de las obligaciones en juego. b) La exigibilidad de las mismas. c) Que el reclamante haya cumplido lo que a él le incumbía. d) Una voluntad rebelde y declarada en el acusado incumplidor.*

CESIÓN DE ACCIONES DE S. A. NO INSCRITA: *Es requisito indispensable para la válida transferencia de acciones la inscripción de la S. A. Antes de ese momento, la transmisión va contra lo preceptuado imperativamente en el artículo 14 L. S. A., infringiéndose la limitación del artículo 1.255 C. c. e incurriendo en la sanción de nulidad decretada en su artículo 4.º, sin que pueda tener valor como simple promesa abstracta, pues su objeto y cause serían contrarios a lo dispuesto por la Ley.*

RECURSO DE CASACIÓN: *No se da contra los considerandos que no sean base indispensable del fallo. (S. 28 de septiembre de 1965; no ha lugar.)*

2. ADJUDICACIÓN PARA PAGO DE DEUDAS HEREDITARIAS: NATURALEZA: *Cuando se hace por vía de comisión o encargo, la facultad de enajenar concedido al adjudicatario es el medio querido y convenido para, con su ejercicio, cumplir el mandato de pago, caracterizándose por su finalidad fiduciaria para fines de pago; o sea por la atribución de la propiedad a un sujeto activo en interés de otro y por motivo de confianza, siendo la transferencia de propiedad un simple medio o instrumento para la efectividad del encargo, de tal modo que cuando el adjudicatario enajena para pagar, actúa en nombre propio pero en interés ajeno.*

ADJUDICACIÓN PARA PAGO DE DEUDAS: OBLIGACIÓN DE RETRANSMITIR LOS BIENES NO ENAJENADOS: *La naturaleza fiduciaria de la transmisión de bienes en la adjudicación para pago de deudas, en la que, además del contrato real dispositivo, se contraponen otro obligatorio negativo, por virtud del cual el fiduciario ha de usar del derecho transferido, acomodándose al «pactum fiduciae», hace que éste tenga que retransmitir a los transferentes los bienes que no hubiere enajenado, careciendo de derecho para incorporar a su patrimonio lo que le fue transmitido para otro fin con base en la confianza.*

ADJUDICACIÓN PARA PAGO DE DEUDAS: NO PUEDE PEDIRSE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN BASE AL ARTÍCULO 1.124 C. c.: *En las adjudicaciones de bienes para pago de deudas por vía de comisión o encargo no se da claramente un supuesto de correlatividad de obligaciones recíprocas, y por ello no puede entrar en juego el artículo 1.124 del C. c., pues como tiene declarado reiteradamente el T. S., para pedir la resolución por incumplimiento en base a ese artículo es preciso que el principio de reciprocidad esté tan perfectamente caracterizado que no se conciban unas obligaciones sin las otras.*

COSA JUZGADA: *La causa de pedir es un título en el que se funda un derecho y del que pueden derivarse distintas acciones. Si ejercitada alguna se declara inadecuada, no es obstáculo para el posterior ejercicio de la acción adecuada que garantice el derecho.*

RECURSO DE CASACIÓN: CONCEPTO DE VIOLACIÓN: *El concepto de violación de una determinada norma tiene naturaleza específica en materia de casación, netamente diferente de la aplicación indebida y de la interpretación errónea, y hace referencia primordialmente a la vigencia de la norma, sus vicisitudes, sus límites temporales y su ámbito territorial. (S. de 30 octubre de 1965; no ha lugar.)*

COMENTARIO: El supuesto de hecho de esta sentencia es el mismo que el de la de 23 de junio de 1961, publicada con una breve nota nuestra en este mismo ANUARIO (XV, III, 819). Para mayor claridad reproducimos aquí el supuesto de hecho, y la doctrina que sentó entonces el T. S., no muy de acuerdo con la que ahora sienta.

A. HECHOS: Hecha la partición por el comisario contador partidior, se adjudicaba a uno de los coherederos bienes para el pago de deudas en los siguientes términos: «Se adjudica a don ..., según se explica en la base cuarta, bienes cuyo valor se estima suficiente para el pago de las deudas y gastos calculados, a fin de que con carácter de mandatario de los demás coherederos que tienen este cargo venda los necesarios a tal objeto y rinda cuenta justificada del cumplimiento de su cometido con derecho a reclamar y obligación de abonar, en sus respectivos casos, lo que faltare o sobrare para dejar completamente saldado el pasivo de la sucesión».

El cuaderno particional fue aprobado en escritura pública otorgada por el contador partidior y todos los herederos.

El adjudicatario inscribió los bienes a su favor en el Registro de la Propiedad. Posteriormente los hipotecó, obteniendo cantidades muy superiores al importe de las deudas hereditarias. Las diversas hipotecas se hicieron entre cinco y once años más tarde que la adjudicación.

Sin vender ninguno de los bienes adjudicados y, por tanto, con sus propios recursos, satisfizo todas las deudas.

B. SUPPLICO DE AMBAS DEMANDAS: Como hemos visto sobre la base de esos hechos, ha habido dos demandas, con sus correspondientes Sentencias en primera y segunda instancia y, luego, del Tribunal Supremo. Interesa reseñar los suplicos de ambas demandas para comprender mejor la doctrina que senta el T. S. en la última Sentencia, en relación con la cosa juzgada.

En el Suplico de la primera demanda se pedía: 1.º Que se condene al demandado, como mandatario de los demás coherederos, a que rinda en el plazo de diez días cuenta justificada de los pagos de deudas y cobros percibidos, referentes a la hijuela de bienes que se le asignaron en las operaciones testamentarias, abonando a dicha sucesión o coherederos el sobrante obtenido en el ejercicio del mandato. 2.º Que viene obligado el demandado a devolver a la sucesión los citados bienes inmuebles que figuran inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad, por estar satisfechas las deudas y cargas para que se destinan, y 3.º Que el demandado viene obligado a hacer constar en el Registro de la Propiedad la extinción o cancelación de esos derechos para que vuelvan a figurar a nombre de la sucesión.

En el Suplico de la segunda demanda, interpuesta después de recaída la Sentencia del T. S. de 23 de junio de 1961, se pedía: 1.º Que se declare inculpada por don ... la obligación fundamental de venta a que se contrae la base séptima del cuaderno particional; 2.º La resolución de la adjudicación de la hijuela para pago de deudas y el reintegro a la masa hereditaria de los bienes comprendidos en la misma como consecuencia del incumplimiento de la obligación recíproca de vender, y 3.º La cancelación de las inscripciones a nombre de don ... Hay otros suplicos que no interesan aquí.

C. DOCTRINA DE AMBAS SENTENCIAS :

1. De la S. de 23 de junio de 1961.—*La recogimos en este ANUARIO (XV, III, pág. 819). En síntesis es ésta :*

— *El incumplimiento de la obligación de vender no puede dar origen, cuando no se ejercita una acción resolutoria, a la devolución de los bienes.*

— *Si la adjudicación está aprobada por todos los herederos, puede pedirse la resolución, con devolución de los bienes, al amparo del artículo 1.124 del Código civil, cuando el adjudicatario incumple la obligación de venta, aunque haya pagado toda las deudas hereditarias con sus bienes propios.*

2. De la S. de 30 de octubre de 1965.—*Ha quedado antes expuesta. La sintetizamos ahora para ver cómo está en contradicción con la de la S. de 1961.*

— *Por no darse correlatividad de obligaciones recíprocas no puede pedirse la resolución al amparo del artículo 1.124.*

— *Pero puede pedirse la devolución de los bienes, sin necesidad de pedir la resolución, por el carácter fiduciario de la adjudicación.*

D. COMENTARIO :

1. *En cuanto a la obligación de devolver los bienes.*—Creemos que el Tribunal Supremo en la primera sentencia debió acceder a ella, pues era procedente, sin necesidad de pedir la resolución. Así lo hace la S. de 1965 sin resolver el contrato. La naturaleza fiduciaria de la adjudicación para pago hecha es suficiente para imponer esa devolución, en virtud del negocio obligacional que acompaña al negocio dispositivo a favor del adjudicatario.

Dicha devolución, a nuestro juicio, podría haberse pedido también en base a la resolución de la adjudicación. Creemos que en la adjudicación para pago de deudas nacen obligaciones recíprocas para ambas partes, en contra de la doctrina de la S. de 1965, y que, por tanto, la aplicación del 1.124 es clara, como reconoce la de 1961. Los que hacen la adjudicación tienen la obligación de entregar los bienes al adjudicatario; éste, la obligación recíproca de venderlos y de pagar las deudas, rindiendo cuentas.

2. *En cuanto a la cosa juzgada.*—En realidad, debería haber prosperado la excepción de cosa juzgada. En la segunda demanda se pide la devolución en base a la resolución. Pero como se concede, no porque se resuelva la adjudicación, sino por la misma esencia del negocio fiduciario de adjudicación para pago de deudas, la causa de pedir es idéntica en ambas demandas. Si el Tribunal Supremo no admite la excepción de cosa juzgada es porque, con un criterio de justicia, como tantas otras veces, quiere evitar el enriquecimiento injusto del adjudicatario, que se produciría si se quedase definitivamente con unos bienes que valen más que las deudas que pagó. (J. M. P.)

3. COMPRAVENTA DE CAMIÓN; RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: *La falta de entrega del permiso de circulación de vehículo constituye un retraso en el*

cumplimiento de una obligación no esencial que no puede servir de base a la resolución del contrato.

PRUEBA DE PRESUNCIONES: *Por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C. puede atacarse la falta de enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, pero es preciso demostrar que la deducción es arbitraria y absurdamente contraria a las reglas del criterio humano. (S. 14 de mayo de 1965; no ha lugar.)*

La sentencia hace la primera declaración por vía de hipótesis, pues considera probado la entrega del permiso de circulación del vehículo por medio de presunciones, ya que si el vehículo circuló en pruebas por Madrid y carreteras cercanas y luego fue sancionado por otras infracciones de circulación, «efectivamente, iba provisto del correspondiente permiso de circulación, pues sin tal permiso sería difícil que pudiera hacer tales recorridos sin que los agentes de tráfico se hubieran percatado de semejante carencia».

(G. G. C.)

4. COMPRAVENTA DE TERRENOS: COEFICIENTE DE EDIFICABILIDAD: DETERMINACIÓN DEL PRECIO: ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *Si la acción se contrae al cumplimiento del contrato de compraventa y tiene por objeto la determinación del precio pactado, se excluye la posibilidad de aplicar a este supuesto la doctrina del enriquecimiento sin causa por encuadrarse el debate dentro del cumplimiento normal de un contrato. (S. 27 de marzo de 1965; no ha lugar.)*

En el contrato de venta se estipuló la enajenación de la propiedad total de la superficie no expropiable que resulte de dos parcelas sujetas a urbanización, señalándose el precio de 34 pesetas el pie cuadrado. Se suscita controversia acerca de la extensión sobrante de expropiación en función de la cual se determina el precio. El vendedor recurrente en casación invoca extemporáneamente la doctrina del enriquecimiento torticero, pretendiendo que como resultado de la urbanización los compradores se beneficiaban de un coeficiente de edificabilidad superior al que inicialmente se había calculado, por cuyo motivo había un enriquecimiento injusto, lo cual se rechaza por el T. S., no solo por tratarse de una *res nova*, sino por razones de fondo (G. G. C.).

5. COMPRAVENTA DE PARCELA: SANEAMIENTO POR EVICCIÓN: CUESTIÓN NUEVA: *Declarado probado que los compradores tomaron posesión de la finca dentro de los límites y dimensiones consignados en la escritura pública de venta, y que con posterioridad y en virtud de reclamación de terceros, fundada en derechos anteriores a la compra, fueron despojados de una porción de 632 metros cuadrados en virtud de sentencia firme dictada en pleito en que fue citado de evicción el vendedor, procede declarar la responsabilidad de este último por tal causa, siendo inoperante el supuesto error que el recurrente alega sufrió al describir la finca y los problemas derivados de la venta de cosa ajena, por ser cuestiones nuevas. (S. 22 de junio de 1965; no ha lugar.)*

6. CONTRATO DE CORRETAJE: OBJETO: *Según SS. de 27 de diciembre de 1962 y 9 de octubre de 1955, el contrato de corretaje tiene por finalidad característica la conclusión de otro distinto, conseguible por la intervención*

del mediador, al llevar a cabo gestiones que ponen en relación a quienes han de celebrar el ulterior contrato, percibiendo una retribución que sólo se devenga en el caso de que el negocio final se realice por intervención del mediador, o que de sus gestiones se haya aprovechado quien lo concluye.

PRUEBA: Corresponde al corredor la prueba del encargo de vender y la realidad de los actos de mediación. (S. 21 de octubre de 1965; no ha lugar.)

7. CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: La regla general contenida en el artículo 1.214 del C. c., justamente por su carácter genérico, no puede ser base, ante su supuesta violación, de un recurso de casación por infracción de ley.

CASACIÓN: HECHOS PROBADOS: Los hechos probados sólo pueden ser alejados por el cauce núm. 7. del artículo 1.692 de la L. E. C.

DONACIÓN REMUNERATORIA: INSINUACIÓN: La donación, que, por implicar al beneficiario una serie de condiciones, modos o cargas, puede considerarse remuneratoria, está excluida del requisito de la insinuación en la ley de Partidas. (S. 9 de octubre de 1965; no ha lugar.)

8. SEGURO DE SILICOSIS: REPERCUSIÓN: La Orden de 7 de marzo de 1941 permite a la empresa en que presta su servicio el obrero aquejado de silicosis, reclamar la parte proporcional de la indemnización abonada, a las empresas que hubieran colocado al trabajador, o a sus aseguradoras, durante los cinco últimos años; pero la «ratio legis» de esta repercusión es la falta de prueba sobre el momento de iniciación de la enfermedad por no haberse practicado el reconocimiento médico, y pudiendo precisarse tal momento sólo está obligado a indemnizar el último patrono o asegurador. (S. 22 de octubre de 1965; no ha lugar.)

9. RESPONSABILIDAD POR DAÑO: ATRIBUCIÓN DEL DAÑO AL AGENTE: La obligación de responder, exige que éste sea «atribuible» al agente, bien porque tuviera intención de causarlo o bien porque pudiendo y debiendo preverlo, no lo previó por negligencia inexcusable. No existe tal obligación cuando el daño se produce por caso fortuito, identificado con la fuerza mayor en artículo 1.105 del C. c.

CASO FORTUITO: Es todo suceso no culposo imposible de prever, o que previsto sea inevitable, por lo que el vínculo de casualidad se produce entre el acontecimiento y el daño sin que se intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente.

RESPONSABILIDAD POR CULPABILIDAD: El autor de un acto ilícito, si es culpable, responde siempre del daño, sea cual fuere el grado de culpabilidad. Así se desprende del artículo 1.089 del C. c. (S. 25 de mayo de 1965; ha lugar.)

* * *

Al adelantar un camión a una caballería, ésta se espantó. Su conductor tuvo que realizar una peligrosa maniobra para no atropellarla, despla-

zándose al lado izquierdo de la carretera, cuando se aproximaba un automóvil en dirección contraria. Del choque que se produjo resultó herido el ocupante de este vehículo, e importantes daños en el mismo. Aunque el hecho no fue apreciado causa de delito, el T. S. está conforme, sin sentirse obligado a declararlo, en que la responsabilidad civil es más amplia que la penal y puede existir en ausencia de ésta. Para casar la sentencia de la Audiencia, que no advertía culpabilidad en el conductor del camión, describe este concepto con el perfil antes señalado.

10. RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTOS DELICTIVOS: *Extinguida la acción penal por fallecimiento del presunto culpable, puede substanciarse la responsabilidad civil ante la jurisdicción de este orden, con sujeción a las normas que regulan su actuación, aunque el conocimiento de la responsabilidad civil proveniente de hechos con carácter delictivo se rige ordinariamente por disciplina diferente y está sometido a otra Jurisdicción.*

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *El error de derecho en la apreciación de las pruebas sólo se comete cuando se infringe un precepto legal, no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la ley concede. Para demostrarlo es indispensable citar el precepto valorativo de prueba que se suponga infringido. (S. 5 de junio de 1965; no ha lugar.)*

La sentencia impugnada en el recurso de casación declara probado que la acción culposa de un empleado del recurrente (conductor del vehículo taxi) originó el atropello y muerte del causante de los actores (padre y esposo de los mismos), cuando circulaba empujando a su motocicleta por la vía pública. El conductor, causante del atropello murió también, extinguiéndose así la responsabilidad penal. Se decreta contra el dueño del auto taxi la responsabilidad subsidiaria, por aplicación del artículo 1.903 del C. c. Contra tal condena se interpone, infructuosamente, el presente recurso, con el que pretendía demostrar la indebida aplicación de tal precepto. Para el recurrente eran más adecuados los que el Código penal destina a regular la responsabilidad civil proveniente de delito.

11. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: *La sentencia absolutoria de responsabilidad, recaída en juicio penal, no prejuzga la valoración que de los hechos pueda hacerse en vía civil. (S. 2 de julio de 1965; no ha lugar.)*

La muerte de un motorista en accidente de circulación no supuso para su causante (conductor de un camión) motivo de responsabilidad penal. Pero el T. S. afirma: «la responsabilidad penal deriva del delito de imprudencia, y la civil, dimanante de hechos u omisiones culposos o negligentes, son especies jurídicas, que aunque expresivas ambas de un principio de culpa, se regulan por normas distintas y se ventilan en diferentes jurisdicciones». La consecuencia: posibilidad de valorar diversamente los hechos.

12. RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTOS DELICTIVOS: *Extinguida la acción penal por fallecimiento del presunto culpable, puede substanciarse la responsabilidad civil ante la jurisdicción de este orden con sujeción a las normas que regulan su actuación aunque el conocimiento de la responsabilidad*

civil proveniente de hechos con carácter delectivo se rige ordinariamente por disciplina diferente y está sometido a otra Jurisdicción.

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *El error de derecho en la apreciación de las pruebas sólo se comete cuando se infringe un precepto legal no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la ley concede. Para demostrarlo es indispensable citar el precepto valorativo de prueba que se suponga infringido. (S. 5 de junio de 1965; no ha lugar.)*

* * *

La sentencia impugnada en el recurso de casación declara probado que la acción culposa de un empleado del recurrente (conductor del vehículo taxi) originó el atropello y muerte del causante de los actores (padre y esposo de los mismos), cuando circulaban empujando a su motocicleta por la vía pública. El chófer, causante del atropello, murió también, extinguiéndose así la responsabilidad penal. La responsabilidad civil se decreta subsidiariamente contra el dueño del auto taxi, por aplicación del artículo 1.903 del Código civil. Contra tal condena se interpone, infructuosamente, el presente recurso, con el que pretendía demostrar la indebida aplicación de tal precepto. Para el recurrente eran más adecuados los que el Código penal destina a regular la responsabilidad civil proveniente del delito.

IV.—Arrendamientos de cosas.

1. **LOCALES DE NEGOCIO POR ASIMILACIÓN:** *Las oficinas hay que considerarlas como local de negocio por asimilación, y no por naturaleza, de los comprendidos en el apartado 2.º del artículo 5 de la L. A. U., habiendo de respetarse tal calificación cuando no se ha alterado ni por renuncia ni por otra circunstancia el uso primitivo que se dio al local. (S. 20 de octubre de 1965; no ha lugar.)*

2. **SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» EN EL ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO:** *INSTITUCIÓN DE HEREDEROS EN EL NEGOCIO EN FAVOR DE PARTE DE LOS SUCESORES: Si el arrendatario, en su testamento, instituyó herederos del negocio, únicamente a los dos hijos que se subrogaban, partición para la que se hallaba facultado y que tiene la eficacia de la adjudicación, tal institución no puede combatirse por los otros herederos en cuanto no perjudique su legítima, cuestión que no afecta al arrendador.*

MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE SUBROGACIÓN POR LA REFORMA DE LA L. A. U. DE 1964: **COSTAS:** *Si la desestimación de la demanda se debe al cambio de régimen de subrogación establecido por la reforma de la L. A. U., realizada en 1964, no procede estimar temeridad a efecto de costas porque debe equipararse, a estos efectos, a la fuerza mayor.*

INJUSTICIA NOTORIA: **CUESTIÓN NUEVA:** *No cabe plantear en el recurso de injusticia notoria cuestiones no debatidas en la instancia (S. 30 de octubre de 1965; no ha lugar.)*

3. TRANSMISIÓN «MORTIS CAUSA» DEL DERECHO DE ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: *Las normas de Derecho intertemporal de la reforma de la L. A. U. de 1964 obligan a reconocer la procedencia de las segundas subrogaciones aun con referencia a procesos iniciados con anterioridad a dicha reforma, no terminados por sentencia firme, y a desestimar las acciones resolutorias ejercitadas con arreglo a la legislación anterior, si bien no deben imponerse las costas de la primera instancia a la parte actora, ya que no puede hacérsela responsable de las consecuencias del cambio de norma legal con efecto retroactivo.* (S. 25 de enero de 1964; ha lugar.)

4. RESOLUCIÓN DEL ARRIENDO POR EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO DEL ARRENDADOR: SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»: *No procede la resolución del arriendo por onerosidad de las indicaciones si el marido de la persona que realizó la notificación de subrogación familiar «mortis causa» era ya arrendatario del piso objeto del litigio con anterioridad a la constitución del usufructo en favor de la arrendadora y si se realizó la notificación de modo idóneo.* (S. 19 de junio de 1965; no ha lugar.)

NOTA: La posibilidad de resolver el arriendo, al extinguirse el usufructo, por onerosidad para la parte arrendadora de las condiciones pactadas, debe entenderse limitada al supuesto de que dichas condiciones o pactos gravosos fueran concertadas por el usufructuario, por lo que no cabrá la resolución por tal causa cuando las condiciones que se estiman gravosas fueron pactadas por un propietario pleno, aunque luego pasara a ser arrendador un usufructuario y más tarde se reintegrara la propiedad plena en favor de una sola persona, que pretende resolver el arriendo al fallecer el usufructuario.

5. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: DERECHO INTERTEMPORAL: *La violación unilateral del contrato no puede justificar la conducta del arrendatario cuando los hechos son sancionados por la L. A. U. vigente, bajo cuya vigencia continúan produciéndose sin interrupción, constituyendo una nueva causa de resolución a la que se acoge el arrendador.*

CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO: DESOCUPACIÓN: *La constante doctrina de la Sala Primera ha reiterado que no es igual la desocupación que el cierre y que éste existe en los locales arrendados para el servicio directo del público cuando este servicio se interrumpe, pues con ello se incumple una triple finalidad: la del destino pactado, la del interés social del servicio al público y la del propio interés patrimonial del arrendador, para quien no es indiferente que se pierda el hábito de una clientela de acudir al local, potenciando un mayor rendimiento.*

CONOCIMIENTO Y CONSENTIMIENTO DE INFRACCIONES CONTRACTUALES: *No cabe derivar la presunción de consentimiento del arrendador del simple hecho de su anterior inactividad mientras no haya prescrito la acción.* (S. 3 de noviembre de 1965; no ha lugar.)

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: JUSTA CAUSA: RESIDENCIA EN EL EXTRANJERO: *La conveniencia de tener el inquilino a su disposición la vivienda desocupada, para cuando concluya el término no señalado o conocido de su estancia en el extranjero no puede prevalecer frente al legítimo interés del arrendador de recuperar la libre disposición de su piso y al que tiene*

la comunidad en que se utilice la mayor cantidad posible de viviendas o locales de negocio. (S. 14 de junio de 1965; ha lugar.)

NOTA: Se trataba de un inquilino que en 1959, acompañado de su esposa, se trasladó a Cuba, movido por los cambios legislativos operados en dicho país en la línea de socialización de la propiedad inmobiliaria, cambios que se traducían en particular perjuicio de los propietarios de inmuebles residentes en el extranjero y, en general, de los que no utilizaran para sí los inmuebles. Al cabo de dos años el citado inquilino seguía en Cuba, y hallándose su piso de España desocupado, el propietario del mismo ejercitó una acción de resolución por no uso, que fue estimada en primera instancia y desestimada por la Audiencia Territorial, que entendió que, dadas las circunstancias, el inquilino podía beneficiarse de una justa causa de no ocupación. Con acertado criterio la Sala Primera del Tribunal Supremo niega la existencia de una justa causa; es evidente que una ausencia de término tan prolongado e incierto y basada en la conveniencia del inquilino de conservar en la mayor medida posible sus derechos inmobiliarios en el extranjero, no puede constituir una justa causa, ya que ésta, lógicamente, debe basarse en una verdadera necesidad de ausentarse del piso y, además, ser de duración limitada (J. P. R.).

7. CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO: CONVERSIÓN EN ALMACÉN: *Es causa de denegación de prórroga el cierre por el arrendatario, por su libre determinación y conveniencia de un local de negocio abierto al público y su conversión en almacén. El fin de la Ley, al establecer como causa de resolución el cierre de un local, es evitar que dicho local, por su falta de contacto con el público, pierda valor comercial, con lesión del interés económico del dueño.*

INJUSTICIA NOTORIA: RIGOR FORMAL: *Dado el rigor formal de este recurso extraordinario no cabe combatir un yerro interpretativo por la vía del error de hecho sino por la de la infracción de norma. (S. 29 de septiembre de 1965; no ha lugar.)*

8. CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO: JUSTA CAUSA: *La autorización del arrendador para que el arrendatario realice obras en el local objeto del arriendo no faculta al segundo para tener indefinidamente cerrado el local al amparo de tal autorización, procediendo la denegación de prórroga si, durante los cuatro años siguientes al permiso de realización de obras, el local ha permanecido cerrado, sin que se iniciaran las obras de referencia. (S. 3 de julio de 1965; no ha lugar.)*

9. DENEGACIÓN DE PRORROGA POR HABER TENIDO EL ARRENDATARIO VIVIENDA A LIBRE DISPOSICIÓN: PLAZOS: *Para la viabilidad de esta denegación de prórroga es preciso que el arrendatario tenga, al tiempo de plantearse la demanda o haya tenido en los seis meses anteriores a la misma, vivienda disponible por el título que la ley indica, sin que el plazo de seis meses haya de computarse a partir del momento en que se inició la disponibilidad por el inquilino de dicha vivienda. (S. 8 de octubre de 1965; no ha lugar.)*

10. NECESIDAD DE OCUPACIÓN: *Queda plenamente justificada la necesidad de ocupación por parte del propietario, cuando a éste se le deniega la pró-*

rroga de su contrato de arrendamiento por necesidad del dueño de la finca que ocupa.

REQUERIMIENTO: *Está bien hecho el requerimiento cuando se comunican notarialmente al arrendatario las resoluciones que recayeron en el pleito seguido por el arrendador. (S. 28 de octubre de 1965; no ha lugar.)*

11. NECESIDAD DE VIVENDA: ARRENDADOR DESALOJADO DE LA QUE OCUPABA COMO ARRENDATARIO: *Se halla en situación de reclamar vivienda por necesidad el que se ve obligado a desalojar la vivienda que ocupaba en arriendo, en virtud de sentencia firme resolutoria.*

PROCESO ARRENDATICIO DE LA L. A. U.; COMPETENCIA: EJERCICIO DE PROFESIÓN: *Si en el contrato de arriendo no se prohíbe claramente el ejercicio, por el arrendatario, de la profesión de médico —como lo hace con referencia al ejercicio de industria— y si el inquilino ha ejercido tal profesión en el piso de autos durante varios años sin oposición del arrendador, es competente para el ejercicio de la acción de denegación de prórroga el Juzgado de Primera instancia.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *No tienen cabida en el marco de un recurso de injusticia notoria, basado en el error de hecho, las citas legales y de jurisprudencia. (S. 5 de junio de 1965; no ha lugar.)*

12. ODONTÓLOGO: NECESIDAD DE OCUPACIÓN: *El ejercicio de la profesión de odontólogo no constituye actividad comercial, y, por consecuencia, no cambia la condición de vivienda el local donde se desarrolla, según determina el artículo 4.º de la L. A. U., y corrobora la jurisprudencia recaída sobre su interpretación, entre otras, en la Sentencia de 10 de noviembre de 1953. Las condiciones jurídicas de denegación de la prórroga por necesidad, también se da aunque el directamente afectado sea el yerno del dueño, pues en este caso el piso se pide para la ocupación de la hija del actor, casada y con hijos, los que integran la familia a la que le ha de servir de hogar. (S. 29 de septiembre de 1965; no ha lugar.)*

13. L. A. U.: FINALIDAD PRIMORDIAL: *La finalidad principal perseguida por la legislación especial de arrendamientos urbanos es la de garantizar la estabilidad y permanencia del arrendatario en el goce de la vivienda o local.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR: EFECTOS: *La denegación de prórroga por esta causa se subordina a la reserva de viviendas o locales en la finca reconstruida, con lo cual, si técnicamente se extingue el primer contrato para dar nacimiento a otro, en la práctica ha podido decirse que se suspenden simplemente los efectos del anterior.*

DERECHO DE RETORNO: *El nuevo local que se asigne al arrendatario ha de disponer de iguales instalaciones y servicios, de altura y posición análogas y de una superficie no inferior a las tres cuartas partes. No se puede obligar al titular del derecho de retorno a que reciba cosa diferente de la que legalmente proceda, si el cumplimiento es posible. Solo si el inmueble ca-*

rece de locales que reúnan las condiciones exigidas por la L. A. U. y si el arrendatario opta por reclamar uno de los nuevos locales —aunque no tengan las condiciones requeridas— entra en juego la norma sobre reducción de renta. (S. 14 de mayo de 1965; ha lugar.)

14. DERECHO DE RETORNO; ALCANCE DE RESERVA DE DERECHOS EN LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *El hecho de que al ejercitarse la acción de denegación de prórroga para reedificar no se pidiera la resolución del arriendo, sino simplemente la denegación de prórroga y el de que se expresara en la demanda que tal denegación «se hacía sin perjuicio de los derechos que dicha L. A. U. otorga al arrendatario demandado cuando se ejercitan acciones como la presente», no autoriza al arrendatario que no abandonó el local dentro del plazo de preaviso a pretender el retorno al inmueble reedificado, pues si el derecho de retorno pretende ampararse en la Ley falta el requisito de desalojo del local antiguo en el plazo legal, y si se pretende basarlo en un contrato nacido de la reserva realizada en la indicada demanda, no puede admitirse la existencia de tal contrato del que se ignora la causa y que carece de contraprestación.* (S. 25 de junio de 1965; ha lugar.)

15. DERECHO DE RETORNO; PRESUPUESTOS: *El plazo para la ocupación del local objeto del derecho de retorno no se cuenta desde el momento del ofrecimiento de local en el edificio reedificado, si al tiempo de la oferta no se facilita el acceso al mismo al titular del derecho de retorno, para que éste pueda ocupar el mismo.* (S. 27 de septiembre de 1965; no ha lugar.)

16. DERECHO DE RETORNO; DESALOJO DEL LOCAL PRIMITIVO: *El derecho de retorno presupone el desalojo por el arrendatario, dentro del plazo legal, del local que ocupaba, sin que puedan justificar la demora en el desalojo las diferencias existentes entre la parte arrendadora y el arrendatario que había optado por el desalojo, respecto a la medición del local, que impidieron se suscribiera el documento sobre retorno.* (S. 25 de octubre de 1965; no ha lugar.)

17. DERECHO DE RETORNO; SUPERFICIE MÍNIMA: *Sólo cuando la entrega de un local con menor superficie obedezca a motivos ajenos e insuperables por el arrendador, entrará en juego la norma sobre reducción de renta arrendaticia prevista por la L. A. U. para compensar los perjuicios económicos irrogados al usuario.* (S. 12 de junio de 1965; no ha lugar.)

NOTA: El arrendatario al que se reservó e hizo entrega de un local, de superficie inferior al mínimo previsto en la L. A. U., ejercitó una acción para recabar del arrendador la entrega de la superficie precisa —detrayéndola de otro local del inmueble que se reservó el propietario— para alcanzar junto con la del local ya entregado el mínimo legal; la demanda fue estimada en ambas instancias. La sentencia del Tribunal Supremo comparte el acertado criterio de los órganos de instancia y supone una adecuada inteligencia de las normas que rigen la denegación de prórroga por derribo, contribuyendo a tapan una de las varias brechas que la imprecisión del ordenamiento legal es susceptible de abrir en la posición de los arrendatarios afectados por la causa segunda de denegación de prórroga.

18. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO DE TEMPORADA: *En el número cerrado de causas de resolución del contrato de arriendo establecidas en la L. A. U.*

no figura el subarriendo de temporada, y el Capítulo III de la L. A. U. no prohíbe que se contraigan esa clase de subarriendos; no pueden crearse por extensión sanciones no previstas.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR SUBARRIENDO POR PRECIO EXCESIVO: *La limitación de la renta subarrendaticia, para evitar especulaciones, se extiende, incluso, a los casos en que por vía de excepción se puede concertar el subarriendo sin el permiso del arrendador. En el caso de subarriendo por precio excesivo, la acción resolutoria del arrendador prescribe a los quince años, por ser de carácter personal y no tener plazo específico, sin que le sea aplicable el plazo de caducidad de tres meses, que se refiere tan solo a la acción del subarrendatario para subrogarse en la titularidad del inquilino. (S. 3 de julio de 1965; ha lugar.)*

NOTA: Aunque la anterior resolución es correcta, precisa matizar el alcance de la primera de las declaraciones que anteceden, ya que, entendida literalmente, podría inducir a grave error, de fatales consecuencias. Cierto es que el subarriendo de temporada no es tomado en consideración de modo específico, por el legislador, a efectos de la resolución del arriendo; pero no lo es menos que la celebración del subarriendo de temporada podrá dar lugar a la resolución del arriendo, en los mismos supuestos que el subarriendo ordinario, es decir, cuando pudiendo ampararse en la franquicia del artículo 18 de la L. A. U., no se notifique al arrendador dentro del plazo legal, y en los demás casos, cuando falte la autorización del arrendador. Las normas del artículo 114, en sus causas 2.^a a 4.^a, no establecen diferencia entre el subarriendo de temporada y el ordinario y, por otra parte, la jurisprudencia ofrece sobradas muestras del rigor —en muchos casos inadmisibles, con arreglo a la Ley— con que se sanciona con la resolución del arriendo, el otorgamiento de subarriendos —o actos que se reputan más o menos forzosamente como subarriendos— celebrados, no ya solo por temporada, sino con carácter puramente ocasional y relativos a brevísimos plazos de duración (J. P. R.).

19. CONVERSIÓN DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN ANÓNIMA EFECTOS RESPECTO AL ARRIENDO CUANDO EL ARRENDADOR AUTORIZA LA CONTINUACIÓN: *Aunque la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en anónima llevara en sí una sociedad nueva, si el arrendador consiente la cesión que supone la transformación de la sociedad arrendataria, el nuevo ente social puede seguir disfrutando el local arrendado al primitivo sin necesidad de nuevo contrato, subsistiendo el concertado por la sociedad que se transformó. (S. 3 de julio de 1965; no ha lugar.)*

20. INTRODUCCIÓN DE TERCERO: *La introducción en el local arrendado, de una tercera persona, sin cumplir los requisitos que la Ley previene, es suficiente para que proceda la resolución del arriendo. No es ilógica, ni inverosímil, la conclusión de una sentencia de instancia, que declara probada la ocupación de un local por un extraño a la relación arrendaticia, deduciéndola de los siguientes hechos: que el propio arrendatario colocara en el local un letrero con un nombre correspondiente a dicho extraño del que el arrendatario no es auxiliar o representante, y que el referido extraño, en entrevista periodística mantenida, y en publicidad por el mismo realizada, señalara el local como lugar de desarrollo de sus actividades. (S. 24 de septiembre de 1965; no ha lugar.)*

21. USO DEL LOCAL POR UN EXTRAÑO: CARÁCTER GRATUITO Y PARCIAL DE LA OCUPACIÓN: *Aunque es doctrina de la Sala Primera del T. S. que no desnaturaliza la ilicitud civil de una cesión la circunstancia de que la misma sea parcial y gratuita, no cabe comprender, en el ámbito de dicha doctrina, los actos que representen un modo normal de relación familiar, y aunque no puede permitirse que so color de cortesía o tolerancia se encubra la especulación y los negocios jurídicos ilícitos, tampoco es tolerable que el arrendatario, por el hecho de serlo, haya de privarse, para evitar suspicacias, de lo que es común en la vida corriente; debe, por ello, rechazarse el recurso interpuesto contra sentencia en la que se entendió que el arrendatario solo pretendió resolverle a su hermano un problema esporádico y circunstancial, sin la menor intención de crear o constituir negocio jurídico alguno ni transmitir posesión arrendaticia del local arrendado, al permitirle dejar en un rincón una motocicleta sin cobrarle nada, ocupación mesquina en el espacio y menguada en el tiempo y que desestimó la acción resolutoria planteada. (S. 30 de octubre de 1965; no ha lugar.)*

22. USO POR UN TERCERO DEL LOCAL ARRENDADO: PRESUNCION Y PRUEBA: *Si una sociedad extraña al arriendo anuncia que sus talleres están radicados en el local litigioso, lo que también da a conocer en la correspondencia y facturas de su giro comercial y el arrendatario admite que en el taller de reparación instalado en el citado local se reparan los automóviles de dos marcas, cuya representación y agencia tiene la indicada sociedad, hay que deducir lógicamente que una persona extraña a la relación arrendaticia usa y disfruta el local con posesión exclusiva o compartida con el arrendatario, lo que constituye causa de resolución, y no obsta a ello la costumbre, afirmada por la sentencia recurrida, según la cual los propietarios de talleres de reparación de automóviles, concesionarios o distribuidores de marcas determinadas anuncian sus talleres como oficiales de tales marcas aunque las empresas de fabricación de dichos vehículos no intervengan en el uso y disfrute de tales talleres, si, en el caso de autos, quien anunció como propio el taller radicado en el local litigioso fue la sociedad concesionaria o distribuidora extraña al contrato. (S. 30 de junio de 1965; ha lugar.)*

23. ACTIVIDADES EN EL LOCAL POR TERCERO: *El arrendatario no puede introducir en el goce del local, sin consentimiento del arrendador, ni total ni parcialmente, ni de manera permanente, ni limitada, ni gratuita, ni onerosamente, a tercero ajeno a las relaciones arrendaticias, sin que influya la duración de cualquier tipo de cesión. Es causa de resolución el hecho de que en un local arrendado para bar se realizara durante veinte días la actividad de industrial de un tercero, consistente en la reparación de una pequeña embarcación. (S. 23 de junio de 1965; ha lugar.)*

24. INTRODUCCIÓN DE UN TERCERO: *La doctrina del Tribunal Supremo sobre valor presuntivo de la presencia de un tercero extraño a la relación arrendaticia hay que entenderla referida al aprovechamiento del local en beneficio propio del tercero por el ejercicio en aquél de sus actividades industriales o mercantiles.*

ARRENDATARIO COMISIONISTA EN TRÁNSITO: PRESENCIA DE EXTRAÑO QUE NO ES CAUSA DE RESOLUCIÓN: *No constituye causa de resolución la presencia en el local de negocio de un tercero, fabricante de muebles, sacando muebles de su fabricación, en el almacén del arrendatario, ya que ello es normal cuando el arrendatario dedica el local a sus actividades profesionales como comisionista en tránsito de recepción de mercaderías, embalaje y depósito eventual, hasta su reenvío a los consignatarios, profesión amparada en la oportuna licencia fiscal y para cuyo ejercicio fue destinado el local, sin que obste a ello el que el fabricante de muebles utilizara su propio personal asalariado.* (S. 7 de abril de 1965; no ha lugar.)

25. GARAGE COMO LOCAL DE NEGOCIO: RELACIÓN ENTRE ARRENDATARIO Y DUEÑO DEL VEHÍCULO: *El destino a garage, en su doble acepción de reparación de vehículos o guarda o custodia de los mismos, encaja dentro del concepto de local de negocio, sin que la relación del arrendatario con el dueño del vehículo se pueda entender como cesión del uso, sino la prestación de un servicio de custodia, de igual modo que la ocupación de una habitación de un hotel no implica cesión de uso ni, por tanto, constituye subarriendo; otra cosa sería si por un canon o merced se transmitiera a un tercero el uso para encerrar vehículos, pues entonces supondría transferencia del derecho al uso u ocupación constitutiva de arrendamiento.* (S. 6 de abril de 1965; no ha lugar.)

26. CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CONCEPTO DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: ARBITRIO JUDICIAL: *Debe apreciarse el cambio de configuración siempre que se produzca con las obras un cambio especial y sensible en los elementos de fábrica que delimiten el espacio del conjunto y de cada una de las piezas de que consta el local, alterando su disposición, su figura geométrica, superficie o volumen. La alteración de forma o sustancia está vedada al usufructuario y al titular de cualquier otro derecho de goce o uso. Respecto a tales alteraciones no cabe admitir interpretaciones extensivas contrarias a la naturaleza de las instituciones y de nuestro sistema jurídico, sin que se puedan justificar los excesos por razones extrajurídicas o de tipo moral, pues si bien la moral ha de inspirar siempre las resoluciones judiciales no puede hacerse derivar de un criterio personal que se enfrente con el mandato imperativo de la norma. El arbitrio judicial no puede operar más que cuando la Ley es muda, oscura e insuficiente.*

CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: *El levantamiento de tabiques entre dos pilares, cerrando y acotando un espacio diáfano, al construir sobre pilares y vigas apoyadas en las paredes exteriores, una marquesina cubriendo un espacio libre, al aumentar el volumen de los pilares y disminuir el del local afecta a la forma, la sustancia, la disposición de planos y a la distribución de las piezas del local, siendo causa de resolución.*

CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CONCEPTO JURÍDICO: *La determinación de las obras realizadas por el arrendatario es cuestión de hecho, pero la calificación de su trascendencia en orden a si modifican o no la configuración es un concepto jurídico revisable en casación.* (S. 19 de abril de 1965; ha lugar.)

27. CAMBIO DE CONFIGURACIÓN; AUTORIZACIÓN DE ANTERIOR ARRENDADOR: *Si el Tribunal de instancia, por un documento privado emanado del antiguo propietario del inmueble, junto con otros elementos de prueba llega a la conclusión de que las obras se realizaron antes de adquirir el inmueble el actual arrendador y con la autorización del entonces propietario, y tales elementos de hecho no han sido desvirtuados en el recurso, procede desestimar el interpuesto contra la sentencia de instancia desestimatoria de la acción resolutoria. (S. 22 de octubre de 1965; no ha lugar.)*

28. CAMBIO DE CONFIGURACIÓN; OBRAS DE ADAPTACIÓN A DESTINO DEL LOCAL. DESIENHO DEL PACTADO: *Si el destino convenido en el contrato de arriendo, para el local, fue el de oficinas y de depósito de materiales y las obras realizadas por el arrendatario, sin consentimiento del arrendador, fueron de adaptación del local a otros menesteres mercantiles no previsto en el contrato, procede la resolución del arriendo. (S. 6 de noviembre de 1965; no ha lugar.)*

29. CAMBIO DE CONFIGURACIÓN; CONSTRUCCIÓN DE MAMPARA Y CUBIERTA: *Suponen cambio de configuración la construcción de una techumbre de urulita apoyada sobre vigas de madera con elevación superior a la antes existente, quitando vista a los talleres del propietario, y la construcción de una mampara de madera, cristal y novopán sujeta con tirantes y pernos de hierro, que forma un pequeño local separado del resto de los bajos arrendados. (S. 6 de noviembre de 1965; ha lugar.)*

30. ACTIVIDADES INMORALES: *Probada la concurrencia a un local, con fines deshonestos, de parejas, concurrencia que provocó en varias ocasiones diligencias contra el inquilino, por fomentar la prostitución clandestina, procede la resolución del arriendo. Para la resolución basta que en el interior de la vivienda tengan lugar actividades que de modo notorio resulten inmorales y que se pruebe su realización. (S. 27 de septiembre de 1965; no ha lugar.)*

31. DAÑOS: *Reiteradamente ha declarado la Sala Primera que el término «dolosamente», empleado por la L. A. U., quiere decir con malicia, con intención maliciosa de dañar, no debiendo confundirse con los que, aún voluntariamente causados, no lo han sido maliciosamente o con el fin de dañar. No constituye el supuesto de daños dolosos el que el arrendatario, con su incuria, haya dado lugar a la proliferación de ratas que, a su vez, ha ocasionado daños en el inmueble, consistentes en el hundimiento del alcantarillado interior, levantamiento del piso de la cocina y deterioro de las maderas. (S. 2 de abril de 1965; no ha lugar.)*

32. RUINA; RECURSOS: *No es susceptible de recurso alguno el decreto municipal declarativo de ruina, dictado en acatamiento a la sentencia emitida por el Tribunal de lo Contencioso-administrativo que conoció del recurso entablado contra el primitivo decreto municipal.*

FACULTADES JURISDICCIONALES EN MATERIA DE RESOLUCIÓN POR RUINA: *No es dable a la Autoridad judicial otra cosa que comprobar si la declaración de ruina de la finca ha sido acordada por la Autoridad municipal en resolu-*

ción recaída en expediente contradictorio con citación de inquilinos y arrendatarios y que hubiere ganado firmeza. (S. 28 de octubre de 1965; no ha lugar.)

33. RUINA: COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN: OBRAS DE CONSERVACIÓN: Según la Ley de Régimen Local, la vía contencioso-administrativa ofrece al interesado las garantías de revisión judicial del expediente administrativo, sin que se pueda sustituir por la jurisdicción civil, a la que no corresponde dicha facultad, por lo que el número 10 del artículo 114 de la L. A. U., reconociendo estos principios, parte del respeto a la declaración administrativa firme, una vez que se acredite que las garantías de intervención del arrendatario en el expediente municipal se han cumplido como premisa indispensable para que la jurisdicción civil pueda declarar que la causa de resolución del contrato de arrendamiento existe, con las consecuencias legales relativas a dichos vínculos civiles, por lo que su intervención no resulta inútil, sino imprescindible, por razón de la materia en que actúa. En todo caso, el derecho del arrendatario a exigir oportunamente las obras de conservación para que no se generara la situación de ruina, tiene su protección jurídica en los artículos 1.554 del C. c. y 107 de la L. A. U., y el no haber ejercitado este derecho únicamente al arrendatario es imputable. (S. 26 de mayo de 1965; no ha lugar.)

34. DECLARACIÓN DE RUINA: COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN: La declaración de ruina es atributo exclusivo de la Administración, lo que sirve de base al procedimiento especial para resolver sobre sus consecuencias en el orden legal, la que hay que considerar firme cuando se hace en expediente contradictorio seguido ante el Ayuntamiento y queda confirmada en el recurso contencioso-administrativo correspondiente. (S. 8 de mayo de 1965; no ha lugar.)

35. DECLARACIÓN DE RUINA DE PARTE DEL EDIFICIO: Constantemente viene declarando la jurisprudencia que dada la unidad del objeto arrendado con la estructura que le da ser como finca única, regido por un solo contrato o título y con una sola renta, no es posible declarar extinguido en parte el arriendo y subsistente en la no afectada de ruina, pues ello implicaría transformación de objeto y precio, lo que representa un nuevo contrato, cuyo otorgamiento está reservado a las partes. Tampoco es procedente mantener el estipulado cuando parte del objeto no está en condiciones de uso, fin esencial del contrato, conforme a la definición que del mismo da el artículo 1.543 del C. c., sin que por otra parte haya medio legal, en tal situación de ruina, para obligar al dueño a reponerlo a estado útil, doctrina que es consecuencia del artículo 114 de la L. A. U., en relación con las demás disposiciones de la Ley especial, la que prevee, en el artículo 107, la ejecución de obras de reparación necesarias a fin de conservar la finca en estado de servir para el uso convenido, con repercusión del costo en la renta, y con lo dispuesto en el artículo 118, que regula el supuesto de destrucción, casos autónomos, independientes y distintos del que aquí se contempla. Declarada por la Administración la ruina parcial de un edificio es procedente la resolución del contrato. (S. 23 de junio de 1965; no ha lugar.)

36. DECLARACIÓN DE RUINA: *Es lógico que si una certificación municipal está en contradicción con otra de la propia entidad administrativa, donde figura que el inquilino fue notificado y hecho saber en el expediente administrativo su derecho a oponerse a la declaración de ruina, se le conceda crédito a esta última aseveración, como punto de apoyo para la resolución a dictar.* (S. 14 de junio de 1965; no ha lugar.)

37. ARRENDAMIENTO URBANO: LEY 1956: VIVIENDA: CAMBIO DE DESTINO: DESAHUCIO POR CAUSA DE NECESIDAD SOCIAL: *La prohibición de cambio de destino establecida por la D. A. 1.^a de la L. A. U. no se enerva porque el local se utilice también como vivienda de modo no principal, pues si esto ocurría bajo el imperio de la Ley anterior, basta comparar la D. T. 22, apartado a) de ésta con las Ds. As. 1.^a y 2.^a de la Ley vigente para comprobar que el texto legal actual es más intransigente y riguroso, suprimiendo aquella excepción y castigando en todo caso la contravención de la prohibición legal con un desahucio que es independiente del que pudiera ejercitar el arrendador al amparo del artículo 114 de la L. A. U., pues aquella prohibición legal excede del área de la Ley especial, caracterizándose como una prohibición de tipo general que implica la nulidad absoluta del acto contraventor por encima de la voluntad de los contratantes.* (S. 7 de mayo de 1965; no ha lugar.)

V.—Familia.

1. VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA: *El Tribunal «a quo» puede llegar a un determinado efecto probatorio valorando conjuntamente todas las pruebas practicadas, no pudiendo prevalecer frente a esta valoración el criterio personal del recurrente, acerca de la importancia que deba darse a unos medios en relación con los demás.*

MUJER CASADA: PROHIBICIONES DE ENAJENAR: *Las prohibiciones de enajenar establecidas para la mujer en el artículo 1.444 del C. c. «tienen una doble limitación: que se trate de bienes que le hayan correspondido en caso de separación y en segundo término que la enajenación se efectúe durante el matrimonio».* (S. 14 de mayo de 1965; no ha lugar.)

VI.—Sucesiones.

1. PARTICIÓN CONJUNTA POR LOS CÓNYUGES EN ACTOS INTERVIVOS: ACUERDO DE CONSIDERAR COMO COMUNES TODOS LOS BIENES: *El convenio entre los cónyuges a hacer la partición por acto intervivos, de considerar como comunes todos los bienes, incluyendo los del marido y los de la mujer, sobrepasa el contenido propio del acto puramente particional y por alterar el régimen de gananciales, es nulo.*

PARTICIÓN POR EL TESTADOR: *La partición verificada conforme al artículo 1.056 del C. c. tiene naturaleza de acto de última voluntad, y por ello deben aplicarse las disposiciones que a éstos afectan, siendo, por ende, revocable.*

PARTICIÓN CONJUNTA POR LOS CÓNYUGES: *La facultad de partir que confiere al testador el artículo 1.656 del C. c. se refiere a sus bienes, pero no a la división y adjudicación de los bienes ajenos, por lo que es nula de pleno derecho la partición hecha por acto entre vivos por ambos cónyuges mancomunadamente; ya que, además no puede concederse a la partición así hecha un valor que el 669 del C. c. veda para los testamentos. (S. 20 de mayo de 1965; no ha lugar.)*

NOTA: Sobre el tema planteado en esta Sentencia pueden consultarse los trabajos de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (*Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto entre vivos*, R. D. P., 1954, págs. 494 y ss.), y ROURA (*Los patrimonios de marido y mujer como un todo a efectos sucesorios*, A. A. M. N., XII, 69 y ss.).

2. TESTAMENTO: NULIDAD: *Es nulo el testamento en que sea testigo instrumental un hijo político de la heredera, instituída en él, por estar supeditada la validez del testamento al exacto cumplimiento de las solemnidades o formalidades que para cada uno exige el código sustantivo. (S. 28 de octubre de 1965; no ha lugar.)*

* * *

La doctrina sentada sería aplicable, según el T. S., aunque no pudiera dudarse racionalmente de que lo consignado en el testamento sea fiel expresión de la voluntad.

DERECHO MERCANTIL

1. LETRA DE CAMBIO: EXCEPCIONES CAUSALES: *En las relaciones entre el suscriptor de la letra y los terceros poseedores de la misma no cabe oponer excepciones causales.*

ENDOSO PARA COBRO: *Vuelta la letra a poder de quien la ha endosado con exclusiva finalidad de cobranza, puede éste ejercitar los derechos cambiarios, sin necesidad de tachar el endoso, puesto que sigue siendo propietario de la letra.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: *Es de carácter supletorio y su estimación está atribuida al Tribunal de instancia, que ha de fundarse en las reglas del criterio humano —distintas de las del razonamiento lógico— y debe apoyarse en bases fácticas sólidamente probadas, entre las cuales y la circunstancia presumida tiene que mediar un nexo de unión. (S. 16 de junio de 1965; desestimatoria.)*

2. COMPETENCIA: SUMISIÓN EXPRESA; LETRA DE CAMBIO: *Es de apreciar sumisión expresa a los tribunales de X cuando así se estipuló por las partes en un contrato regulador de las relaciones obligacionales existentes entre ellas, entre las cuales explícitamente se incluía la derivada de la letra de cambio que ha dado lugar al presente juicio ejecutivo, sin que quepa oponer que dicha letra está domiciliada en A, pues si las cambiales —como*

consecuencia de su valor abstracto— son independientes del contrato que les sirve de base causal, no lo son respecto de un contrato posterior, en el que precisamente se regula su pago y medidas para caso de incumplimiento (S. 13 de octubre de 1965; no ha lugar a la inhibitoria.)

Nota: Se trataba de una obligación cuyo cumplimiento se pactó mediante letras de cambio, a pagar en el lugar del domicilio del deudor. Pero producido un impago se concertó una transacción extrajudicial, en la que se reguló todo lo relativo a la parte de obligación pendiente de cumplimiento, enumerándose explícitamente las letras de cambio puestas en circulación a tal efecto, entre las que estaba la de autos. En esa transacción se estipuló sumisión expresa al fuero del acreedor «para cualquier reclamación judicial que pudiera plantearse a consecuencia del incumplimiento de dicho contrato». Llegado el momento, el deudor cambiario pretende sostener que la acción cambiaria ejecutiva no queda afectada por aquella sumisión expresa, dado el carácter abstracto, formal y completo de la letra de cambio. (J.-J. B.-Q.)

3. *COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DEL CUMPLIMIENTO: COMPETENCIA: Ejercitándose una acción personal para reclamar el precio derivado de un contrato de compraventa mercantil, en el que no medió pacto alguno sumisoro ni consta que las mercancías viajaran por cuenta del vendedor, el lugar del cumplimiento del contrato a efectos de determinar la competencia, lo constituye el del establecimiento mercantil de aquél. No obsta a ello el hecho de girar algunas letras de cambio al domicilio del comprador a los meros efectos de facilitar el pago. (S. 20 de mayo de 1965; resuelve competencia.)*

4. *COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: Faltando prueba concreta sobre el lugar pactado para el cumplimiento de la obligación entra en juego la presunción relativa a que en las compraventas mercantiles se entiende verificada la entrega en el establecimiento de vendedor, debiendo ser allí donde se cumpla la obligación del pago del precio. (S. 13 de mayo de 1965; competencia.)*

5. *COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: CLÁUSULA DE SUMISIÓN EN FACTURA: El consentimiento expreso de las partes de sumisión a un Tribunal determinado, con renuncia a su fuero propio —a que alude el artículo 57 de la L. E. C.— ha de exteriorizarse, para que produzca los efectos del artículo 56 de la L. E. C., a través de documento suscrito por las partes, sin que sean suficientes las cláusulas impresas en facturas sin firma del otro contendiente.*

LETRAS DE CAMBIO: El lugar de cumplimiento del contrato, coincidente con el del Órgano Judicial que ha de resolver el pleito, lo constituye aquel donde está enclavado el establecimiento del vendedor, sin que a ello obste el giro de letras de cambio al domicilio del comprador a los meros efectos de facilitar la forma de pago. (S. 4 de octubre de 1965; y —en cuanto a la cláusula de sumisión— S. 1 de mayo de 1965; resuelve competencia.)

6. *COMPETENCIA: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: MANIFESTACION UNILATERAL: A falta de sumisión expresa o tácita, es competente para conocer de la reclamación del precio de una compraventa el Juez del lugar en que la obligación debe cumplirse, y el lugar de pago del precio es el en que tuvo lugar*

la entrega de la mercancía comprada, sin que sea obstáculo a esta apreciación cuanto puedan consignar documentos no vinculantes por no haber sido aceptadas por el otro interesado las manifestaciones unilaterales que en ellos se hacen. (S. 9 de octubre de 1965; ha lugar a la inhibitoria.)

NOTA: Las manifestaciones unilaterales a que alude el fallo eran unas notas o cláusulas que figuraban al pie de las notas de entrega del vendedor, en las que se decía que «las ventas se consideraban hechas en «lugar distinto del de la entrega», a cuyos tribunales se sometería el conocimiento de los litigios que de tales ventas pudieran derivarse». Compárese con otra sentencia de 9 de octubre de 1965, en este mismo número. (J.-J. B.-Q.)

7. COMPETENCIA: SUMISIÓN EXPRESA: *Es de apreciar la existencia de sumisión expresa cuando en la nota de entrega firmada por el comprador aparece que «la entrega de la mercancía en cuestión se entiende hecha en X, por lo que el comprador acepta y se somete, para resolver cualquier diferencia, a los Tribunales de X», sin que pueda enervar esta apreciación el que para el pago de tales mercancías se emitieran letras de cambio domiciliadas en A.* (S. 9 de octubre de 1965; no ha lugar a la inhibitoria)

NOTA: Se trataba de una compraventa concertada en A, lugar del domicilio del comprador, entre éste y un agente del vendedor (que tenía domicilio en X). En el contrato nada se estipuló especialmente acerca del fuero jurisdiccional. La entrega material de la mercancía se fijó en A, libre de gastos de porte, y el pago del precio se estipuló mediante letras de cambio, a pagar en A. Pero al recibir la mercancía el comprador firma una nota de entrega redactada por el vendedor (de la clase de «adhesión» o «tipo») que en cláusula accesoria contiene la estipulación arriba consignada entre comillas, en base a la cual al ejercitarse la acción para reclamar el pago del precio el T. S. aprecia sumisión expresa a los Tribunales de X. (J.-J. B.-Q.)

8. VENTA DE GÉNEROS DE COMERCIO: COMPETENCIA: *Los géneros de comercio se entienden entregados en el lugar donde radica el establecimiento del vendedor —lugar competente para conocer del cumplimiento del contrato— a no ser que aparezca que las mercancías se enviaron a «portes pagados», circunstancia que deberá ser alegada y probada por quien afirme que el lugar de entrega lo es el del comprador. La tesis de ser el establecimiento del vendedor lugar competente para conocer del cumplimiento del contrato viene reforzada por haber sido realizados en el domicilio del vendedor diversos y fraccionados abonos del precio, comenzando así el cumplimiento de la obligación cuyo resto se pretende en el pleito.* (S. 24 de junio de 1965; resuelve competencia.)

9. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE LA ENTREGA: *Esta se verifica en el lugar del domicilio del comprador, cuando la mercancía por él adquirida le es remitida a porte pagado, según Jurisprudencia constante y uniforme.* (S. 1 de mayo de 1965; resuelve competencia)

DERECHO PROCESAL

1. COMPETENCIA: PAGO DE LO PRESTADO: *No habiéndose pactado lugar determinado para la devolución del préstamo, el conocimiento de la demanda solicitando dicha devolución le corresponde al Juez del domicilio*

del deudor a tenor de los artículos 1.171 del C. c. y 62, regla 1.ª de la L. E. C. (S. 20 de mayo de 1965; ha lugar a la inhibitoria.)

2. INTERÉS DE LA DEMANDA: *Es doctrina legal el principio: «sin interés no hay acción», aunque no aplicable en este caso.*

HECHOS QUE NO NECESITAN PRUEBA: *Los hechos en que convienen los litigantes, no necesitan probarse, porque a tenor del artículo 565 de la Ley procesal, la prueba debe concertarse solamente a los que hayan sido reconocidos en los escritos de alegaciones.*

ALLANAMIENTO: *La doctrina jurisprudencial ha configurado el allanamiento como «declaración de voluntad del demandado por la que muestra su conformidad con las pretensiones del actor, y lo considera como institución distinta de la admisión o reconocimiento de hechos realizados por el demandado en sus escritos de alegaciones y de la confesión judicial por él prestada en el oportuno trámite».*

APRECIACIÓN DE TEMERIDAD: *La apreciación de temeridad o mala fe, salvo supuestos excepcionales es ámbito de competencia discrecional de los Tribunales, no sometido a casación (S. 18 de junio de 1965; no ha lugar.)*

3. EXCESO EN EL ENJUICIAMIENTO: *Las alteraciones sustanciales en el debate introducidas en el trámite de réplica suponen la vulneración del artículo 548, párrafo 2.º, de la L. E. C., que origina una resolución incongruente que tiene su vía adecuada de impugnación en los números 2.º y 3.º del artículo 1.692 de la L. E. C. (S. 30 de septiembre de 1965; no ha lugar.)*

4. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: CONFORMIDAD CON LA EJECUTORIA: *Existe cuando la resolución recurrida se limita a adoptar los medios necesarios para llevar a efecto la ejecutoria, aun cuando dicho fin se consiga, no sólo atendiendo al fallo de origen, sino a cuanto pueda ser su consecuencia natural e ineludible; decretada la nulidad de un juicio ejecutivo, deben reponerse las cosas a su estado anterior, con la obligación de devolver la finca a sus antiguos dueños, y caso de no poder hacerlo, resarcirlos de su importe.*

CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *Su fijación es discrecional de los organismos judiciales de instancia, sin que la aplicación que hagan de tal facultad pueda encajar en el contenido del artículo 1.695 de la L. E. C. (S. 16 de octubre de 1965; no ha lugar.)*

5. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: CONTRADICCIÓN CON LO EJECUTORIADO: *Se resuelve en contradicción con la ejecutoria que había declarado real y cierto el perjuicio ocasionado en el patrimonio del hoy recurrente, cuando la Sala deja sin efecto el auto del Juzgado que fija la indemnización ordenada en determinada cantidad, sin establecer ninguna otra en su lugar.*

DETERMINACIÓN CUANTÍA INDEMNIZACIÓN: PROVIDENCIA PARA MEJOR PROVEER: *Demostrada según la ejecutoria la existencia de daños y perjuicios, cuya cuantía concreta debería fijarse en fase de ejecución, pueden utilizarse a estos fines todos los procedimientos legales, entre ellas las medidas que*

para mejor proceer regula el artículo 340 de la L. E. C. (S. 28 de mayo de 1965; ha lugar.)

6. PROCESOS ARRENDATICIOS: PROCEDIMIENTO APLICABLE: *Es aplicable la legislación procesal común al ejercicio de acciones basadas en preceptos del Código civil y en los pronunciamientos de una anterior sentencia recaída en juicio declarativo de mayor cuantía y referidas a la obligación de satisfacer renta como contraprestación correspondiente a la ocupación de un local y formalización de un contrato complementario, aunque tales acciones se refieran a una relación arrendaticia urbana.*

CASACIÓN: INAPLICACIÓN DE NORMAS: *La infracción, por inaplicación de preceptos equivale a la violación en su aspecto negativo.*

CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS: *La interpretación es en principio facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación, salvo que infrinja normas de interpretación y no sea ilógico, aunque quepa alguna duda sobre su absoluta exactitud.* (S. 5 de julio de 1965; no ha lugar.)

NOTA: Con esta resolución se afianza de modo definitivo la doctrina jurisprudencial —SS. de 13 de enero de 1944 y 8 de enero de 1946—, que admite que la inaplicación indebida de una norma puede fundar el recurso de casación, ya que, en definitiva, tal inaplicación es el supuesto más típico, si no único de violación de normas, como contrapuesto a aplicación indebida o interpretación errónea. Debe considerarse, por tanto, totalmente superada la anterior jurisprudencia, de signo contrario a la que se adhería LA PLAZA —*La casación civil*, pág. 214—, cuando afirmaba que el legislador español no había contemplado la inaplicación entre los conceptos de infracción del número 1 del artículo 1.692 de la L. E. C. (J. P. R.)

7. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO CON BASE EN LA L. A. U.: CAUCE PROCESAL ADECUADO: APRECIACIÓN DE OFICIO: *Media una inadecuación de procedimiento, susceptible de ser apreciada de oficio, si de los propios autos resulta que la resolución de arrendamiento que se pide en la reconvención deducida en un juicio declarativo de mayor cuantía se funda exclusivamente en las normas de la L. A. U., ya que los procesos específicos a que se refiere la L. A. U. son los únicos adecuados para decidir sobre la resolución y ello con independencia de lo que hayan podido decir sentencias recaídas en anteriores procesos —en los que se estimó que el contrato era de naturaleza compleja y que sus problemas solo podían solucionarse por la vía del declarativo ordinario de mayor cuantía—, ya que dichas sentencias no pueden vincular al Tribunal Supremo.* (S. 26 de mayo de 1964; ha lugar.)

NOTA: Puede considerarse definitivamente consolidada la doctrina según la cual las acciones basadas en derechos reconocidos en la L. A. U. han de deducirse por los cauces procesales previstos en la misma, sin que sea posible siquiera la utilización del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía para ventilar tales acciones. Respecto a la apreciación de oficio de la inadecuación de procedimiento, véase nota a la S. de 8 de junio de 1965. (J. P. R.)

8. L. A. U.: CARACTERÍSTICAS: LIMITACIÓN DE DERECHOS DOMINICALES: *Las normas del Derecho arrendaticio urbano ofrecen como características fundamentales las de constituir un derecho excepcional, singular, irregular o*

anómalo, como normas de necesidad dictadas para afrontar situaciones de emergencia más o menos duraderas, ser normas de derecho social o de acentuado matiz social como protectoras de los calificados económica o jurídicamente débiles y tienen carácter predominantemente imperativo o de derecho necesario con relación a las normas de Derecho común o general, contenidas en el C. c., inspiradas en los principios de autonomía de la voluntad y de la igualdad de las partes en la consumación del contrato. La L. A. U., como las leyes sociales, se ve en el trance de no dejarse inspirar siempre por las motivaciones jurídicas de todos sus preceptos, sino muy principalmente por los imperativos sociales, constituyendo un conjunto de normas que crean múltiples limitaciones al derecho de propiedad en beneficio de la función y del interés social.

PROCESO ESPECIAL ARRENDATICIO: INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: APRECIACIÓN DE OFICIO: *La acción sobre derecho de retorno, como fundada en derecho reconocido en la L. A. U., ha de amoldarse a las normas procesales de la propia Ley, por lo que, si para la misma se siguió el cauce del juicio declarativo de mayor cuantía, se ha producido una adecuación de procedimiento que, como de orden público, el Tribunal Supremo ha de apreciar de oficio, estimando el recurso sin que pueda penetrarse en sus motivos. (S 8 de junio de 1965; ha lugar.)*

NOTA: Nótese en la contraposición que se hace en la sentencia de las motivaciones *jurídicas* a las *sociales*, la concepción estrecha de lo jurídico que supone tal contraposición, como si la única juricidad fuera la derivada de un sistema de Derecho basado en el Código civil, los «imperativos sociales» a que responde el nuevo Derecho no tuvieran un verdadero carácter jurídico.

Respecto a la posibilidad de apreciar de oficio en casación los quebrantamientos formales, no deja de ser curioso que se aprecie de oficio un quebrantamiento de forma tan relativo y tan poco trascendente respecto a la decisión sobre el fondo, como es el haberse seguido un procedimiento inadecuado ciertamente a tenor de la ley, pero precisamente el de mayor complejidad y mayores garantías para las partes y respecto al cual sería muy difícil hallar las causas de indefensión que la utilización del mismo habría supuesto para alguna de las partes. Ciertamente resulta mucho más grave que la utilización del juicio de mayor cuantía, en lugar del procedimiento incidental, el dejar de aplicar una norma de derecho necesario de la L. A. U. o de cualquier otra fuente de Derecho material y, sin embargo, en estos últimos casos, el órgano de casación se abstendrá de examinar de oficio si ha habido o no violación de la norma y aun dejará de examinarlo si la infracción no se ha denunciado con arreglo a los especiales criterios que para la formalización de recurso viene exigiendo la Sala Primera.

A la vista de los resultados del actual recurso de casación, no es de extrañar la corriente contraria a un recurso, convertido en una carrera de obstáculos, para llegar a la decisión sobre el fondo, que delata de modo desmesurado la resolución definitiva de los litigios, en la reforma procesal en curso de elaboración dicho recurso habrá de reformarse de modo total. (J. P. R.)

9. ARRENDAMIENTO URBANO: FORMALIDADES DEL RECURSO: *El número 2.º del artículo 136 de la L. A. U. viene interpretándose por el T. S. con mayor amplitud que el artículo 1.693 de la L. E. C., sin limitarse a las formas procesales en este último enumeradas.*

Hay que plantear como problema jurídico y no como error de hecho, la indebida valoración como prueba testifical de las manifestaciones extrajudiciales. (S. 4 de junio de 1965; no ha lugar.)

10. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: PETICIÓN IMPLÍCITA DE RECIBIMIENTO A PRUEBA: *No constituye quebrantamiento de formalidades causante de indefensión el que el Juzgado considerara como petición de recibimiento a prueba —y acordara en consecuencia abrir la fase probatoria del juicio— el inciso «y previa la práctica de las pruebas que en su día se propongan» contenida en el «suplico» de la demanda. (S. 5 de junio de 1965; no ha lugar.)*

11. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS DE FORMALIZACIÓN: *Procede desestimar el recurso en que se denuncia una infracción de preceptos legales sin expresar el concepto de la infracción. También es defectuosa la denuncia de la infracción de una norma por violación, interpretación errónea y aplicación indebida, ya que ello priva al recurso de la claridad y precisión necesarias. Es defectuosa igualmente la fundamentación conjunta de un recurso en dos de las cuatro causas de injusticia notoria. (S. 22 de octubre de 1965; no ha lugar.)*

12. INJUSTICIA NOTORIA: RIGOR FORMAL: *El rigor formal del recurso de injusticia notoria solo permite a la Sala Primera del T. S. entrar en el tema de la interpretación del contrato básico a través de la cita, como infringidos, de los artículos del C. c. sobre interpretación de los contratos.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO CONTROVERTIDO: *No cabe acreditar un manifiesto error en la apreciación de la prueba mediante el propio documento que es objeto de interpretación en el litigio. (S. 13 de octubre de 1965; no ha lugar.)*

13. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: 1) *No puede prosperar el motivo que alega interpretación errónea del artículo 1.281 del C. c., que comprende dos supuestos distintos, ya que no se determina cuál de dichos supuestos es el que se estima violado, y, además, porque lo que se propugna es una declaración de hecho atacando la prueba pericial, lo cual se hace al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., siendo así que debería tener su cauce en el número 7.º de dicho artículo.*

2) *No puede prosperar el motivo que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692, alega violación de la doctrina jurisprudencial que cita por haber decidido la sentencia recurrida sobre cuestiones distintas de las sometidas al juzgador, porque este pretendido defecto sólo podía ser denunciado a través de los números 2.º, 3.º ó 4.º del artículo 1.692 de la L. E. C., previa denuncia de la violación del artículo 359 de la L. E. C. (S. 25 de mayo de 1965; no ha lugar.)*

14. POBREZA: RECURSO POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DENEGACIÓN DE DILIGENCIAS DE PRUEBA: *Para que proceda este recurso por denegación de diligencias de prueba es necesario no sólo que las pruebas de que se trate sean admisibles, según las leyes, sino también que su falta haya podido*

producir indefensión, y si bien en el escrito de interposición se dice producida tal indefensión, no se la justifica ni razona. (S. 13 de enero de 1965; no ha lugar.)

RECURSO DE CASACIÓN: DEPÓSITO PARA RECURRIR: *Debe constituirse el depósito que preceptúa el artículo 1.698 de la L. E. C. cuando haya recaído sentencia confirmando en apelación la denegatoria del beneficio de pobreza, aunque aquella sentencia no fuese firme, y no habiéndose hecho así procede declarar no haber lugar, sin más trámite, a la admisión del recurso. (Auto 27 de abril de 1965; no ha lugar.)*

15. **DOCUMENTO AUTÉNTICO:** *La autenticidad de un documento a los efectos de casación requiere no sólo el carácter público y legitimidad del documento, sino también que su contenido constituya premisa obligada para que el juzgador se halle en la imperiosa necesidad de aceptar lo que en él se exponga, y carecen, por tanto, de ese valor los certificados o informes de las Alcaldías en relación con los medios de fortuna de los litigantes, máxime cuando el Tribunal «a quo» examinó esos informes, confrontándolos y valorándolos según el concepto de todas las pruebas y elementos de juicio. (S. 24 de septiembre de 1965; no ha lugar.)*

16. **DOCUMENTO AUTÉNTICO:** *No pueden prosperar los motivos que, amparados en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en lugar de limitarse a poner de relieve el error de hecho o de derecho atribuido a la resolución impugnada, intentan demostrar la «interpretación errónea y violación» y la «falta de aplicación» de los numerosos preceptos y doctrina legal que en ambos se enumeran.*

Tampoco puede prosperar el motivo que denuncia la «interpretación errónea y violación» de los preceptos que cita, por invocar conjuntamente dos conceptos de infracción de los reseñados en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

No tienen carácter de documentos auténticos, a los efectos de casación, las certificaciones del Registro civil, ya que han sido examinadas y analizadas debidamente por la sentencia recurrida. (S. 28 de septiembre de 1965; no ha lugar.)

17. **REVISIÓN: CARÁCTER EXTRAORDINARIO:** *El artículo 1.252 del C. c. pone de relieve la naturaleza excepcional de la revisión, y aunque su calificación de recurso sea dudosa, lo cierto es que se trata del recurso más extraordinario de todos, por lo cual se somete a graves limitaciones: 1) La causa o motivo ha de hallarse comprendida en alguno de los apartados del artículo 1.796 de la L. E. C., y 2) Se fija el tiempo hábil de interposición.*

INADMISIBILIDAD «AD LIMINEM»: *Sólo cabe en la hipótesis del artículo 1.800 y no en la del 1.798 de la L. E. C.*

MAQUINACIÓN FRAUDULENTE: ARRANQUE DEL PLAZO DE INTERPOSICIÓN: NO INTERRUPTIÓN POR EJERCICIO DE ACCIÓN PENAL: *La maquinación fraudulenta —cuya manifestación más frecuente en la práctica es la falsa y deliberada*

ignorancia del domicilio de quien ha de ser llamado a juicio— ha de encuadrarse en el «fraude» del artículo 1.798, a efectos del cómputo del término hábil para interponer el recurso, el cual se inicia cuando el fraude se descubre, o sea al hacerse pública y notoria su perpetración o cuando conste indubitadamente que llegó a conocimiento del perjudicado por él; por ser término de caducidad no admite interrupción por ejercicio de la acción penal. (S. 6 de octubre de 1965; no ha lugar.)

18. CASACIÓN; DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Carecen de autoridad, respecto a la casación, los libros de los comerciantes, resoluciones emanadas de autoridades administrativas, y los documentos que hayan sido de discusión en el pleito y de decisión en la sentencia recurrida.*

DOCTRINA LEGAL: *No puede servir de base a un recurso de casación en el fondo, la alegación de una sola sentencia que estima infringida, por no constituir por sí sola doctrina legal. (S. 13 de mayo de 1965; no ha lugar.)*

19. CASACIÓN; ERROR DE CUENTA: *El error de cuenta, subsanable en ejecución de sentencia, no constituye materia de casación.*

CASACIÓN; DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Los dictámenes periciales no pueden ser tenidos como documentos auténticos a efectos de casación. (S. 3 de abril de 1965; no ha lugar.)*

III. SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid.

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ
Doctor en Derecho

I. Derecho Civil

1. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: EXISTENCIA: *El hecho de aprovechar el inquilino las naves y terreno circundante de la vivienda para la cría y beneficios a obtener de las gallinas, así como de algún otro animal de los que se acostumbra a mantener en ambientes rurales, no constituye una verdadera granja avícola, dado el escaso volumen del negocio, y si una modesta industria doméstica, que en modo alguno es incompatible con el principal destino pactado de vivienda. Pero, aun considerándola como una granja, podía funcionar en unión del destino principal de vivienda, al existir la posibilidad de concurrencia con otros destinos subordinados, aunque no menos importantes, que merecen el propio respeto cuando son base de la economía familiar y por su naturaleza pueden desarrollarse en íntima conexión con aquélla.* (Sentencia de 8 de octubre de 1965; no ha lugar.)

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN: *No debe conceptuarse como familiar a una hija casada, y, por tanto, emancipada de la tutela familiar, y tronco, a su vez, de otra familia, desgajada del primitivo tronco, ya que la ley habla de familia y no de tribu.* (Sentencia de 24 de noviembre de 1965; ha lugar.)

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: JUSTA CAUSA: *Es justa causa de desocupación la enfermedad que padece el arrendatario, que le impide realizar esfuerzos físicos, como es el de subir las escaleras hasta el segundo piso, que lleva en arrendamiento, por lo que está provisionalmente en casa de su hermano.* (Sentencia de 6 de diciembre de 1965; no ha lugar.)

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: JUSTA CAUSA: *Cuando el cambio de destino de un funcionario no es voluntario y solicita seguidamente traslado al lugar de procedencia, revela el propósito de continuar habitando la vivienda alquilada, y que su desocupación, además de no ser voluntaria, fue impuesta por circunstancias no queridas, y que serán superadas lógicamente.* (Sentencia de 19 de octubre de 1965; no ha lugar.)

5. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: OBRAS INCONSENTIDAS: *Para que exista esta causa de resolución del contrato es preciso que la modificación lo sea de*

un modo permanente, y no transitorio, al solo tiempo de ejecución de las obras. (Sentencia de 4 de octubre de 1965; no ha lugar.)

6. RENTA; AUMENTO; CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: *Hay caducidad de la acción, pues aunque es cierto que la de aumento puede ejercitarse en cualquier tiempo, ello no autoriza a volver hacerlo cuando ya se había instado y desistido de la misma, a salvo de que pueda hacerse de nuevo cuando haya otros aumentos de contribución repercutibles.* (Sentencia de 22 de noviembre de 1965; no ha lugar.)

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN; MOTIVACIÓN; ABUSO DE DERECHO: *Para poder plantear la cuestión del abuso de derecho, no basta con que se haya alegado oportunamente en la instancia, sino que además es preciso que la sentencia recurrida haya hecho aplicación de la doctrina sobre el abuso del derecho.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1965; no ha lugar.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN; VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *Siendo cuestión de hecho la apreciación de si ha concurrido temeridad en el litigante, y apreciada por el Juez de instancia en sentido afirmativo, no puede pretenderse valorar la prueba en forma contraria.* (Sentencia de 7 de octubre de 1965; no ha lugar.)

3. DERECHO INTERTEMPORAL: *Presentada la demanda antes de la vigencia de la nueva L. A. U. de 11 de julio de 1964, debe ser la legislación anterior la operante.* (Sentencia de 22 de octubre de 1965; ha lugar.)

2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona.

A cargo de José PERE RALUY

I. Derecho Civil

1. VECINDAD CIVIL: SUPLICACIÓN: *La excepción de demandar a una mujer casada sin licencia del marido es materia de un recurso por quebrantamiento de forma y no de infracción de Ley, único autorizado en materia de suplicación. No puede, por ello, abordarse la supuesta infracción de las normas sobre capacidad procesal de la mujer casada catalana, dando por supuesto en la mujer una regionalidad catalana que no consta tenga adquirida la misma, tanto más cuanto que en el contrato de arriendo consta como nacida y casada en Castilla la Vieja.* (S. de 11 de mayo de 1965; no ha lugar.)

NOTA: En buenos principios la excepción basada en que se demande a una mujer casada sin hacer referencia a la licencia marital, se halla *ab initio* condenada al fracaso, pues el actor tiene que dirigir su acción exclusivamente contra quien sea parte, con independencia de la capacidad procesal de la misma, correspondiendo a la parte demandada la carga de comparecer con los debidos complementos de su capacidad procesal y al actor la posibilidad de denunciar las deficiencias que, en su caso, existan en la comparecencia de una mujer casada sin la venia marital. El problema concreto de la vecindad civil de la mujer, de gran trascendencia en el orden procesal, ya que la mujer casada catalana o balear puede comparecer en juicio para defender sus bienes privativos sin necesidad de licencia marital, se plantea con gran frecuencia ante los Tribunales de Cataluña, enfrentándose al respecto dos criterios: el de estimar, en defecto de prueba, que la mujer ostenta la vecindad civil común y el de entender presumible la vecindad civil correspondiente al domicilio de la misma; este último criterio es el seguido en la generalidad de los Juzgados Municipales de Barcelona, por entender que estadísticamente la probabilidad de que la mujer domiciliada en Cataluña ostente la vecindad civil catalana, es mucho mayor que la contraria, ya sea por corresponderle a su marido (que es, en definitiva, quien determina su vecindad) la regionalidad catalana *iure sanguinis*, ya por haber adquirido la misma por residencia de diez años sin realizar declaración de conservar la vecindad civil que anteriormente le correspondiera. Lo que, desde luego, no suele tomarse en consideración es la presunción contenida en el artículo 68 de la Ley del Registro civil, y ello por tres razones: 1.ª, por desconocimiento de dicha norma; 2.ª, por no constar en la mayor parte de los casos el lugar de nacimiento del interesado y el del padre del mismo, y 3.ª, porque dicha presunción, absolutamente lógica en materia de nacionalidad, en la que el criterio *sanguinis* tiene un valor predominante, carece de consistencia real en materia de vecindad, en la que el criterio *sanguinis* aparece templado por el gran valor que al domicilio concede la norma de imposición automática de la vecindad por residencia de diez años, tratándose, por otra parte, de una norma que en Cataluña, por el enorme número de inmigrantes, afecta a una porción elevadísima de su población.

2. RESOLUCIÓN DE INQUILINATO: ABUSO DE DERECHO: *Procede desestimar, por implicar abuso de derecho, una demanda resolutoria de inquilinato que*

vincula a las partes, si tal contrato es el medio de que se vale el arrendador propietario para conceder, mediante persona interpuesta en concepto de arrendatario de vivienda amueblada, el disfrute de sus dependencias a terceros, con la ficción de que estos son subarrendatarios. (Sentencia de 30 de marzo de 1965; no ha lugar.)

3. CALIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS: SUBARRIENDO SIMULADO: *Los contratos son lo que son y no lo que parecen ser; no procede la resolución del contrato si se llega a la conclusión de que el contrato de subarriendo que se pretende resolver es inexistente, ya que en realidad se trata de un contrato de arriendo disimulado bajo apariencia subarrendaticia para eludir la prórroga forzosa.* (Sentencia de 22 de enero de 1965; no ha lugar.)

4. EFECTO DE LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD DE UNA VIVIENDA POR PARTE DEL INQUILINO DE LA MISMA, RESPECTO AL SUBARRIENDO DE LA VIVIENDA: *El hecho de que el arrendatario de una vivienda adquiera la propiedad de la misma no convierte al subarrendatario en inquilino, ni impide al subarrendador ejercitar contra el subinquilino la acción resolutoria por expiración del plazo.* (Sentencia de 14 de mayo de 1965; ha lugar.)

NOTA: Es evidente que la adquisición por el inquilino de una vivienda de la propiedad de la misma, determina la extinción, por confusión del vínculo arrendaticio; ahora bien, cuando el inquilino es a la vez subarrendador de la referida vivienda, la indicada extinción del arriendo no supone ni una extinción pura y simple del vínculo subarrendaticio con la posibilidad de desalojar al subinquilino por razón de tal extinción, ni tampoco que el subarrendatario ascienda de rango y pase a convertirse en inquilino. El subarrendatario no puede ver mermados ni aumentados sus derechos, por un hecho marginal a su contrato de subarriendo, cual es el que el subarrendador devenga propietario; por lo tanto, el *status* del subinquilino, quedará sustancialmente inalterado y seguirá rigiéndose por las normas propias del subarriendo y las estipulaciones pactadas en cuanto las mismas no se opongan a las normas de derecho necesario que disciplinan el subarriendo; es decir, no se producirá la extinción automática del subarriendo pero el inquilino subarrendador podrá ejercitar la acción de deshaucio por expiración de plazo —a menos de tratarse de subinquilino con derecho de prórroga forzosa—; subsistirán las limitaciones en orden a la renta, etc.

5. ACCIONES REFERENTES AL SUBARRIENDO: CARGA DE LA PRUEBA: *Para el ejercicio de las acciones relativas al subarriendo es preciso probar la existencia de esta relación.* (Sentencia de 9 de abril de 1964; no ha lugar.)

6. SUBARRIENDO: CALIFICACIÓN: *El subarriendo tiene la naturaleza jurídica de vivienda o de local de negocio del arriendo de que deriva.*

SIGNIFICACIÓN DE LA PALABRA TIENDA: *La palabra «tienda», en Cataluña, significa local situado en la planta baja de un edificio, esté o no dedicado a local industrial o comercial.* (Sentencia de 2 de octubre de 1965; no ha lugar.)

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO OCUPACIÓN: JUSTA CAUSA: *La justa causa de no ocupación requiere que la residencia habitual del inquilino se de*

en el piso objeto del litigio, lo que no sucede si el arrendatario tiene su domicilio en otro lugar y ocupa el piso en cuestión tan sólo en la temporada de verano. (Sentencia de 30 de septiembre de 1965; no ha lugar.)

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO OCUPACIÓN: JUSTIA CAUSA: RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *La noción de justa causa es un concepto jurídico revisable en suplicación.* (Sentencia de 24 de mayo de 1965; no ha lugar.)

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: CONCEPTO DE OCUPACIÓN: *La ocupación es el uso de la vivienda conforme a su destino, siendo el primordial de una vivienda el de pernoctar en ella. Una vivienda no deja de estar ocupada por el hecho de que en las horas diurnas, su inquilina esté fuera de la misma por dedicarse a la realización de faenas domésticas, si la misma la utiliza para pernoctar.* (Sentencia de 9 de febrero de 1965; no ha lugar.)

10. NECESIDAD: DESALOJO DE ARRENDATARIO DE PARTE DE UNA VIVIENDA: RENUNCIACIÓN DE DERECHOS: *Si la finca objeto del arriendo carece de condiciones para que vivan juntos el arrendador y el inquilino, el hecho de que uno y otro, durante algún tiempo, hayan convivido en dicha finca, no implica por parte del arrendador que hubiera con ello renunciado al ejercicio de la denegación de prórroga por necesidad contra el inquilino.* (Sentencia de 19 de octubre de 1965; no ha lugar.)

11. NECESIDAD: CARENANCIA DE HOGAR PROPIO: *El matrimonio con dos hijos que carece de hogar propio e independiente, puede alegar la situación de necesidad.*

SUPUESTO DEFECTO FORMAL DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *No es causa de desestimación, que el recurso de suplicación se dirigiera al Juzgado de 1.^a Instancia, si del conjunto del escrito se deducía que la destinataria del recurso era la Audiencia Territorial.* (Sentencia de 15 de octubre de 1965; no ha lugar.)

12. NECESIDAD: RESIDENTE EN EL EXTRANJERO QUE QUIERE REGRESAR A ESPAÑA: *Existe un derecho esencial a regresar a la Patria, y quien desee ejercitarlo, tiene derecho a negar la prórroga arrendaticia por necesidad.* (Sentencia de 11 de octubre de 1965; no ha lugar.)

13. NECESIDAD: INEXISTENCIA: *No procede la denegación de prórroga si se posee hogar propio, independiente, por no vivir en él las personas extrañas que, según el actor, habitan también en dicho hogar.* (Sentencia de 1 de febrero de 1965; no ha lugar.)

14. NECESIDAD: CAUSAS: *Puede denegar la prórroga arrendaticia el propietario de una vivienda alquilada que se halle en situación de necesidad por cualquier causa, siempre que dicha necesidad no haya sido buscada de propósito. Quien ha de retirarse del servicio doméstico y no desea convivir con*

su hija tiene derecho a denegar la prórroga, al inquilino de vivienda de su propiedad. (Sentencia de 25 de junio de 1965; no ha lugar.)

15. NECESIDAD: OBRAS DE ACONDICIONAMIENTO DE LA VIVIENDA RECLAMADA: *No obsta a la denegación de prórroga por necesidad el que sea precisa la realización de obras de acondicionamiento en la vivienda objeto de reclamación.* (Sentencia de 8 de febrero de 1965; no ha lugar.)

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA; NECESIDAD O COMODIDAD: *No se basa en una verdadera necesidad la denegación de prórroga de un arriendo de vivienda cuya posesión sólo supondría, respecto a la que disfrutaba el beneficiario de la denegación de prórroga, una reducción de diez minutos en el tiempo preciso para el traslado de dicho beneficiario a su lugar de trabajo.* (Sentencia de 1 de abril de 1965; no ha lugar.)

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: OBLIGACIÓN DE EDIFICAR A MAYOR ALTURA: *No obsta a la denegación de prórroga por necesidad, el que el arrendador se halle obligado, por disposiciones municipales, a elevar el inmueble mediante la adición de nuevas plantas.*

SUPPLICACIÓN: FORMALISMO: *No cabe fundamentar un recurso en la cita global de un cuerpo legal sin citar preceptos concretos.* (Sentencia de 1 de febrero de 1965; no ha lugar.)

18. NECESIDAD: MERO DESEO DE INDEPENDIZAR EL HOGAR: *Surge la situación de necesidad por la mera razón de la independencia de hogar que, entre la propietaria del inmueble y su hija casada deba o quiera establecerse.* (Sentencia de 15 de febrero de 1965; no ha lugar.)

19. NECESIDAD DERIVADA DE MATRIMONIO: TIEMPO DE CELEBRACIÓN: *No procede la denegación de prórroga si, al término del año de preaviso, el enlace no se ha celebrado hallándose sólo iniciado el expediente matrimonial.* (Sentencia de 11 de junio de 1965; ha lugar.)

20. NECESIDAD: RECLAMACIÓN DE VIVIENDA PARA COMPLETAR EL ESPACIO NECESARIO: *El arrendador que disponga de una vivienda del inmueble insuficiente para atender a sus necesidades, puede denegar la prórroga, al inquilino de otra, para cubrir aquéllas con el conjunto de las dos.* (Sentencia de 18 de junio de 1965; no ha lugar.)

21. NECESIDAD: PRUEBA: *Si el arrendador no justifica cuál sea, al tiempo de la denegación de prórroga, el lugar en que habita, no puede estimarse probado que exista necesidad.* (Sentencia de 21 de octubre de 1965; no ha lugar.)

22. NECESIDAD: SELECCIÓN: EJERCICIO DE ACTIVIDAD SOMETIDA A TRIBUTACIÓN: *No cabe tomar en consideración un alta tributaria realizada con inmediata*

anterioridad a la denegación de prórroga para alterar el orden real de selección. (Sentencia de 30 de marzo de 1965; no ha lugar.)

23. EXACCIÓN DE INCREMENTOS ARRENDATICIOS URBANOS Y REVISIÓN: CÓMPUTO DE PLAZOS: *Los días del plazo de treinta a que se refiere el artículo 101 de la LAU han de entenderse naturales, por tratarse de un plazo de derecho material, no siendo aplicable a su cómputo la regla de la L.E.C. según la cual, cuando un plazo concluya en domingo se entenderá prorrogado al siguiente día hábil.* (Sentencia de 20 de octubre de 1965; no ha lugar.)

24. PAGO DEL SUMINISTRO DE AGUA: PACTOS SOBRE LA MATERIA: CADUCIDAD: *Es válido el pacto por el que el arrendador se obliga a suministrar una cantidad determinada de agua y el arrendatario asume la obligación de pago del exceso; las acciones sobre cumplimiento de este pacto no se hallan sometidas al plazo de caducidad de las acciones sobre incrementos, de la LAU.* (Sentencia de 25 de junio de 1965; no ha lugar.)

25. INCREMENTOS DE RENTA: LITIS PENDENCIA: *La existencia en trámite, de un juicio de desahucio por falta de pago en que se discute el importe de unos aumentos, impide al arrendatario ejercitar su acción revisoria mientras se sustancia dicho procedimiento, ya que de otro modo se repetiría la petición formulada.* (Sentencia de 20 de mayo de 1965; no ha lugar.)

26. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: NECESIDAD DE AFIRMACIÓN CONCRETA DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA: *Procede estimar el recurso y denegar la resolución si la sentencia de instancia que decretó la resolución no afirma la introducción en la vivienda de una persona extraña que goce total o parcialmente de uso y disfrute del local.*

RECURSO DE SUPLICACIÓN: CALIFICACIÓN: *La calificación del contrato de subarriendo es un concepto jurídico revisable en suplicación.* (Sentencia de 5 de abril de 1965; ha lugar.)

27. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO ILEGAL: NECESIDAD DE PRECISAR LOS DATOS DE HECHO EN LA SENTENCIA DE INSTANCIA: *Si en la sentencia de instancia que decretó la resolución por subarriendo, no se determina si los terceros extraños al inquilino eran huéspedes o subarrendatarios, ni el número de los mismos ni si coexistieron unos y otros, debe darse lugar al recurso y desestimar la demanda resolutoria.* (Sentencia de 28 de junio de 1965; ha lugar.)

28. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: CONVIVENCIA DE EXTRAÑOS: *Procede la resolución si en el piso conviven extraños con el inquilino y no se prueba la existencia de vínculos familiares o de estrecha amistad que puedan hacer presumir que la introducción de tales personas es ocasional y gratuita.* (Sentencia de 24 de marzo de 1965; no ha lugar.)

29. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: CONVIVENCIA QUE NO ENTRAÑA SUBARRIENDO: *No constituye subarriendo el que la inquilina, anciana soltera de ochenta*

ta y cinco años de edad, haya acogido en su vivienda a su sobrino con su mujer e hijos sin pago de precio, para que convivan con ella y la cuiden, ya que ello supone tan sólo una convivencia familiar irrelevante para la resolución. (Sentencia de 26 de marzo de 1965; no ha lugar.)

30. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO; PRESCRIPCIÓN: *La acción resolutoria por subarriendo ilegal prescribe a los quince años. No interrumpe la prescripción el mero hecho de que el arrendador haga levantar un acta notarial relativa a las personas ocupantes de la vivienda, si en ella no se contiene ninguna declaración de voluntad que suponga una reclamación previa a la resolución.* (Sentencia de 25 de junio de 1965; no ha lugar.)

31. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO NO NOTIFICADO: EXISTENCIA DE NOTIFICACIÓN: *No procede la resolución, por subarriendo, del arriendo, si al constituirse, a requerimiento del arrendador, en la vivienda de autos, un Notario, para levantar acta de la presencia en la misma de un subarrendatario --hecho que se produjo dentro de los treinta días siguientes a la introducción del subinquilino en la vivienda-- el inquilino indicó al fedatario la presencia en el piso del subarrendatario, ya que con ello se cumplió el requisito de notificación al arrendador, exigido por la LAU, para la legitimidad de los subarriendos parciales en favor de una o dos personas.* (Sentencia de 21 de octubre de 1965; no ha lugar.)

32. DEFECTO DE NOTIFICACIÓN DEL SUBARRIENDO: *El incumplimiento, por el inquilino, de la obligación de notificar al arrendador los subarriendos en favor de una o dos personas es causa de resolución.*

SUPPLICACIÓN: ABUSO DE DERECHO: *No procede invocar en suplicación la doctrina del abuso de derecho para denunciar su inaplicación; sólo cabe discutir la errónea aplicación de dicha doctrina.* (Sentencia de 22 de marzo de 1965; no ha lugar.)

33. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO NO NOTIFICADO: PRUEBA: *Debe estimarse acreditado el subarriendo si en el padrón municipal se acusa la convivencia con el inquilino de dos extraños, procediendo la resolución si no se notificó el subarriendo.* (Sentencia de 29 de octubre de 1965; no ha lugar.)

34. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO CON PRECIO ABUSIVO: *La autorización para subarrendar no supone autorización para que el subarrendador cobre al subinquilino una renta superior a la legal.* (Sentencia de 25 de junio de 1965; ha lugar.)

35. RESOLUCIÓN POR CESIÓN O SUBARRIENDO: ACUMULACIÓN DE AUTOS: *Si ejercitada una acción resolutoria por subarriendo, en la contestación a la demanda se alega que el supuesto subarriendo fue una cesión, el arrendador que, seguidamente, plantea una nueva demanda contra cedente y cesionario, ejercitando la acción resolutoria por cesión, puede pedir la acumulación de los dos procesos.* (Sentencia de 24 de marzo de 1965; ha lugar.)

36. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: OBRAS DE ESCASA ENTIDAD: *La conversión de una carbonera en armario, mediante obra de escasa entidad no supone cambio de configuración.* (Sentencia de 3 de mayo de 1965; no ha lugar.)

37. RESOLUCIÓN POR DAÑOS: APERTURA DE PEQUEÑOS ORIFICIOS: *No procede la resolución por daños si no se advierte malicia en la apertura de pequeños orificios de escasa entidad.* (Sentencia de 4 de junio de 1965; no ha lugar.)

II. Derecho procesal

1. LICENCIA DEL ORDINARIO PARA PROMOVER DEMANDAS: EFECTO DE SU FALTA: SUPPLICACIÓN: *Una comunidad de religiosas carmelitas no puede promover un juicio de resolución contractual sin licencia del Ordinario. La falta de dicha licencia puede apreciarse de oficio en suplicación, incluso aunque se trate de una cuestión nueva.* (Sentencia de 2 de julio de 1965; ha lugar.)

2. RECURSOS: GRAVAMEN: *Sólo puede recurrir el que sufra el gravamen de una resolución adversa. La sentencia, o parte de ella, favorable a una parte contendiente, no es susceptible de recurso por el favorecido.* (Sentencia de 12 de mayo de 1965; no ha lugar.)

3. DOCTRINA LEGAL: *Las sentencias de Audiencias Territoriales no constituyen doctrina legal.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *No es admisible en este recurso la alegación de que en la demanda no se fijó la cuantía litigiosa, pues se trata de materia adjetiva extraña al recurso de suplicación.* (Sentencia de 8 de octubre de 1965; no ha lugar.)

4. SUPPLICACIÓN: ABUSO DE DERECHO: *No cabe invocar la infracción de las normas sobre abuso de derecho si en la instancia no se hizo aplicación de dicha doctrina.*

SUPPLICACIÓN: FORMALISMO: *Es preciso, para la debida formalización del recurso, la cita del concepto en que se reputa infringida la norma cuya violación se denuncia.* (Sentencia de 22 de marzo de 1965; no ha lugar.)

5. SUPPLICACIÓN: FORMALISMO: *Previsa citar la norma concreta que se reputa infringida.* (Sentencia de 15 de marzo de 1965; no ha lugar.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIONES PROCESALES: *Las infracciones procesales son materias extrañas al recurso de suplicación* (Sentencias de 8 de marzo, 21 de mayo y 15 de marzo de 1965; no ha lugar.)

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FINALIDAD: *El recurso de suplicación tiene*

la finalidad de corregir fallos de los Tribunales inferiores y de uniformar la aplicación de la LAU. (Sentencia de 7 de octubre de 1965; no ha lugar.)

8. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: *Las únicas materias susceptibles de suplicación son las relativas a los derechos regulados en la LAU. No cabe invocar en suplicación la infracción de un principio de derecho.* (Sentencia de 21 de mayo de 1965; no ha lugar.)

9. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NECESIDAD: *La necesidad es un concepto jurídico revisable en suplicación, pero al resolver este recurso hay que respetar los hechos declarados probados en la instancia.* (Sentencia de 12 de marzo de 1965; no ha lugar.)

10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NATURALEZA: *El recurso de suplicación no es una tercera instancia.* (Sentencia de 9 de febrero de 1965; no ha lugar.)

11. PROCESO ARRENDATICIO: OBLIGACIÓN DE ESTAR AL CORRIENTE DE PAGO DE LAS RENTAS PARA RECURRIR O DISFRUTAR DE PLAZOS ESPECIALES: *Esta obligación afecta tanto a los arrendatarios como a los que invocan su cualidad de subrogados en los derechos arrendaticios.* (Sentencia de 10 de junio de 1965; no ha lugar.)

3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Granada.

A cargo de Julio BONED SOPENA
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho Civil

1. RESOLUCIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDA: SITUACIÓN ARRENDATICIA AUTORIZADA POR ARRENDADOR ANTERIOR: *Si la situación arrendaticia actual es la misma que subsistía al adquirir el actor el inmueble, esto es, la utilización de piso litigioso para vivienda, no sólo del demandado sino también de un número no determinado de estudiantes, en régimen de internado, y aquél tuvo conocimiento de tal situación y de la autorización concedida por el anterior arrendador, no puede hablarse de transformación, encuadrable en la causa 6.ª del artículo 114 de la LAU, sino de una novación del contrato primitivo admitida por la Ley y no sancionada.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA INEFICAZ: LEGITIMACIÓN PASIVA: *Como la subrogación se autoriza al margen de una propia sucesión «mortis causa», y como derecho propio establecido en favor de los beneficiarios llamados por el Ordenamiento especial arrendaticio el heredero, en cuanto tal, ni puede merecer otro concepto que el de tercero totalmente extraño al contrato arrendaticio de su causante, ni, consecuentemente, puede ni debe legalmente entendersele legitimado en un proceso en que se ventilan y cuestionan las consecuencias jurídicas de la extinción o resolución de un contrato al que es ajeno por completo.* (Sentencia de 27 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

3. NECESIDAD: RELATIVIDAD DE SU CONCEPTO: *Tanto la apreciación de que el arrendador necesita la vivienda ocupada por el arrendatario, como la presunción de que esa necesidad existe, cuando como se alega, por aumento de sus necesidades familiares resultase insuficiente la vivienda que ocupa, están supeditadas a tan variables y múltiples circunstancias, como múltiples y variables son las situaciones que la realidad puede ofrecer, hasta el extremo que lo imperioso e ineludiblemente necesario para unos, sólo llega a ser meramente conveniente e incluso superfluo para otros.* (Sentencia de 3 de julio de 1965; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ANTICIPACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR EL ARRENDADOR: PROPÓSITO SERIO DE CONTRAER MATRIMONIO: *La circunstancia, exclusivamente imputable a la arrendataria suplicante, de que el arrendador haya podido anticipar, haciendo uso del derecho que le concede el número 3*

del artículo 65 de la LAU el ejercicio de su acción y presentar la demanda, transcurridos seis meses desde la fecha de la denegación, no puede ser óbice a la validez del requerimiento, por ser indudable que habrá que atenerse para estimar su virtualidad y plena producción del efecto pretendido, a los hechos aquí demostrados del propósito serio y formal de contraer matrimonio, como causa que posibilita suficientemente la aplicación de la presunción de necesidad del caso 3.º, número 2.º, artículo 63 de la LAU. (Sentencia de 9 de julio de 1965; desestimatoria.)

5. NECESIDAD CREADA POR EL ACTOR: CASUÍSTICA: *Se deduce del hecho del abandono por parte del actor de la vivienda que ocupaba sin justificación de la necesidad de evacuarla, ni porque le hubieran requerido para ello, ni por insuficiencia de la que ocupaba, ya que de la comparación de ambas no resulta la insuficiencia de aquélla para satisfacer sus necesidades familiares, máxime cuando el hermano, para el que se dice se desocupó la vivienda, ya había pedido y obtenido otra para ocuparla y la tuvo a su disposición.* (Sentencia de 23 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: DESEO DE HOGAR INDEPENDIENTE: *La necesidad surge desde que se contrae matrimonio, ya que éste requiere hogar propio e independiente, siendo una estimación puramente subjetiva de los esposos la determinación del momento en que les conviene satisfacerla, sin que el hecho de que convivan más o menos tiempo con su familia haya producido la desaparición de la necesidad de independencia del matrimonio.* (Sentencia de 23 de septiembre de 1965; estimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: JUEGO DEL ORDEN SELECTIVO: *El criterio selectivo sólo ha de jugar respecto de las viviendas que puedan satisfacer la necesidad alegada, sin que sea dable oponer que esta exigencia sólo se impone en el artículo 64 de la LAU con referencia a las deshabitadas, por cuanto que dicho precepto al regular el sistema de selección opera con base en el supuesto de que, fundándose el derecho denegatorio de la prórroga en la necesidad de un hogar, ésta ha de ser cumplidamente satisfecha, si se quiere dar a aquél su contenido propio.* (Sentencia de 9 de julio de 1965; estimatoria.)

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIONES PROCESALES: *La supuesta infracción por el fallo suplicado de la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo, con referencia al momento hábil y adecuado para la presentación de documentos en juicio, no es motivación viable en un recurso de suplicación.* (Sentencia de 30 de junio de 1965; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CABE EN ÉL UNA REVISIÓN DE LA ACTIVIDAD DIS-

CRIMINATORIA DEL JUZGADO EN RELACIÓN CON LOS HECHOS PROBADOS: *Si bien es cierto que la naturaleza de este recurso extraordinario no permite atacar los hechos que se den como probados en el fallo de instancia, cabe perfectamente en él ponderar y revisar la actividad discriminatoria llevada a cabo por el Juzgador al obtener las consecuencias jurídicas que los hechos impongan, en el juicio lógico valorativo que toda resolución de este tipo supone.* (Sentencia de 9 de julio de 1965; estimatoria.)

4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de La Coruña.

A cargo de Julio BONED SOPENA
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho Civil

1. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA O DE LOCAL DE NEGOCIO: CRITERIO DETERMINATIVO EN DEFECTO DE PACTO: *Para determinar la competencia, si en el contrato nada se dice expresamente, habrá de estarse al uso a que de modo preferente se haya destinado el local arrendado, según enseña reiterada jurisprudencia.* (Sentencia de 10 de noviembre de 1965; desestimatoria.)

2. PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: REQUISITOS: *Uno de los requisitos más característicos que configuran la pequeña industria doméstica es la carencia de toda colaboración de auxiliares o asalariados en el trabajo, que la demandada realiza por sí misma, en un muy reducido nivel artesanal, cuya significación excluye ostensiblemente el factor industrial, en cuanto elemento preponderante para la calificación del arrendamiento en debate, en orden al artículo 5.º de la LAU.* (Sentencia de 13 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR TENENCIA ILEGAL DE HUÉSPEDES: CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *La existencia de autorización expresa y escrita del arrendador para que la tenencia de huéspedes en número superior a dos no merezca el carácter de ilegal, determinante de la resolución del contrato al amparo de la causa 2.ª del artículo 114 de la LAU, en modo alguno puede convalidarse con un pretendido consentimiento tácito, pues que éste con su amplitud no está incardinado en el ámbito formal y limitado del expreso y por escrito.* (Sentencia de 28 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: *Si en la demanda se acciona con base en el subarriendo concertado con el codemandado, el cual se inició en fecha reciente, es desde este momento cuando, en atención a la acción resolutoria que se ejercita, deberá iniciarse el cómputo del plazo para la prescripción, y no desde que la supuesta autorización para subarrendar fue concedida, por resultar tal otorgamiento, como indemostrado en las resoluciones de instancia.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENTIDO: LA INTRODUCCIÓN DE TERCERA PERSONA HA DE SER CON POSTERIORIDAD A LA CONSUMACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: *Si con anterioridad a la perfección y consumación del contrato de arrendamiento de la vivienda se hallaba instalada una peluquería en una*

habitación con acceso propio y totalmente independiente del resto, es obvio que no aparece subarriendo alguno, porque tal local nunca entró en la posesión del arrendatario, ni, por consiguiente, hubo introducción de tercera persona. (Sentencia de 30 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA INEFICAZ: REQUISITOS DE LA CONVIVENCIA DEL PRESUNTO SUCESOR CON EL TITULAR DEL ARRENDAMIENTO: *El hecho de que la inquilina con la que venía conviviendo un hijo suyo, el demandado, se trasladara a residir por razones de salud con otro hijo, de profesión médico, manteniendo esta residencia durante ocho meses en el periodo de los dos años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, que ocurrió en la vivienda litigiosa, a la que había regresado unos meses antes, no puede quebrar el plazo de convivencia habitual del presunto subrogado en el arrendamiento, que exige el artículo 58 de la LAU, quien siguió ocupando el piso arrendado, aunque esporádicamente, pues dicha convivencia no es necesario que sea continuada, esto es, día a día.* (Sentencia de 15 de octubre de 1965; desestimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA INEFICAZ: CONCURRENCIA DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS 2.^a Y 12 DE LA LAU TEXTO REFUNDIDO DE 24 DE DICIEMBRE DE 1964: *Concurriendo ambas normas, como la segunda constituye una excepción a la regla de carácter general, al determinar que lo dispuesto en el número 4.º del artículo 58 será aplicable aunque el fallecimiento del inquilino hubiera ocurrido antes de la vigencia de esta Ley, salvo que en la fecha de entrada en vigor hubiese recaído sentencia firme que declarase resuelto el contrato, es de aplicación preferente al caso que contempla la especialidad.* (Sentencia de 13 de diciembre de 1965; estimatoria.)

8. NECESIDAD: SUS CARACTERES: ABANDONO DE LA VIVIENDA ANTERIOR POR EL ARRENDADOR QUE PIDE LA RESOLUCIÓN: *Conforme a la doctrina sentada por la jurisprudencia de que ha de entenderse por necesidad, no sólo lo forzoso e impuesto por causas ineludibles, sino lo opuesto a lo superfluo y en grado superior a lo conveniente para conseguir un fin útil, o sea, lo equidistante entre lo obligado «strictu sensu» y lo que es una mera conveniencia, si el arrendador abandonó el piso donde venía habitando, por pura conveniencia, ahora no puede alegar una necesidad que provocó él mismo.* (Sentencia de 30 de junio de 1965; desestimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: OCUPACIÓN POR LA ACTORA Y FAMILIA DE VIVIENDA QUE NO REÚNE CONDICIONES, CON ANTERIORIDAD AL TRASLADO FUNCIONAL DE SU MARIDO: *Aunque no fuera cierta la necesidad con base en el traslado funcional del marido de la demandante al término municipal donde radica la finca litigiosa, siempre resultaría de la circunstancia de que aquélla viniera residiendo con su familia, en dicho término, en dependencias de su propiedad que no reúnen las precisas condiciones de habitabilidad, ni merecen el carácter de vivienda, por carecer de cocina y servicios higiénicos, lo que, incluso, conduce al Juzgador «a quo» a estimar que su ocupación es me-*

ramente provisional. (Sentencia de 27 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

10. NECESIDAD: FORMAS DE ACREDITARLA: *Aparte de los hechos presuntivos de la necesidad, ésta puede sobrevenir de cualesquiera otros, como se reconoce en el encabezamiento del párrafo 2.º del artículo 63 de la LAU.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

11. NECESIDAD: NO CONCURRE: CASUÍSTICA: *Es patente el fraude de Ley con que se produce la recurrente al amparo de una necesidad irreal y ficticia, como notoriamente resulta de la situación de hecho apreciada por el Tribunal de instancia, ya que la edad de aquélla, la vida en común con su hijo con quien reside en el medio aldeano, la falta de un motivo serio y fundado que haga preciso el traslado a la capital de la provincia, alejada de la compañía de su hijo y en un ambiente extraño con el que no está familiarizada, son hechos notorios que revelan la falta de necesidad invocada.* (Sentencia de 9 de noviembre de 1965; desestimatoria.)

12. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CESACIÓN DE CONVIVENCIA: *No es preciso demostrar la necesidad o inadecuación del piso en que conviven dos o más matrimonios, sino que el expreso deseo de cualquiera de éstos de constituir un hogar independiente sería ya por sí mismo suficiente para dar lugar a la resolución.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1965; desestimatoria.)

13. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ABUSO DE DERECHO: NO CONCURRE: *El abuso de derecho no puede insertarse en una dilación del ejercicio judicial de las acciones anunciadas en un requerimiento, que carece de plazo específico de actuación, y sólo está sujeto a la prescripción de las sanciones personales, posiblemente.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

14. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: NO ES FUNCIONARIO PÚBLICO EL PRODUCTOR AFECTO A UN ORGANISMO MILITAR: *El productor sujeto a la legislación laboral, figurando, como tal, afiliado a los Seguros Sociales Obligatorios de Vejez, Invalidez, Enfermedad y Desempleo por la Empresa Maestranza de Artillería, no tiene la condición de funcionario público a los efectos del orden selectivo de viviendas.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

15. SELECCIÓN: MOMENTO AL QUE HAY QUE REFERIR LA IGUALDAD DE CONVIVIENTES A ESTOS EFECTOS: *Es el del requerimiento denegatorio de prórroga, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 26 de febrero de 1955 y 7 de junio de 1958, salvo que se hubiese practicado con evidente fraude de Ley.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

16. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: PENSIONISTA: *La verdadera acepción legal de pensionista es de quien percibe pensión con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, no de una Entidad privada e incluso paraestatal, como es*

el Instituto Nacional de Previsión, encargado de satisfacer las pensiones de vejez, cual es la percibida por la demandada. (Sentencia de 30 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

17. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO: SELECCIÓN DE VIVIENDAS: *El artículo 64 de la LAU formula la adecuación de la vivienda a las necesidades del favorecido con la prórroga, como un presupuesto esencial de la elección entre inquilinos, y la jurisprudencia ha estimado que la omisión de un piso inhabitable o desintonizado de la necesidad de quien reclama la vivienda no anula o vicia el requerimiento.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

18. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO: CIRCUNSTANCIAS NO ESENCIALES: *No se impone en el requerimiento constitutivo de la imprórroga la carga de expresar, exacta o errónea, la cantidad en que habrá de ser indemnizado el inquilino que abandone la vivienda en los plazos de gradación establecidos.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

19. RESOLUCIÓN POR NO USO: INTERRUPCIONES DEL PLAZO: *Para tomarlas en cuenta se precisa que, en el aspecto formal, hayan sido determinantes de una efectiva ocupación, y en el temporal, que se hayan producido por período de tiempo impeditivo del transcurso de no ocupación.* (Sentencia de 19 de octubre de 1965; desestimatoria.)

20. RESOLUCIÓN POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA: REQUISITOS: PUNTO DE REFERENCIA DE LA SUFICIENCIA DE LA VIVIENDA DISPONIBLE Y SIMILITUD DE CARACTERES ENTRE ELLA Y LA LITIGIOSA: *En el juego comparativo de viviendas que el número 5.º del artículo 62 de la LAU establece, al subordinar la excepción de prórroga de la casa arrendada respecto a aquella propia y disponible del arrendatario, sólo se constituyen como factores de ponderación la adecuación de ésta última a las necesidades del dueño y la analogía de características con aquella, referidas ambas circunstancias a la sola conceptualización de morada familiar como destino pactado, es decir, con exclusión de aquellos elementos accesorios, complementarios o anejos de una y otra vivienda.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1965; estimatoria.)

21. RESOLUCIÓN POR DAÑOS: NO PROCEDE: CASUÍSTICA: *Las filtraciones originadas en los pisos superiores del inmueble por deterioro de unas tuberías, causando desperfectos en techo y paredes del piso litigioso, no puede responsabilizar a la inquilina, desde que ésta ignoraba incluso la ocasión, su procedencia y causa y, por otro lado, el mero descuido momentáneo en el cierre del grifo del cuarto de baño, concausa de aquellos desperfectos, no sólo excluye cualquier atisbo de intencionalidad maliciosa en el evento, sino que ni siquiera muestra algún signo relevante de negligencia culposa, por omisión de un deber vinculado al normal uso del bien arrendado, conforme al artículo 1.555, número 2.º del Código civil; por lo que no procede la resolución del contrato, al amparo de la causa 7.ª del artículo 114 de la LAU.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

22. CAUSAS DE DESAHUCIO: CRITERIO CON QUE HAN DE INTERPRETARSE: *En materia de Arrendamientos Urbanos la prórroga de los contratos, obligatoria para los propietarios, constituye la regla general y la no prórroga, la excepción, y por eso, las causas de desahucio, como determinantes de la extinción del vínculo arrendaticio, opuesto a aquella regla general, deben, como toda excepción, interpretarse restrictivamente.* (Sentencia de 30 de junio de 1965; desestimatoria.)

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU ÁMBITO: *El recurso de suplicación, de ámbito limitado, tan sólo se concede con base en infracciones de derecho sustantivo derivadas de las relaciones arrendaticias y, como consecuencia, se veda el examen del procedimiento, excepto en los supuestos de orden público.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1965; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU FUNDAMENTACIÓN: *El recurso de suplicación viene limitado por los términos del artículo 132 de la LAU a supuestos de infracción de Ley o de doctrina legal propios del contenido de esa Ley especial, no pudiendo fundamentarse en normas de carácter procesal.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN MOTIVADO EN INFRACCIÓN DE LA FINALIDAD SOCIAL DE LA LEY: *No cabe apoyar el recurso en la infracción de la finalidad social de la Ley, ya que sólo la aplicación o exégesis de sus preceptos concretos puede servir al ejercicio dispositivo de los derechos de que se crean asistidos los interesados accionantes.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1965; estimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUESTIONES PROCESALES: *El recurso de suplicación, regulado en los artículos 132 y 133 de la LAU, al no ser una tercera instancia, no permite el planteamiento de cuestiones de índole procesal, sino meramente de orden sustantivo, derivadas de la infracción de preceptos de dicha Ley, doctrina legal a ella referente, o de errónea aplicación del abuso de derecho.* (Sentencia de 19 de octubre de 1965; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUÁNDO PUEDE APOYARSE EN DEFECTOS DE PROCEDIMIENTO: *El marco del recurso de suplicación, reservado por el artículo 132 de la LAU, a la infracción de sus propias normas o de la doctrina legal establecida sobre ellas, excluye, en general, los supuestos de defectos rituales comunes en el curso de los autos, que sólo merecen tratamiento en esta esfera de conocimiento cuando impliquen inobservancia de la misma disciplina especial.* (Sentencia de 13 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INAPLICACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO: *En este recurso sólo cabe enjuiciar la pertinencia de su ponderación positiva en la*

eventualidad de que hubiera sido aplicado por el Juzgador de instancia. (Sentencia de 29 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CONCEPTO DE NECESIDAD: *El concepto de necesidad es revisable ante la Sala de Suplicación por entrañar una cuestión jurídica, si bien esta facultad revisora tiene como límite el respeto a los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia. (Sentencia de 28 de septiembre de 1965; desestimatoria.)*

8. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: OCUPACIÓN O DESOCUPACIÓN DE LA VIVIENDA: NATURALEZA DE ESTE PROBLEMA: *La apreciación de la ocupación o desocupación de la vivienda es un problema de hecho. (Sentencia de 29 de septiembre de 1965; desestimatoria.)*

5. Selección de Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia.

A cargo de Julio BONED SOPENA
Juez de 1.^a Instancia e Instrucción.

I. Derecho Civil

1. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: NOTIFICACIÓN NO FEHACIENTE AL ADMINISTRADOR DE LA FINCA, QUE LA ACEPTA: EFECTOS: *El número 3.º del artículo 58 de la LAU no tiene aplicación a aquellos casos, en los que la persona a quien se hace la notificación no fehaciente de la voluntad de subrogación en una situación arrendaticia, presta su conformidad a que se produzca la subrogación, porque en tal supuesto lo que ocurre es la creación de un nuevo vínculo contractual derivado de la voluntad concorde de quien pretende subrogarse continuando la relación arrendaticia y la de aquél que acepta esa voluntad, aunque fuera un simple administrador, ya que por ser el arrendamiento un acto de administración, el contrato de tal clase le vincula.* (Sentencia de 11 de junio de 1965; desestimatoria.)

2. SON SUPUESTOS DISTINTOS LOS CONTEMPLADOS EN LOS ARTÍCULOS 78 Y 92 DE LA LAU: EFECTOS QUE PRODUCEN: *Son supuestos distintos con efectos igualmente diferentes los contemplados en los artículos 78 y 92 de la LAU, pues mientras el primero hace referencia al derribo total de la finca, y produce la resolución del contrato; en el segundo se trata de obras de elevación del edificio con el fin de aumentar el número de viviendas, lo que lleva consigo solamente una suspensión temporal de aquél, cuya plenitud de derechos y obligaciones surgen por ministerio de la Ley tan pronto hayan sido terminadas las obras que impidieron, durante su realización, la virtualidad del contrato que no cesó de ligar a las partes que lo celebraron.* (Sentencia de 21 de mayo de 1964; desestimatoria.)

6. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valladolid.

A cargo de Julio BONED SOPENA
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción.

I. Derecho Civil

1. **EL DESTINO DE LA FINCA COMO CRITERIO PARA DECIDIR SI UN ARRENDAMIENTO ES DE VIVIENDA O DE LOCAL DE NEGOCIO:** *El destino primordial de la finca, de que habla el artículo 1.º de la LAU, hay que ponerle en relación primeramente con el destino pactado, no con el sobrevenido, que no tendría influencia para desnaturalizar el contrato.* (Sentencia de 9 de noviembre de 1965; desestimatoria.)

2. **RESOLUCIÓN POR NECESIDAD AMPARADA ALTERNATIVAMENTE EN EL NO USO Y LA TRANSFORMACIÓN DE LA VIVIENDA EN ALMACÉN; INCONGRUENCIA:** *Invocadas alternativamente, como causas resolutorias, la desocupación de la vivienda y su transformación en almacén, no puede pretenderse la incongruencia del fallo que no resuelve expresamente sobre la acusada incompatibilidad de ambas, aunque ello se tuviera por constitutivo de excepción, pues habría de reputarse desestimada y decidirse el fondo controvertido con la resolución pedida.* (Sentencia de 9 de octubre de 1965; desestimatoria.)

3. **RESOLUCIÓN POR NECESIDAD; CASUÍSTICA:** *No es necesario acudir a ninguna de las presunciones de la Ley para justificar la necesidad, basada en tener un lugar de alojamiento para unos hijos que cursan el Bachillerato en el sitio donde el Instituto o los Colegios de dicha clase de enseñanza radiquen, evitando así que niños de doce y trece años tengan que desplazarse dos veces al día a una distancia de nueve kilómetros para recibir esa enseñanza y adquirir el título correspondiente.* (Sentencia de 20 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

4. **ALTERACIÓN DEL ORDEN SELECTIVO DE VIVIENDAS; INCONGRUENCIA:** *Incurre en incongruencia la sentencia que, tras negar la causa aducida por la actora para seguir en la prelación un orden diferente al legal —pequeña superficie de la vivienda y falta de servicios en el piso bajo—, da validez a la prelación de tal suerte efectuada, justificándola con unas circunstancias —defecto de luz, exceso de humedad y paso obligado por la cocina para acceder a dos dormitorios, de las que deduce su inhabitabilidad— que, por no aducidas por las partes, ni fueron objeto de controversia ni pueden, en consecuencia, influir en el fallo.* (Sentencia de 12 de febrero de 1965; estimatoria.)

5. **SELECCIÓN DE VIVIENDAS; REQUISITOS DE LA CONVIVENCIA FAMILIAR A ESTOS EFECTOS:** *Para formar parte de la familia, a los efectos del orden selectivo, no es menester que la convivencia se extienda al plazo que el legislador señala.*

para la subrogación, en el arrendamiento, pues basta con que no obedezca a razones transitorias y circunstanciales. (Sentencia de 24 de marzo de 1965; desestimatoria.)

6. OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN DE LA VIVIENDA: DERRIBO DE UNA TAPIA QUE LE AISLABA DEL RESTO DE LAS DEPENDENCIAS DE LA FINCA: *El derribo de una tapia que aislaba la vivienda, ocupada por el demandado, del resto de las dependencias de la finca, cambia la estructura de aquélla, pues ha transformado un espacio cerrado en otro abierto, creando un medio de comunicación al exterior, por lo que es procedente la resolución del contrato: siendo en un todo inoperante, que el arrendatario al entrar en el arrendamiento, bien por su propia comodidad y con el consentimiento del arrendador, levantara la tapia, o que tal acto lo llevase a cabo él mismo como exigencia contractual para entrar en el disfrute únicamente de la cosa arrendada, porque la intención de los contratantes era la de independizar la vivienda del resto de los elementos de la total construcción.* (Sentencia de 16 de octubre de 1965; desestimatoria.)

7. OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: SU SENTIDO: INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: *El Tribunal Supremo, al interpretar la causa resolutoria 7.ª del artículo 114 de la LAU, considera apta para producir la modificación que se haga en el inmueble, sin consentimiento del arrendador, tanto en sentido vertical como horizontal.* (Sentencia de 9 de diciembre de 1965; desestimatoria.)

8. REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A EFECTOS FISCALES DEDUCIDA POR SUBARRENDATARIO QUE CONSIGUE EN EL MISMO PROCESO SER DECLARADO ARRENDATARIO: *No puede pretender la reducción de la renta a la declarada a efectos fiscales quien pide como subarrendatario, aunque consiguiera en el mismo proceso, en trámite de apelación, sentencia firme declarándole arrendatario, máxime si la renta declarada a la Hacienda se hallaba fijada globalmente para el piso por él ocupado y otro.* (Sentencia de 11 de octubre de 1965; desestimatoria.)

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: COMPARECENCIA EN LOS AUTOS EN NOMBRE PROPIO DE PERSONA DISTINTA A AQUELLA CONTRA LA QUE SE DIRIGIÓ LA DEMANDA Y FUE EMPLAZADA: EFECTOS: FACULTADES DE LA SALA: *Emplazado de resolución por necesidad el demandado, titular del arrendamiento, no puede comparecer en su propio nombre la esposa, separada de hecho, amparándose en una habilitación judicial concedida con carácter personal para que la habilitada contestara a la demanda por sí; procediendo declarar la nulidad de las actuaciones, aun sin denuncia de parte, por el carácter de orden público de que gozan las leyes de procedimiento.* (Sentencia de 25 de febrero de 1965; declaratoria de la nulidad de lo actuado.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN; EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD: *No se puede entender excluido de la censura del recurso de suplicación el artículo 533, 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil —falta de personalidad en el demandante— presupuesto procesal y como tal previo al examen del fondo del asunto, pues ello traería como consecuencia la sustracción a la suplicación de todas aquellas decisiones judiciales en las que, como en el presente caso ocurre, la estimación de una excepción dilatoria en la sentencia de apelación deja sin resolver el fondo del asunto debatido.* (Sentencia de 15 de marzo de 1965; estimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN; FACULTADES DE LA SALA EN RELACIÓN CON LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS VERIFICADA POR EL JUEZ «A QUO»: *Si el único testigo de que se valió la parte demandada para demostrar la existencia de la autorización que invoca, se limita a afirmar que la actora había autorizado al demandado para derribar el tabique del pasillo junto a la cocina y que ignoraba el resto del contenido de la pregunta, es visto que de este testimonio no puede derivarse la conclusión que obtiene la sentencia, que extiende la autorización concedida a todas las obras realizadas por el demandado, ya que no existe conexión entre el hecho concreto afirmado por el testigo y la deducción que obtiene el Juzgador «a quo», en los amplios términos con que formula y aplica la existencia del consentimiento de la arrendadora, sin que el acusar este error implique nueva valoración de la prueba.* (Sentencia de 28 de diciembre de 1965; estimatoria.)

7. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos.

A cargo de Roberto HERNANDEZ HERNANDEZ

I. Derecho civil

1. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD NO AMPARADA EN PRESUNCIÓN LEGAL: *Para dar prevalencia, en la necesidad surgida entre arrendador e inquilino, a la que el primero siente sobre la vivienda ocupada por el segundo, no amparada en presunción legal alguna —número 2.º del artículo 63 de la L. A. U.—, es necesario de todo punto su cumplida justificación.* (Sentencia de 30 de julio de 1965; desestimatoria.)

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CONCEPTO DE NECESIDAD: *No ha de quedar limitado a lo forzoso, obligado o impuesto por causas ineludibles, sino lo opuesto a lo superfluo y en grado superior a lo conveniente para conseguir un fin útil; a lo que se acomoda el actor al pretender dar acomodo digno y adecuado a su familia, no obligada a vivir en espacio escaso e insuficiente, cuando puede disponer de medios propios para resolver su necesidad.*

AUMENTO DE NECESIDADES FAMILIARES: CASUÍSTICA: *De la composición familiar del actor, edades de sus miembros y espacio ocupado actualmente, insuficiente para lograr un normal desenvolvimiento del hogar familiar, surge la necesidad de ocupación de mayor espacio por aumento de sus necesidades familiares, no en el sentido de aumento de número de miembros, sino por su desarrollo, que obliga a la separación de los hijos de diferente sexo, dado su difícil acomodo en otras habitaciones —no dedicadas habitualmente a dormitorio— de reducidas dimensiones.*

SELECCIÓN: FLEXIBILIDAD EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 64 DE LA L. A. U.: *El artículo 64 de la L. A. U., no puede ser objeto de una aplicación automática, rígida e inflexible, sino que la vivienda seleccionada ha de ser la adecuada para resolver las necesidades del arrendador, pues ningún fin útil obtendría si fuera obligado a ocupar dentro de la propia casa pisos en plantas diversas, no contiguos horizontal ni verticalmente, dividiendo la familia entre los mismos, lo que contradice los principios de unidad y dirección familiar, cuando ésta viene constituida por miembros sometidos a la patria potestad.* (Sentencia de 12 de agosto de 1965; desestimatoria.)

3. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: NO PROCEDE: *Subrogada la hermana de la recurrente, vigente la Ley de 1956, en la titularidad arrendaticia de la vivienda, por muerte de la madre común, la nueva subrogación pretendida no puede ampararse en el artículo 58 de la L. A. U., y la resolución contractual decretada judicialmente no infringe precepto legal alguno, sino que se acomoda a lo dispuesto en el artículo 59 y Disposición transitoria 8.ª del propio Cuerpo legal.* (Sentencia de 21 de agosto de 1965; desestimatoria.)

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: TRASLADO DE RESIDENCIA DEL MARIDO DE LA ACTORA: ABUSO DE DERECHO: INEXISTENCIA: *Concertado por la actora el contrato arrendaticio de la vivienda objeto de resolución, cuando su esposo e hijos vivía en Briviesca por razón del trabajo de su marido, la acción resolutoria ejercitada al trasladarse la familia a esta ciudad, con motivo de haber obtenido el marido un puesto de trabajo mejor remunerado, no puede calificarse lo sea con abuso de derecho, pues queda justificado no tenga otra vivienda en la localidad la recurrida, el traslado del domicilio no ha sido un acto arbitrario o de simple conveniencia, sino que es convertir en realidad lo que como proyecto futuro se les representó en el ambiente rural al adquirir la vivienda, con la finalidad útil de lograr para la familia la promoción económica, social y cultural, tan deseada para todos.* (Sentencia de 3 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: FRAUDE DE LEY: BUENA FE: *La anomalía que supone el que, el actor como pleno propietario, sin obligación legal ni contractual alguna, libre y voluntariamente, ceda el usufructo del piso por él ocupado, y se constituya sin más en situación de precario buscada de propósito, no puede amparar la pretensión resolutoria que postula, ya que la necesidad invocada ha sido preparada y buscada con el fin, bien cierto y real, de poder denegar la prórroga al inquilino recurrido, no pudiendo la buena fe dar cobijo a tan anormal pretensión, ejercitada en fraude de Ley, para lograr una denegación de prórroga, que de no haberse voluntariamente constituido el recurrente en tal situación no obtendría.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CONVIVENCIA NO DESEADA: INEXISTENCIA: CASUÍSTICA: *Acogidos por el actor en su propio piso, de gran amplitud, en el año 1952, sus padres y fallecido el varón, no convive el actor con su madre, sino ésta con él, no pudiendo ampararse la resolución pretendida en dicha situación, máxime al ser la madre de edad avanzada y necesitada de cuidados, y haber denegado la misma a otro inquilino la prórroga por la misma causa.* (Sentencia de 13 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENER EL INQUILINO A SU LIBRE DISPOSICIÓN UNA VIVIENDA APTA PARA SER OCUPADA, DE ANÁLOGAS CARACTERÍSTICAS, EN EL PLAZO DE SEIS MESES ANTERIOR A LA DEMANDA: PRESUPUESTO DE ANALOGÍA: *El distinto emplazamiento, distribución, habitaciones y servicios impiden la relación de semejanza precisa para que pueda operar con eficacia resolutoria la causa 5.ª del artículo 62, en relación con la 1.ª del artículo 114 de la L. A. U.* (Sentencia de 15 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

NOTA: Puede verse en la Sentencia de la misma Sala de 9 de marzo de 1962, la finalidad perseguida por el legislador al dar entrada en el Derecho positivo a dicha causa resolutoria, así como la interpretación que ha de darse a dicho presupuesto de «analogía». (ANUARIO, 1963, tomo XVI, fascículo 1.º, página 269, sentencia número 6.)

7. RESOLUCIÓN DE CONTRATO POR CESIÓN O SUBARRIENDO: INEXISTENCIA: CASUÍSTICA: *Conocida por el arrendador la residencia habitual del demandado en población distinta a la en que está sita la vivienda reclamada, y la comunicación por el último al primero que actuaba en la contratación como representante voluntario de sus hijas para quienes efectivamente se concer-*

taba el arrendamiento, y quienes realmente, como facultad esencial conferida por el contrato, han ejercitado el uso exclusivo de lo arrendado, no existe causa resolutoria —por cesión o subarriendo—, al ocuparse el piso por quien efectivamente es su arrendatario. (Sentencia de 18 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

8. LOCAL DE NEGOCIO: CALIFICACIÓN: *La condición de local de negocio viene determinada por razones cualitativas, consistentes en su aplicación a actividad industrial o mercantil lucrativa y consiguiente apertura al público, más que en apreciaciones cuantitativas, como parece sugerir el recurrente por sus constantes referencias al utillaje, mano de obra y volumen productivo de la empresa en litigio.*

LOCAL DE NEGOCIO: NO PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: *Otorgado el contrato en el año 1939, antes de que el actor deviniera propietario de la finca, sobre un local que entonces dejaba de ser destinado por su dueño a vivienda, previas las adaptaciones correspondientes y desprovisto de los servicios propios de aquella, dedicándose desde entonces, sin que viviera nunca allí su arrendataria, a un negocio de «modas» femeninas, de cierta significación, abierto y anunciado al público, con pago de la correspondiente contribución, no cabe pueda ser asimilado a vivienda en la que se ejerce una «pequeña industria doméstica». (Sentencia de 20 de septiembre de 1965; desestimatoria.)*

NOTA: Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1957, sobre el concepto de «pequeña industria doméstica».

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: RECLAMACIÓN DE VIVIENDA SITUADA EN LUGAR DISTINTO DEL DE TRABAJO: *A los efectos del artículo 63, número 2.º, apartado 1.º, de la L. A. U., ha de entenderse como un único término municipal el que de hecho forman dos administrativamente distintos, cuando por su situación geográfica y comunicaciones forman una sola agrupación.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: FRAUDE DE LEY: *La circunstancia de que los padres de la actora intentaran resolver el contrato hoy objeto de litis, y al ver que no podía prosperar su pretensión, por ser propietarios de otra vivienda deshabitada, recurrieran a la donación a la hija, como medio de soslayar la dificultad, incide en aplicación al caso de la doctrina sustentada en el artículo 9.º de la Ley, no por abuso de derecho, como erróneamente indicó el juzgador de la apelación, sino porque el órgano jurisdiccional deberá rechazar imperativamente y de oficio cuantas pretensiones constituyan medio para eludir una norma imperativa, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude de Ley, situación pretendida por la actora y su familia. (Sentencia de 21 de septiembre de 1965; desestimatoria.)*

NOTA: Véanse sobre términos municipales limítrofes las sentencias de la Sala de 26 de abril de 1963 y 20 de junio de 1964, ANUARIO, 1963 y 1964, fascículo 3.º, sentencias números 4 y 1, páginas 962 y 764, respectivamente.

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: EXISTE NECESIDAD AUNQUE EN EL PLAZO ENTRE EL REQUERIMIENTO Y LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA SE OCUPE OTRA VIVIENDA PROPIEDAD DEL ACTOR QUE ES OCUPADA POR OTRA HIJA CASADA

SIN HOGAR PROPIO: CASUÍSTICA: *Concurriendo necesidad tanto en la hija del actor que por contraer matrimonio necesita hogar independiente, como en otra que hace tiempo lo contrajo y se encuentra en las mismas condiciones, la circunstancia de que ésta última ocupe, en el plazo transcurrido entre el preaviso y la presentación de la demanda, una vivienda que se desocupa voluntariamente, no enerva la necesidad de la vivienda que fue objeto de denegación por el requerimiento a favor de la primera, al no haber sido provocada por el actor dicha situación, siendo lógico que aprovechara la ocasión de desocupación surgida para amparar la situación de su otra hija, que era la única que entonces había contraído matrimonio; sin que sea de aplicación al supuesto discutido lo dispuesto en el número 3.º del artículo 63 de la L. A. U., que contempla un caso distinto al de autos, ya que se refiere al piso que quede vacante con anterioridad a la negativa de la prórroga y aquí el desalojo es posterior.* (Sentencia de 28 de septiembre de 1965; estimatoria.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: JUSTA CAUSA: *Acreditado que el arrendatario es viudo y sin familiares que con él convivieran en el piso, y que por hallarse enfermo se trasladó a Madrid a casa de una hija, donde se agravó, de modo que está sometido a un régimen de absoluto reposo, no ha lugar a la resolución contractual, por aplicación al caso de la doctrina legal reiterada, apreciándose la «justa causa», consistente en hechos que estén ausentes de voluntariedad y de conveniencia exclusivamente, pues obvia afirmar que la enfermedad, circunstancias familiares y agravación de aquella fuera del domicilio impidiendo al demandado regresar a éste, son eventos totalmente ajenos a su voluntad.*

ABUSO DE DERECHO: *Alegado el abuso de derecho como causa de pedir, al no haberse apoyado en él la sentencia recurrida, no puede aducirse en el remedio extraordinario su errónea aplicación.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

12. REPARACIONES NECESARIAS ORDENADAS POR AUTORIDAD COMPETENTE: NO SON A CARGO DE LA PROPIEDAD LAS EJECUTADAS CON POSTERIORIDAD A DEJAR SIN EFECTO LA ORDEN ADMINISTRATIVA QUE LAS IMPUSO: *Si bien la realización de las reparaciones necesarias para la conservación de la vivienda arrendada, en estado de servir para su uso convenido, es obligación del arrendador y corren a su cargo; cuando por ser ordenadas por la Autoridad, puede el arrendatario, conforme previene el artículo 110 de la L. A. U., realizar por sí las mismas, puede reembolsarse de su importe, siempre y cuando esté en vigor la orden de realización, no si la imposición de Autoridad hubiese quedado, por las razones que fueren, sin efecto.* (Sentencia de 15 de octubre de 1965; estimatoria.)

13. ABUSO DE DERECHO: CONCEPTO: *Consiste el abuso de derecho - como institución de equidad para la salvaguardia y tutela de intereses que no alcanzaron protección jurídica - en su ejercicio en concurrencia con móviles ilegítimos que pudiera determinar la conducta del titular del derecho, bien consistan en la intención de dañar o en una utilización anormal o anti-social del mismo derecho, no adecuado a su espíritu o finalidad, lo que se*

traduce en el uso excesivo, injusto o impropio del derecho. (Sentencia de 29 de octubre de 1965; estimatoria.)

NOTA: Confrontar la doctrina del Tribunal Supremo sentada en las sentencias de 4 de octubre de 1961 y 9 de marzo de 1960, y las de la Sala de 22 de marzo y 27 de junio de 1963, las últimas publicadas en ANUARIO, 1963, fascículos 2.º y 3.º, números 7 y 8, páginas 613 y 963, respectivamente.

14. PRESUNCIÓN CONTRARIA A LA NECESIDAD DEL NÚMERO 3.º DEL ARTÍCULO 63: REQUISITO DE ANALOGÍA: SU PRUEBA: CASUÍSTICA: *La presunción contraria a la necesidad, a que se refiere el párrafo 3.º del artículo 63 de la Ley Locativa, requiere ineludiblemente circunstancia de analogía entre la finca reclamada y la desocupada, extremo no acreditado y que corría a cargo de la parte demandada, pero que no puede inferirse de un piso sito en un bajo de la casa, y el tercero de tipo abuhardillado, no solo por su diferente estructura, sino por su situación a diferente altura, que si en otro caso sería de relativa o escasa importancia, en el presente la adquiere en gran medida, si se tiene en cuenta que la enfermedad origen de la necesidad prohíbe al paciente toda clase de actividad y ejercicio, y la ocupación de una vivienda sita en un tercer piso, conllevaría la subida y bajada de escaleras, actividad perniciosas en grado sumo para enfermo de corazón, máxime al ser de avanzada edad.* (Sentencia de 29 de octubre de 1965; estimatoria.)

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: NO OBSTA A LA MISMA QUE EL ACTOR HABITE UNA CASA DE GRANDES DIMENSIONES DEDICADA AL HOSPEDAJE: *Denegada la prórroga de una vivienda, por necesitarla un hijo del actor que ha contraído matrimonio, no enerva la necesidad la circunstancia de que el actor habite con sus hijos un piso, con suficientes y amplias habitaciones dispuestas en función del negocio o industria de hospedaje, y no con destino para dar vivienda a sus propios hijos.*

ABUSO DE DERECHO: INEXISTENCIA: *Acreditada la necesidad, como causa eficaz para la denegación de la prórroga legal, no puede atribuirse a mala fe el ejercicio de la acción resolutoria, o a que el mismo fue ejercitado abusivamente.* (Sentencia de 30 de octubre de 1965; desestimatoria.)

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBLIO: *El artículo 133 de la L. A. U. solo hace referencia al remedio por razón de infracción de Ley, no de quebrantamiento de forma.* (Sentencia de 12 de agosto de 1965; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: *La inacreditación del pago de la renta, o la falta de consignación de la misma para ponerse al corriente en su pago, deviene en la firmeza de la resolución criticada, con anulación de las actuaciones practicadas desde el momento de interposición indebido de la impugnación.* (Sentencia de 31 de agosto de 1965; declarando firme la sentencia recurrida y nulas las actuaciones practicadas a partir del momento de interposición del recurso.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: SU FORMALIZACIÓN: *Al no especificarse en el recurso el concepto de la infracción que se denuncia y la referencia al precepto concreto infringido, no puede ser examinado el recurso, por llevar consigo no sólo la destimación de todos y cada uno de los motivos enunciados genéricamente, sino de la impugnación.* (Sentencia de 14 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

NOTA: Véase la correspondiente a sentencia número 3, apartado II, Derecho Procesal, publicada en el fascículo 3.º, ANUARIO, 1965.

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: *Es revisable en suplicación, respecto a la calificación jurídica del objeto locado, concurra o no error en la prueba, si en la interpretación de los hechos probados se parte de una noción teórica inexacta sobre la institución en controversia.* (Sentencia de 20 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: *El ámbito del recurso impide sean alegados y conocidos dentro del mismo temas procesales o adjetivos, sin relación inmediata y directa con derecho alguno reconocido en la Ley Locativa, no pudiendo ser materia de este singular recurso de fondo, limitado por el artículo 132 al examen y conocimiento de los «vicios in iudicando», no «in procedendo».* (Sentencia de 21 de septiembre de 1965; desestimatoria.)

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

GARCÍA BARBERENA, Tomás: *Las iglesias de propiedad privada y el artículo IV del Concordato.*

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Notas sobre la individualización de inmuebles.*

DÍAZ FUENTES, Antonio: *Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Antecedentes del Código civil vigente.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA