

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXIII  
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO  
MCMLXXX

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO  
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN  
Catedrático de Derecho civil

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ  
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUNEZ LAGOS  
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

Secretario:

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

## SUMARIO

	<u>Páginas</u>
<b>Estudios monográficos</b>	
JUAN VALLET DE GOYTISOLO: <i>De nuevo sobre la posesión de bienes muebles. Tres estudios en torno al artículo 464, 1, del Código civil</i> ... ..	243
TEODORA FELIPA TORRES GARCÍA: <i>La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión «mortis causa» del titular. Artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario</i> ... ..	335
ANGEL CRISTÓBAL MONTES: <i>El pacto al más viviente en la compilación del Derecho civil especial de Aragón</i> ... ..	389

Vida jurídica

Cuestión ante la Dirección General de los Registros y del Notariado,  
por R. ... .. 399

Bibliografía

Libros ... .. 419  
 CABRILLO, FRANCISCO Y SEGURA, FREDERIC: *Dinero y Libertad Económica. Una crítica del control de cambios en España*, por José Bonet Correa.—DIEZ PICAZO, LUIS: *Derecho y Masificación Social. Tecnología y Derecho Privado*, por Joaquín Garrigues.—DIEZ PICAZO, LUIS: *La representación en el Derecho Privado*, por Angel Cristóbal Montes.—ESCRIBANO COLLADO, PEDRO: *La propiedad urbana (encuadramiento y régimen)*, por R.—GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO; PAREJO ALFONSO, LICIANO: *Lecciones de Derecho Urbanístico*, por R.—LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS: *Elementos de Derecho Civil. III. Derechos Reales*, por José Bonet Correa.—SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASIS: *Estudios de Derecho Civil*, por Francisco Salinas Quijada.—STUTZEL, WOLFGANG: *Das mark Gleich mark prinzip und unsere wirtschaf*, por José Bonet Correa.

Revista de revistas

A cargo de José R. Antón Riesco ... .. 440

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de José María Chico Ortiz ... .. 455

Jurisprudencia

**I. Sentencias Comentadas**

*La distinción de un pacto de elevación de la renta y una cláusula de incremento unilateral de un arrendamiento urbano*, por José Bonet Correa ... .. 479

**II. Sentencias** ... .. 489

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

I. S. S. N. 0210 - 301X  
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 XXXIII  
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO  
MCMLXXX



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1.º**

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**NUMERO 2**

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

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



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

## De nuevo sobre la posesión de bienes muebles

### TRES ESTUDIOS EN TORNO AL ARTICULO 464,1 DEL CODIGO CIVIL

JOSE MARIA MIQUEL GONZALEZ: *La posesión de bienes muebles* (Estudio del artículo 464, 1 del Código civil), Madrid, Ed. Montecorvo, S. A., 1979 (544 págs.). MANUEL DE LA CAMARA ALVAREZ: *Contribución al estudio del artículo 464 del Código civil*, en «Revista de Derecho Notarial», CIV, abril-junio 1979, págs. 7 a 209 (203 págs.). ANTONIO HERNANDEZ GIL: *La posesión de bienes muebles. Apariencia, legitimación y límites de la reivindicación*, capítulo VIII de «La Posesión», ed. Civitas, 1980, págs. 559 a 692 (134 págs.).

Por

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Se trata de tres excelentes trabajos escritos por tres buenos amigos míos, que presentan muy diferentes características, tratan de un mismo tema y se han cruzado entre sí sin apenas rozarse.

Les ha ocurrido algo semejante a lo que, hace más de veinte años, sucedió entre los libros de CARLOS MELÓN INFANTE, *La posesión de bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título*, Barcelona, Ed. Bosch, 1957 y de FERNANDO MELÓN INFANTE, *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*, Barcelona, Ed. Bosch, 1958, que estaban imprimiéndose cuando en ANUARIO DE DERECHO CIVIL IX-II, abril-junio de 1956, págs. 361 a 431 apareció mi estudio, *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil*.

Ni CÁMARA ha podido ocuparse del citado trabajo de HERNÁNDEZ GIL, ni éste del de aquél, aunque cada uno conociera el contenido de los anteriores estudios del otro. Ni JOSÉ MARÍA MIQUEL conoció los publicados, por los dos, después del suyo.

HERNÁNDEZ GIL, en la página 592, nota 17, explica: «Más recientemente es de interés la tesis doctoral de JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ, *Presupuesto histórico del artículo 464 del Código civil*.

»Durante el período de corrección de pruebas de este libro he

conocido el del Prof. MIQUEL GONZÁLEZ recientemente aparecido, *La posesión de los bienes muebles* (1979). No recoge el total trabajo histórico de la tesis. En cambio, peneira muy profundamente en la interpretación del artículo 464. Somete a consideración crítica las diversas doctrinas, de manera especial la llamada germanista, y abunda en la opinión de Vallet de Goytisolo». Y poco más dedica, por la circunstancia expresada, a los trabajos de José María Miquel: un párrafo de trece líneas en la pág. 593, acerca de la crítica de las fuentes españolas y extranjeras, y las notas 47 de tres renglones, en la pág. 652, y 48 de uno, en la pág. 653, relativas a los antecedentes legislativos.

De la CÁMARA ALVAREZ indica, en la nota 31 de su trabajo, págs. 29 y sig., que la parte del trabajo de MIQUEL referente a los presupuestos históricos del art. 464 C. c. lo conoció cuando fue discutido en el Seminario dirigido por don FEDERICO DE CASTRO, y dice: «Cuando ya estaba muy avanzada la redacción del presente trabajo, MIQUEL, por intervención de nuestro común amigo LUIS DíEZ PICAZO ha tenido la gentileza de facilitarme un ejemplar completo de su libro (todavía en prensa). Estas circunstancias explican que, con relación a sus comentarios relativos al Código civil, haya tenido que limitarme a recoger aquellas de sus opiniones que más directamente interferían las mías, pues MIQUEL es defensor de la tesis romanista, aunque como más adelante se verá, quizá nuestras conclusiones últimas no estén tan alejadas como a primera vista podría parecer. También justifican que las citas y referencias a la obra de MIQUEL hayan tenido que hacerse de un modo un tanto informal». CÁMARA dedica a la obra de JOSÉ MARÍA MIQUEL, además de la nota 31, las 32, 33, 34 igualmente extensas, un párrafo de la 94, las breves 216 y 228, las 267, 268, 295, un párrafo de la 337, la 338 de simple referencia, las 340 y 341 (puede que se me haya escapado alguna). Creo que estas notas no bastan para apreciar suficientemente la obra de MIQUEL, sus abundantes aportaciones y juiciosos argumentos.

En la nota 268, relativa al «estoppel» dice CÁMARA que MIQUEL «piensa que podría adaptarse a nuestro Derecho puesto que la jurisprudencia ha reiterado la vigencia del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos. Hoy, además, estima MIQUEL, "la nueva redacción del título preliminar, el artículo 7 concretamente, da suficiente base positiva para aplicar este principio [del *estoppel*] a las adquisiciones *a non domino*, en el sentido de que quien no puede ejercitar su derecho sino contra la buena fe (por su conducta anterior) debe reputarse que lo ha perdido"». Esta última frase, en el libro de MIQUEL (página 496) concluye con las palabras *a non domino*, sin duda por haberse suprimido el resto en las siguientes pruebas. No creo que CÁMARA haya pensado que MIQUEL se refiera en ella al artículo 464, pero es preferible dejarlo aclarado (1).

(1) José M.<sup>a</sup> Miquel, para aclarar este punto, me ha facilitado la siguiente nota que transcribo: «La frase en cuestión aparece en el ejemplar que utili-

En lo que sí creo que CÁMARA no valora bien las palabras de MIQUEL, es cuando dice (en la nota 31) que MIQUEL «como más adelante se verá [refiriéndose, sin duda a su opinión sobre la aplicación del *estoppel*, que CÁMARA refiere en su nota 268], quizá nuestras conclusiones últimas no están tan alejadas como a primera vista parece». MIQUEL dice: «La regla del *estoppel* hace una adecuada valoración de la situación, porque atiende a la conducta del que va a perder su derecho, y no sólo a la buena fe y a la onerosidad de la adquisición del tercero. Esta regla está en íntima conexión con el principio que prohíbe *venire contra factum proprium* [y en nota 110 advierte, «que el *venire contra factum proprium* no tiene sólo una función obstativa al ejercicio del derecho, sino fundamentadora del derecho de la parte contraria»]. No habría por ello grandes dificultades en nuestro Derecho para aplicar una solución basada en ese principio para la protección legítima del tercero». Es decir, que no lo apoya en una aplicación del artículo 464; sino del referido principio al margen de ese artículo. En cambio, DE LA CÁMARA, opina, en la pág. 164, que «este mayor vigor [en la exigencia de la buena fe del tercero] no debe llevar al extremo de que la buena fe del adquirente sólo debe ser tenida en cuenta cuando haya sido el propio dueño quien haya creado indicios específicos de titularidad dominical en el enajenante, tal como se postula en la llamada *stoppel rule* del Derecho inglés». A su juicio, dentro del supuesto del artículo 464, 1, tal como él lo interpreta, «cuando el dueño confía una cosa de su propiedad a otra persona no debe ignorar que existe la posibilidad de que esa persona abuse de la confianza que en ella se ha depositado. Ha dado pie para que surjan los indicios, aunque no sea él quien los haya creado...». La diferencia entre una posición —basada en el *venire contra factum proprium*— y la otra —que entiende que el art. 464,1, da lugar a una adquisición *a non domino*, si el dueño confía una cosa de su propiedad a otra persona que crea los indicios de que la posee como dueño y transmite a un tercero de buena fe—, es abismal. Temo, por esto y por la observada escasa valoración de las investigaciones y tesis de MIQUEL,

---

zó De la Cámara, pero no en el que fue a la imprenta. No me refiero cuando admito una adquisición *a non domino*, como creo que queda claro en otras partes de su trabajo (de Vd.), a la que estableciera el art. 464-1 porque no creo que el art. 464 la establezca, sino a la que puede derivar de la aplicación del principio «*nemo potest venire contra factum proprium*» entendido en un sentido no meramente obstaculizador del ejercicio del derecho, sino incluso como justificación de la pérdida del derecho del propietario; justificación que la tesis germanista no parece considerar más que basada en la entrega voluntaria de la cosa a título de depósito, etc. Esto me parece que no puede justificar la pérdida del derecho del propietario; cuestión distinta es que el propietario ponga a nombre de otro la cosa y después de la enajenación de éste pretenda recuperarla de un tercero. Aquí existe una justificación para la pérdida del derecho más allá de la buena fe del tercero, necesaria, pero no suficiente. El propietario ha creado en ese caso una apariencia suficiente que le es imputable por tanto en sus consecuencias, frente a terceros de buena fe.»

que CÁMARA no pudo leer con suficiente reposo el libro de aquí para penetrar en el verdadero pensamiento del autor.

Los tres trabajos, hemos dicho, ofrecen muy diferentes características, que reflejan la respectiva actitud de su autor en su elaboración. HERNÁNDEZ GIL se muestra como un maestro. DE LA CÁMARA como un gran polemista. JOSÉ MARÍA MIQUEL, como un investigador paciente, concienzudo, riguroso, exhaustivo y de fino juicio.

HERNÁNDEZ GIL, expone con orden riguroso, gran claridad de ideas traslúcidas en frase elegante y palabra precisa. En cada punto resume magistralmente su anterior opinión; luego con gran fidelidad, lo más literal posible, recoge los reparos opuestos a su tesis —generalmente los reparos son míos— y, finalmenté, de modo sereno replica o hace observaciones a los reparos y expresa claramente sus conclusiones. Gran abogado que es, cede ante el profesor universitario, que asimismo es, el empleo de la forma, el uso del estilo y el tono, y, especialmente, la objetividad de los juicios, el orden de ideas y conceptos y la presión y severidad de la exposición, siempre elegante y rica de léxico preciso.

CÁMARA, que nunca ha ejercido de letrado, se muestra como un abogado brillantísimo. Su estilo es polémico y su trabajo un alegato en defensa de una tesis. He dicho repetidamente que MANOLO CÁMARA es, entre nuestros juristas, el mejor talento lógico. Pueden discutirse sus apreciaciones, estimaciones y valoraciones; pero, una vez tomado un punto de partida —acertado o no— su lógica formal suele ser arrolladora, casi aplastante. Temo que, esta vez, el alegato de abogado, con toda su fuerza polémica, perjudique en varias ocasiones el rigor lógico del estudio. A lo largo de estas notas trataremos de comprobarlo. Por otra parte, como en todo alegato, el deseo de convencer conduce a repeticiones, reiteraciones e insistencias, así como al empleo de expresiones y juicios concluyentes y contundentes, o de adjetivos calificativos que zanján la cuestión, a veces acompañados de razonamientos —más o menos convincentes— pero que otras veces sólo expresan estimaciones personales del autor. Así, v. gr., leemos: «el prejuicio de que...» (pág. 54), «traición a el significado semántico de la palabra» (p. 61); «Para salir de este círculo vicioso se recurre al siguiente subterfugio», que «no es de recibo» (p. 85); «tortuosa dialéctica» (p. 90); «fruto a mi juicio de un planteamiento erróneo en el trabajo de Miquel» (p. 145); «que obedece a una manera de entender el Derecho (y aún la vida misma) excesivamente conservadora a mi parecer» (p. 150).

El libro de JOSÉ MARÍA MIQUEL, es un libro que me habría gustado escribirlo —muchas intuiciones mías resultan confirmadas con su investigación histórica —aunque seguramente no habría logrado igualar el valor por él conseguido. LUIS DÍEZ PICAZO, en el prólogo que precede al libro, dice: «El primer mérito del libro de JOSÉ MARÍA MIQUEL, que el lector tiene ahora entre sus manos, es haber acometido, cuidadosa y minuciosamente, una revisión de los antecedentes y de los presupuestos históricos del 464. Y, real-

mente, el resultado es impresionante. J. M. MIQUEL aparece armado de una increíble erudición que va desde los textos de los francos en Jerusalén en la época de las Cruzadas, pasando por los textos góticos del alemán medieval de las ciudades hanseáticas a la jurisprudencia del Tribunal del Chatelet de París en el siglo XVIII, que desgraciadamente, por razones de economía editorial, no han podido pasar enteramente al libro que ahora ve la luz, aunque esperamos que puedan publicarse separadamente. El maestro Alfonso de Cossío (que en gloria esté), al leer este libro en su ejemplar mecanografiado, como juez de unas oposiciones, afirmó y yo creo que con toda razón que libros como éste se escriben pocas veces en un siglo». Obra que nos permite «disponer de un material tan precioso como el que este libro nos facilita, y de una construcción doctrinal perfectamente trabada».

Sin embarazo, voy a permitirme la evidente osadía de examinar, en estas notas, esos tres estudios que he enunciado como previa presentación.

#### I.—LOS PRETENDIDOS ANTECEDENTES HISPÁNICOS DE LAS ADQUISICIONES «A NON DOMINO» DE BIENES MUEBLES.

Según MANUEL DE LA CÁMARA (págs. 29 y sig.): «En el Derecho histórico español del medievo parece demostrada la vigencia al menos parcial, del sistema germánico, pero también está claro que dicho sistema no resistió a la recepción romano canónica». Acerca de la primera de estas dos afirmaciones, dice, en la nota 31, que JOSÉ MARÍA MIQUEL «ha puesto en tela de juicio que muchos de los textos citados por aquellos autores sean totalmente claros y concluyentes, lo que lleva a afirmar que no se registra en nuestro Derecho histórico del medievo ninguna regla general como las comúnmente empleadas para aludir a la exclusión de la acción reivindicatoria, tales como *Hand wahre Hand* o *mobilia non habent sequelam*».

A juicio de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL (pág. 593): «En cuanto a la presencia en el Derecho histórico español de datos representativos del régimen jurídico germánico, MIQUEL se muestra muy cauteloso. Descarta su presencia en el Derecho visigótico. Pero esto no es lo más importante, pues los propios defensores de su vigencia la sitúan en época posterior. En las fuentes medievales —dice— faltan formulaciones de carácter general y las reglas resaltadas principalmente por MEREJA y GARCÍA DE VALDEAVELLANO en los fueros municipales, cree MIQUEL que pueden permitir otras explicaciones».

DÍEZ PICAZO opina algo más: «Los resultados de la investigación histórica [DE MIQUEL] son desmitificadores». Veamos, pues, con cierto detalle, lo que en el capítulo II de su libro, deduce de su examen de las fuentes en el Derecho español medieval de la Reconquista.

Previamente, advierte MIQUEL (pág. 57) «que en nuestras fuentes

medievales no se registra, al menos en lo que me alcanza, ningún aforismo similar a los tan conocidamente utilizados para aludir a la limitación de la acción reivindicatoria, como H. w. H., "*mobilia non habent sequelam*", etc.».

Y, a continuación analiza, sucesivamente:

1) *Las fuentes que contemplan el supuesto de cosas confiadas, enajenadas por el mediador posesorio o embargadas a él:*

a) El fuero de las Encartaciones, ley XV, título III, ciertamente contiene un párrafo que dice: «Que en tal caso aquel que la prestó, o dió sea tenido de se la mandar a quien la prestó o dió é no á otro que la tiene», de la que derivaría la vigencia del principio *Hand wahre Hand*, según GARCÍA VALDEAVELLANO, pero que a éste se le escapa el sentido de otro inciso posterior del mismo texto, que vuelve a hablar de la cosa prestada, afirmando: «y el que así tomó la cosa prestada haya su recurso contra aquél que se la empeñó o vendió y cóbrela del tal como es fuero y derecho», con lo cual dice MIQUEL, «niega muy claramente que el tercero haya adquirido la cosa prestada», «pues si el tercero que tomó la cosa prestada por compra o prenda, tiene su recurso contra el que se la vendió o empeñó y la cobra de él, se desprende que no retiene la cosa frente al propietario, pues si fuera así, ¿cómo iba a tener su recurso contra el vendedor?» (págs. 62 y s.).

b) El Fuero de Viguera-Val de Funes, en su § 117, rechaza el principio H. w. H., al decir que «todo omme que toviere bestia logada o prestada o otra cosa, e la empeynare o la bendiere o se la tobriere en peunnos por clamor que aya suyo o ageno, el deynno de la bestia o de cosa puédela sacar por suya» (p. 63).

c) El llamado Código de Huesca, VIII *de pignoribus*, es claramente contrario al principio H. w. H., en su supuesto: «Et si pignorat ipsam bestiam pro illo qui tenet ipsam locatam, aut emprestatam, dominus bestiae debet eam trahere, et potest» (p. 64).

2) *Fuentes relativas al juramento del demandante.*

Se trata de aquellas que exigen del demandante un juramento del que MEREJA y VALDEAVELLANO inducen la exclusión de la reivindicación respecto de bienes muebles confiados, que han pasado a poder de un tercero, por haber sido enajenados por el «hombre de confianza». MIQUEL subdivide estas fuentes:

- a) Las que exigen juramento de «no haber enajenado».
- b) Las que además incluyen el juramento de «no haber prestado».

Respecto al primer juramento, según MEREJA y G. VALDEAVELLANO, «el "dar" empleado por algunos fueros significa no sólo la donación, sino, en un sentido lato, transmitir voluntariamente la posesión precaria».



Pero advierte MIQUEL (págs. 71-72):

«Existen, sin embargo, algunas razones para no entenderlo así: 1) *dar* se utiliza como es sabido en muchos lugares de las fuentes por *donar*; a título de ejemplo: Fuero Juzgo, 5, 2, 3; 5, 2, 4; 5, 2, 5; 5, 2, 6; 5, 2, 7, todas del título de la donación, no emplean ni una sola vez donar, sino siempre *dar*; en otras ocasiones se dice hacer donación. En los pasajes correlativos de la Lex Visigotorum, se empleaba el verbo "donare" en diferentes tiempos. Lo que significa que, en el título de la donación, el Fuero Juzgo ha traducido siempre donar por *dar*. 2) en el Fuero de Coria los dos pasajes que aluden al juramento de que nos ocupamos, emplean, uno *dar* (el § 206), y el otro *donar* (§ 296), pasaje este último que a su vez se corresponde con Usagre 306 que utiliza *dar*. El pasaje de Castel-Rodrigo (PMH I, 876) correspondiente a Usagre § 214, y Coria § 206, utiliza *donar* donde éstos dicen *dar*. 3) El Fuero de las Encartaciones, que sugirió a VALDEAVELLANO y a MEREIA este argumento, es de fecha demasiado tardía para poder ayudarnos en la interpretación de estos fueros. 4) Los fueros de Logroño y Miranda, que se corresponden entre sí y también en parte con el de Vitoria, utilizan uno *donare* (Logroño) y el otro *dare* (Miranda), mientras que el de Vitoria vuelve al *donare*. 5) Si *dar* comprende toda clase de desposesión voluntaria, no se comprende por qué han de mencionarse las diferentes clases que abarca; y si consideramos que ello es una redundancia perfectamente compatible con las características de nuestras fuentes, entonces no vemos la razón por la que *dar* concurre con vender, empeñar, prestar, pero nunca con donar. Pero lo más importante es el contexto, en que se utiliza, esto es, junto a vender y enajenar.»

Por otra parte en los Fueros de Aragón, ed. Tilander § 101 y ed. LACRUZ y BERGUA § 90, se exige que el demandante jure «sobre libro et cruç... que aquella heredad que demanda suya deue ser e que fo de so aulorio o de son patrimonio e que a él pertenece... e que los antecesores suyos non uendieron ni allennaron aquella heredad en neguna manera». Siendo así, según MIQUEL (págs. 73-74), «puede oponerse con GARRISON que nunca se ha pretendido que una solución del tipo H. w. H. rigiera también para los inmuebles», y es importante «observar que, tanto en el texto de Jaca como en el de los Fueros de Aragón, ese juramento se exige cuando el demandado «non la pot defendre per carta» (Jaca § 89; Fueros de Aragón, sustancialmente igual), lo que indica que estamos en un supuesto semejante a los que se presentan respecto a los muebles, en los que la *carta* no suele existir. Coinciden, pues, aquí la regulación mobiliaria e inmobiliaria por el acercamiento del supuesto relativo a inmuebles al normalmente presentado en muebles. Con ello, creo que se puede seguir manteniendo la peculiaridad de dicho juramento respecto a muebles, pero no en el sentido pretendido por MEREIA, sino en otro diferente. Es digno de ser notado que en todos los fueros señalados se habla de causas traslativas del dominio; así la

venta es mencionada en todos ellos, salvo en los Fueros de Aragón (VIII) 314, 13, en los que de una manera más general, sólo se habla de enajenación. De ello se deduce que estos juramentos al menos en la parte en que se refiere a causas traslativas (compraventa, donación) o potencialmente traslativos (prenda) no pueden, como quiere MEREÁ, tener el alcance por él propuesto.»

Además, nota MIQUEL (págs. 79-80) que el juramento del demandante «se presta según los textos aragoneses, después que el demandado ha fracasado en su prueba. Ahora bien, la prueba que debía suministrar el demandado, conforme a estos textos, se lograba, si afirmaba la adquisición derivativa, a través de la otorgación. El último *otor*, el tercero, debía probar su propiedad: «debet probare per bonos, et idoneos testes sufficienter, quod bestia ipsa... fuit filia aquae, vel asinae sua, vel quod a terniis annis ipsam nutrit: vel antequam actor ipsam bestiam perditam dixerit, longo tempore erat sua propria, et quando eam vendidit» (Código de Huesca, VI, de furto, 4). Es, pues, cuando el último *otor* no logra probar esto, cuando se exige aquel juramento al demandante. Se trata entonces, con ese juramento, de asegurar que una reconstrucción del tracto sucesivo no llevaría a situar al demandante a la cabeza de las transmisiones, que han conducido a la posesión del demandado, en una palabra, que el demandante no va contra un acto suyo de enajenación, o dicho de otro modo: con el juramento se prueba la subsistencia del derecho afirmado; se resuelve el problema de que en la reivindicación hay que ser propietario en el momento de ejercitarla, mientras que las pruebas relativas a los actos de adquisición del derecho de propiedad se refieren necesariamente a un tiempo anterior. ¿Qué ha sucedido en el tiempo intermedio? El juramento en cuestión demostraría que no ha sucedido nada que se oponga a la subsistencia de aquel derecho. El demandante no ha hecho nada por lo que deba perder su derecho. No ha vendido, no ha donado, no ha empeñado, no ha enajenado en una palabra. La cosa era suya entonces y todavía lo es.»

Respecto al segundo juramento que, en su fórmula, incluye el «no haber prestado», han entendido MEREÁ y VALDEAVELLANO que dicho juramento obedecía a que no serían reivindicables en virtud del principio H. w. H. las cosas muebles prestadas que estuvieran en poder de un tercero. Pero MIQUEL ofrece otra explicación (págs. 82-83).

«Basta pensar en que si bien es posible que el comprador no conociera a su vendedor, y por ello no puede presentarlo como su *auctor*, en cambio no es posible que *siendo la cosa prestada* el demandante no conozca al *autor* (mediato o inmediato) del comprador, es decir, a quien ha de responder por evicción. Si esto es así, el supuesto no podrá ser tratado ya como compra a desconocido, porque el propietario que prestó deberá indicar quién es el prestatario, que, en definitiva, es quien debe responder por evicción por ser el *auctor* (mediato o inmediato según que la cosa haya pasado

por una o más manos) del comprador-poseedor actual. Si el demandante no lo indicara su conducta no sería leal; dejaría al demandado imposibilitado para exigir el saneamiento por evicción contra su *otor*. El camino seguido por la cosa de mano en mano, no puede reconstruirse a iniciativa del comprador en este caso, pero sí a indicación del reivindicante que prestó.

»Un supuesto semejante quedaba en el Derecho visigodo bajo el imperio de LV 7, 2, 8 que trata de la compra a desconocido, y cuyo párrafo final disponía: *Si vero dominus rei furem noverit et eum publicare noluerit, rem ex toto amittit, quam emptor quiete possideat*. De modo que si el propietario no indica al poseedor, que compró a un desconocido, quién es el ladrón, pierde la cosa.

»En conclusión, el supuesto de compra a desconocido y el de haber prestado el propietario la cosa, no deben concurrir por el deber de éste de hacer saber al demandado la persona a quien prestó a fin de que pueda responderle por evicción su garante o *auctor*.

»Creo que con ello se logra una explicación satisfactoria de este juramento que incluye no haber prestado. A lo sumo, podría reconocerse que esta exigencia fuese un indicio de la vigencia del principio H. w.H., pero tan sólo un indicio a comprobar con otras fuentes, que sin embargo, hasta ahora, no se han encontrado...»

### 3) *Supuestos de apropiación indebida asimilados al hurto.*

Los defensores de la vigencia medieval en nuestras fuentes de la Reconquista del principio H. w. H., sientan la distinción entre las cosas confiadas y las hurtadas o perdidas, es decir, de las voluntariamente salidas de la tenencia del demandante, que las confió a otro, y de las hurtadas, robadas o perdidas. Sin embargo, según MIQUEL (págs. 85-86) resulta que «la categoría de cosas confiadas no excluye que esas mismas cosas sean hurtadas por el hombre de confianza, y que tal asimilación no es sólo respecto a la pena, sino incluso que las acciones se denominan hurto.

»Existen en realidad, casos en las fuentes en los que la apropiación de cosas confiadas, no sólo se equipara en la pena al hurto, sino que la acción también se califica de hurto. Así, Fuero Real IV, 12, 8: *Quien oro, o plata tomare de otro, o lo falsare, mezclándolo con otro metal peor, haya la pena que es puesta en los hurtos: é si no mezclare, y alguna cosa dello furtare, haya esta pena sobredicha*. Fuero de Soria § 576: *Qui oro o plata tomare dotro e la falsare mezclandolo con otro metal peor, o dello furtare aya la pena que es puesta en lo de los hurtos*. Se ve como en estos textos el que recibió el oro a la plata puede hurtar de ello, a pesar de que ya lo tiene en su poder confiado de otro. (Los pasajes se corresponden con los de la *Lex Visigotorum* citados *supra*).

»Otros ejemplos se presentan a propósito de otros artesanos que reciben cosas para realizar diversas obras. Así, Cuenca XLII,8; "Si

sartor aliquis de hiis, que sibi data fuerint ad operandum, aliquid cambierit, aut *furatus fuerit*, pectet illud sicut fur. Nan quidam eorum quandoque solent subripere aliquid...". En el Código Valencino del mismo Fuero se dice: "Si el alfayate alguna cosa delas que el fueren dadas a obrar camiare o *furtare*, *pechela* como ladrón. Igual en Fuero de Heznotoraf, § 845, Alcaraz XII, 40 (a), Alarcón tít. 796, Fuero Teruel 78 (ed. Gorosch), Zorita § 821. En todos estos Fueros se califica la acción del sastre al sustraer (*subripere* dice el Fuero de Cuenca) los materiales que le son entregados de «furto». En el mismo sentido puede citarse las disposiciones que se refieren al corredor. El corredor, como dice el Fuero de Soria § 109 trahepennos o bestias a otras cosas a vender, por la villa o por el mercado. Al corredor le son entregados bienes para que los venda; no cabe duda de que las cosas que les son entregados son cosas confiadas. Pues bien, según la tesis defendida por MEREJA, el corredor no podría incurrir en furto, respecto de ellas. Pero de las fuentes en cambio, resulta lo contrario...»; y cita los Fueros de Cuenca XVI, 47 y 48, Heznatoraf, § 438, Zorita de los Canes, § 367, Alarcón § 407, Placencia § 183, VI, 51, Teruel 136, 9 (ed. Gorosch, pág. 145), Béjar § 565 y Soria § 110.

4) *Los §§ 372 y 560 del Fuero de Soria y el 420 del mismo fuero y el texto III, 19, 9 del Fuero Real.*

FERNANDO MELÓN INFANTE dedujo de los §§ 372 y 560 del Fuero de Soria que el sistema de éste equivale por completo al del artículo 464 entendido conforme al principio H. w. H. Dicen así dichos textos del Fuero de Soria:

§ 372 «Si alguno comprare dotro heredat o otra cosa que enagena et non del vendedor (si el comprador lo sopiere que es agena et non del vendedor), amos sean tenjdos de pecharla con otra tanta et tan buena a aquel cuya fuera con los frutos o con los esquimos o con las enqueras que ellos levan ende o el podrie levar et auer. Esto mismo sea daquel que la cosa agena diere a camiar, et del que la recibiere sabiendo que es agena et non daquel que la ouiere.»

§ 560 «Si el defendedor que es tenedor de la cosa, algunos de los otore dixieren que aquella cosa que les es demandada o apreciada suya es nada et criada, o que la fizo el, yure, segund la quantia en que fuere demandada o apreciada la cosa, et sea creydo, et finque por suya o de aquel pora quien la defendiere, et si yurar non quisiere, pechela doblada a aquel que la cosa demandiere por suya, yurando el demandador por su cabeza que la nunca vendio njn la mal metio njn la enageno.»

MIQUEL (págs. 87-88) entiende que el § 372, «a poco que se lea el precepto, se desprende que nada dice de las cosas muebles adquiridas por un tercero de buena fe. El § 372 no dice más que lo que tienen que pechar comprador —de mala fe— y vendedor de cosa ajena (mueble o inmueble: heredat o otra cosa) y esto es la cosa doblada más los frutos percibidos o que podría haber perci-

bido el dueño. Por ello el § 372 no dice nada de irreivindicabilidad; lo que parece utilizar de él MELÓN es la posibilidad de reivindicar de un comprador de mala fe en todo caso, con lo que se excluirían los adquirentes de mala fe de cosas confiadas de la aplicación del principio H. w. H.

»Pero esto sólo sirve para limitar la teoría según la que el principio H. w. H. rigió en el Derecho medieval español, pues como es de sobra sabido, aunque los germanistas sean en este punto reticentes, la limitación de dicho principio a sólo los adquirentes de buena fe, es el resultado de la conjunción de principios germánicos y romanos, lo que tiene lugar en Alemania hacia el siglo XVI.»

Además, el precepto «habla de cosa ajena y el hecho de que se imponga la pena del doble (más los frutos percibidos o podidos percibir, fórmula de sabor romanista) no autoriza a pensar que estamos en caso de cosas hurtadas, más bien podríamos pensar que la venta de cosa ajena se trata como un hurto y de aquí la pena del doble. Es totalmente arbitrario limitar el precepto a las cosas hurtadas o perdidas, y ello por una simple razón: el precepto habla, y en primera línea, de inmuebles.»

Es decir, «coloca en un mismo plano venta de cosa ajena mueble o inmueble cuando el adquirente es de mala fe, imponiendo no sólo la restitución de la cosa sino una pena: pecharla con otra tanta et tan buena más los frutos percibidos o que podría percibir el dueño.»

Respecto del § 560, del juramento citado al final del texto deduce MELÓN que ha de tratarse de cosas que el demandante había perdido por hurto o pérdida.

Pero MIQUEL (págs. 90-92) opina de otro modo: «Realmente no parece que hayamos de entender que la cosa fue perdida en el sentido exclusivo de extraviada, sino más bien de pérdida por acaso o por hurto o por otra causa. Se admite que el demandado o alguno de los otos, hasta tres (§ 559), prueben una adquisición originaria para defender la cosa, lo que significa que a su cargo corre una prueba del dominio del tipo más riguroso, que ciertamente puede llevarse a cabo por un medio de prueba fácil como el juramento. Este hecho debe ser valorado, pues en defecto de tal prueba, es cuando se impone la restitución, pero no simplemente de la cosa sino del doble. Es entonces también cuando se exige el juramento al demandante de no haber vendido, ni malmetido ni enajenado; con este juramento no se está de ningún modo probando que la cosa no fue confiada a nadie, sino por el contrario que la cosa no fue entregada a otra persona por una causa traslativa; resulta muy explicable que en nuestro texto se exija, pues parte del supuesto de que entre el demandado y los tres otos no se llegue a probar la adquisición originaria; la apelación al *otor* está aquí, como en la mayor parte de los Fueros, limitada al tercer *otor*, ello supone que se ha cortado el nexo entre los unidos por

la cadena de sucesivas transmisiones, ya que no puede, mediante la otorficación, reconstruirse el tracto sucesivo, se impone al demandante la prueba de que esa reconstrucción, de ser posible, no llevaría a colocarle en la cadena de transmisentes de modo que el actual poseedor sería causahabiente del demandante. El juramento, en definitiva, no es más que una manera de impedir que el demandante vaya contra un acto de enajenación propio. Aquí aparece necesario también el juramento de no haber prestado a nadie pues con ello se trata de evitar que el reivindicante conociendo al ladrón *otor* no lo dé a conocer al comprador que sufre evicción. La posición del demandado no es envidiable; es a él a quien se impone la llamada probatio diabolica del dominio.»

Y continúa:

«El § 420 del Fuero de Soria (correspondiente a Fuero Real III, 19, ) prohíbe la prenda de cosas ajenas y admite la subpignorcación de la cosa pignorada siempre que "no sea por más ni en otra guisa, sino como la touiere. Et qui contra esti al ffiziere peche lo que empennare a su duenno doblado". Parece que el doble está constituido por la misma cosa más otro tanto. ¿Habría que entender este precepto en el sentido de que el dueño no puede recuperar la cosa?, parece que no; ¿y si el doble comprende la misma cosa más otro tanto, resultando que la misma cosa la devuelve el mismo que la empeñó, hay que deducir aquí lo que deducía para CE 289 LEVY?» ...«El § 419 contiene una norma correlativa a F. Real III, 19, 8 al disponer que toda cosa que es "defendida por Fuero que non se puede vender sea defendida que no se pueda empennar". Pero lo cierto es que en el título de las compras no hay ninguna prohibición expresa de vender ciertas cosas, como sí la hay en el Fuero Real». En este cuerpo legal además de la ley correlativa a F. Soria § 420, se contiene, en el título De las vendidas, y compras, una ley que dispone (III, 10, 9):

«Establescemos, que ningún home no venda siervo, ni sierva de otri, ni casa, ni tierra, ni otra cosa sin mendado, e sin voluntad de su señor: e si alguno lo ficiere, non vala, e haya la pena que manda la Ley también el vendedor como el comprador, si lo compro a sabiendas, y el señor del siervo, hayalo con todo lo que ganó, después que probare que es suyo, si no le fuere probado que lo mandó vender, si fijos fizo en este comedio, sean del señor cuyo es el siervo.»

Según deduce MIQUEL (pág. 92):

«Parece pues lícito considerar esta Ley del Fuero Real como testimonio opuesto a soluciones del tipo H. w. H. Pero lo realmente interesante a nuestro fin es comprobar cómo en el Fuero Real encontramos excluido claramente el principio H. w. H. y, al mismo tiempo, se encuentra en él, el juramento del demandante de una cosa mueble relativo a no haber vendido, ni empeñado, ni enajenado. Así resulta todavía reforzada nuestra opinión contraria a la

de MERECA, que, como vimos, no quería interpretar literalmente este juramento, sino entenderlo en el sentido de que el propietario no había confiado la cosa voluntariamente a otro.»

5) *Fuentes que conceden al comprador un derecho de reembolso.*

Señala MIQUEL (págs. 92 y s.) que «los Fueros de Logroño, Miranda, Medina de Pomar, Privilegio de Portugalete y Fuero de Vitoria, conceden al comprador un derecho al reembolso del precio cuando ha comprado a un desconocido y en determinadas circunstancias (en el mercado o en el camino real y en Medina de Pomar, en el barrio mayor de la villa además del mercado). En estas disposiciones se contemplan supuestos de cosas hurtadas, y a pesar de ello se niega al propietario la reivindicación, a no ser que ofrezca reembolsar al comprador el precio.

»Por otra parte, la norma del reembolso de la mitad del precio, igualmente en caso de compra a desconocido, procedente de *Lex Visigothorum VII, 2, 8*, pasó al Derecho navarro y aragonés.

»En los pasajes citados del Libro de los Fueros y Fuero Viejo, ambos de Castilla, se establece también el derecho de reembolso, para caso de compra a desconocido, si bien en el último sólo cuando se trate de cosas de valor inferior a cinco sueldos.

»Existen además algunos supuestos de protección al comprador en determinadas circunstancias, pero no vinculados a la manera de haberse desposeído el propietario: compra a un romero, en feria, en los que el adquirente obtiene la cosa de un modo definitivo, sin que el propietario pueda redimirla pagando el precio.»

En esos casos, advierte, «resulta que la reivindicación de cosas hurtadas o robadas no rige sin limitación, con lo que no se tiene en cuenta la distinción entre desposesión voluntaria e involuntaria, como clave para determinar si un bien mueble es o no reivindicable.»

6) *El sistema de la otorificación*, se refiere a la apelación del comprador demandado a su *actor* u *otor*, hasta un límite de tres.

Según VALDEAVELLANO la presentación del *otor* en el juicio y su aceptación de salir por *otor* o garante de la cosa, eliminaba del pleito al demandado, quedando entonces enfrentados demandante y *otor*, ahora bien, como advierte MIQUEL (pág. 96) «tenía excepciones propias, pero no la de que por habérsele confiado a él la cosa, ésta debía permanecer en poder del demandado. Si el *actor* no lograba demostrar la propiedad al tiempo de la venta, según las fuentes aragonesas dicen expresamente, o en general una adquisición originaria, sucumbía.»

«El problema es en definitiva que en ninguna fuente se menciona la excepción de que la cosa fue confiada y que por ello no pudiera ser reivindicada.»



De ahí que MIQUEL (pág. 97) concluya:

«Así el sistema de otorificación parece contrario a la limitación de la acción. No obstante, hay que considerar otros factores como la limitación a tres del número de otores, y los supuestos de imposibilidad de presentar *otor*; en estos casos llegada la otorificación al tercer otor sin que pueda probar adquisición originaria (u otro medio de defensa, como poseer la cosa antes del tiempo en que dice el demandante haberla perdido) la imposibilidad de seguir presentando *otores* provoca la pérdida del pleito, en cuanto a la restitución de la cosa.»

## II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ART. 2.279 DEL CÓDIGO FRANCÉS. GÉNESIS Y FUNCIONES DE LA MÁXIMA: «EN FAIT DE MEUBLES POSSESSION VAUT TITRE».

Es muy importante destacar el origen de la regla «*En fait de meubles possession vaut titre*» y comprobar que nada tiene que ver con la «*Hand where Hand*».

J. M. MIQUEL, en el capítulo III de su libro (págs. 109 y ss.) nos indica que el principio de que una posesión determinada equivalga a título, es antiguo. Tiene su origen en el Derecho común, observándose que PAULO DE CASTRO, sostuvo que en la posesión inmemorial el título se presume «*etiam si non allegetur*», con presunción *iuris et de iure*, aun cuando otros autores sólo la presunieran simplemente *iuris*.

En Derecho canónico la fórmula estaba ya acuñada. JOHANNES TEUTONICUS había sostenido que bastaba simplemente alegar el título, cuando no existiese una presunción contra el usucapiente; y JUAN ANDRÉS que sólo era necesario probar el título cuando se hiciera valer la prescripción por vía de acción, no, en cambio, por vía de excepción.

En Francia, LOISEL dijo: «*Possession inmemorial vault titre*», y fue corriente la expresión: «*le long temps que j'ai possede me tient lieu de titre*».

Su aplicación específica a los bienes muebles surgió como consecuencia de las dificultades que para probar los contratos originaron las Ordenanzas de 1566 y 1667. La Ordenanza de Moulins en su art. 54 dispuso que los contratos referentes a cosas que valiesen más de 100 libras se otorgaran ante notarios y testigos, y que estos otorgamientos fueran necesarios como prueba.

Y la Ordenanza de 1667 estableció la preferencia del documento escrito sobre la prueba testifical, aun tratándose de sumas inferiores a 100 libras.

Eso dejaba indefenso al comprador, donatario, etc., que no pudiera probar su adquisición del modo prescrito en dichas Ordenanzas, frente a un propietario anterior que se hubiera procurado esa prueba.

Ante este problema, DUPLESSIS, apoyándose en que las propias Ordenanzas admitían la prueba por testigos si hubiere un comienzo de prueba, partió de que la posesión constituía de por sí un comienzo de prueba. Así se fueron elaborando los principios: «Celui qui possède des meubles, en est réputé le propriétaire; il ne lui faut pas d'autre titre que la possession au sous autre forme» y «en fait de meubles possession vaut titre», que fue consagrado por la Jurisprudencia del Châtelet en tiempos de Luis XIV que nos ha llegado a través de las indicaciones de BOURJON.

MIQUEL nos aclara (pág. 115) que «para BOURJON la regla posesión vale título en materia de bienes muebles, cumple funciones que no tienen relación con una adquisición a *non domino*. Y por otra parte, no es obstáculo para la reivindicación del vendedor no pagado, siempre que no haya vendido a crédito, ni para la reivindicación (así la llama BOURJON) del arrendador sobre los muebles del arrendatario que ocupaban el inmueble, y ello incluso frente a un tercer adquirente de buena fe», y que, por eso y por el sentido tan amplio que tiene la palabra «vol» para la doctrina francesa de la época, conviene examinar con algún detenimiento la doctrina expuesta por BOURJON.

En cuanto a las funciones que BOURJON asigna a la regla «en fait de meubles possession vaut titre», señala MIQUEL (págs. 117 y sigs.) que algunas nada tienen que ver con la consagración de adquisiciones a *non domino*. Tales, según nos explica:

«1) La venta sin desplazamiento de la posesión es ineficaz respecto de los acreedores del vendedor.

»Aquí está claro que la regla no significa otra cosa que la necesidad de la entrega para la constitución del derecho real.

»Supone también la exclusión del *constitutum possessorium*, pero no de una manera absoluta...»

«2) Así dirá que para la prueba de la venta no es necesario presentar un título, sino que la posesión basta porque "en matiere de meubles la posesión vaut titre".

»Para la prueba de la donación manual de un mueble, dirá lo mismo para impedir que el donante recupere la cosa basándose en la insuficiencia de la prueba del demandado.»

«Téngase en cuenta —advierde MIQUEL— que con este expediente se evitan no sólo las disposiciones de la Ordenanza de 1667, sino además las más rigurosas de la Ordenanza de 1731 especiales para la donación, que requiere documento notarial para toda donación entre vivos.»

«3) Del principio fundamental en esta materia —dice BOURJON— se sigue que cada uno se presume que es propietario de los bienes que posee y, por consiguiente, pueden ser válidamente embargados y ejecutados al que los posea. Se juzga así en el Châtelet, fundándose en que de la posesión nace una justa presun-

ción de propiedad y que esta presunción es ordinariamente el único título que se tiene respecto de los muebles y efectos mobiliarios, a excepción de aquellos que en el Derecho se les llama *Nomen*, para los que hay título.

»4) El simple contrato de venta aunque sea auténtico es insuficiente para fundar una reivindicación en favor del comprador.

»5) En el caso de que alguien esté en régimen de pensión, en casa de o.ro, éste se puede oponer al embargo. Aquí BOURJON explica que la posesión que equivale al título no basta que sea de hecho, sino es necesario además que sea de derecho, y esta última no lo ostenta sino el que tiene el contrato de arrendamiento o los recibos a su nombre.

»6) En caso de una separación de bienes, los bienes muebles adjudicados, en cierta forma, a la mujer, pueden ser reivindicados por ésta, cuando se embarguen a su marido; es a ella a quien pertenecen y no a su marido. Esta reivindicación es frecuente en el Châtelet, pero se la critica y se debe a que el motivo de la separación de bienes es a menudo esa reivindicación, por lo que se juzga con rigor.

»BOURJON señala como excepciones al principio, posesión vale título, las siguientes:

»1) "Celui qui a vendu un meuble, sans jour et sans terme, esperánt être payé comptant, peut suivre et revendiquer sa chose. même des mains de l'acheteur de bonne foi". En este caso funda la reivindicación en que la primera venta no produce efecto, al haber sido hecha bajo condición que no ha sido cumplida. Tal es también la práctica y el uso del Châtelet.

»2) También admite la reivindicación de los bienes muebles furtivos: "parce que le furte est un vice qui suit la chose dans les mains de tel possesseur qu'elle posse". Ahora bien, BOURJON no se cansa de insistir en que para ello es necesario que el hurto esté jurídicamente constatado...»

»3) La reivindicación del arrendador o subarrendador. Así llama BOURJON a la acción que éstos pueden ejercitar para cobrar-se las rentas debidas sobre los muebles del arrendatario o subarrendatario que han amueblado el inmueble arrendado; este derecho es eficaz frente»:

a) «Al nuevo arrendador en cuya casa hayan sido introducidos los muebles.

b) «Frente a terceros que los hayan adquirido incluso de buena fe. En efecto, el arrendatario —dice BOURJON— no ha podido privarle (al arrendador) de su garantía salvo el caso de que se tratase de un comerciante con tienda abierta al público que ha vendido sus mercaderías o parte de ellas.»

En cuanto a los pasajes de BOURJON que han servido para interpretar la regla «posesión vale título» en el sentido de una adquisición *a non domino*, son especialmente, según explica MIQUEL (págs. 121 y sigs.), los que recogen casos en que el depositario de

un mueble lo haya vendido y el consignado en III, 22, 5, 1 (I, p. 911).

De los primeros, después de detenidos análisis, cree MIQUEL que BOURJON no se refiere a depósitos propiamente dichos sino a *depositus ad vendendum*, que hoy denominamos contratos estimatorios.

Por lo demás, MIQUEL relaciona los siguientes fallos del Châtelet:

«28 de agosto de 1609. La revendedora vende lo que se le había confiado para vender, pero muere insolvente. El comitente reivindica contra el comprador, y se da lugar a la reivindicación contra reembolso del precio pagado por el comprador.

»14 de marzo de 1616. La revendedora da en prenda. Se resuelve en favor de la reivindicación sin reembolso al acreedor pignoraticio del importe de su crédito.

»18 de julio de 1629. La revendedora da en prenda. Se resuelve en favor de la reivindicación, pero no aparece si contra reembolso o no.

9 de marzo de 1630. La revendedora da en prenda. Se da lugar a la reivindicación sin reembolso al acreedor pignoraticio.

»7 de febrero de 1636. La revendedora da en prenda. El acreedor pignoraticio, a su vez, da la cosa en prenda a un tercero. El propietario pudo reivindicar del tercero, pero reembolsándole el importe de su crédito.»

«5 de marzo de 1637 revendedora da en prenda y se admite la reivindicación del comitente sin reembolso al acreedor pignoraticio.»

«26 de julio de 1726 revendedora vende, pero no paga al comitente, y no procede la reivindicación.»

20 de noviembre de 1743, en que «igualmente se había confiado unos efectos (no aparece en qué consisten) a unos individuos (Delaucourt y otros) para su venta y éstos los empeñaron. Fueron condenados por haber abusado de la confianza del comitente. No se dio lugar a la reivindicación, salvo que el comitente pagara al acreedor pignoraticio el importe de su crédito. Esta sentencia confirma que el Châtelet juzgaba en contra de la reivindicación sin reembolso, en los casos en que los comisionistas empeñaban las cosas que se les habían confiado para vender.»

29 de marzo de 1768, «los compradores fueron condenados a una represión y a una multa de tres libras por haber facilitado y favorecido "les escroqueries commises par lad. Petrel" (la revendedora al comprar "a vil prix sans information ni répondants"). La revendedora fue condenada, por haber "detourné et vendu a son proffit différents bijoux, hardes et autres effets qui lui avaient été remis comme courtiére et á titre de confiance", a ser "attachée au carcan dans la place Gréve et y demeurer depuis midy jusqu'a deux

heures ayant écrit eux devant et derrière portant ces monts *Escroque public*" y a 9 años de prisión (!). Los efectos fueron devueltos a los reivindicantes.»

Advierte MIQUEL, que «es interesante destacar que los compradores soportan la carga de informarse y exigir la presentación de personas que respondan por la vendedora, si bien parece que ello se debe al fuerte indicio de mala fe que supone la compra a precio vil.» ...«Resulta muy claro que la revendedora no goza de un amplio poder dispositivo abstracto, que haga irrelevante la buena o mala fe de los terceros. Si la revendedora se aparta del precio fijado, los terceros no son protegidos si son de mala fe. Resulta interesante que aquí se hable de estafas cometidas por la revendedora, y no como algún autor de "vol" del precio.»

Frente a estos casos, en los que se trata de personas a las que se les confía algo para vender, los casos de auténticos depositarios que enajenan las cosas que deben custodiar no parecen frecuentes, al menos no he encontrado más que un caso, en el que precisamente se da lugar a la reivindicación.» (A. de 4 mayo 1667).

MIQUEL recurre a dos recientes tesis doctorales de J. P. DULER, del año 1968, y de M. PREVOST, del año 1973. Según el primero, «bajo el antiguo régimen el concepto de *vol* es más amplio que la noción de sustracción fraudulenta aceptada por el Código penal. Tomando la definición del Digesto... la legislación de la Monarquía absoluta considera al *vol* como un *maniement* fraudulento que se hace de la cosa de otro, apropiándose la contra su voluntad o incluso privándole del uso o de la posesión que le corresponde, para hacer un beneficio propio. En razón del término *maniement* traducción de la expresión latina *concrectatio*, la infracción de *vol* es particularmente vasta y engloba varios delitos diferentemente reprimidos en nuestros días, especialmente la estafa, la receptación y el abuso de confianza, lo que explica quizá su frecuencia». Y PREVOST es del mismo criterio, si bien en cuanto a la jurisprudencia dice que supo distinguir netamente las nuevas calificaciones penales aislándolas de *vol* propiamente dicho y reservándoles una sanción apropiada según la naturaleza de las maniobras fraudulentas utilizadas. A juicio de MIQUEL (págs. 147 y ss.) lo que sí aparece claro es que la doctrina francesa del siglo de BOURJON incluye la apropiación indebida y la estafa dentro de la expresión de *vol*. Lo único que cabría dudar es si BOURJON cuando emplea repetidamente el término «vol», «furt», «furte», «meubles furtifs», etc., se está refiriendo a un sentido restrictivo de las expresiones diferente del que utiliza la doctrina de la época. Indicios de que no entiende por *vol* algo distinto a la doctrina de su época, es no sólo un argumento *ex silentio*, pues en ninguna parte precisa que entienda por *vol*, sino sus referencias al Derecho romano cuando dice que las cosas furtivas se pueden reivindicar incluso del adquirente de buena fe y a la imprescriptibilidad de dichas cosas, así como la referencia al pasaje de LAPEYRERE, donde se contiene una amplísima definición

del *vol.* Pero además el sentido amplio del *furt* para BOURJON se comprueba claramente en el siguiente pasaje:

«L'enlèvement dess meubles de la part du locataire donne lieu contre lui à la condamnation para corps; c'est une espèce de furt de sa part, et tout enlèvement clandestin de la part d'un locataire qui doit les loyers, doit être réputé furtif, et produire cette effect, dès qu'il est juridiquement prouvé.

»Cela est tellement regardé comme un furt, qu'au Châtelet le proprietarire est autorisé à poursuivre extraordinairement le locataire qui a commis un tel enlèvement; ce qui prouve de plus en plus le droit de suite en faveur du propriétaire, et confirme la proposition.»

«No sólo hay *furt* sin llevarse de la posesión ajena la cosa, sino además de cosa propia. En base a este pasaje parece evidente que no se puede sostener que para BOURJON el hurto tenga un sentido estricto, correspondiente al actual, sino, por el contrario, un sentido muy amplio. La vinculación entre el derecho de *suite* y el concepto de hurto es patente en BOURJON. El arrendador, propietario del inmueble donde se encuentran los bienes muebles del arrendatario, sobre los que tiene una preferencia por los alquileres no satisfechos, puede perseguirlos aunque estén en poder de un tercero y esto se prueba aún más por razón de que el arrendatario al llevarse los muebles, sus propios muebles, comete un *furt*».

El otro texto de BOURJON invocado, es decir, el III, 22, 5, 1, dice:

«La prescription n'est ici d'aucune considération, elle ne peut etre d'aucun usage quant aux meubles, quisque par rapport a de tels biens la simple possession produit tout l'effet d'un titre parfait.»

Se dice que aquí BOURJON da a la posesión una eficacia atributiva de un nuevo derecho que el poseedor no tenía, o sea, establece una adquisición *a non domino*. Pero MIOUET (págs. 137 y sig.) advierte que BOURJON divide la prescripción adquisitiva de inmuebles en dos clases, según venga a suplir la falta de un título, la de 30 años, y la de 10 y 20 años que, exigiendo título, sólo viene a «ajouter un droit au titre»; y precisa:

«... La posesión durante 30 años equivale al título, y ello se funda en que después de tanto tiempo la prueba ha desaparecido. En los bienes muebles la posesión también equivale al título, y ello porque de la posesión nace una justa presunción de propiedad.

»En resumen, o el mueble es furtivo o la posesión vale título, en el primer caso la usucapión no se admite, en el segundo su función queda cumplida por la posesión. Luego no hace falta para nada. Pero BOURJON con su remisión a LAPEYRERE parece indicar que para él el hurto tiene el sentido romano.

»Así pues la equivalencia de la posesión al título no significa otra cosa que la prueba del título, pues esa es la función que cumple la prescripción que no añade un derecho al título, sino que lo suple »

«No es cierto, por lo demás, que sólo falle la regla posesión vale

título cuando se trate de cosas hurtadas, pues BOURJON señala buen número de excepciones ya vistas antes. No sólo los depositantes y deudores pignoraucios pueden interponer tercera frente a los acreedores del depositario y acreedor pignoraticio, sino que el vendedor no pagado, siempre que no haya vendido a crédito, puede reivindicar del tercero incluso de buena fe, y también el propietario-arrendador puede "reivindicar" los muebles de su deudor en cualquier parte a que hayan sido transportados (esto se refiere a que milita contra el privilegio del arrendador posterior en cuya casa hayan sido introducidos los muebles), e incluso contra un tercero adquirente de buena fe. Ahora bien, en estos casos de reivindicación, una usucapión no es de interés, pues el derecho de *suite* ha de ejercitarse en un breve plazo.»

A propósito de la opinión de POTHIER, recoge MIQUEL la explicación que aquél ofrece en el núm. 67 de su tratado *Des donations entre mari et femme*: «Respecto de los muebles, como usualmente las ventas, las donaciones y los otros géneros de enajenación de muebles se efectúan y se consuman por tradición manual, sin extenderse acta por escrito, el poseedor por esta disposición debe ser creído de lo que alegue del título por el que diga tener la cosa, con tal de que lo que alegue sea verosímil.»

Y destaca el sentido amplio que para el mismo POTHIER tiene la palabra *vol*, cuando éste, en el núm. 43 de su *Traté du contrat de Dépôt*, dice que «el depositario al vender de mala fe la cosa que le ha sido dada en depósito comete un robo (*vol*) de esta cosa, y la cosa queda infectada del vicio de robo (*vol*)...».

### III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ART. 464 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

MANUEL DE LA CÁMARA (págs. 33 y ss.) estima que si nos remontamos «y fijamos nuestra atención en el Proyecto de 1851 —que había de ser tomado como punto de partida por los autores del nuevo Código según ordena la primera Base de la Ley 11 de mayo de 1888— tal vez sea posible aportar algunos datos, cuyo interés, en mi opinión, es evidente».

«Ciertamente —prosigue CÁMARA—, el Proyecto de 1851 no registra ningún artículo similar al 464, pero en los comentarios que escribió su autor éste expresó el pensamiento de que la posesión, en el tráfico mobiliario debe cumplir la misma función que el registro público cuando se trata de inmuebles. Y, en consecuencia, aparecen en el Proyecto varios artículos que dejan a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe en atención a la eficacia legitimadora que se atribuye a la apariencia fundada en la posesión. Responden a este principio los artículos 982, 1.043, 1.178 y 1.926.»

Tal vez, mi compañero CÁMARA tienda generalizar, mientras yo estimo que la función del jurista en el terreno de la aplicación



práctica del derecho es fundamentalmente la de distinguir y subdistinguir. Digo esto por la generalidad que tienen dos de sus afirmaciones consignadas en el párrafo transcrito: 1.<sup>a</sup> «que la posesión en el tráfico mobiliario debe cumplir la misma función que el registro público cuando se trata de inmuebles» («*la misma función*»: ¿no es acaso excesiva esa afirmación de identidad y no de mero paralelismo, dada la diversa publicidad, en especial la expresividad, certeza o no de fecha y referebilidad a gravámenes de una y otra institución?); y 2.<sup>a</sup>, que es así, «en atención a la eficacia legitimadora que se atribuye a la apariencia fundada en la posesión» (¿resulta claro, o no, que éste es el fundamento de estos preceptos?).

Veamos, para juzgarlo, las propias palabras de FLORENCIO GARCÍA GOYENA, que es el comentarista, y Presidente de Sección redactora del Proyecto, al que alude DE LA CÁMARA.

Refiriéndose al art. 982 —antecedente del 1.473, 1.º del Código civil, pero con la diferencia de que en éste rige el principio de la transmisión por título y modo, mientras en el Proyecto regía el principio de la transmisión por el simple contrato de compraventa— GARCÍA GOYENA (vol. III, art. 982, pág. 13)— que, por cierto, invoca la ley 15, título 32, libro 3 del Código, y 50, título 5, Partida 5— razona:

«El segundo comprador adquiere su propiedad; y la entrega decide de ella contra lo dispuesto en el artículo anterior [que disponía la transmisión sólo título]: esta singularidad o excepción se funda en la necesidad de mantener la libre circulación de las cosas muebles, y en la dificultad de seguirlas y reconocerlas cuando ya están en manos de terceros. Además se evitan pleitos: en los inmuebles el comprador puede asegurarse acudiendo al registro público: en los muebles falta este recurso. La legislación Romana y la de Partidas, por no conocer el registro público, comprendían en la misma disposición los muebles e inmuebles: nosotros la limitamos a los primeros en que no se reconoce».

De este texto, resulta: 1.º Que la solución constituye «*una singularidad o excepción*». 2.º Que no dimana de que se atribuya eficacia legitimadora a la posesión, sino: de la falta de publicidad del solo contrato, que, además, tratándose de muebles suele ser verbal y aun cuando se otorgue por escrito no suele tener fecha cierta, y de la falta de determinabilidad de las cosas muebles, por «la dificultad de seguirlas y reconocerlas». 3.º Tampoco resulta que la posesión en la transmisión de bienes muebles cubra la función del registro en la transmisión de los inmuebles, sino que la de éste sobrepassa aquélla, al poder dotar de publicidad al contrato y dar fecha cierta a su publicidad. 4.º Que el criterio trasmisivo, «solo título», del Código francés, es desechado en el supuesto de doble venta, aplicándose a los bienes muebles la solución general de la «legislación romana y la de Partidas»: nada pues de solución germánica.

El artículo 1.043 del Proyecto, completa al 1.042 que es precedente del actual artículo 1.124 del Código civil, regulador de la denominada condición resolutoria tácita, a la que limita sus efectos salvando de ellos a los terceros de buena fe adquirentes de la propiedad de bienes inmuebles u otro derecho real sobre los mismos, «si no ha sido estipulada expresamente e inscrita en el registro público». El § 2.º añade: «Respecto de bienes muebles, haya o no habido estipulación expresa, nunca tendrá lugar contra el tercero que los adquirió de buena fe».

GARCÍA GOYENA (vol. III, art. 1.043, pág. 82) glosa. «*Respecto de bienes muebles*: porque respecto de éstos no tiene el tercer adquirente el recurso de consultar el registro público para su seguridad, y debe culparse a sí mismo al vendedor que los entregó sin ser pagado...»

Tampoco aquí se trata de la virtud legitimadora de la posesión, sino de la imposibilidad de consultar un registro público en que conste el gravamen. Ni la posesión cumple la misma función del registro público; sino que, al contrario, no la puede suplir. Se trata de un fruto de una larga evolución en el concepto y efectos de las garantías reales que llegaron a circunscribirse, tratándose de bienes inscribibles —entonces sólo los inmuebles—, a cuantos se inscriban en el registro público; y, tratándose de bienes no inscribibles, —entonces los muebles—, a los casos de su entrega en prenda o retención. No se trata de aplicaciones del principio «*meubles n'ont point de suite*», sino del más limitado «*meubles n'on pas de suite par hypothèque*» (2) que, a diferencia de aquél, entra francamente en nuestro derecho en la regulación de la prenda, que exigía la desposesión, y la hipoteca, entonces sólo aplicable a los inmuebles, y que requiere la inscripción.

El art. 1.178 regulaba los efectos de la acción pauliana, en el caso de fraude de acreedores. GARCÍA GOYENA (vol. III, art. 1.178, pág. 190) no hace sino explicar que se aplicó la solución romana, aunque sólo a los muebles, pues para los inmuebles el registro público permitía la solución de la toma de razón o inscripción desconocida en el derecho romano. No hay solución germánica, ni legitimación posesoria, sino falta de acción frente a contratantes y terceros de buena fe —aquí no «*in fraudem creditoris*», ni «*consciis fraudis*», respectivamente— GARCÍA GOYENA invoca la ley 6, párrafos 8 y 11, título 8, libro 42 del Digesto y la ley 7, título 15, Partida 5.

El art. 1.926, se ocupaba de los privilegios mobiliarios, refi-

(2) Me ha hecho notar JOSÉ MARÍA MIQUEL que, conforme expone detenidamente en otro estudio aún inédito, el principio *meubles non point de suite*, lo mismo que su precedente latino *mobilis non habent sequelam*, no tuvo originariamente mayor amplitud de la que hoy se atribuye al principio *meubles non pas de suite par hypothèque*, que se formuló más tarde, precisamente cuando por influjo del principio *Hand wahre Hand*, a través de juristas holandeses, se amplió el significado del primero hasta darle el que se le atribuye actualmente, lo que obligó a que se elaborara el segundo principio circunscrito al primigenio sentido que tuvo aquél.

riéndose el núm. 1 a los gastos de construcción o conservación de una cosa mueble, privilegio que mantiene «*mientras no ha pasado al dominio de un tercero*» [releamos, «*al dominio*»; no dice «a la posesión»]. Explicando GARCÍA GOYENA (vol. IV, art. 1.926, n. 1, pág. 283): «Los bienes muebles no son de suyo susceptibles de gravamen o afectación que los siga, desde que pasan al dominio de un tercero: demás, esto perjudicaría a su rápida circulación y abriría la puerta a fraudes: el privilegio concedido sobre los muebles del deudor no puede subsistir desde que los muebles dejaron de pertenecerle» [tampoco aquí habla de la «posesión» sino del «dominio»]. Se trata, otra vez, del principio «*meubles non pas de suite par hypothèque*» y no del «*meubles non point de suite*».

El núm. 7 del mismo art. 1926 se refería al privilegio por razón del precio de los bienes muebles no pagados, recayente sobre los mismos «*mientras se conserven en la posesión del deudor*». GARCÍA GOYENA dice (art. cit., núm. 7, pág. 287), con el mismo criterio que en los epígrafes anteriores, «el tercero que los ha adquirido del deudor con buena fe, no debe ser inquietado, pues no existiendo registro en cuanto a ellos, mal pudo informarse de su procedencia, y de si estaba o no pagados». Una vez más, no se ve la eficacia legitimadora de la posesión; sino la falta de eficacia de un privilegio frente a terceros, debida a la falta de un registro que lo publique. No hay adquisición a *non domino* del poseedor, sino falta de reipersecutoriedad del gravamen o privilegio, tratándose de bienes muebles, conforme al principio, antes enunciado, referente a las garantías reales, que en los bienes muebles requerían la desposesión del deudor.

Creemos, por consiguiente, que los precedentes romanos y de las Partidas —que hemos visto invocadas por GARCÍA GOYENA— los olvida CÁMARA cuando concluye, al comentar los arts. 982, 1.043 y 1.178: «Todo lo dicho pone claramente de relieve que el Proyecto de 1851 atribuía a la posesión el papel en el tráfico de bienes muebles que no responde, desde luego, a la tradición romanista». Y, ante la referencia del Proyecto únicamente a la falta de reipersecutoriedad de gravámenes y privilegios nobiliarios y a la carencia de oponibilidad de los contratos no seguidos de tradición, sin fundarse en legitimación posesoria alguna sino en la falta de publicidad —ante la inconveniencia de registro mobiliario— de contratos, gravámenes y privilegios mobiliarios, me extraña que CÁMARA se extraña, de «que no se haya tomado en consideración el supuesto conflictivo más típico, es decir el que tiene lugar cuando el propietario desposeído ejercita la acción reivindicatoria frente a quien adquirió de buena fe la posesión creyendo que adquiriría el dominio, porque actuó como transmitente quien ostentaba la posesión en concepto de dueño, aunque no lo fuese realmente».

Parece que nuestro amigo no se apercibe de la diferencia sustancial del supuesto de la *adquisitio a non domino* con respecto al

de la simple falta de persecución por razón de contratos, gravámenes y privilegios mobiliarios. Ni GARCÍA GOYENA, ni jurista alguno de su época, podía confundirlos. Esta no reipersecutoriedad se había impuesto en nuestro derecho y fue recogida en el Código civil. De la *adquisitio a non domino* en materia mobiliaria, fuera de los supuestos específicos aludidos en el art. 1.962 del Proyecto, ni siquiera hablaban.

Como hace notar J. M. MIQUEL, en el Proyecto de 1851 no existía artículo alguno correspondiente al actual 464. En cambio, el supuesto de la venta pública aparecía recogido en el art. 1.962 antecedente del 1.955 C. c., de manera que el § 2.º de la actual 464 —«Si el poseedor hubiese adquirido la cosa perdida o sustraída en venta pública...»— se encontraba ya en el proyecto de 1851, si bien su art. 1.962 hablaba más extensamente de que «hubiese sido comprado en feria, mercado, subasta pública o de comerciante que venda efectos parecidos...».

GARCÍA GOYENA (vol. IV, art. 1.962, pág. 321) explica que el art. 2.279 francés «consagra la máxima o principio de que en los muebles la *posesión equivale al título: possideo quia possideo*; pero concede tres años para reivindicar la cosa hurtada o perdida».

Y, al final del comentario del artículo (pág. 322), dice:

«El interés del comercio y el respeto debido a la fe pública de la subasta, exigen que el que posee por uno de estos títulos no pueda ser privado de la cosa comprada, sin que el propietario le indemnice previamente; pero esto debe entenderse de la compra y venta de cosas singulares: si se tratara de una universalidad de muebles, como la que suele corresponder a un heredero, el título universal se conservaría por las acciones que le son propias.

»El favor de las ferias y mercados fue grande en la edad media, como puede verse en la ley 4, título 6, Partida 5, porque en ellos se hacía principalmente el comercio; yo he visto un privilegio Real por el que se aseguraba al comprador contra toda molestia y reclamación del propietario por cuanto comprase en cierta feria.»

Y, ¡nada más!... Sólo las compras en feria, mercado, subasta pública o de comerciante que vendiese efectos parecidos, producían la adquisición del tercero de buena fe, sin perjuicio del reembolso al propietario del precio pagado por las cosas si las hubiese perdido o le hubiesen sido hurtadas.

Sin embargo, CÁMARA (pág. 38) —bajo su punto de vista— concluye: «La aparición, por consiguiente, en el Código de 1889. del artículo 464, que definitivamente erradica de la normativa atinente a la prescripción, permite imaginar que se penetró en el verdadero significado de la norma francesa, y el hecho de reproducirla autoriza la suposición de que siguió dentro de la línea de pensamiento a que respondía el Proyecto de 1851, en lo concerniente a la función legitimadora de la posesión [que, como hemos indicado, no

sabemos ver], colmándose la incoherencia [que tampoco hemos sabido estimar] que se aprecia en aquél.»

En cambio, a su juicio (pág. 33), en los trabajos preparatorios del Código civil «poca o ninguna luz encontramos».

Digamos que, en un momento dado, después de que MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS desempolvara el borrador del acta del 24 de enero de 1882 de la Comisión General de Codificación, algunos autores creyeron entender algunas palabras de CÁRDENAS como favorables de la introducción en nuestro Código de las adquisiciones *a non domino* de bienes muebles.

HERNÁNDEZ GIL (págs. 652 y ss.) trae a colación:

— La exposición del Ministro de Justicia, ALONSO MARTÍNEZ, al presentar a las Cortes los libros I y II del Proyecto de Código de 1882, en el que figuraba, como art. 469, un precepto sustancialmente análogo al actual 464. De dicha exposición recoge el fragmento siguiente, poniendo en cursiva algunos de sus incisos: «En cuanto a la propiedad y demás derechos reales, nada se ha omitido para que nuestro Código se encuentre a la altura de los que rigen otras naciones. Conciliando en lo posible la tradición romana con *los principios de la escuela germánica*, procúrese robustecer las sólidas bases sobre que la propiedad se asienta en nuestra patria; *se regula con un criterio eminentemente práctico y científico la posesión* en lo que a su origen, constitución y efectos se refiere, reconociendo que la facilidad de la transmisión es el complemento del dominio; y termina este conjunto armónico con disposiciones que la ciencia reconoce como ventajosas para el ordenado desarrollo de aquellas instituciones». Los comentarios de HERNÁNDEZ GIL son ponderados: «Las palabras transcritas, muy compendiosas, no dejan completamente claro si la armonía entre la tradición romana y los principios de la escuela germánica, predicada de la propiedad y los derechos reales comprende también la posesión. Probablemente sí, porque la posesión se incluye entre los derechos reales; si bien suscita cierta duda que luego se la mencione de modo particular para decir que el criterio regulador ha sido eminentemente práctico y científico»... «Pensar que la facilidad en la transmisión como complemento del dominio a que alude el fragmento guarda alguna relación con el problema en estudio, sería aventurado.»

Las actas de las sesiones de la sección 1.<sup>a</sup> de la Comisión General de Codificación que trataron del tema posesorio, del que fue ponente FRANCISCO SILVELA, que son las de los días 13, 17, 20 y 24 de enero de 1882. De la última acta resulta: que CÁRDENAS observó falta de disposiciones acerca de los efectos de la posesión de cosas muebles, pareciéndole «deber establecerse algo sobre este punto a la par que determinar bien cuando se gana la posesión de estas cosas, puesto que en su adquisición es muchas veces fácil que haya vicio, conocido o ignorado del que adquiera»; que, según creía SILVELA, «el punto indicado»: «podía quedar resuelto en las disposiciones relativas a la prescripción», 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 algunas reglas sobre la reivindicación de efectos o valores públicos o particulares»; y que Cárdenas replicó «que la disposición del Código de comercio, la cual se refiere a las materias de su especialidad, no escusaba la que para el Código civil reclamaba; y reconociéndolo así la Sección, encomendó al Sr. SILVELA el estudio del punto que acababa de tratarse, y la redacción del artículo que indicaba el Sr. CÁRDENAS».

De ello deduce HERNÁNDEZ GIL:

«1.º La Sección 1.ª de la Comisión General de Codificación entendió que la regulación de la posesión no estaba completa sin una disposición especialmente referida a los bienes muebles.

»2.º Entre los Códigos tenidos en cuenta figuran algunos que recogen la regla de equivalencia de la posesión de buena fe al título.

»3.º Se advirtió que la materia objeto de regulación está relacionada con las normas del entonces Proyecto de Código de comercio sobre la reivindicación de efectos o valores públicos o particulares, sin que éstas se reputaran suficientes para suplir la omisión advertida en el Proyecto de Código civil.»

Además advierte que en el archivo de la Comisión General de Codificación, en el legajo 34, en ejemplares impresos con amplios márgenes del Proyecto, en que aparecen observaciones manuscritas de los Vocales la Comisión, entre ellos, al margen del art. 469, hay esta nota de DÁVILA: «¿Y si se ha transformado esencialmente?»; y, en otra carpeta del mismo legajo, una observación de FRANCO Y LÓPEZ proponiendo la introducción entre los entonces párrafos 2.º y el 3.º, que corresponden a los 2.º y 4.º del actual art. 464, de otro que se convirtió en 3.º, fundado en la misma razón que presidía al 2.º, y que, con redacción parecida, lo es hoy también del 464, referente a que para la devolución de los objetos empeñados en Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno y sujeción a los estatutos o reglamentos aprobados por el mismo, procedía el reintegro de la suma por la que hubiesen sido pignorados y de los intereses vencidos.

J. M. MIQUEL (pág. 251, nota 3), se remite a la opinión de ANTONIO MANUEL MORALES, de que, en la reunión del 24 de enero de 1882, «... no estuvo en el ánimo de la Comisión la regulación de una forma de adquisición *a non domino*, sino tan sólo *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 del que las adquiere*». Apunta MORALES la posibilidad de que SILVELA se inspirase en un texto de la Novísima Recopilación (Libro XI, Título VIII, Ley III) que, resolviendo la duda de si la posesión de año y día exigía título y buena fe, dispuso: «Nos, tirando esta duda, mandamos, que el que tuviere la cosa año y día,

no se excuse de responder por ella en la posesión, salvo si tuviere la cosa año y día sin título y buena fe.»

Se han invocado también las siguientes palabras del citado CÁRDENAS, en la Introducción a los Comentarios de Manresa al Código civil: «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 o sustraída, 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 sustracción acaso, sin ser reembolsado del precio dado por ella. Esto sí es una novedad en nuestro Derecho, donde prevalecía 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».

MIQUEL, estima que cuando CÁRDENAS dice «ésta sí es una novedad», «se está refiriendo a las adquisiciones protegidas por haber sido hechas en venta pública. Lo confirma también cuando dice: "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*". Es decir, para justificar la adquisición por los Montes de Piedad del derecho de prenda *a non domino*, no acude al supuesto más simple del párrafo 1.º, sino al que presenta más requisitos del párrafo 2.º, venta pública, y a la remisión del párrafo 4.º, a las adquisiciones en Bolsa.

»Por otra parte, hay que destacar también que CÁRDENAS no habla en ningún caso de las cosas confiadas. La contraposición entre desposesión voluntaria e involuntaria, que sería, de existir, una importante novedad en nuestro Derecho, es pasada por alto. En todo caso, pudiera pensarse que para CÁRDENAS, como también para ALONSO MARTÍNEZ, la regla *posesión vale título* obtiene un



desenvolvimiento en los casos que el art. 464 especifica en sus párrafos 2.º, 3.º y 4.º.

»Así CÁRDENAS nos dice: "el que adquiera en venta pública de buena fe tiene a su favor todas las presunciones positivas de ser su dueño". Parece, pues, que CÁRDENAS no pensaba en la adquisición *a non domino* derivada de la mera posesión de buena fe, sino acompañada de especiales *requisitos y solemnidades*. Aunque este punto no es del todo seguro. Lo que sí es cierto es que CÁRDENAS no plantea el problema de la desposesión voluntaria e involuntaria y sólo le preocupa la aplicación a los Montes de Piedad de la adquisición *a non domino* de la prenda y para justificarlo acude al razonamiento de que no se puede dudar de la buena fe de los establecimientos, más que de la de los que adquieren en venta pública, pero no habla de otros, cuya buena fe —al margen de venta pública— tendría menor base objetiva, y por ello le serviría como argumento más fuerte. Se podrá decir, en contra de todo esto, que acudió al supuesto de cosas perdidas o sustraídas, que es el de la venta pública, pues sólo esto sería lo criticable, pero no parece ir por ahí la contestación, que se centra en la buena fe.

»Además hay que destacar en CÁRDENAS que ve el principio tendente a facilitar las transmisiones y *asegurar la propiedad* de las cosas muebles. Antes ha hablado también de la seguridad del dominio que exige garantías más fáciles de obtener que los bienes inmuebles.»

En fin, se han aducido estas frases del Ministro de Justicia ALONSO MARTÍNEZ: «Las exigencias de la vida social han obligado a los legisladores de todos los pueblos y tiempos a establecer una prescripción mucho más breve para las cosas muebles que para los inmuebles; y esta necesidad se acentúa y hace sentir más imperiosamente a proporción que la humanidad adelanta en las vías de la civilización y del progreso. Por esto veis que *en el Comercio*, la prescripción es rapidísima y en ocasiones instantánea, dando de ello testimonio irrecusable todos los Códigos, y singularmente las disposiciones sobre efectos al portador, las leyes sobre no reivindicación de títulos, y *sobre todo el triunfo en toda Europa del principio germánico, según el cual, en la compraventa de los efectos y cosas muebles verificada en sitio autorizado o establecimiento abierto, esto es, en las tiendas, en los almacenes, en los mercados, en las lonjas, en las bolsas, se causa en el acto una prescripción de derecho*, expresión tal vez impropia, pero que en suma significa que la venta es válida, y el comprador adquiere irrevocablemente la cosa para sí, aunque no sea el vendedor su dueño.»

Los subrayados son de MIQUEL, que comenta (pág. 257):

«Vemos, pues, que para ALONSO MARTÍNEZ el principio germánico que ha triunfado en Europa, es en síntesis el recogido en los arts. 85 y 545-3.º del Código de Comercio. Pero para nada se refiere a la irreivindicabilidad de las cosas «confiadas» adquiridas en cualquier parte. Parece, en definitiva, que tanto para ALONSO MARTÍNEZ

como para CÁRDENAS se trata, en efecto, de adquisiciones *a non domino* o con derecho al reembolso, pero cualificadas por los lugares o especiales requisitos, como venta pública, más allá de la simple posesión de buena fe. Lo que no he encontrado, es ninguna referencia a la fundamental distinción, según la tesis germanista, entre cosas confiadas y de otro lado robadas, perdidas o hurtadas. En cambio, ALONSO MARTÍNEZ, destaca las peculiaridades en el ámbito del comercio y de los títulos al portador.»

Por otra parte, no puede dejar de ser valorada la posición de los primeros intérpretes del Código civil, alguno de los cuales formó parte de la Comisión General de Codificación, como MANRESA. Ninguno de ellos interpretó que el art. 464 consagrara una adquisición instantánea *a non domino* del tercero que de buena fe adquiriera la posesión. Así:

La teoría del *título para la usucapión* la sostuvieron COMAS, MUCIUS SCAEVOLA (¿SILVELA?), y más tarde, ALAS, DE BUEN y RAMOS, en su monografía sobre la usucapión y el segundo en sus notas al COLIN y CAPITANT, BARRACHINA, etc.

La teoría de la *presunción iuris tantum* la sostuvo FALCÓN y, más tarde, TRAVIESAS.

La teoría del *modo de reivindicar*, aparece ya en MANRESA, SÁNCHEZ ROMÁN y ROBLES POZO, e incluso en NAVARRO AMANDI y, en cierta perspectiva, en SCAEVOLA, y, más tarde en VALVERDE.

Sólo ¡en 1920! LEOPOLDO ALAS, rectificando su anterior posición, inicia la doctrina llamada germanista.

¿No es esto significativo?

#### IV. RELACIÓN ENTRE LOS DISCUTIDOS SIGNIFICADOS DEL ART. 2.279 DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y NUESTRO ARTÍCULO 461, 1, Y SUS DIFERENCIAS.

Recordemos el texto del § 1.º del art. 464 C. c.

«*La posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea.*»

Por su parte, el art. 2.279 del Código civil francés dice:

«*En fait de meubles, la possession vaut titre.*

»*Neanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve: sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.*»

Mayor aún es la semejanza entre el párrafo 2.º del art. 464 y el originario art. 2.280 del Código de Napoleón, antes de serle adicionado un segundo párrafo por ley de 11 de julio de 1892.

El innegable parecido entre el art. 2.279 francés y el 464, 1. español, denota, sin duda, como reconocimos en nuestro estudio de 1956, que el precepto francés fue fuente de inspiración para la

redacción del art. 464. Ahora bien, preguntábamos entonces, ¿es suficiente esta circunstancia para deducir de ella que nuestra interpretación del art. 464 debe depender de la dominante francesa del art. 2.279 del *Code*?

No existe base para aceptar semejante reenvío. Y, por otra parte, conforme la Base 1.<sup>a</sup> de la ley de 11 de mayo de 1888, la admisión de soluciones nuevas con un fundamento científico o procedentes de legislaciones extrañas, requería que hubieran «obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos» —lo que en ese caso no era así, según hemos comprobado en el epígrafe anterior— o que resultaran «bastante justificadas en vista de las exposiciones de principios o de métodos hechas en las discusiones de ambos cuerpos colegisladores». Cámaras en las que pasó desapercibido el art. 464, como ha reconocido el mismo HERNÁNDEZ GIL (*El giro de la ...*, R.D.P. XXVIII, 1944, pág. 492).

Tampoco, en aquella época la doctrina francesa no era unánime acerca del significado del art. 2.279, ni la jurisprudencia se inclinaba hacia una formulación germánica pura.

J. M. MIQUEL ha estudiado, precisamente, de modo muy detenido la doctrina y la jurisprudencia francesa acerca del art. 2.279 del *Code* desde su formulación hasta nuestros días, dedicándole el capítulo IV de su libro (págs. 153 a 244).

Pregunta, primero, cómo los autores del Código napoleónico, para alcanzar cuál era la *mens legislatoris*, presentaron los artículos 2.279 y 2.280. Y trata de desentrañarlo (págs. 157 y ss.) averiguando el pensamiento de los cuatro miembros de la comisión redactora PORTALIS, TRONCHET, BIGOT DE PRÉAMENEAU y MALEVILLE, tanto a través del *Discours préliminaire*, firmado por los cuatro y pronunciado el 20 de enero de 1801 (1.º del pluvioso del año IX) por el primero que fue el encargado de su redacción, como de las explicaciones del tercero y el cuarto. Faltan del segundo, que no dejó más obra jurídica que su participación en la redacción del *Code*.

PORTALIS, al hablar de las diversas especies de bienes, afirmó: «La distinción entre bienes inmuebles y riquezas mobiliarias, nos da la idea de que existen cosas puramente civiles y otras comerciales. Las riquezas mobiliarias son objeto del comercio; los inmuebles pertenecen en particular a la ley civil. No obstante hay efectos mobiliarios que se reputan inmuebles, porque se los puede mirar como dependencias o accesorios de los fundos y otros objetos civiles».

Y, más adelante, advierte:

«Sin duda, en materia civil, como en materia comercial, es precisa la buena fe, la reciprocidad y la igualdad en los contratos; pero para garantizar esta buena fe, esta igualdad y esta reciprocidad en los contratos, sería equivocado razonar del mismo modo en los asuntos civiles que en los negocios mercantiles.

»Con gran sagacidad se excluyen por ejemplo, en los últimos

las sanciones reivindicatorias, pues en los asuntos de esta especie se trafica con objetos muebles, que circulan rápidamente, no dejan ningún rastro y cuya identidad casi siempre sería imposible de verificar y reconocer; pero a menos de incurrir en injusticia y en el absurdo, no se podría rechazar la admisión de dichas acciones en los asuntos civiles, relativos casi todos a inmuebles, que tienen asiento fijo el cual persiste, aunque aquéllos pasen a otras manos, y que, por su permanencia, hacen posibles, e incluso fáciles, todas las discusiones que pueda exigir el interés de la justicia.»

J. M. MIQUEL (pág. 158) advierte que donde PORTALIS limita la reivindicación es en los asuntos mercantiles, y no en los civiles, en los que esa limitación, «no se podría hacer sin injusticia y sin absurdo»; y, aunque de modo general diga que los asuntos civiles se refieren «casi todos a inmuebles», advierte que dice «casi todos», «*presque toutes*», «luego —razona MIQUEL— hay asuntos civiles referidos a muebles, que parece no quedarán sometidos a la irrevindicabilidad». Esto lo justifica PORTALIS por la característica de los bienes de ser «*presque toujours impossible de vérifier et de reconnaître l'identité*», que, sin embargo, no se da en todos los bienes muebles, v. gr., en cuadros famosos, ciertas joyas perfectamente identificables y tantos otros.

BIGOT DE PRÉAMENEAU explicó que el fundamento de considerarse el hecho posesorio como título se explica porque «no hay ordinariamente otros para las cosas muebles». Esta declaración le parece a MIQUEL (pág. 159) de importancia a la hora de precisar que significa título: «Si la *ratio* de la equivalencia es que respecto de bienes muebles ordinariamente faltan títulos, no puede entenderse título más que en un sentido formal o como otra prueba del título material»; pues, lo que para los bienes muebles hacía falta suplir era «el título en sentido formal, o, si se quiere, la prueba del título material pues el documento o título en sentido formal, no es más que uno de los medios de prueba del título material pero precisamente el que en Derecho francés interesaba suplir, no sólo por la normal falta de otras pruebas, sino también por la exigencia normal de escrito en los actos y contratos superiores a cierta cantidad».

También alude BIGOT a las dificultades para la reivindicación de los muebles, que motivó la regla general de que «*en fait de meubles possession vaut titre*». Pero, como observa MIQUEL, «en las palabras de BIGOT no hay una referencia expresa a una adquisición *a non domino* en los casos de "cosas confiadas". Si la *ratio* del precepto fuera sancionar la mala colocación de la confianza, entonces no podría menos de decirse algo».

DE MALEVILLE, en su obra *Analyse raisonnée du Code civil* —que originó la famosa frase de Napoleón «Mon code est perdu»— al tratar del art. 2.279 se ocupa de la usucapión de los muebles, y cita a LAPEREYRE, SERRES y ROUSSEAUD, así como al Código de Justiniano, pero no a BOURJON. No habla de cosas confiadas. Tampoco

dice nada de la seguridad del comercio en relación al art. 2.279, sino al tratar del art. 2.280, donde observa que si el adquirente hubiera comprado en otros lugares, como no militan las razones del favor del comercio y de la buena fe del adquirente, debe devolver la cosa sin poder reclamar el precio, y se hace incluso sospechoso.

Quien orientó el significado del art. 2.279, no sólo a la función probatoria, sino también a la adquisitiva *a non domino* fue MERLIN DE DOUAI, quien, según MIQUEL (pp. 164 y s.), es, «a lo que se me alcanza, el primer autor en el que se dan cita la máxima posesión vale título y la doctrina de la limitación de la reivindicación de las cosas confiadas de procedencia germánica». Acudió a autores holandeses, relacionó la doctrina que en ellas encontró con la de BOURJON, «produciendo así la primera conexión histórico formal que conozco, entre el nuevo principio posesión vale título y la tradición germánica mantenida sobre todo en Lübeck. Me refiero y quiero destacarlo a la máxima posesión vale título, y no *mobilia non habent sequelam o meubles n'ont pas de suite*».

En definitiva, años después, en las fechas en que se discutía la redacción de nuestro Código civil, en Francia podían catalogarse diversas teorías para explicar el significado del art. 2.279 MIQUEL (págs. 169 y ss.) nos ofrece la siguiente clasificación.

1.º) *La teoría del título para la usucapión*, que sostuvo TOULLIER —que en España pudo influir en GOROSABEL—, para quien la reivindicación debía admitirse en todos los casos en que hubiera habido un despojo injusto, como por ejemplo —dice— un abuso de confianza.

2.º) *Teoría de la prescripción instantánea*, defendida por MARCADÉ y DEMOLOMBE, que no encontró aceptación en la doctrina ni en la jurisprudencia francesa, pero que pudo haber influido en la redacción del Código de comercio español.

3.º) *Teoría de la presunción de propiedad*, con sus variantes: de la presunción irrefragable, que sostuvieron Aubry y Rau; de la presunción *iuris tantum*, sostenida repetidamente por la jurisprudencia, y la que, en unos casos estimaba la presunción *iuris et de iure*, cuando debatieran el poseedor y un reivindicante que se limitase a invocar su derecho de propiedad, y, en otros, de una presunción *iuris tantum*, cuando el reivindicante sostuviera que el poseedor está obligado personalmente a restituirle la cosa en virtud de contrato, delito o cuasi-delito, como mantuvo GUILLOUARD y, más tarde, SALEILLES intentando explicar la posición de la jurisprudencia.

En los casos en que la presunción actúa *iuris et de iure*, es decir, irrefragable por prueba en contrario, sólo cabe reivindicar frente al poseedor probando (el reivindicante) haber pedido la cosa o que ésta le fue robada.

4.º) *Teoría de la adquisición «ex lege»*, defendida por LAURENT, quien entendió, que equivaler no es presumir, y la equivalencia se refiere a «un titre parfait», como decía BOURJON. No obstante lo cual, observa MIQUEL (pág. 180), que el mismo LAURENT, según sus

propias palabras, consideró de tipo probatorio la razón del art. 2.279, «La posesión equivale a un título de propiedad —dice en sus *Principes de Droit Civil XXXII*, Bruselas 1878, pág. 560— es decir a una causa legítima de adquisición, de cuya prueba el poseedor está dispensado, porque las transacciones mobiliarias no se constatan por escrito».

En la doctrina española: la tesis de TOULLIER influyó en los autores que entendieron que el art. 464 no hacía sino dotar al poseedor de buena fe de un justo título para la usucapión; la de LAURENT, en cierta medida en NAVARRO AMANDI; y, posiblemente, la de AUBRY Y RAU, con modificaciones importantes resultantes del mismo texto literal del art. 464, 1, pudo haber influido en la tesis del modo de reivindicar.

En mi estudio de 1956 sobre la reivindicación mobiliaria, aventuré que el *Tratado* de AUBRY Y RAU fue uno de los que más pudo influir, e influyó efectivamente, en los juristas que contribuyeron a la redacción del Código civil. A MIQUEL le ha parecido «probable e incluso presumible que nuestro legislador (SILVELA encargado de redactar el 464, acta enero 1882) utilizará el libro de AUBRY Y RAU». MANOLO CÁMARA (nota 32, pág. 31), estima: «Se trata, claro está, de una conjetura más o menos fundada». Pero MIQUEL ofrece razones, que me parecen sólidas y dan mucha verosimilitud a su apreciación, aunque CÁMARA no se molesta en ponderarlas, ni por consiguiente se preocupa de discutir o contravalorar. He ahí las razones de MIQUEL (págs. 176 y s.).

«a) Desde el punto de vista de la sistemática tratan [AUBRY Y RAU] del tema dentro de los efectos de la posesión, a diferencia de todos los comentaristas del Código francés que seguían la sistemática de éste y estudiaban el tema en sede de prescripción. AUBRY Y RAU son los únicos que tratan del artículo 2.279 dentro de la posesión y más aún en sede de efectos de la posesión de bienes muebles. Igual, pues, que nuestro Código.

»b) Utilizan las expresiones: «celui qui aurait été *privé* d'une chose mobilière par un abus de confiance, par une violation de dépôt, au meme par suite d'une escroque de sa chose...». «Elle [la excepción] ne saurait être étendue...». «celui por le fait duquel il a été *illégalement privé* de sa chose...». «Elle [la excepción] ne saurait être étendue aux délits qui, quoique ayant pour résultat, comme le vol, de *dépouiller illégalement* le possesseur de sa chose, ne presentent cependant pas les caracteres du vol, tels que le définit la loi pénale».

»c) Plantean detenidamente el problema de la necesidad o no de la buena fe.

»Es decir, tres puntos que el Código civil español habría recogido separándose del Código francés. Naturalmente que no se quiere decir que nuestro legislador haya seguido en estos tres puntos la opinión de los profesores de Estrasburgo; en los dos últimos puntos precisamente se habría seguido la contraria. Lo que se

apunta es lo muy probable que resulta la afirmación de que SILVELA, o quien redactara el artículo, tuviera a la vista este Tratado del que podría haber extraído la expresión privación ilegal y la exigencia de buena fe. La sistemática coincidente, en realidad, venía impuesta por la comisión que había decidido ya situar el precepto en sede de posesión y parece que dentro de los efectos. Recordemos que Cárdenas echaba de menos un precepto sobre los efectos de la posesión de bienes muebles.»

E insiste:

«Nuestro legislador pudo haberse inspirado en este libro en el sentido de que alguna de las cuestiones presentadas por él son reueltas por nuestro Código, aunque no en el sentido decidido por AUBRY y RAU, sino en contra; concretamente en el tema de la extensión de la expresión *vol*, creo muy verosímil que SILVELA haya tomado de aquí la expresión *privación ilegal* para querer dar a *vol* un sentido mucho más amplio, comprensivo de la apropiación indebida y de la estafa. Me parece mucho más verosímil esta procedencia de privación ilegal que la ya afirmada entre nosotros de que quizá nuestro legislador quiso extender la expresión del Código francés a la estafa, por el conocimiento que tenía de una sentencia francesa.»

A continuación, en el mismo capítulo, se ocupa J. M. MIQUEL de exponer la doctrina que actualmente predomina en Francia; de las funciones probatoria y adquisitiva *a non domino* de la regla posesión vale título; de las condiciones exigidas para su respectiva aplicación y de sus efectos. Recomendamos su atenta lectura, aunque poco tengan ya que ver con la interpretación de nuestro artículo 464, 1. No obstante, cuando nos ocupemos de la interpretación sociológica (es decir, con relación al contexto social actual) y finalista o teleológica de este precepto, volveremos a ese capítulo para examinar el actual endurecimiento de la jurisprudencia frente a quienes invocan la protección del art. 2.279, restringiendo así su eficacia, y, también, las posiciones críticas —como las de SAVATIER y RODIERE— respecto al criterio de imputar siempre las consecuencias de la estafa y la apropiación indebida al que confió la cosa a quien luego la transmitió a un tercero.

#### V. POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO AL ART. 464, 1. ACTITUDES ANTE EL CRITERIO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

JOSÉ MARÍA MIQUEL, en el capítulo V, II (págs. 261 y ss.), clasifica las teorías que han intentado explicar doctrinalmente el artículo 464, 1, siguiendo básicamente, según dice (pág. 263), la clasificación que yo hice en 1956 pero completándola por lo que se refiere a la doctrina posterior. Así distingue las siguientes teorías:

- 1.º Del título para la usucapión.
- 2.º De la presunción «*iuris tantum*».
- 3.º De la adquisición «*a non domino*».
- 4.º De la regla específica de la reivindicación mobiliaria (entre

cuyos seguidores algunos, como Amorós Guardiola, Díez del Corral, Díez Picazo han dado, no obstante, sentido restringido a la expresión de la «privación ilegal»).

- 5.º) De la irreivindicabilidad.
- 6.º) Del título por equivalencia.

Por su parte, DE LA CÁMARA (págs. 20 y ss.) simplifica los términos de la cuestión, en concordancia con el carácter eminente polémico de su trabajo, distinguiendo únicamente:

1.º) La que «sólo trata de puntualizar el valor y el significado de la posesión de buena fe en relación con la usucapión».

2.º) La llamada «interpretación germanista», según la cual «el que ha adquirido de buena fe la posesión de una cosa mueble ha adquirido, así mismo, la propiedad», y que circunscribe la excepción que permite reivindicar la cosa a quien la hubiese perdido o sido privado de ella ilegalmente, interpretando restrictivamente la expresión «privación ilegal».

3.º) La que denomina «posición intermedia», de quienes entendemos que el art. 464 tiene por objeto la reivindicación mobiliaria, que «la restringe pero (dentro de las previsiones del primer párrafo) no la excluye nunca», por tomar en su más amplio significado la expresión «privación ilegal».

No creo que esta tercera posición pueda llamarse «intermedia», pues se halla en plano distinto de las otras dos. Así lo entiende HERNÁNDEZ GIL (pág. 576), que dice: «La tercera de las interpretaciones del artículo 464 no es una combinación de las anteriores, sino más bien un apartamiento de las dos»... «Más que una tesis sincrética o intermedia, es una tesis distinta».

Esta precisión no deja de tener importancia; pues, como veremos, algunos argumentos en impugnación de la tesis «denominada» romanista —como es la basada en el adversativo «sin embargo»— se han dado como convincentes tanto frente la primera como contra tercera tesis enunciadas, sin advertir que no rozan con ésta, pues, al hallarse en otro plano, da otro sentido real y efectivo a dicho adversativo que no desvirtúa su sentido gramatical.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dice CÁMARA (págs. 22 y ss.) que ésta «ha rechazado la versión germanista del artículo 464 y ha sostenido que el abuso de confianza constituye un caso de privación ilegal. Esta tesis, que apunta ya con bastante claridad la Sentencia de 31 de diciembre de 1910 y a la que se adhiere después la de 13 de enero de 1926, ha sido confirmada por la muy importante de 19 de junio de 1945 que parece acoger la tercera de las interpretaciones antes señaladas. Puede considerarse, igualmente, confirmatoria de esta doctrina jurisprudencial la Sentencia de 14 de noviembre de 1950».

J. M. MIQUEL, estudia muy extensamente la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en el cap. V-III de su libro (págs. 287 a 344). El estudio es meticuloso y fino, penetrando hasta el fondo del supuesto de hecho siempre que resulta conveniente hacerlo.



No podemos seguirle para no hacer excesivamente largos estos comentarios.

Quisiera, en cambio, advertir que la Sentencia de 19 de junio de 1945, venía siendo mal comprendida al pretender varios autores situarla en el plano de la disputa entre las denominadas interpretación romanista y germanista. Por eso, salté a la palestra con un comentario de la misma, que apareció en ANUARIO DE DERECHO CIVIL V-IV, octubre-diciembre de 1951, para advertir que, en ella, el Tribunal Supremo entendió que el art. 464, 1, «se limita a establecer en favor del poseedor de buena fe una presunción de propiedad que sólo cede ante la prueba de que el dueño fue privado de ella injustamente, carga que incumbe a este último». Presunción *iuris de iure*, en cuanto no admite prueba en contrario, de acuerdo con la expresión «*equivale a título*», pues no es posible superarla, frente al poseedor de buena fe, sino probando, el reivindicante, haberla perdido o haber sido privado de ella ilegalmente.

Pero, volvamos a lo que dice CÁMARA al respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A su juicio, no son «demasiadas las sentencias que han tenido ocasión de resolver categóricamente el problema de si el artículo 464, 1, acepta o no la irreivindicabilidad de las cosas muebles adquiridas de buena fe (o, lo que es lo mismo, si ese precepto consagra un supuesto de adquisición "a non domino") pero su número parece suficiente para estimar consolidada una doctrina jurisprudencial en sentido negativo. Con todo, y a pesar de esta toma de posición por parte del Tribunal Supremo, los partidarios de la interpretación germanista del artículo 464 no han renunciado a sus convicciones, aunque también es verdad no se aducen nuevos argumentos distintos de los ya manejados»

CÁMARA cree que «esta insistencia está justificada, pues aunque sea poco probable que el Tribunal Supremo cambie de criterio no cabe excluir la posibilidad que así ocurra»... «La interpretación de las leyes por parte del Tribunal Supremo puede variar y de hecho ha variado en más de una ocasión». Y señala que la S. de 1 de febrero de 1958, aun proclamando que es ineludible mantener y obligado acatar la doctrina jurisprudencial, deja a salvo que «las circunstancias del vivir, un inequívoco error o una disposición legislativa, aconsejen o impongan la procedente rectificación». Ante esa posibilidad, afirma CÁMARA «me propongo demostrar en este trabajo que, respecto de la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho del artículo 464, concurren en alguna medida las circunstancias que, según el propio Tribunal, aconsejan rectificarla».

ANTONIO HERNÁNDEZ GIL también intenta mostrar que el criterio jurisprudencial acerca de la interpretación del art. 464, 1, no es acertado. En cambio, JOSÉ MARÍA MIQUEL ofrece abundantes datos y razones que concluyen a favor de la interpretación que prevalece en nuestra jurisprudencia. Por consiguiente, el tema de la interpretación del art. 464, 1, examinado a la luz de los tres trabajos que te-

nemos a la vista es de gran interés. Invitamos al lector a que nos acompañe en una relectura crítica de los respectivos fundamentos y argumentaciones.

#### VI. INTERPRETACIÓN DEL ART. 464, 1, DEL CÓDIGO CIVIL SEGÚN EL SENTIDO PROPIO DE LAS PALABRAS, EN RELACIÓN CON EL CONTEXTO.

HERNÁNDEZ GIL (págs. 645 y ss.) advierte que el nuevo art. 3.º, 1 del Código civil, fruto de la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y del D. de 31 de mayo de 1974, al comenzar diciendo que «las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto», aglutina la tradicional trilogía de los elementos literales, lógicos y sistemáticos, pero con un importante matiz: «Permite ponderar como elementos del sentido no sólo los estrictamente literales de las palabras en sí mismas, sino otros factores —también lingüísticos o metalingüísticos, como los componentes lógicos— que cooperen a la determinación del sentido. El sentido propio no queda subordinado a la angostura de la literalidad. Cuando la doctrina que ya puede considerarse como clásica en materia de interpretación equipara sentido literal y significado gramatical olvida que la gramática es la estructura de todo cuanto puede decirse; cubre el campo entero de la decibilidad. Es pecado de lesa gramática adscribirla al servicio de los estrictos significados literales. Una misma palabra puede no tener sentido propio en exclusiva: podrán ser varios los sentidos propios, aunque sólo sea uno el que le corresponda según su empleo. Dependerá del lugar en donde aparezca, de la función que cumpla y de la combinación a que responda».

Ha dicho, muy bellamente y con precisa prosa, HERNÁNDEZ GIL, lo que siempre he creído, entendido y aplicado en la interpretación de las normas. (Cfr. mi introducción al estudio *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil*, donde acompaño la tesis con varias citas clásicas.) Por eso, no creo que el art. 3, 1, constituya ninguna novedad respecto al criterio interpretativo clásico. (Véase también lo que recojo en mi estudio *Las fuentes del Derecho en el «Apparatus...» de Tomás Mieres*, al estudiar cuanto este jurista catalán del siglo XVI dice de la interpretación de las leyes), aunque sí lo es frente al exegético, que Napoleón hubiese querido imponer para la interpretación de su Código, y respecto al de los inevitables leguleyos de todas las épocas.

Estoy, por consiguiente, muy de acuerdo en que la manera tan bien expuesta por HERNÁNDEZ GIL es la forma correcta de determinar el «sentido propio de las palabras en relación a su contexto» para interpretar las normas legales. Sin perjuicio de que no me parezca adecuado que el legislador imponga a juristas y jueces cualquier modo de interpretar las normas jurídicas. Estimo que se trata de una muestra más del totalitarismo estatal, que invade in-

cluso el ámbito del derecho privado, y de la pretensión del poder legislativo de sujetar al judicial, inmiscuyéndose en el modo de ejercitar esta su función. No se han contentado los autores del nuevo título preliminar en proseguir incidiendo en lo que, en términos muy moderados, como suyos, ALFONSO GARCÍA VALDECASAS estimó «un poco violento que sea una ley la que viene a decir que la ley está por encima de las otras manifestaciones del derecho. Como en en la conocida fábula del león y los demás animales, parecería decir: *Ego primam tollo quia nominor lex*». Además de proclamar la suya por encima de las demás fuentes, el legislador dicta, como si fuesen doctrinos, a juristas y jueces el modo de interpretar.

Esta crítica en nada roza al contenido con el que el nuevo artículo 3, 1, C. c. expresa lo que clásicamente constituyó el modo correcto de interpretar las leyes. Sólo critico que el legislador, una vez más en el transcurso de la historia, haya incidido en querer mandar más allá de su esfera de competencia que, en materia interpretativa, es sencillamente la denominada interpretación auténtica de los textos concretos que la precisen. Pero dejemos esta divagación.

Vayamos, pues, a ver cuál es en el art. 464, 1, «el sentido propio de las palabras en relación con el contexto.»

a) *Perspectiva general de las interpretaciones del art. 464, 1, según el sentido propio de las palabras y en relación con su contexto.*

La interpretación de quienes estimamos que el art. 461, 1, determina el modo de reivindicar los inmuebles creo que recoge el sentido propio de las palabras en la forma más adecuada al contexto de esa determinación. Apenas si tiene que hacer dos acotaciones interpretativas para precisar el sentido de algunas palabras, explicando que «posesión» se emplea en el sentido de posesión *en concepto de dueño*, y que «equivale a título» significa que equivale a *justificación de la propiedad*. Es decir, que el poseedor que adquirió de buena fe la posesión en concepto de dueño no necesita probar la propiedad; y esa justificación sólo puede ser combatida en la forma prevista en el inciso segundo del texto.

En cambio, veamos, no sólo las interpolaciones sino incluso las alteraciones del «sentido propio de las palabras», que requiere la interpretación llamada germanista del art. 464, 1 Para ello seguiremos el muy explícito trabajo de MANUEL DE LA CÁMARA, del que deducimos la siguiente interpretación:

«La posesión en *concepto de dueño* de bienes muebles adquirida a título oneroso (págs. 183 y ss.) por un tercero (págs. 173 y s.) de buena fe, que la reciba de un mediador posesorio (págs. 179 y 187 y ss.) que la poseía en concepto de dueño (págs. 175 y ss.) sin serlo (pág. 92), produce su adquisición "a non domino" (pág. 67). Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido

privado de la tenencia (págs. 105 y 171) de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea». (Nuestros subrayados corresponden a las adiciones o alteraciones del texto que esta interpretación requiere).

La redacción de HERNÁNDEZ GIL presentaría algunas variantes. La principal: no interpolar «de la tenencia», pero sí acotar el sentido de la expresión «hubiese sido privado de ella ilegalmente», sustituyendo la palabra «*ilegalmente*» por las palabras «*por robo o hurto*» (a las que otros defensores de la tesis calificada de germanista añaden *la estafa* o aún *otros tipos delictivos* de privación, o, incluso otros «*actos ilícitos*»).

A primera vista, no parece que el «sentido propio de las palabras» quede bien parado con esas interpretaciones calificadas de germanistas. MANUEL DE LA CÁMARA para defender lo contrario dedica las páginas 55 a 109 y aún después explicándolo integrativamente, las págs. 169 a 190, es decir en total 76 páginas. Pero, nos queda por ver si «el contexto» puede justificar esas patentes alteraciones del sentido propio de las palabras.

b) *La crítica de Cámara a nuestra perspectiva de la interpretación del art. 464, 1.*

Previamente, pero no sin conexión con el tema, daremos preferencia al examen de cómo DE LA CÁMARA critica nuestra perspectiva del art. 464, 1, como modo de reivindicar.

HERNÁNDEZ GIL dice (pág. 583), «creemos que el párrafo 1.º del artículo 464 toma en consideración al demandado frente al cual se ejercita una acción reivindicatoria, que habrá de prosperar, no *porque* la posesión equivalga a título, sino *aunque* la posesión equivalga al título, siempre que el reivindicante haya perdido la cosa o haya sido privado ilegalmente de ella. O sea, la regla de que la posesión equivale al título deja de actuar si media la pérdida o la privación legal. Los dos incisos del párrafo 1.º del artículo 464, van referidos a sujetos distintos. El reivindicante del inciso segundo puede ejercitar la acción frente al favorecido por la equivalencia de la posesión al título a tenor del inciso primero».

Ahora bien, el favorecido por el inciso primero, para serlo, requiere haber adquirido la posesión de buena fe. Si al adquirirla no la tuvo, queda sin la protección de la equivalencia de su posesión al título, y, por lo tanto, podrá ser atacado sin que, en ese caso, el reivindicante, tenga que circunscribirse para tener éxito, a probar la pérdida o la privación ilegal por él sufrida.

CÁMARA (pág. 85), califica como «subterfugio» la siguiente opinión que él refiere: «La prueba de la mala fe es una tercera alternativa que se brinda al reivindicante que no ha logrado probar que perdió la cosa o que fue privado de ella ilegalmente. La equivalencia entre posesión y título puede destruirse demostrando opotativamente la pérdida, la privación ilegal o la mala fe del po-

seedor. La buena fe de éste (que debe presumirse) solamente le sirve para quedar fuera del alcance de la acción reivindicatoria cuando el actor no haya probado ni la privación ilegal ni la pérdida.

»A mi juicio —dice Cámara, con su peculiar estilo polémico y su habitual seguridad— esta forma de explicar el artículo 464, y en particular la justificación del requisito de la buena fe merced a lo que he calificado de "subterfugio" (dialéctico se entiende) no es de recibo. En primer lugar, y como veremos después, no parece posible probar la mala fe del poseedor sin probar, al mismo tiempo, la pérdida o la privación ilegal, si la mala fe ha de entenderse como mala fe-conocimiento. En segundo término, creo que la reivindicación solamente puede triunfar si el demandante demuestra, además de su posesión anterior, que perdió la cosa o fue privado de ella ilegalmente...»

Confesamos que nos extrañan ambas afirmaciones. Pero veamos qué razones aduce DE LA CÁMARA.

Para basar la primera, explica que, en el sentido por él expuesto, la proposición primera del art. 464, 1, «para que realmente la posesión equivalga al título, está plenamente fundada cuando el poseedor anterior (precisamente el demandante) pues resulta a que recurre a esa equivalencia no es el poseedor actual sino un todas luces excesivo que una posesión que ya no se ejercita y que incluso puede haberse perdido conforme al artículo 460, 4, sirva para justificar el dominio sin la concurrencia de ningún otro requisito»... «Todo lo dicho no significa, por supuesto, que el reivindicante tenga que aportar una prueba definitiva y concluyente»... «La apreciación de la prueba, se regirá, pues, por las reglas generales y será valorada libremente por el juez a la vista del material probatorio aportado al proceso. Pueden bastar, desde luego, las presunciones de hecho contempladas por el artículo 1.253 del Código civil».

Hasta aquí estamos de acuerdo. Pero, no resulta, todavía, que en ese caso, de demostrarse la mala fe del poseedor actual, el reivindicante que pruebe dicha mala fe del demandado, que excluye el presupuesto de la primera proposición del § 1 del art. 464, deba probar además que perdió la cosa o fue privado de ella ilegalmente. Le bastará, por ejemplo, probar que el actual poseedor de mala fe no ha poseído el tiempo necesario para haber adquirido la cosa por usucapión extraordinaria de seis años y que él no pudo perderla por prescripción de su acción reivindicatoria. Por lo demás, ante la demostrada mala fe del poseedor actual casi todas las conjeturas jugarán a favor del anterior poseedor que reivindicue.

Pero, veamos cómo prosigue DE LA CÁMARA. A su juicio, «no es factible probar, aisladamente, la mala fe del poseedor. Sin demostrar, aunque sea por medio de presunciones, la privación ilegal no parece viable la prueba de que el demandado posee de mala fe». Y

aquí CÁMARA cita una frase mía, referida al supuesto de inversión posesoria del art. 464, 1.º —al que después volveremos—, en la que dije que «tampoco basta para reivindicar la demostración de la mala fe del poseedor actual si no se justifica, además, el conocimiento por el demandado de la propiedad del actor, ya que en otro caso no estaría aquél legitimado activamente para reivindicar». El resio de nuestra frase fue un *lapsus*, como se puede observar por su contradicción con lo dicho unos párrafos antes: «no será suficiente para reivindicar una cosa el mero hecho de probar... que su posesión [la del demandado] es viciosa, si, asimismo, el actor no demuestra que está legitimado activamente como poseedor en concepto de titular».

Es decir, el reivindicante puede demostrar la mala fe del poseedor actual de dos modos: una, demostrando que éste sabía, al adquirirla, que el actor era el propietario; otra, probando simplemente que sabía que el *tradens* no era el propietario. En el primer caso, la prueba comprende, ambos aspectos, la no equivalencia a título de la posesión del demandado y la legitimación del demandante. En el segundo caso, la prueba sólo abarca la falta de equivalencia al título de la posesión del demandado, por lo que el demandante no necesitará probar, para reivindicar, ni haber perdido la cosa ni haber sido privado de ella ilegalmente, pero necesitará probar su dominio, para lo cual le bastará hacerlo incluso por presunciones (como hemos visto antes que ha dicho el mismo CÁMARA), o probando su anterior adquisición en concepto de dueño sin haber prescrito su acción ni sufrido la usucapión extraordinaria del actual poseedor de mala fe.

Para que el poseedor sea de mala fe no es preciso que supiera, cuando adquirió su posesión, que el reivindicante era el dueño de la cosa, sino tan sólo que conociera que quien se la entregó no lo era. Así dice el art. 433: «*Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario*». Y, entre los vicios invalidantes es uno, importantísimo; la falta de titularidad del transmitente. Aún más preciso es, al respecto, el art. 1.950: «*La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella, y podía transmitir su dominio*». Es decir, no es necesario que al adquirir la posesión supiera quién era el verdadero dueño de la cosa, sino basta que conociera que su *tradens* no lo era.

Por eso, no puedo estar de acuerdo con la siguiente apreciación que hace CÁMARA, cuando añade, «no veo cómo se puede probar que el poseedor es de mala fe si no se acredita que conoció los hechos constitutivos de la privación ilegal, lo que implica lógicamente que los hechos se demuestren». El Código civil no exige tanto; le basta el conocimiento por el adquirente de la posesión de que el transmitente no era el dueño, aun ignorando el porqué, ni el concepto exacto en que poseía (depositario, arrendatario, como-

datario), ni respecto de que poseedor en concepto de dueño deten-taba la cosa.

CÁMARA (pág. 90) concluye volviendo a mentar «la tortuosa dialéctica» a que es preciso recurrir para no aceptar «una explicación del precepto clara y sencilla», es decir, la explicación de que «el poseedor de buena fe ha devenido efectivamente propietario aunque el transmitente sea un «non domino», después de lo cual, volviendo al tema que aquí nos interesa, sienta cuatro proposiciones que transcribiremos, anotando a continuación, entre paréntesis, nuestra conformidad, disconformidad o reparos.

Vayamos al grano:

— Cuando haya habido pérdida o privación ilegal «y siempre que se prueben la una y la otra, procederá la reivindicación al margen de que el demandado sea de buena o de mala fe» (conforme toda la vida, excepto en cuanto al concepto de «privación ilegal», según lo refiere CÁMARA, del que discrepamos).

— «Mas cuando esto no ocurra, es decir, cuando no haya habido ni pérdida ni privación ilegal ("sensu strictu") la buena fe es requisito necesario para que se consume la adquisición "a non domino"». (No estamos conformes con la acotación del "sensu strictu" con referencia a la privación ilegal, ni en que esté en juego alguna adquisición "a non domino". Sí hemos aceptado siempre que la buena fe es requisito indispensable para que se produzca *la equivalencia de la posesión al título*).

— «Consecuentemente, si el actor consigue probar, además del abuso de confianza, que el poseedor supo o debió saber que adquiriría de quien no era el verdadero dueño, podrá reivindicar, pues la buena fe del demandado obsta a que se pueda considerar propietario» (Discrepo 1.º, en cuanto estimo que basta con probar que la pérdida se produjo por abuso de confianza, pues, a mi juicio, es una forma de privación ilegal; 2.º, en cuanto que, aun cuando no se pruebe el abuso de confianza ni otra forma de privación ilegal ni la pérdida, con sólo probar la mala fe del demandado, es decir, su conocimiento de que su *tradens* no era el dueño, sin más requisito dejará de jugar la equivalencia de su posesión al título, y el reivindicante podrá acudir a cualquier prueba, incluso conjeturas, para probar que la cosa es suya sin necesidad de probar la pérdida ni la privación ilegal).

— «Por el contrario, si no se prueba la mala fe del poseedor, éste será mantenido en su adquisición, aunque se haya demostrado, en el pleito que el "tradens" no era dueño de la cosa transmitida». (Conforme desde siempre, con la salvedad de que no se pruebe la pérdida o la privación ilegal *en el más amplio sentido de esta expresión*.)

Esta es nuestra respectiva posición, con o sin «tortuosa dialéctica» del uno o del otro.

c) *Las claves de la expresión «equivale a título» y del adversativo «sin embargo».*

Para la interpretación del art. 464, 1, en el sentido propio de las palabras en relación con el contexto, se han considerado claves, tanto por HERNÁNDEZ GIL como por DE LA CÁMARA, la expresión «equivale a título» y el adversativo «sin embargo».

HERNÁNDEZ GIL (págs. 647 y sigs.) lo explica de una forma muy difícil de superar en hondura y claridad. Trataremos de seguirle extractando lo más sustancial de su exposición.

«En el sintagma "la posesión... equivale al título", el término "equivale" presupone una diferencia y una igualdad. Diferencia porque, de no existir ésta, falta la posibilidad de relación entre dos términos, la diferencia radica en reconocer como distintos el término "posesión" y el término "título". A expensas de su separación o no identificación es por lo que pueden relacionarse y predicarse el uno del otro. De la posesión, sujeto, se predica el título. La relación de igualdad se formula a partir de la diferencia. La igualdad no es una identificación; es una equiparación entre dos términos diferentes»... «La contraposición entre la diferencia y la igualdad es la que se resuelve cuando se afirma la equivalencia. De donde se infiere que para ordenar una relación de equivalencia es preciso pasar de la posesión a algo que la trasciende»... «La posesión actúa como desencadenante o determinante de un efecto que está más allá de la situación posesoria» ...«la posesión desempeña el papel del supuesto y el título de la consecuencia. Esto contribuye a la diferenciación y dota de alcance normativo a la equivalencia. La proposición normativa no es meramente aclaratoria; la ley no dice que la posesión y el título tengan el mismo valor; tampoco que a la posesión (de bienes muebles) le acompañe siempre el título, sino que la posesión, en determinadas circunstancias, desempeña el papel de título».

Y respecto del «sin embargo», extractamos: «entre el enunciado de la equivalencia de la posesión al título y el subsiguiente de la reivindicación de las cosas perdidas o de que alguien haya sido privado ilegalmente media una coordinación adversativa de significado restrictivo, que es el cometido semántico y sintáctico de "sin embargo", equivalente a "pero", "no obstante", "con todo", "excepto", etc. Consiguientemente, el contenido del primer enunciado (la posesión equivale al título) aparece limitado o restringido por el contenido del segundo enunciado (la reivindicación)» ...«Y si este segundo enunciado dice, dentro de la unidad temática y en coordinación adversativa-restrictiva con el primero, que "el que hubiera perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea", se obtiene como derivación y correlato que la facultad de reivindicación reconocida en las dos hipótesis contempladas —pérdida y privación ilegal— sólo se da dentro del ámbito así delimitado. Y como esta delimitación se hace por restricción de lo establecido en el



primer enunciado, para que resulte limitado por el segundo tiene que decir precisamente lo contrario de éste, o sea, que carece del derecho a reivindicar... Pero, «la reivindicación y la no reivindicación no operan en abstracto. Han de concernir a alguien; y este alguien respecto del cual se niega, que no se menciona como sujeto del primer enunciado, es el mismo que se menciona en el segundo enunciado ("... el que..."). "El que" puede reivindicar en las hipótesis de pérdida y privación ilegal, no puede reivindicar fuera de esas hipótesis. Y ese no poder reivindicar no es el simple resultado de que no haya habido pérdida o privación ilegal; no funciona como mero argumento, al contrario. Es, ante todo, el resultado de que "la posesión" de los bienes muebles adquirida de buena fe, equivale al título».

Y concluye su razonamiento:

«La expresión "equivalencia" y la coordinación adversativa en que "sin embargo" coloca a los dos enunciados del párrafo primero, conduce a justificar la tesis de que la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, no funda una mera situación posesoria, susceptible de conducir a la propiedad o a otro derecho real a través de la usucapión, ni una posición posesoria fortalecida (presunción de propiedad), sino que funda algo que, partiendo de la posesión, la sobrepasa, porque ésta actúa como supuesto determinante de un efecto representado por la adquisición de la propiedad o de otro derecho real, salvo las hipótesis de pérdida o de privación ilegal».

Hasta aquí estamos casi totalmente de acuerdo. El «casi» se refiere en que, para mí, como el inciso trata de una cuestión no sustantiva sino formal, aunque de ella puedan derivarse efectos sustantivos: lo que sobrepasa a la posesión es su valor como «justificación de la propiedad» (que es el significado aquí de «título»), que la hace irrevindicable mientras «el que» hubiese perdido la cosa o hubiese sido privado de ella ilegalmente, probándolo, la reivindique; en cuyo supuesto, casa la «justificación de la propiedad» y el poseedor sufre la reivindicación de «... el que...» del segundo inciso. De ahí la adversativa entre ambos incisos que expresa el «sin embargo».

En donde comienza nuestro completo desacuerdo es en la interpretación de lo que expresa el párrafo con las palabras «o hubiese sido privado de ello ilegalmente», del que después nos ocuparemos.

DE LA CÁMARA (págs. 57 y ss.) aventura más: «Para que sea lícito sostener que la proposición segunda del artículo 464 consagra una excepción a la irrevindicabilidad de las cosas muebles cuya posesión ha sido adquirida de buena fe, es necesario probar, previamente, que la equivalencia entre posesión y título, conlleva no tanto la presunción sino la afirmación de que el poseedor adquirió no sólo la posesión sino la propiedad».

No vemos por qué ha de ser así y creo que cuanto acaba mos de leer, al extraer a HERNÁNDEZ GIL, y hemos glosado al final, nos muestra que cabe otra adversativa. El poseedor que ad-

quirió su posesión de buena fe, al equivaler ésta al título, tiene justificada su propiedad, lo que debe darle el triunfo ante toda reivindicación que se le oponga. «Sin embargo», el inciso segundo permite que pueda reivindicar, frente a él, quien hubiese perdido la cosa o hubiera sido privado de ella ilegalmente. El texto del art. 464, 1, leído con sencillez sin prejuicios, no plantea la cuestión *sustantiva* de atribución de la propiedad, sino la *formal* del modo de acreditarla, ya sea para oponerse a la reivindicación ya sea para ejercitarla.

Por eso MIQUEL (págs. 281 y s.) dice que, en contra de nuestra teoría, «no se puede oponer ya la contraposición entre los dos primeros apartados del artículo, que revela el "sin embargo", desde el momento en que para ella también se da la oposición, aunque en otro sentido». Es el sentido formal que frente una justificación, que enerva toda posibilidad de reivindicación, contrapone, sin embargo, la posibilidad de reivindicar, ya no mediante prueba en contrario, sino probando la pérdida a la privación ilegal.

MIQUEL, juiciosamente profundiza algo más (págs. 399 y s.). Para él, el «sin embargo»: «No significa, creo, que cuando haya pérdida o privación ilegal el poseedor no tenga título. Pero sí que el título no impide la reivindicación. En otros casos, en cambio, el título impedirá la reivindicación, es decir, en tanto no se pruebe la pérdida o la privación ilegal, sea porque no se logre la prueba, sea por no haberla habido.

»Desde un punto de vista realista el poseedor que se acoge al art. 464, 1, no tiene por qué ser un poseedor que no haya adquirido el dominio. Puede ser un poseedor propietario, o no. La posesión *adquirida* de buena fe producirá las ventajas de ir acompañada de un título, a pesar de que se pruebe la pérdida o privación ilegal (así en la usucapión ordinaria que exige título por el art. 1.940). La equivalencia a título, si hay buena fe en el poseedor, no tiene que desaparecer por la prueba de pérdida o privación ilegal; el sentido de "sin embargo" no obliga a ello, sino a lo contrario. .»

«De todo ello creo que se deduce que el sentido del "sin embargo" no es obstáculo a la tesis que niega la virtud adquisitiva *a non domino* de la regla posesión vale título. Entendido como "no obstante" significa, además, que la existencia de un poseedor con título no es obstáculo a la reivindicación, pero no que la prueba de pérdida o privación ilegal haga desaparecer la equivalencia, que precisamente cumplirá entonces su función en la usucapión.»

Ahora bien, CÁMARA (pág. 59), por su parte, cree que el planteamiento de la doctrina española de todas las tendencias, que explica la proposición primera del art. 464, 1, en función de la segunda, y no a la inversa, no es metodológicamente aceptable. Por eso, busca la recta inteligencia en la primera proposición. Y la busca (págs. 60 y ss.) en «la equivalencia entre la adquisición de la posesión (en concepto de dueño y de buena fe) de las cosas muebles y "título"».

Advierte que la expresión «equivale a título» no significa una mera presunción de título, y distingue.

1. La presunción de título referente a la existencia del acto o contrato sin comprender los demás requisitos necesarios para la adquisición del dominio. En este sentido, corresponde a la consideración del título del 464, 1, como título apto para la usucapión ordinaria.

2. La presunción *iuris tantum* de ser dueño.

3. La presunción de ser dueño que sólo puede destruirse «si el demandante, además de demostrar su posesión anterior en concepto de dueño, demuestra asimismo, que perdió la cosa, que fue privado ilegalmente, o la mala fe del poseedor demandado».

Quisiera recordar aquí de qué modo expliqué, en mi estudio de 1956, cómo entendía la *equivalencia* de la posesión adquirida de buena fe y el título.

«La posición defensiva del demandado —escribimos— descansa en su posesión, tanto tratándose de bienes inmuebles como de los muebles, con la diferencia —que luego precisaremos— de que mientras por la de aquéllos se *presume* el título, la de éstos *equivale* al mismo».

Y, unas páginas después, aclaramos en nota: «La equivalencia de la posesión al título es una regla de valor directamente dispuesta por la ley. Por eso no es de libre apreciación del juzgador y queda fuera del campo de la prueba, que sólo podrá referirse al examen de si se dan, en el caso en cuestión, los presupuestos necesarios para la aplicación de la regla de valor y a la comprobación, en su caso, de si hay lugar a las excepciones legalmente valoradas como tales». Y, como proseguíamos en el texto y ahora glosamos: «Por eso, mientras la presunción del art. 448, puede desvirtuarse probando la nulidad o la ineficacia absoluta o relativa de aquel título [presunto] o presentando el reivindicante el suyo preferente» —es decir, mediante prueba en contrario, pues se trata de una presunción *iuris tantum*—, en cambio, la presunción del 464, 1, que es *iuris eà de iure*, en cuanto constituye una *regla de valor* impuesta por la ley «sólo cede si se demuestra la pérdida o la privación ilegal de una posesión anterior en concepto de dueño». No cabe, pues, prueba en contrario, sino únicamente: la de que no se dan los presupuestos de la regla de valor que significa la equivalencia (falta de posesión en concepto de dueño o de buena fe al adquirirla), las de que se dan los supuestos legales que enervan la regla de valor (pérdida o privación ilegal).

La explicación de este criterio legal, como ya se ha repetido hasta la saciedad es clara: la normal falta de títulos documentales adquisitivos en los bienes muebles, la normal clandestinidad de sus transmisiones, que no dejan rastro, y que casi siempre es imposible comprobar y reconocer su identidad.

No resulta del texto ni del contexto del art. 464, 1, que esta *equivalencia* sea una regla específica para terceros. Sino que

—ante cualquier intento de reivindicación de otro— puede jugar a favor:

- del verdadero propietario que posea;
- de un poseedor de buena fe no propietario, a quien haya transmitido la cosa un poseedor también de buena fe;
- y de un poseedor de buena fe no propietario a quien le hubiera transmitido la cosa un poseedor de mala fe.

Incluso, por un efecto reflejo, no querido por la norma, podrá jugar a favor de poseedores de mala fe, cuando no sea posible demostrarla, puesto que la buena fe se presume.

4. Para CÁMARA (págs. 84 y ss.) la proposición primera del art. 464, 1, «sólo tiene claro sentido si su función consiste en legitimar, aunque sea dentro de ciertos límites, las adquisiciones "a non domino"», pues como dice poco antes (pág. 82 *in fine* y s.): «La "ratio" de la equivalencia entre posesión y título consiste en la finalidad de proteger al adquirente de buena fe que ha confiado en la situación de apariencia fundada en la posesión.»

He ahí algo que no se halla en el texto, ni creemos resulte del contexto, de la proposición primera del art. 464, 1, puesto que esta proposición tiene otra explicación más acorde, no sólo con el sentido de sus palabras, sino con su finalidad, en especial habida cuenta del pensamiento de la doctrina española de su época.

CÁMARA, para defender su tesis, objeta que (pág. 85): «si la reivindicación ha de prosperar siempre, resulta irrelevante la buena o mala fe del poseedor. Si el demandante consigue probar la pérdida o la privación ilegal ("lato sensu") el demandante perderá el pleito, no obstante su buena fe, y si aquella prueba fracasa, lo ganará aunque, de hecho, posea de mala fe». Para CÁMARA esto constituye «un círculo vicioso». No lo veo así.

Es cierto que si al final triunfa la reivindicación será irrelevante la buena o la mala fe del poseedor, y que lo mismo ocurrirá si finalmente fracasa. Pero, esto no es consecuencia inmediata del juego de la norma en uno y otro supuesto. Que luego se consiga o no la prueba de la mala fe o de la pérdida o privación ilegal, es una cuestión fáctica, ajena a la previsión normativa. Según ésta si el poseedor no es de buena fe, la *equivalencia* de su posesión al título no juega, y cabrá que el demandante recurra a cualquier medio de prueba para reivindicar. Y, en caso contrario, si no se demuestra la mala fe del poseedor, el actor sólo podrá reivindicar, contra él, probando que perdió la cosa o que fue privado de ella ilegalmente.

Aquí CÁMARA empalma con lo que, él, califica de «*subterfugio*», que dice «no es de recibo», y de «*tortuosa dialéctica*», que ya hemos examinado en el apartado *a* de este epígrafe.

Lo que CÁMARA, según parece, estima inadmisibile —partiendo de que, a su juicio, la proposición primera del 464, 1, dice que la posesión adquirida de buena fe produce una adquisición de la propiedad *a non domino*— es que la segunda proposición vacíe el

contenido sustantivo que él atribuye a la primera, si aquella permite reivindicar a todo quien haya sufrido una privación ilegal, en su sentido literal, que él califica de "lato".

Pero, repetimos, la contraposición de la segunda proposición respecto de la primera, es formal, relativa al modo preciso para que la reivindicación prospere ante el poseedor de buena fe. A éste, en el primer inciso, se le da por formalmente justificada la propiedad, y, en la segunda proposición, se le contraponen una forma limitada y tasada de enervar esa justificación.

El inciso primero del art. 464, 1, dice literalmente que la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale a título, lo cual, según el significado propio de las palabras, viene a decir:

— «equivale a título» significa: equivale a justificación de la propiedad,

— «equivale» establece una «regla de valor», situada sobre la prueba, por lo que elimina toda posibilidad de prueba en contrario, que sí permiten las meras presunciones *iuris tantum*.

— «la posesión... adquirida de buena fe», engloba todas las posesiones así adquiridas. Tanto la del poseedor propietario como la del poseedor no propietario. Por lo cual, no establece una regla a favor de terceros, sino de todo poseedor.

En relación con el contexto, el inciso segundo muestra que el 464, 1, establece reglas para la reivindicación mobiliaria; y, en concreto, corrobora que la *equivalencia* de posesión y título, establecida en el inciso primero, no es una presunción *iuris tantum*, puesto que excluye implícitamente la prueba en contrario. «Sin embargo», establece una posibilidad de reivindicar, a pesar de la regla de valor de la equivalencia, pero circunscrita únicamente a la prueba de que el propietario perdió la cosa o fue privado de ella ilegalmente.

Esta interpretación, según el significado propio de las palabras en relación con el contexto, satisface totalmente la lógica del específico modo de reivindicar los bienes muebles, basado en la equivalencia de la posesión al título, y no en los títulos escritos, que suelen faltar, o no son significativos. No sólo porque su fecha no suele ser cierta, sino además porque no garantizan la inexistencia de posteriores transmisiones manuales sin título escrito, al ser esta forma manual la más corriente de transmitir los bienes muebles.

En cambio, DE LA CÁMARA, en su interpretación del primer inciso del art. 464, 1, se sale fuera del significado propio de las palabras, pues:

— entiende que la equivalencia se establece entre «posesión adquirida de buena fe» y «adquisición *a non domino*», expresión que no es equivalente a «título», sino que lo excede;

— reduce la proposición al referirla solamente a los terceros de buena fe que adquieran la posesión en concepto de dueño de

un no propietario, lo que contradice los términos generales en que la proposición está redactada.

En relación al total contenido del párrafo entero, esa interpretación del inciso primero, resulta fuera de contexto, pues el inciso segundo la contradice. ¿Cómo puede haber adquirido la propiedad *a non domino* el adquirente de buena fe de la posesión, si puede sufrir la reivindicación del propietario, que triunfará si prueba la pérdida o la privación legal por él sufrida? Uno y otro no pueden ser a la vez propietarios, lo es quien dispone de la acción reivindicatoria, aunque la tenga limitada. El poseedor sólo tendrá la propiedad cuando alcance la usucapión, o cuando, de hecho, no sea ya posible, por haber fracasado definitivamente, la reivindicación del verdadero propietario. Pero, ¿cómo se sabe si esto ha ocurrido, si se ignora quién es el verdadero propietario, pues éste, tal vez, aún no haya entrado en juego y, posiblemente, nada tenga que ver con quien fallidamente intentó reivindicar?

Es muy diferente que una norma establezca *como contenido propio* una adquisición «a non domino», a que ésta *pueda resultar de hecho por efecto reflejo de ella*. Hemos visto que, según el significado propio de las palabras en relación con el contexto, el artículo 464, 1, no establece adquisición *a non domino* alguna. Sin embargo, aunque esta adquisición no integre su contenido normativo, puede resultar de hecho por efecto reflejo. Bastará que no pueda probarse la mala fe de un poseedor que no sea de buena fe, en los casos en que el verdadero propietario podría probar su propiedad pero no la pérdida o la privación ilegal por él sufrida. También será suficiente que el propietario, que haya perdido la cosa o sido privado de ella ilegalmente, no consiga probar la pérdida o la privación ilegal por él sufrida.

Ahora bien, este efecto reflejo no sólo no se halla en la normativa del precepto, sino que su producción contraviene lo que el propio precepto pretende. Es fruto ya sea de una imposibilidad de hecho o bien de un fallo en la prueba, que escapa a la norma.

Ese efecto reflejo solamente en un caso podría darse sin contravenir la intención normativa. Nos referimos al efecto reflejo de una irreivindicabilidad querida por el precepto. La única posibilidad de no contravenirlo vendría dada solamente en el caso de que la expresión privación ilegal significara menos de lo que literalmente expresa. Es decir: Sólo el robo y el hurto, o también la estafa, u otros tipos delictivos de privación o incluso otros actos ilícitos de tal; pero sin abarcar todos los supuestos de privación ilegal.

Estamos en otro punto clave de la interpretación del art. 464. 1. La de saber si la expresión «o hubiese sido privado de ella ilegalmente» corresponde o no al significado usual de las palabras o bien quiere expresar otro más restringido. Esta cuestión merece examen específico, y de él vamos a ocuparnos a continuación.

d) *Significado de las palabras «o hubiese sido privado de ella ilegalmente».*

HERNÁNDEZ GIL (págs. 615) —frente al que, a primera vista, parece el sentido usual de estas palabras —advierte: «Si lo contrapuesto de "privación ilegal" fuese "privación legal" —aparte de la dudosa consistencia jurídica de esta expresión—, la proposición primera del artículo 464 quedaría reducida a la nada, no ya debido a la extensión del concepto de privación ilegal, sino debido a que, mediando una privación legal, la regla de que la posesión de bienes muebles equivale a título, no puede, no ya desplegar sus efectos, sino ni siquiera concebirse. Cabe pensar que el legislador, con la excepción, ha querido restringir en el mayor grado posible la regla; pero no que no se haya dado cuenta de la significación y alcance de ésta, y a tal equivaldría pretender montarla sobre privaciones legales. La mejor prueba de que se dio cuenta del significado y alcance del principio que enunciaba es precisamente esa voluntad expresa de restringirlo, que, quizá, un poco alarmado, expresó después. Luego si materialmente con el giro utilizado pudiera negarse, no parte, sino todo lo acabado de afirmar, no parece ser una actitud razonable ni un significado correcto».

Creo que este argumento ha quedado rebatido, al examinar el adversativo «sin embargo» y hace un instante al analizar la interpretación de CÁMARA. El art. 464, 1, no contiene dos proposiciones de significado *susãntivo* sino únicamente *formal*, que son las que contraponen. La proposición primera no hace equivalente adquisición de buena fe de la posesión con *adquisición* de la propiedad, sino con la *justificación* procesal de la propiedad. Con ello, excluye todas las pruebas en contrario de esa justificación para reivindicar la cosa «de quien la posea», *excepto* aquéllas que se aporten por las solas vías admitidas de probar la pérdida o la privación ilegal. Esta es la única contraposición y de contenido diferente contenida en el art. 464, 1. Sin necesidad de salirse del sentido usual de las palabras «título» y «privación ilegal», ni de acudir a una interpretación restrictiva que, como acabamos de ver, no requiere el texto, ni literal ni lógicamente.

La regla del art. 464, 1, no se refiere a la irreivindicabilidad sino al *modo* de reivindicar, que es lo que circunscribe limitativamente su inciso segundo. Ante la equivalencia al título no se puede reivindicar por cualquier medio de prueba, sino tan solo demostrando una de las dos circunstancias que la proposición segunda expresa. Ninguna más; ni presentando títulos públicos, ni las más contundentes pruebas de la titularidad, si no son las de haber perdido la cosa o haber sido privado de ella ilegalmente.

Pero HERNÁNDEZ GIL (págs. 617 y ss.), partiendo de su enunciada tesis, acude a otros medios de interpretación para precisar que privaciones ilegales están incluidas en la proposición segunda del art. 464, 1, y cuáles no lo están, si bien advierte (págs. 617 y s.) que «no pretendemos erigirnos en directa y exclusivamente definidores

del alcance de la "privación ilegal" determinante de una consecuencia reivindicatoria».

HERNÁNDEZ GIL (pág. 618 y ss.) cree que el § 2 del art. 464 y la remisión del art. 1.962 (vía 1955, párrafo 3.º) al art. 464, pueden ofrecer la determinación del significado limitado en el cual el art. 464, 1, emplea "privación ilegal".

Sería muy largo rehacer la polémica a la que ambos hemos aportado largas argumentaciones. Por ello, remito al lector a lo que hemos expuesto: yo, en contestación, en mi estudio "*La reivindicación mobiliaria...*", que puede consultarse en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IX-II, abril-junio 1956 (cfr. págs. 386 a 391) o en mis *Estudios sobre Derecho de Cosas* (cfr. págs. 447 a 454) y, ya en réplica, HERNÁNDEZ GIL, en su reciente libro que aquí comento (cfr. páginas 618 a 625). Ahora me limitaré a añadir alguna observación, además de recoger las opiniones de CÁMARA y de MIQUEL.

Por lo que se refiere a la traducción de la expresión que hubiese sido *privado ilegalmente* de una cosa mueble por la, más limitada, de cosa mueble *sustraida*, contenida en el párrafo 2.º del mismo art. 464, quiero observar, ante todo, que, para valorarla, es previo determinar si los dos primeros párrafos del art. 464, aun formando parte del mismo precepto, se hallan o no en el mismo contexto.

Para quienes estiman que el § 1 establece una adquisición *a non domino* a favor del tercero que de buena fe adquiriera la posesión en concepto de dueño de quien no sea propietario, naturalmente están en el mismo contexto. El inciso segundo del párrafo 1.º, permite reivindicar al que hubiese perdido la cosa o hubiese sido privado de ella *ilegalmente*. El § 2.º, en el caso de venta pública, restringe la restitución al propietario que hubiese perdido la cosa mueble o le hubiese sido sustraída, exigiéndole que, para ello, reembolse el precio dado por ella.

Ahora bien, partir de que el art. 464, 1, establece una adquisición *a non domino* —a pesar de que, según hemos visto, no resulta así del sentido usual de sus palabras— para situar a este párrafo en el mismo contexto que los siguientes, resulta una petición de principio.

Hemos visto antes que MIQUEL (pág. 253), al glosar las palabras de CÁRDENAS —en su Introducción a los *Comentarios* de MANRESA—, no cree que éste viera una adquisición *a non domino* en el art. 464, 1, sino que «cuando dice "esta sí que es una novedad", se está refiriendo a las adquisiciones protegidas por haber sido hechas en venta pública». Tanto que, «para justificar la adquisición por los Montes de Piedad del derecho de prenda *a non domino*, no acude al supuesto más simple del párrafo 1.º, sino al que presenta más requisitos del párrafo 2.º, venta pública y a la remisión del párrafo 4.º a las adquisiciones en Bolsa». Y, en el mismo sentido, hemos visto cómo algunos fueros medievales, que no admitían el principio H. w. H., en cambio concedían un derecho de reembolso al



comprador que hubiese adquirido en mercado, en feria, de un romero en el camino real, etc. Si los párrafos 2.º y siguientes del art. 464 no se hallan en el mismo contexto del 1.º, que sólo regula formalmente el modo de reivindicar los bienes muebles, será aventurada toda integración de éste por aquellos.

J. M. MIQUEL (págs. 366 y s.), ante esa interpretación de la expresión cosas muebles de las que hubiese sido *privado* ilegalmente, del art. 464, párrafo 1.º, a través de cosas muebles *sustraídas* del párrafo 2.º, como significativa únicamente de cosas *robadas* o *hurtadas*, recoge mis afirmaciones de que «si el depositario o el comodatario o el administrador enajenan la cosa depositada, prestada o administrada, la apartan, extraen o separan de su relación con el dueño de la misma, es decir, la sustraen de su dependencia», y de que el art. 1.922, núm. 7, en su apartado 2.º, C. c., emplea la palabra «sustracción» en un significado que no puede corresponder al limitado de robo y hurto, tratándose de la efectuada por el arrendatario de sus propios bienes muebles, ubicados en la finca arrendada, para eludir así la preferencia establecida, en el apartado anterior, a favor del propietario respecto de ellos para el cobro de los alquileres o rentas que se le adeudaren.

DE LA CÁMARA (pág. 97) se opone a este argumento. «Cuando el párrafo segundo del artículo 1.927, 7, se refiere a los bienes muebles que "hubieren sido sustraídos", está pensando en el caso del arrendatario (dueño de tales bienes) los haya sacado de la finca arrendada para entregarlos a un tercero, pero con la única finalidad de ocultarlos, y no para venderlos o transferirlos». Sin embargo, este acto material, que puede también hacerlo el depositario o el comisionista con los bienes a él confiados, va implícito y ligado en esos otros casos a la venta que uno de ellos efectúe a un tercero de dichos bienes, que a dicho fin tendrá que sustraer de su custodia.

MIQUEL (págs. 367 y s.) añade que se ha insistido, por DÍAZ PALOS, en la asimilación por el derecho penal de la expresión cosa sustraída a cosa hurtada o robada. Pero le opone que «la interpretación del 464 no puede depender de que se utilice esta expresión por la doctrina penalista para calificar ciertas acciones y no otras. No hay que perder de vista que por el Código penal se utilizan las expresiones "tomar" (hurto, artículo 514) y "apoderar" (robo, artículo 500). En todo caso, la evolución de la doctrina penalista no puede acarrear un cambio de significado del Código civil».

Y, con su meticulosidad de investigador, señala, por vía de ejemplo, que la S. de la Sala segunda del T. S. de 28 de febrero de 1959 emplea cosa y dineros *sustraídos* y *lo sustraído*, en equivalencia genérica a «robos, hurtos, estafas y apropiaciones indebidas». También recuerda que el art. 770 del Código penal de 1822 empleaba la palabra *sustrajere* refiriéndose al cambio en la entrega de la cosa contratada por otra de *menos valor*; y que en dicho Código la misma palabra era usada tanto en el capítulo de los hurtos como en el de los abusos de confianza (así en el art. 777).

Respecto de la llamada que el art. 1.962 a través del 1.955, 3, hace al 464, de la que HERNÁNDEZ GIL deduce la equivalencia de cosa *extraviada* y de *privación ilegal a hurto o robo*, J. M. MIQUEL (página 373) recoge y acepta nuestra conclusión de que «el rebote mediante el cual se pretende hacer equivalentes los casos de hurto o robo del artículo 1.962 a la privación ilegal del artículo 464, 1, falla en cualquier caso. O bien se desvía del frontón que debía rebotarlo: al ir a parar del 1.962 al 1.956 y no al 1.955, 3.º. O, por el contrario, el rebote es puramente imaginario por falta de contenido, es decir, por carencia de objeto que rebotar, al no haber reenvío real posible del artículo 1.962 al 464, a través del 1.953, 3.º, ni respecto de las cosas de que el dueño hubiese sido privado ilegalmente, ni de las pérdidas, ni concretamente de las cosas hurtadas o robadas». Después, MIQUEL (págs. 373 a 376) razona por qué no le convence el argumento derivado del art. 1.962.

También CÁMARA (pág. 51 y ss.), después de razonar acerca de esa llamada del art. 1.962 a través del 1.955, 3.º, opina en ese punto de semejante modo. Transcribe mi dilema al respecto y glosa: «Por mi parte, comparto este modo de pensar y estimo también como muy probable, que, al redactarse el artículo 1.962, se padeció realmente un error citándose el párrafo 3.º del artículo 1.955 en lugar del 1.956, que es el que debió citarse». Y, más adelante (página 95), recuerda haber puesto de relieve «que el argumento ex artículo 1.962, una vez estudiado a fondo este precepto, no servía para probar nada. La crítica de los romanistas ha sido, en este punto, certera aunque no se puedan compartir... todas las consecuencias que pretenden obtenerse de aquélla».

Ahora bien, DE LA CÁMARA (págs. 98 y ss.) circunscribe la extensión de la expresión «hubiese sido privado de ella ilegalmente», refiriendo —como ya había hecho nuestro añorado compañero ANGEL SANZ FERNÁNDEZ— la *ilegalidad a la privación de la posesión material o tenencia*. Dejando aparte si MANOLO CÁMARA opinó lo contrario en otra ocasión (*La mujer casada y el derecho de sociedades*, en R. G. L. y J. 227, 1969, págs. 221 y s.), lo cierto es que en el trabajo que comentamos sigue decididamente esta tesis.

Contra la opinión de que la privación ilegal se refiere a la posesión civil, plantea (pág. 103) que «la (supuesta) privación ilegal de la posesión civil se producirá en las hipótesis de abuso de confianza, mediante la inversión del concepto posesorio. Es decir, o bien el "tradens" (que recibió la cosa del propietario en concepto distinto del de dueño) comienza a comportarse como si fuera propietario (pasa a poseer, aunque sea indebidamente, en concepto de dueño) o la inversión la lleva a cabo directamente el adquirente, lo que naturalmente presupone su mala fe». Y prosigue, que «lo cierto es que la inversión posesoria no determina por sí misma que el primer poseedor (en nuestro caso el propietario) haya perdido la posesión civil. Obsta a ello el artículo 464,4 según el cual la posesión no se pierde "por la posesión de otro, aun contra la vo-

luntad del antiguo poseedor, *si la nueva posesión hubiese durado más de un año*". De donde se infiere que durante ese año el poseedor conserva la posesión que tenía».

Partiendo de ahí, CÁMARA (págs. 103 y ss.) desarrolla su razonamiento:

«La doctrina admite hoy que la posesión ideal o incorporal que el despojado conserva durante el año, es verdadera posesión y surte los efectos propios de la misma incluida, por supuesto, la protección interdictal. Consiguientemente, la inversión del concepto posesorio donde radica, en rigor, la privación ilegal según la tesis que impugno, no puede dar lugar a la misma por la potísima razón de que en su virtud no se "priva" de la posesión civil al propietario, al menos mientras no transcurra el plazo de un año señalado por el artículo 460-4 del Código civil. De ahí se infiere, pues, que el artículo 464 sólo puede referirse a la privación ilegal de la posesión material o tenencia. Respecto de ella no cabe duda de que la misma se pierde cuando la cosa se entrega a otra persona, o ésta se la quita a quien la tiene. En los casos de abuso de confianza no se priva ilegalmente al dueño de la posesión material de la cosa puesto que la misma fue entregada voluntaria y libremente por aquél y tampoco de la posesión civil, porque, a pesar de que el "tradens" invierta su concepto posesorio, el propietario no pierde por eso dicha posesión. Contrariamente, en la hipótesis de robo, hurto, estafa, o en los contratos celebrados mediante dolo, violencia o intimidación, es evidente, en cambio, que se priva al propietario, en virtud de un acto ilícito, es decir, ilegalmente, de la posesión material de la cosa al margen de que conserve o no la posesión civil...»

A continuación, añade: «Que la acción reivindicatoria tenga por finalidad recuperar la posesión civil no prueba, desde luego, que el artículo 464, al hablar de privación ilegal, haya entendido que la misma tiene por objeto la posesión civil. Cabe, por una parte, que la acción reivindicatoria se dirija exclusivamente a recuperar la posesión meramente material y así lo ha proclamado con bastante reiteración la jurisprudencia». CÁMARA en una nota, cita la S. de 26 de febrero de 1945, que afirma, «"la acción amparadora del dominio puede ejercitarse contra toda clase de poseedores, incluso los que sólo ostentan aquel grado inferior de la posesión, que no deja de ser posesión verdadera, consistente en la detentación o mera tenencia"». Pero, no advierte que no afirma el T. S. que la reivindicatoria se dirija en ese caso a recuperar la posesión material, sino que puede incluso dirigirse contra quienes sólo ostentan la mera detentación o tenencia. Y es que la reivindicatoria tiene por objeto la devolución al propietario de su dominio o poder sobre la cosa de su propiedad; y es claro que, para ello, a veces le bastará que se le reintegre de la mera tenencia y en otros de la plena posesión civil, pero sin que el objeto directo de la reivindicatoria sea la recuperación de una ni de otra, sino del correspondiente poder, fáctico y jurídico, sobre la cosa.

«Y —prosigue— de otra, nada se opone desde luego a que el reivindicante, en las hipótesis en que según el artículo 464 puede reivindicar, ejercite aquella acción precisamente para recuperar no sólo la posesión material sino también la civil. Así ocurrirá si además de la posesión material se ha perdido la posesión civil, porque ha transcurrido el plazo de un año durante el cual tal posesión se conserva.»

En 1947 (R. D. P. XXXI "*La buena fe, la inscripción y la posesión en...*", nota 13) expuse que el dilema planteado por ANGEL SANZ —para mostrar que la privación ilegal se refería a la posesión, más concretamente a la material, y no al dominio de la cosa mueble—, entre privación ilegal de la posesión material y privación ilegal del dominio, estaba mal planteado, pues a lo que propiamente se refiere el art. 464, 1, inciso 2 es al control, la supervisión que al propietario le corresponde y tiene sobre las cosas, aunque las haya dado en comodato o depósito. «Ni dominio ni tenencia, sino algo distinto». Pues bien, ahora debemos decirle a CÁMARA algo parecido. No hay dilema entre privación ilegal de la tenencia o posesión material con privación ilegal de la posesión civil, sino con el poder o facultades que en cada caso corresponden al propietario. Su contenido es semejante al que se mantiene con la posesión civil, que puede ir o no acompañada de la tenencia, pero —rectificándome— matizo que no debe confundirse totalmente con ella, que sólo es el reflejo de parte de aquello de que se priva al propietario, en cuanto afecta al ejercicio de su *ius possidendi*. Por lo demás, cuando la acción reivindicatoria se dirige contra un mero tenedor, no sólo va enderezada para recuperar la tenencia, sino para reivindicar el poder y dominación efectivos sobre la cosa, que desconoce o rechaza el tenedor cuando no quiera devolvérsela, y con ello, conculca en uno y otro caso. En eso se diferencia la reivindicatoria ejercitada contra el tenedor de los interdictos interpuestos para recuperar la mera tenencia.

MIQUEL (pág. 377) lo entiende de igual modo. Conforme la letra del art. 464, 1, «lo privado ilegalmente es la cosa». «Sin ella —explica MIQUEL— no es posible el ejercicio del derecho de propiedad en todo su contenido». Esa privación se produce cuando se excluye al propietario del ejercicio de derecho de propiedad que le corresponde, negándole su *ius possidendi*, civil o material, que tanto viola quien, contra la voluntad de aquél, le arrebató la tenencia de la cosa como quien, teniéndola ya por una relación contractual, se rebela contra la posesión civil que conservaba el propietario, invirtiendo o tratando de invertir su concepto posesorio, privándole así ilegalmente del ejercicio de su dominio de la cosa. Este ejercicio es lo que la reivindicatoria tiene por objeto recuperar, a diferencia de los interdictos que tienen por fin la conservación o recuperación de la posesión civil o material de las cosas. Aunque sea cierto que la recuperación de aquel ejercicio implique, como conse-

cuencia, el mantenimiento o recuperación de la posesión correspondiente.

Ahí CÁMARA (pág. 108), al haber dado por probado que el texto del art. 464, 1, lleva a la interpretación que propugna, sienta una afirmación, que al no ser correcta, su interpretación resulta una petición de principio: «La filosofía a que responde el artículo 464, en tanto se estime que su finalidad es sancionar (al estilo germánico) el valor legitimador de la posesión, descansa precisamente en el abuso de confianza («latu senso»). Los muebles son irrevindicables cuando quien los transmite a un tercero es precisamente la personalidad a quien el propietario se los había confiado, y que, de esta suerte, falta a la confianza que se le había dispensado, circunstancia que no concurre, obviamente, si la cosa se roba o se hurta a un comodatario o depositario.»

Como hemos visto, nada en el texto ni en el contexto del artículo 464, 1, justifica esta afirmación. Ni la referencia general a la posesión adquirida de buena fe sin circunscribirla a terceros; ni el significado del *título*, al que se la hace equivaler; ni el adversativo *sin embargo*; ni la expresión *privación ilegal*, después de analizados todos los argumentos esgrimidos; ni la referencia a la reivindicación, que consiste en recuperar el dominio efectivo, el poder y disposición sobre la cosa, y no sólo su posesión, material o civil, como en los interdictos.

e) *El art. 464, 1, visto en el contexto del art. 463.*

JOSÉ MARÍA MIQUEL (págs. 442 y ss.) aún añade que en contra de la interpretación favorable a la adquisición *a non domino* de las cosas enajenadas por un mediador posesorio, cabe oponer el artículo 463, que dispone:

«Los actos relativos a la posesión, ejecutados o consentidos por el que posee una cosa ajena como mero tenedor para disfrutarla o retenerla en cualquier concepto, no obligan ni perjudican al dueño, a no ser que éste hubiese otorgado a aquél facultades expresas para ejecutarlos o los ratificare con posterioridad.»

«No creo —dice MIQUEL— que se pueda decir que el artículo se refiere sólo a bienes inmuebles, pues esto no aparece por ninguna parte y precisamente está situado entre artículos que están distinguiendo estas cosas: así 461 cosa mueble, 462 cosas inmuebles, 464 cosas muebles, 465 animales. Es, pues, el único artículo de los que siguen al art. 460 que precisamente no distingue.»

Además: «El artículo dice no obligan ni perjudican al *dueño*. No habla, pues, del *poseedor* en concepto de dueño. GARCÍA VALDECASAS dice: léase el poseedor mediato.

»Ahora bien, una cosa es querer extender el precepto al poseedor mediato y otra distinta es decir que el artículo no se refiere al dueño. Precisamente en el Derecho común se disputó mucho sobre el caso y lo que siempre quedó claro es que al *dueño* no le perjudicaban. De modo que la utilización de la expresión dueño

y cosa ajena (este adjetivo sustituyendo a la expresión del Proyecto de 1882 "perteneciendo al *dominio* a otra persona") pueden haberse empleado con toda intención. Otra cosa es que se quiera extender también al poseedor mediato en conexión con el artículo 460, 4. Pero no parece viable admitir que no le perjudiquen en la posesión y sí en el dominio, sobre todo, además, cuando los efectos perjudiciales al dueño en el ámbito de la propiedad deben apoyarse en la posesión de otro sujeto (usucapión o la pretendida adquisición *a non domino* ex art. 464, 1, que se basa en la adquisición de la posesión), y sobre todo porque, insisto, el artículo habla de *dueño* y de cosa *ajena*.

»Lo que realmente resulta dudoso, y más respecto de bienes muebles, es que en caso de entrega a un tercero realizada por el mediador posesorio, no se pierda la posesión.

»Ello está en contra de lo resuelto por las Partidas tanto para muebles como para inmuebles, la glosa de GREGORIO LÓPEZ y la opinión dominante entre nuestros autores clásicos: así RAMOS DEL MANZANO Y FERNÁNDEZ DE RETES.

»Ahora bien, si se aplica al caso de la tradición realizada por el mediador posesorio también la doctrina del 460, 4, de la que el 463 sería un concreción, surge la dificultad de la legitimación pasiva en el interdicto de recobrar. Como es sabido, GARCÍA VALDECASAS la extiende también al poseedor de buena fe. Pero conforme a la interpretación del 464, 1 en el sentido de que el tercero adquiere la propiedad *a non domino* en el caso de las cosas enajenadas por el mediador, resultaría que habría adquirido la propiedad, pero estaría sujeto al interdicto, a pesar de haber adquirido la propiedad en base a la posesión. Para resolver el problema de la legitimación pasiva en el interdicto, entonces se acude también al 464, 1, decidiendo que en aquellos casos en que el despojo no constituye una privación ilegal, en el sentido del art. 464, el tercero queda protegido.»

CÁMARA (págs. 105 y ss., y nota 156) trata de desvirtuar la puesta en colación, por MIQUEL, del art. 463: «Parece desprenderse —dice— del tenor literal del precepto que el mismo se refiere a los actos que el poseedor, en concepto distinto del de dueño, *realice con tal carácter*, aunque sin facultades suficientes. Por ejemplo, un comodatario o un arrendatario, sin pretender hacerse pasar por propietarios, ceden el uso de la cosa a otra persona. El propietario no vendrá afectado por tal comportamiento (que afecta a la posesión) a no ser que lo haya autorizado expresamente o lo ratifique.»

A mi juicio esa restricción con que CÁMARA trata de interpretar la expresión «actos relativos a la posesión» del art. 463, no puede dejar de incluir la inversión del concepto posesorio ni la entrega de la tenencia, que son evidentemente actos relativos a la posesión sin que el art. 463 ofrezca la menor base para su exclusión. La inversión afecta a la posesión civil y la entrega a la tenencia, pero ni

una ni otra afectan a los derechos dominicales del propietario, según el texto del art. 463.

Prosigue CÁMARA que, «contrariamente, en el caso del artículo 464 es necesario que el mediador posesorio se *haga pasar* por dueño (de lo contrario la mala fe del adquirente sería indudable y cabría, por supuesto, la reivindicación), para lo cual se precisa que haya invertido su concepto posesorio. Mas esta inversión no priva al dueño de la posesión, en vista de lo dispuesto por el artículo 460, 4 (no afecta, pues, a su posesión civil que es lo que importa, pues la posesión, material ya la perdió al haber entregado la cosa voluntariamente al mediador posesorio), con lo cual y dentro de mi línea argumental, el artículo 463 al concordar con el 460, 4, en vez de contradecir mi tesis la confirma.»

Pero aquí vuelve a su reiterada petición de principio de dar por probado en el art. 464, 1, lo que no sólo está cuestionado, sino como hemos visto, no resulta de su texto ni de su contexto.

Aparte de ello, nada significa la afirmación de CÁMARA de que la inversión no priva al dueño de la posesión, pues lo que dice el art. 463 es que los actos relativos a la posesión —y la inversión del concepto posesorio y la entrega de la tenencia se refieren a ella— no afectan al dueño, es decir, en cuanto tal, y, sin duda, en cuanto tal, le afectaría la adquisición *a non domino* del tercero.

Todavía nos queda algo más que comentar del párrafo de CÁMARA que acabamos de transcribir, en cuanto dice que «es necesario que el mediador posesorio se *haga pasar* [el subrayado es suyo] por dueño», «para lo cual se precisa que haya invertido su concepto posesorio», y que «la inversión no priva al dueño de la posesión, en vista de lo dispuesto por el artículo 460, 4».

La primera observación que hemos de hacer a Cámara es que, siendo así, el mediador posesorio no puede transmitir la posesión en concepto de dueño, puesto que ésta no le corresponde, a pesar de su inversión, mientras el poseedor que la sufra no la consienta o transcurra el año previsto en el artículo 460, 4, a contar del acto obstativo indubitable que no deje duda de su actitud frente al poseedor en concepto de dueño al que, con la inversión, pretende sustituirle en dicho concepto. Entre tanto la posesión en concepto de dueño, equivalente al título, es la del poseedor originario que entregó la tenencia, y no, por lo tanto, del tercero que, de buena fe, creyó recibir del mediador una posesión en concepto de dueño.

En segundo lugar, la inversión del concepto posesorio debe probarla quien la alega (art. 436), deberá ser realizada públicamente con conocimiento del poseedor del dominio (art. 444), a quien debe patentizársela de modo inequívoco (SS. 15 octubre 1880 y 13 noviembre 1944) y ha de transcurrir un año sin la debida reacción interdictal de éste (art. 460, 4.º).

Como dice HERNÁNDEZ GIL (*La posesión*, págs. 345 y ss.) la contradicción «ha de ser recepticia», de modo que aquél contra «quien se dirige la voluntad y conducta de contradicción ha de

tener una completa noticia de los hechos», y ese conocimiento ha de ser «completo e inequívoco», pues: «Sólo así su aquietamiento tendrá un significado superior a la indiferencia para crear una verdadera contradicción... «Pese a la oposición cabe, no obstante, que el poseedor en concepto de tenedor llegue a adquirir la posesión en concepto de dueño, con la pérdida subsiguiente, pero por la vía del artículo 460, 1». Y si no la tiene no la podrá transmitir añadido yo, hasta que la tenga, es decir hasta un año después de que haya llegado inequívocamente al poseedor en concepto posesorio.

En la S. de 12 de diciembre de 1966—que, ¡cómo no!, recoge y expone Miquel (págs. 321 y ss.)—, en la que la hija y heredera de Cambó reivindicó un retrato de su padre, pintado por Zuloaga, a los herederos de éste, el Tribunal Supremo consideró que aquéllos no habían logrado la inversión; pues, para ello, habrían hecho falta «actos auténticos públicos y solemnes, a los cuales prestara aquiescencia su verdadero dueño» (faltando por añadir, «o que éste dejara transcurrir desde aquellos actos el plazo previsto en el art. 460, número 4.º»).

Además, como HERNÁNDEZ GIL (pág. 343) dice, la prueba de la inversión «recae sobre quien aduzca el cambio, ya sea el poseedor, un heredero o causahabiente o un tercero».

Temo que CÁMARA no se ha percatado suficientemente de lo que todo esto significa en contra de su tesis. Lo decimos después de releer lo que él escribe en el partado III, A, b, (págs. 174 y ss.), en especial en la nota 290. A su juicio, para los efectos de la adquisición *a non domino* por el tercero de buena fe, basta que el *tradens* tenga la «posesión fáctica en concepto de dueño». Dota así de entidad jurídica a esa figura, por él nominada, para lo cual ha de calificar de erróneas y equivocadas a las SS. de 13 de marzo de 1962 y 22 de junio de 1966, y ha de olvidarse de que la *equivalencia a título* sólo puede corresponder a la *posesión civil en concepto de dueño*; no a una posesión material o fáctica que se pretenda en tal concepto sin reunir los requisitos necesarios para que la inversión posesoria se haya consumado.

En suma, la interpretación germanista del art. 464, 1, no encaja en el contexto de los artículos contenidos en su mismo título *De la posesión*; y cuantas más vueltas se le den más patentes aparecen las dificultades de todos los intentos de encajarla.

## VII. LA PRETENDIDA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL ART. 464

Se han invocado a favor de la interpretación de que el artículo 464, 1, introdujo entre nosotros la adquisición *a non domino* en materia mobiliaria, y como argumento sistemático, los artículos 976, 1.160, 2.º, 1.295, 2.º, 1.473, 1.º, 1.540, 1.765, 1.778 y 1.897.

No vamos a reproducir aquí las largas discusiones que acerca de cada una de estas normas se han sostenido al respecto Remito al lector a lo que escribió HERNÁNDEZ GIL, en *De nuevo sobre*



el artículo 464... (en R. D. P. XXIX, págs. 452 *in fine* y s.s.); a mi negativa total, en *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464...* (en A. D. C. IX-II, abril-junio 1956, cfr. páginas 380 a 382, o en *Estudios sobre derecho de cosas*, cfr. págs. 438 a 441); a la dúplica de HERNÁNDEZ GIL, en su nuevo libro que tengo sobre la mesa (cfr. págs. 594 a 609); así como a lo que han opinado J. M. MIQUEL en su libro (cfr. págs. 403 a 442) y DE LA CÁMARA en su último trabajo (cfr. págs. 38 a 51). Nada más útil que una relectura comparativa y meditada.

Circunscribiré aquí mis comentarios a algunas muy breves observaciones.

DE LA CÁMARA (pág. 39) expone su opinión de que «los artículos que han sido citados no son decisivos y sólo algunos, y tampoco de forma incontrovertible, ayudan a desentrañar el verdadero sentido del artículo 464», e indica que se trata de «apoyaturas» «tal vez en alguna medida perturbadoras». A su juicio: «el artículo 1.160, en vez de fortificar la versión germanista del artículo 464, más bien la contradice» (pág. 42); del art. 1.473, 1.º, dado que el Código «sigue la añeja teoría del título y el modo es factible explicar en otra forma la solución» (pág. 47); «los artículos 1775 y 1778 constituyen un indicio favorable a la irreivindicabilidad de los bienes muebles, pero no son, en modo alguno decisivos» (pág. 49), y juzga «igualmente innecesario —y posiblemente improcedente— buscar en el último párrafo del artículo 1.897 una prueba más de que los bienes muebles, cuya posesión se ha adquirido de buena fe, no son reivindicables» (pág. 50).

Del art. 976, que, a su juicio, «es, quizá, uno de los más significativos», dice que yo intenté minimizar su trascendencia, aduciendo que «concede al reservista la facultad de disponer de los bienes muebles a pesar de la reserva (sin perjuicio de la obligación de satisfacer su valor a los reservatorios en su caso), lo que aleja toda semejanza de su supuesto con respecto al del artículo 464». CÁMARA replica: «Por mi parte entiendo que esta alegación constituye tal vez una manera demasiado fácil de desembarazarse de un precepto que resulta incómodo». Y explica: «Para empezar, el artículo 976 no otorga al reservista facultad alguna. Ni dice tal cosa el texto legal ni es necesario que lo diga, pues la reserva no entraña una prohibición de disponer impuesta al obligado a reservar. Acontece, solamente, que la eficacia de la enajenación depende de que al morir el reservista existan o no reservatarios. A pesar de ello, el artículo 976 declara que las enajenaciones subsisten en todo caso (aunque con poca precisión técnica hable de validez) cuando se trata de bienes muebles, equiparando, en este sentido, las enajenaciones hechas antes de surgir la obligación de reservar (eficaces siempre aunque su objeto sea un bien inmueble) a las que se realicen después» (págs. 40 y s.).

Pero, ¿qué constituye «una manera demasiado fácil», si no de «desembarazarse de un precepto que resulta incómodo», si de

darle además la vuelta, proclamando dogmáticamente su significado?

El art. 976 declara que las enajenaciones de bienes muebles son «válidas» (aunque la palabra no le guste a CÁMARA) y no sólo *subsistentes* (como a él le agradaría) las adquisiciones. Y, como declara válidas las *enajenaciones* de bienes muebles, tanto las hechas antes de nacer la obligación de reserva como las efectuadas después de nacida, por ello no es preciso que declare las *adquisiciones* derivadas del reservista subsistentes o convalidadas. La enajenación fue sencillamente «válida». Es más, son igualmente válidas las enajenaciones efectuadas a título gratuito, como muestra el art. 978, n.º 3.º. Lo cual excede y, por ello, escapa a la interpretación que CÁMARA atribuye al art. 464, 1, y deja en el aire esta afirmación (nota 53, pág. 42) suya: «Tampoco se explica, si no es relacionando de alguna manera el artículo 976 con el artículo 464, el distinto tratamiento que se dispensa, en este punto, a los bienes reservables, según sean muebles o inmuebles».

El propio HERNÁNDEZ GIL, en el tomo II de sus *Dictámenes* (pág. 358), reconoce que la enajenación de bienes muebles reservables, en razón de lo dispuesto en el art. 976, «se mantiene también aun cuando los terceros no sean de buena fe, o sea, más allá de la órbita del artículo 464; y ello porque el artículo 976 contiene el verdadero reconocimiento de una facultad de enajenar. En rigor, nunca puede darse un tercero de mala fe, porque, aunque conozca que los bienes están reservados, existe una permisión legal expresa que autoriza la enajenación».

Hace años (*La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el art. 811 del Código civil* II, § 3.º, 20, en A. D. C. XII-III, julio-septiembre 1959, págs. 761 y s.), llamé la atención acerca de esa facultad que tiene el reservista de disponer de los bienes muebles, no sólo a título oneroso, sino *también gratuitamente*; y de que «la facultad de disponer libremente de los bienes muebles (sin perjuicio de dar lugar al morir el bínubo a la devolución de su precio a los descendientes comunes) ya correspondía al reservista en Derecho romano (Código V-IX, 6, § 1.º vers. *Mobilium vero rerum*) desde la creación de las reservas, es decir, muchísimo antes de ser conocido el principio *Hand wahre Hand*».

Y, después del análisis de los textos referentes a la reserva vidual (*ibid.* II, § 2.º, 8, en A. D. C. XI-III, julio-septiembre 1958, pág. 698), deduje que, «después de contraídas nuevas nupcias, el bínubo o bínuba continúa siendo dueño de los bienes reservables, que puede válidamente enajenar: si son muebles, con plena y absoluta eficacia...». No puede haber, pues, enajenación *a non domino*. Ni siquiera irretroactividad en el juego de una resolución (que, sin embargo, no sería lo mismo, como luego veremos, que la irreivindicabilidad).

Siguiendo esta opinión, ya sentada antes por JORDANO y seguida por LADARIA y por CARLOS MELÓN, explica J. M. MIQUEL: «Lo que»

resulta del precepto es evidentemente una diferente consideración de los bienes muebles, pero no cabe duda de que respecto de estos bienes el reservista está autorizado para enajenar, no habiendo lugar a ninguna adquisición *a non domino*. El reservista no tiene, respecto de estos bienes, limitada su facultad dispositiva, ni siquiera en el de una prohibición de alcance meramente obligacional, pues aunque el artículo 976 hable de la «obligación de indemnizar», del art. 978 resulta que sólo está obligado a devolver el precio recibido o, en caso de enajenación a título gratuito, el valor de los bienes al tiempo de efectuarla».

He dejado el último lugar para la referencia que DE LA CÁMARA dedica a los arts. 1.295, 2.º y 1.540. Al final del examen que les hace, concluye que si no se admite que la rescisión sólo es posible cuando no haya otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, «resulta difícil... justificar la índole simplemente personal de las acciones rescisorias o resolutorias y, por ende, deja de estar clara la desconexión (que admito) entre los artículos 1.295, 2.º y 1.540 con el 464». Es decir, que, en definitiva, admite tal desconexión: y simplemente, tan solo objeta «que dista mucho de ser clara y que no se puede dar, sin más ni más, por supuesta» la naturaleza personal de las acciones rescisorias de los arts. 1.295, 2 y 1.540.

JOSÉ MARÍA MIQUEL va rechazando el apoyo sistemático invocado por HERNÁNDEZ GIL a la interpretación «germanista» del art. 464.

En el art. 976, como hemos visto, la transmisión la efectúa el dueño, con facultad de disponer, a título tanto oneroso como gratuito, de los bienes muebles.

En el 1295, 2.º, el tercero también ha adquirido *a domino*; simplemente la acción rescisoria, conforme al art. 1.124, no se da contra terceros de buena fe, «sin distinción de bienes muebles e inmuebles» (pág. 405).

En el 1.540, también «el tercero adquirió *a domino* y sólo podrá verse afectado por la aplicación rigurosa del principio *resoluto iure dantis, resolvitur et accipientis*, que precisamente el art. 1.124 excluye para el caso de incumplimiento en favor de terceros de buena fe. Tal como ya se había sostenido en el Derecho común, según refirió Fabro al propio caso de la permuta (pág. 406).

El art. 1.160, 2.º, es cierto que protege al acreedor de buena fe, «pero no en el sentido de atribuirle la propiedad por la adquisición de buena fe de la posesión de cosas ajenas, sino en el sentido de liberarle de la devolución del equivalente por haber consumido o gastado de buena fe dichas cosas ajenas» (págs. 406 y ss.).

En el 1.473, 1, «no resulta de ningún modo una adquisición *a non domino*, sino más bien se impide una adquisición *a domino* al comprador que conozca la venta anterior» (págs. 412 y s.).

Del art. 1.765, se ocupa MIQUEL con especial detenimiento y documentación (págs. 413 a 422). Le señala los antecedentes romanos de la Instituta, tít. 21, Lib. I, y del Digesto 16. 1, 15; 13; 6, 1, 2, y 16, 6, 2, así como la doctrina de POTHIER, que recogió el Código

francés en sus arts. 1.925 y 1.926, y de éstos pasó a los 1.667 y 1.668 de nuestro Proyecto de 1851. A juicio de Miquel, «se ve claro que la expresión [de nuestro art. 1.765]: "Si la cosa está todavía en su poder, la puede reivindicar", que utiliza en el caso de depositario incapaz, no puede ser entendida como excluyente de la acción reivindicatoria frente a terceros. Más bien hay que pensar que se excluye la acción el depositario por la estimación del valor de la cosa (reivindicatoria contra el que dejó de poseer con dolo) a causa de su incapacidad, y se reduce a lo que se enriqueció de acuerdo con la misma consideración. Solución a la que se llega por la aplicación de los principios del Derecho romano antes expuestos» (páginas 417 y s.).

Del art. 1.778, también señala (págs. 422 a 427) su correspondencia con los textos del Digesto 16, 3, 1, 47; 16, 3, 2; 16, 3, 1, 39; de las Instituciones de Gayo II, 50; de las de Justiniano, II, 6, 3 y 4, y del Código 4, 34, 8; y, además, con la interpretación de POTHIER. En opinión de MIQUEL: «En cuanto al propietario no está dicho en el artículo 1.778 que carezca de acción [contra el tercero]. Pero si es propietario y hace uso del derecho que le otorga este artículo no podrá dirigirse contra el tercero, y viceversa si se dirige contra el tercero y obtiene la cosa, no podrá acudir a exigir nada al heredero del depositario que no se habrá enriquecido entonces en perjuicio del depositante. Si el tercero adquirió o no la propiedad no es, pues, una cuestión que decida el artículo 1.773. No cabe excluir que la haya adquirido por un modo admitido por nuestro Derecho, sea usucapción, sea accesión. No hay que suponer que el depositante sea siempre propietario, ni tampoco que siéndolo le interese reivindicar del tercero, ni siquiera pueda (destrucción de la cosa o ignorarse su paradero)» (pág. 425).

Finalmente, del art. 1.897 *in fine*, al que dedica bastante extensión (págs. 427 a 438), MIQUEL, siguiendo a LACRUZ, advierte que el artículo alcanza a toda clase de bienes; «y aún se refiere preferentemente a los inmuebles», según se deduce de su texto, «mejoras y acciones» (pág. 432). «Si se acude a la doctrina romana de la *condictio indebiti*, resultará que el pago de lo indebido ha transmitido la propiedad y no hay cuestión de adquisición *a non domino* por parte del tercero» (pág. 433). Si se partió «de la base de que el pago indebido no transmitió la propiedad», observa que para resolver el problema es de ver que «habría tres sujetos que han sufrido sendos errores. El *solvens* al creerse deudor de lo pagado, el *accipiens*, acreedor, y a consecuencia de la tradición propietario, y el tercero, al considerar al *accipiens* como tal propietario. En rigor el 1.897 no habla del tercero, pero sólo si es de buena fe cabe plantearse el problema...». En el art. 1.899: «Las consecuencias del error de ambos *solvens* y *accipiens*, se imputan sólo al primero. Parece, pues, que resulta fundado pensar que le correspondan también al *solvens* en el caso de enajenación de la cosa por parte del *accipiens* de buena fe a un tercero, también de buena fe, y, por tanto, no

pueda reivindicarla» (pág. 437). Por todo lo cual, concluye que, en el art. 1897, «puede verse un supuesto de adquisición *a non domino* para el que es decisivo el que el *solvens* haya dado ocasión al *accipiens* para creerse propietario. El criterio del artículo 1.899 puede servir para mostrar la valoración de la actuación del *solvens* que tiene por consecuencia imputarle los efectos desfavorables que para otro se seguirían» (pág. 438).

Es decir, se trataría de una adquisición *a non domino* que se referiría tanto a bienes muebles como a bienes inmuebles, y que dependería no sólo de la buena fe del tercero sino también de la del *accipiens*.

HERNÁNDEZ GIL (pág. 601), ante mi anterior crítica de su integración sistemática del art. 464, 1, advierte: «... no pretendemos establecer una coincidencia normativa ni que el artículo 464 actúe a través de todos ellos, sino tan sólo señalar cierta similitud en orden a los criterios informadores y a los fines perseguidos, de suerte que no resulte insólito o aislado el régimen de la posesión de buena fe desenvuelto por el artículo 464». De ser así, al no resultar —como hemos visto de la interpretación del art. 464, 1— que éste establezca adquisición *a non domino* alguna, dichos artículos nada ayudarían a su integración sistemática, aunque tuvieran el sentido que él les atribuye.

Por otra parte, con una perspectiva general, el argumento sistemático resulta aún más desvalorizado. Así lo muestra MIQUEL (páginas 439 y ss.), al indicar que, en los casos examinados, «nuestro Código no deja sin protección a los terceros de buena fe o incluso *inter partes* al acreedor que haya gastado o consumido de buena fe, al heredero del depositario que haya enajenado de buena fe o al mandatario en el caso del 1.738. Los casos de protección al tercero pueden ser los de los artículos 1.124, 4.º, 1.295, 2, 1.540, 1.724, 1.738, 1.897, y en cierto sentido el 1.473, 1.º. Pero en ellos no se descubre una limitación a los bienes muebles. De otra parte ninguno de estos preceptos se remite al artículo 464. Lo que en el caso del 1.124, 4.º es particularmente indicador: esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria. La protección, pues, en este caso se dispensa a través del 1.295 y no del 464. En algunos artículos se exceptúan los efectos frente a terceros conforme a la Ley Hipotecaria, pero nada se dice del art. 464. Así en los artículos 647 y 1.510.»

Y prosigue:

«Ahora bien, aquí lo que interesa es destacar que el legislador no ha tenido en cuenta para nada al art. 464 respecto de estos problemas.

»Respecto de los casos de anulabilidad, se observa que el Código no dispone nada en cuanto a terceros a diferencia de lo que sucede en el caso de rescisión y en el de resolución por incumplimiento. Los supuestos de anulabilidad en realidad son diversos y la regula-

ción del efecto restitutorio se extiende a los casos de nulidad. Ahora bien, parece que no deben valorarse del mismo modo los diferentes supuestos de anulabilidad, por lo que se refiere a los efectos frente a terceros. En mi opinión, como ya ha quedado expresado en otro lugar, no es beneficioso tratar de resolver estos casos respecto de muebles con un criterio único procedente de la teoría de la posesión. Habrá que atender a las particularidades que cada uno presenta. La inclusión de todos ellos en una categoría unitaria implica que se deja en todos ellos al arbitrio del protegido el ejercicio de la acción, pero no significa que todos ellos deban producir los mismos efectos frente a terceros cuando el Código precisamente no ha dicho nada sobre estos efectos. Precisamente ello puede dar margen para matizar según los casos. Así en caso de dolo parece que podría negarse el efecto frente a tercero de buena fe. Hay, en efecto, que tener en cuenta que el dolo empleado por un tercero no lleva consigo la anulabilidad del contrato, mientras que la violencia o la intimidación, procedan de quien procedan, anulan el contrato. Esto significa que el legislador atiende especialmente a la conducta de la parte que ha utilizado el dolo, pero no tanto a que la voluntad del que lo sufrió se haya formado viciosamente, pues esto también sucede cuando el dolo lo empleó un tercero...».

Concretando algo más, aún añade:

«El problema en el caso de error se resolvería a través de la exigencia de la reconocibilidad del error. Pero no es claro que tal requisito se pueda estimar, en nuestro Derecho, necesario para la impugnación del negocio, aunque pueden existir vías en nuestro Ordenamiento para llegar a soluciones semejantes a los que llega la doctrina italiana a través de esa exigencia.

»En los casos de incapacidad parece bastante claro que también hay que diferenciar los diversos supuestos, y no se puede dar un criterio general válido para todos los casos. Jugarán aquí los distintos tipos de incapacidad y la determinación que por la sentencia de incapacitación se haya hecho de los actos que pueden realizar pródigos y sordomudos.

»Tratar de resolver toda la variedad del supuesto mediante una interpretación de privación ilegal parece desenfocado, pues, con ello no se percibe más que algún aspecto de la cuestión, pero quizá no el decisivo.

»La diversidad de soluciones no es arbitraria, pues, si bien es cierto que en todos los casos la buena fe del tercero es la misma y por ello desde el punto de vista del tercero todos los casos deberían resolverse del mismo modo, no obstante, creo que no basta atender al tercero porque no es el único interesado, y hay que ver el problema también desde el punto de vista del que tiene la acción y desde esta perspectiva las diferencias son notables y los criterios del legislador parece que también.»

Por lo demás, la suma de soluciones parciales, discriminadas según cada supuesto concreto y atendidas las circunstancias espe-

cíficas, no pueden justificar una solución general con una *ratio* valorativa que exceda o simplemente sea distinta de las utilizadas para resolver cada una de aquéllas. Creo que esto ha sido olvidado al invocar —*grosso modo*— la interpretación integradora del artículo 464, 1, que hemos referido.

VIII. EL ARTÍCULO 464, 1, Y LAS LEYES SOBRE HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE POSESIÓN Y SOBRE VENTAS A PLAZOS.

MANUEL DE LA CÁMARA dedica el epígrafe E de su estudio (páginas 109 a 143) al desarrollo legislativo, posterior al Código civil, que haya podido incidir en el art. 464, 1. Al concluir dice: «Creo haber demostrado que las leyes sustantivas posteriores al Código que han tenido que abordar el problema de la eficacia legitimadora de la posesión —lo que, en último término, exigía tomar como punto de partida lo dispuesto por el artículo 464— han resuelto la cuestión reconociéndosela. El legislador ha expresado, pues, implícita pero claramente, su convicción de que aquel precepto fundamental responde al mismo criterio».

Antes de entrar en el análisis concreto de los argumentos de nuestro amigo, debo hacer una advertencia, que creo fundamental. Al terminar mi estudio del año 1956, concluía que el Código civil «no ha importado la regla *meubles n'ont pas de suite*» (entiéndese en su sentido moderno, según queda advertido antes en la nota 2); pero si «importó [sin desconocer sus precedentes romanos y de Derecho común, por lo cual la expresión más correcta, más que *importó*, sería *consagró*] la regla *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* (art. 1.869, § 2, *a contrario*, y art. 1.922, núm. 2, de *minor ad maius*). Su eficacia frente a los terceros de mala fe es sólo consecuencia negativa de esa mala fe (art. 1.473, 1, y 1.124, 1.295, § 2.º de *minor ad maius*)».

Hay una diferencia de grado muy grande entre ambas reglas, y el paso a la segunda no implica el haberlo dado a la primera. Así lo hemos advertido antes, en el epígrafe III de este comentario. Allí hemos visto que DE LA CÁMARA las confundió al ocuparse del Proyecto de 1851 y de las glosas de GARCÍA GOYENA a los arts. 1.043, 1.178 y 1.926 de dicho Proyecto.

El *quid* de las leyes de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, y de 17 de junio de 1965, sobre ventas a plazo, es muy fundamentalmente el de su incidencia en la regla de que los muebles no son objeto de persecución por hipoteca, es decir, por gravámenes no acompañados de entrega de la cosa al acreedor o de su retención por éste.

A) Respecto a la Ley de 16 de diciembre de 1954 es preciso distinguir:

Para la *hipoteca mobiliaria*, admite, en caso de ejecutarse ésta,

la persecución de los muebles hipotecados, pero es debido a su perfecta identificabilidad registral que los hace susceptibles de ser objeto de verdadera hipoteca.

En cambio, para la *prenda sin desplazamiento de posesión*, aunque la Ley no es suficientemente explícita, a diferencia de su anteproyecto de cuya Comisión redactora formé parte—creo—como expuse hace años, al comentarla—que no se da persecución por razón de su ejecución, a pesar de la inscripción de la prenda en el Registro, evidentemente insuficiente para una adecuada publicidad, debida a que los bienes objeto de ella no son susceptibles de identificación registral.

DE LA CÁMARA (págs. 124 y s.) dice que esa solución sólo se explica «porque el legislador ha estimado que la publicidad registral debe ceder ante la publicidad posesoria, lo que equivale a reconocer la función legitimadora de la posesión».

No es exactamente así. Ocurre que la ineficacia frente a terceros de gravámenes y privilegios mobiliarios se debe, no *positivamente* a la legitimación de la posesión del transferente o del adquirente, sino *negativamente* a la falta de visibilidad de los gravámenes y privilegios mobiliarios en bienes no susceptibles de publicidad registral. Es por ello que carecen de reipersecutoriedad en cuanto los bienes salen de manos del acreedor, del deudor, del tercero al que se encomendó su custodia o, en su caso, de su *status loci*.

Esa falta de reipersecutoriedad de gravámenes y privilegios mobiliarios no es nada nuevo. La vemos en el art. 1.922, 1.º y 2.º y respecto a la salida del *status loci* en el núm. 6 del mismo artículo y, limitadamente, en el párrafo 2 de su núm. 7.º.

Las repetidas referencias que el Discurso ministerial en la presentación de la Ley y de la Exposición de motivos de ésta hacen al principio del párrafo 1.º del art. 464, «fundamental en el comercio jurídico de bienes muebles», no pueden tomarse, salvo petición de principio, en sentido favorable a su interpretación germanista. Sencillamente, significa que el hecho de que la posesión equivalga a la justificación del título —sin perjuicio de que sean reivindicables en casos de pérdida o privación ilegal en su pleno significado— es incompatible con la identificación jurídica de su titularidad por medios registrales, que requiere la cualidad de la perfecta identificabilidad por ese medio de los bienes muebles de que se trate.

B) La ley de 17 de junio de 1965 sobre ventas a plazo, incide respecto de nuestro tema en dos cuestiones fundamentales:

a) Si es posible la reserva de dominio una vez concertado el contrato de compraventa seguido de la tradición de la cosa.

b) Si, en el caso de no ser posible. Y de que esta denominada "reserva" equivalga al establecimiento de una condición resolutoria expresa, el cumplimiento de esta condición puede o no afectar a terceros adquirentes de los bienes muebles.

En cuanto a la primera cuestión, siempre he entendido que la denominada reserva de dominio (a pesar del contrato y la tradi-



ción) de bienes muebles no era posible, y que se reconvertía en una condición resolutoria sin eficacia frente a terceros de buena fe, con lo cual el crédito así garantizado no pasaba de ser un crédito privilegiado por razón de su origen. En su resultado, esta tesis coincide con la sostenida por BALDO DEL CASTAÑO y RODRIGO BERCOVITZ. En cambio, siguiendo a Díez PICAZO, le parece evidente a CÁMARA (págs. 127 y s.) que «la conversión de la reserva de dominio en un derecho real de garantía no coincide con la intención de los contratantes, y concretamente no se corresponde con el tipo de seguridad que busca el vendedor». Pero es cuestión previa, a ésta, la de si la autonomía de la voluntad de los contratantes puede imponerse para desnaturalizar la fuerza traslativa del contrato seguido de la tradición (art. 609 C. c.), y para crear garantías mobiliarias clandestinas, o sea, en una forma contraria al criterio resultante del ordenamiento jurídico que propugna la ineficacia respecto de terceros de cualquier garantía mobiliaria no apoyada en la posesión o en un específico *status loci*; es decir, en contra del principio *meubles non pas de suite par hypothèque*, que incluye las condiciones resolutorias pactadas en funciones de garantía.

El mismo CÁMARA (págs. 128 y ss.) reconoce la falta de sentido de admitir, en el supuesto cuestionado, que el comprador posea a título de depositario, no sólo por lo dispuesto en el art. 609, sino porque la figura del depósito es incompatible con la facultad de usar la cosa, que no se le niega al comprador, que posee en concepto de dueño desde el mismo momento de la entrega.

Respecto de la segunda cuestión, es decir, la de la eficacia frente a tercero del ejercicio de la resolución o la ejecución por impago del precio aplazado, hemos visto que la posición del artículo 1.043 del Proyecto de 1851 era contraria a dicha eficacia, justificándolo GARCÍA GOYENA porque respecto de los bienes muebles «no tiene el tercer adquirente el recurso de consultar el registro público para su seguridad».

Sin embargo, J. M. MIQUEL (págs. 343 y s.) explica que «el problema de la eficacia de la reserva de dominio frente a un tercer adquirente, en la jurisprudencia civil del TS, se presenta raramente y sólo se cita la sentencia de 1 de diciembre de 1909, si bien, pueden citarse otras de Audiencias Territoriales, como hace R. BERCOVITZ. En estos casos se trata de la tercería del tercer adquirente frente a la ejecución que lleva a cabo el vendedor. Las reivindicaciones del vendedor frente al tercer adquirente no se presentan ante los Tribunales. Ello tiene su explicación en que el conflicto planteado de ese modo obtiene normalmente solución en las decisiones de la jurisprudencia penal. La jurisprudencia ha sido favorable a la eficacia del pacto de reserva de dominio frente a los acreedores del comprador, con la excepción de la sentencia de 13 de diciembre de 1911.»

La cuestión ha variado después de entrar en vigor la Ley de 17

de junio de 1965. Prescindimos de entrar a discutir la naturaleza de la reserva de dominio, que esta Ley regula para las ventas a plazo a ella sujetas, y nos abstenemos de adentrarnos en emitir juicio respecto el criterio de la Ley que apoya sus efectos en un registro de ventas a plazo de bienes sin perfecta identificación registral. Mas, sea la que fuere la correcta solución de aquella cuestión y el juicio merecido por la solución de la ley, parece claro que deben distinguirse, como hace CÁMARA (págs. 138 y ss.), las compraventas que se rigen por lo dispuesto en dicha ley y las que están fuera de su reglamentación. Y, entre éstas, deben subdistinguirse las que no se han acogido a sus disposiciones a pesar de encontrarse comprendidas en su ámbito de aplicación y las otras a las que dicha ley no es objetivamente aplicable.

Parece que la inscripción de las ventas a plazos en el Registro, creado por la ley de 17 de julio de 1965, tiene carácter constitutivo en cuanto a la producción de efectos reales, sin perjuicio de que pueda oponerse a terceros de mala fe. En consecuencia, en las ventas a plazo con reserva de dominio una vez inscritas afectarán a terceros; e, inversamente, las sometidas a la ley pero no inscritas no podrán afectar a los adquirentes del comprador que sean de buena fe.

En cuanto a las ventas no sometidas a la Ley, los comentaristas de ésta se han mostrado partidarios de la ineficacia respecto de tercero del pacto de reserva de dominio. Esta es la opinión de BALDO DEL CASTAÑO y de CÁMARA, basándose en la interpretación germanista del art. 464, y la de R. BERCOVITZ y la mía de siempre, por considerar que este pacto por sí solo carece de efectos reales.

Según J. M. MIQUEL (págs. 343 y s.) recoge de BERCOVITZ, la posición de la jurisprudencia después de la Ley de 1965 ha variado: «Así se rechaza la eficacia de la reserva de dominio si no está inscrita, como establece el art. 23 de la citada Ley (Sentencias de 30 de octubre de 1973, 19 de abril de 1975, así como otras de Audiencias Territoriales citadas por BERCOVITZ) y se admite su eficacia si el pacto está inscrito (S. de 26 de enero de 1976). Respecto de la eficacia frente a un tercer adquirente, se pueden citar las de las Audiencias Territoriales de Madrid de 11 de julio de 1970 y 18 de junio de 1970, de Sevilla de 10 abril de 1970, y de Valladolid de 7 de febrero de 1973. Sentencias estas últimas, que tratan de la tercería de dominio del tercer adquirente frente a la ejecución instada por el vendedor, tercería que no pudo prosperar gracias a la inscripción de la reserva de dominio. En ellas se recoge además la frase del preámbulo de la Orden de 8 de julio de 1966 según la que el pacto de reserva de dominio inscrito es oponible a tercero por imperativo del art. 23 de la Ley, a pesar de la protección de lart. 464 del Código civil. Ahora bien, estas sentencias de las Audiencias citadas, deciden que el pacto inscrito es eficaz frente al tercer adquirente, pero no que en caso de no estar inscrito la ineficacia derive del artículo 464.

»Respecto a ventas realizadas al margen de la Ley de 1965, pero que están comprendidas en su ámbito de aplicación, la S. de 17 de mayo de 1974 admite la tercería de dominio del vendedor, constando la reserva de dominio en documento privado con fecha cierta.

»En cuanto a las ventas no comprendidas en el ámbito de la Ley, BERCOVITZ cita varias sentencias de Audiencias Territoriales que mantuvieron el criterio de que la reserva de dominio era oponible a los acreedores del comprador, si consta en documento de fecha cierta.

»En la jurisprudencia penal, antes y después de la Ley de 1965, son numerosas las sentencias que condenan por apropiación indebida al comprador, que enajenó a un tercero en contra del pacto de reserva de dominio, antes y después de la Ley de 1965, y le califican de depositario. Además son los Tribunales penales los que deciden sobre la restitución al vendedor. En muchas ocasiones no se ordena la restitución por diversas razones. Como puede ser por no haberse hallado la cosa. Pero en otras, a pesar de encontrarse la cosa en poder de un tercero adquirente de buena fe, puede observarse que la Audiencia ordenó la restitución: así, en las sentencias de 24 de junio de 1958 y 15 de abril de 1961, entre las anteriores a la Ley, y entre las posteriores pueden verse las de 22 de enero de 1970 y 29 de octubre de 1970; en la Sentencia de 21 de junio de 1969 puede observarse que el fallo de la recurrida no ordenaba la restitución, pero como se recoge en el mismo fallo las cosas ya se entregaron al vendedor antes de la apertura de la investigación. En ninguna de ellas es objeto de recurso la cuestión de la restitución ordenada, pero no se trataba de reservas de dominio inscritas.»

MANUEL DE LA CÁMARA (pág. 140), al comentar la solución para las ventas sometidas a la Ley de 1965 que no fueren inscritas, insiste en que el legislador «no ha querido que una acción de signo recuperatorio, cuyo parecido con la reivindicatoria no puede ignorarse, afecte a quien no ha tenido posibilidad de conocer los presupuestos en que se basa la acción y ha confiado en la situación de apariencia derivada de la posesión (en concepto de dueño) que ostentó el comprador, quien, por otra parte, ha recibido la cosa voluntariamente del que, no obstante haberla vendido, continúa siendo su dueño».

Distingamos, mientras CÁMARA generaliza como él tiene tendencia a hacer. Es cierto que, en ese supuesto, el crédito por el precio aplazado, sin la adecuada publicidad prevista en la Ley, no puede afectar a tercero de buena fe alguno. Pero eso es independiente de que el art. 464, 1, se interprete, como él pretende. No nos cansaremos de repetir que hay un importantísimo grado que diferencia los supuestos de la reivindicación de cosas muebles y de oponibilidad a terceros de gravámenes, privilegios y condiciones. Supuestos que, al menos desde la Baja Edad Media, ha venido diferenciando claramente la doctrina y que han sido expresados por

dos brocados distintos. En fin, la afirmación de que el vendedor continúe siendo el dueño a pesar de haber vendido y traido la cosa ha sido rechazada más arriba.

## IX. ASPECTOS TELEOLÓGICOS DE LA CUESTIÓN

ANTONIO HERNÁNDEZ GIL (págs. 662 y ss.), después de recordar que el art. 3, ap. 1, C. c., cierra su amplio conjunto oracional dedicado a la interpretación de las normas recurriendo a un gerundio para enunciar «...atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» (es decir, de las normas) bajo esta perspectiva, comenta:

«Creo que al resaltar el valor de los fines y el espíritu lo que pretende el Código civil es despegarse una vez más del rígido literalismo. Ha de reconocerse, sin embargo, que se trata de categorías sumamente flexibles y propicias a ciertos subjetivismos. No es, por tanto, mucho lo que con rigor y objetividad puede decirse en apoyo de una determinada tesis interpretativa del artículo 464. Todas responden a unos fines atendibles. Si se considera que excluye o limita las adquisiciones *a non domino*, el fin estimado como preponderante es el respeto de la situación de propiedad ya establecida, que ni con la buena fe de un tercero debe ser removida, porque también el propietario se ha comportado de buena fe. Si, por el contrario, se reputa digna de tutela la adquisición por el tercero, viene antepuesto al interés del propietario desposeído el del que de buena fe accede a la posesión. Unos y otros hablamos de la seguridad del tráfico. Para unos esa seguridad consiste en que todo quede como está y la cosa retorna al propietario. Para otros la seguridad radica en que no surgen demasiadas preocupaciones en torno al propietario retrospectivo en la circulación de los bienes muebles. Podrá sustentarse que con la adquisición *a non domino* el finalismo es más dinámico y fluyente.»

Muy ponderadas son estas palabras de HERNÁNDEZ GIL, en especial siendo diversa su propia posición acerca del 464, 1. Sin embargo, no queremos dejar de hacer una observación a su última frase. Decir que «con la adquisición *a non domino* el finalismo es más dinámico y fluyente», es teñir el «finalismo» de un determinado color favorable a una de las posibles soluciones. Realmente, lo que resultaría «más dinámico y fluyente» es el juego de la seguridad jurídica, en detrimento de la protección de las situaciones estáticas.

Igual carga valorativa tiene la denominación de *progresiva* (página 574) aplicada a la interpretación también denominada germanista del art. 464, 1. Creemos que al hacerlo se incide en lo que Marcuse ha calificado de «lenguaje funcional», que tiende a identificar «la verdad y la verdad establecida», prejuzgando, con la palabra empleada, aquella equivalencia pretendida.

Entrando ya propiamente en tema, entiendo que es trámite previo el separar:

— la cuestión de determinar la finalidad, o teleología, del artículo 464, 1; y,

— la valoración y contraposición de las finalidades o posiciones teleológicas que en cada una de las posiciones interpretativas de dicho precepto predominan.

La finalidad del art. 464, 1, nos parece clara a la vista de los antecedentes legislativos, de las palabras de los primeros comentaristas del Código civil, alguno de los cuales formó parte de su Comisión redactora, y del mismo texto y contexto del precepto.

La contratación de bienes muebles rara vez es expresada en títulos, sino que suele ser verbal y su entrega manual. Por ende, la prueba del dominio de los bienes muebles no se puede apoyar en la titulación documental, y ni siquiera en la prueba de una adquisición a la que pudo haberle seguido una enajenación meramente traditoria y oral. Siendo así, la prueba de la titularidad ha de fundamentarse en la posesión actual o en la posesión perdida sin causa alguna que justifique dicha pérdida.

Entiendo que ésta es la teleología del art. 464, 1, que no contrapone la seguridad estática y la dinámica, sino que procura resolver adecuadamente el problema de la reivindicación de los bienes muebles.

Ahora bien, es la tesis germanista la que contrapone teleológicamente las seguridades estática y dinámica. Esta contraposición puede establecerse en términos generales, o bien oponiendo las actitudes e intereses individuales del propietario desposeído y del tercero adquirente de buena fe.

Vamos a examinar sucesivamente ambas perspectivas.

a) *La seguridad del tráfico jurídico, bajo las respectivas perspectivas del derecho civil y del mercantil.*

J. M. MIQUEL (págs. 480 a 490) trata de esta cuestión muy detenidamente, aportando las más recientes opiniones de la doctrina extranjera, en especial alemana. Extracto:

«Parece claro que la apelación al tráfico se ha convertido, como decía REICHEL, en un lugar común que se usa ya sin una ulterior comprobación y de una manera automática...»

«Por otra parte, se debe analizar, aunque sea someramente, qué se entiende por tráfico. La idea de que la adquisición *a non domino* protege el tráfico parte ya de una concepción restringida de éste: se piensa en la compra y venta de cosas fundamentalmente. Pero el tráfico es algo más, también pertenecen a él los contratos de transporte, arrendamiento, *leasing* y depósito, para el fomento de los que no parece adecuada la adquisición *a non domino*, sino contraproducente.

«También es claro que interesa al tráfico la venta de bienes muebles a plazos. Aquí si no hay crédito no hay tráfico, y no hay crédito sin garantías. Tampoco hay garantías si existe la adqui-

sición libre del tercero. Con lo que llegamos a la inconsecuencia que denunciaba H. HÜNBER.

»La venta de bienes muebles a plazos nos revela claramente que las fuerzas sociales, a quienes interesaba en primer término la adquisición *a non domino*, estaban representadas sobre todo por los comerciantes, a quienes interesa precisamente que el tercero adquiera para no soportar vías de regreso, para obtener un mayor valor en cambio, y rapidez en encontrar un comprador; también naturalmente, en cuanto ellos mismos son compradores. Ahora, en cambio, como titulares de una pretensión real (reserva de dominio), no les conviene una adquisición libre de ella por un tercero de buena fe y resulta paradójico que se acuda a la ficción de que el comprador es un depositario (cosa confiada, *Vertrauensman*), o en Alemania a negar la buena fe del que compra una cosa, de las que se suelen vender a plazos, sin investigar si el precio está pagado.

»El tráfico es, pues, algo más complejo que la simple circulación de las cosas por contratos de compra y venta, que se pagan al contado. Desde un punto de vista estrictamente utilitario —lo que le conviene al tráfico—, la solución general adquisición *a non domino* no es indiscutible. Al menos queda claro que las fuerzas que operan en el tráfico la rechazan en algunos casos de envergadura económica y social no despreciable.

»La apelación al tráfico ha sido muy bien acotada por REICHEL. Con ello, dice, se introducen consideraciones de economía política que son atendibles, pero se supervalora el peso de este argumento. Este tópico o lugar común *tráfico* —dice— se ha convertido en el grito de guerra, que de cuando en cuando debe sustituir a la munición. Advierte de la necesidad de liberarse de la sugestión de este tópico. El tráfico no es otra cosa que intercambio de bienes, mientras que la propiedad representa el correlativo jurídico del disfrute de los bienes. Toda facilitación del tráfico, que se consiga a costa del anterior propietario, favorece por tanto el intercambio de bienes a costa de la seguridad del disfrute de los bienes. Pero lo último es finalmente lo importante. Todo tráfico no es nunca fin en sí mismo, sino siempre medio para un fin, concretamente el disfrute de los bienes. Aparece claro que los bienes están ahí no para el tráfico, sino el tráfico para los bienes, y éstos para su disfrute.»

Desde el discurso PORTALIS hasta ALONSO MARTÍNES y la S. de 19 de junio de 1945 hemos visto expresada, con menor o mayor claridad, la conveniencia de diferenciar, en cuanto su protección, el tráfico civil y el mercantil. En la referida sentencia, consideró la Sala 1.ª del Tribunal Supremo que «la seguridad del tráfico queda salvada con la vigencia de la legislación mercantil a que hace referencia el Código español».

En mayo de 1956 nuestro querido y añorado amigo el malogrado JOAQUÍN VIOLA SAURET, en el salón de conferencias de la Academia Matritense del Notariado (Cfr. *Anales*, vol. XI, págs. 422 y s.), adver-

tía con realismo: «Realmente, no es lo mismo adquirir una bicicleta en un establecimiento de su ramo, que comprarla al primer desconocido que pase por la calle. En el primer caso, el comprador tiene la protección del artículo 85 del Código de Comercio, con su prescripción instantánea; en el segundo, no puede extrañar que la policía y luego el Juez y el Tribunal le desposean, si la adquirió a quien no era dueño». A pesar de lo cual en la práctica, como dijo líneas antes, «los temores de los "germanistas" sobre un derrumbamiento de la seguridad de tráfico de muebles, si no se sigue su criterio se han demostrado infundados». Y, después de recordar que en Cataluña no se aplicaba el art. 464 del Código civil y el principio *ubi rem meam invenio, ubi vindico* no tenía límite, «salvo el de la ley mercantil general (art. 85)», advertía: «Pues bien: ¿Han tenido nunca la sensación los germanistas, al llegar a nuestra región, que lo hacían a territorio de menor seguridad jurídica? ¿Han tan siquiera parado mientes en esa diferencia, lo que indica cuán infundados son sus temores?».

Poco antes (en mi estudio acerca de *La reivindicación mobiliaria*) ya había escrito, glosando la antes transcrita consideración de la S. de 19 de junio de 1945: «Si se juzga que no es suficientemente amplia la extensión del ámbito de aplicación de los artículos 85 y 545 del Código de comercio, el problema debe resolverse en el campo del Derecho mercantil, sin que haya por qué generalizarlo en el art. 464 del Código civil, de mayor ámbito y que sale fuera del terreno del comercio propiamente dicho, pues abarca toda la reivindicación mobiliaria no regida por normas específicas» (y cuya fórmula, como decía páginas antes, no es suficiente para la seguridad del comercio, pues el adquirente siempre se hallaría, aun con la interpretación germanista, amenazado de reivindicación por parte de un, por él ignorado, propietario que hubiere perdido la cosa o al que le hubiese sido robada o hurtada).

CÁMARA (pág. 152, nota 245) replica «que ocurre preguntar por qué ha de esperarse a que el Derecho mercantil se reforme —sobre todo cuando no está claro si debe conservar su autonomía— para dar solución a problemas que pueden encontrarla merced al artículo 464».

La posibilidad y la conveniencia de esto último las da él por supuestas; y vamos a ver, enseguida, si queda o no queda muy lejos de demostrarlo. La pregunta y el inciso que pone entre corchetes merecen que, con MIQUEL (págs. 482 y ss.), los meditemos ayudados por la más moderna doctrina alemana. Leemos:

«Ahora bien, en un determinado tipo de tráfico, éste adquiere valor en sí mismo, en cuanto las cosas no se compran para disfrutarlas, sino para revenderlas. En una sociedad como la actual, esto sucede no sólo con los bienes muebles, sino con los inmuebles. Pero respecto de los muebles tal actividad es típica del comercio, no, en cambio, de las adquisiciones entre particulares, o entre comerciante y particular. Puede verse, pues, en la protección al trá-

fico, sin duda, una protección a la especulación con el valor en cambio de las cosas. En definitiva, un triunfo del espíritu mercantilista que se expande más allá de su materia» como ya había hecho notar Menger.

Y señala Miquel que, frente a algunos autores (entre los que cita a Hübner, von Lübtow y Stintzing) «que ni siquiera quieren dar entrada a consideraciones derivadas del tráfico para resolver el problema de la adquisición *a non domino*, existe otra importante corriente que diferencia entre el tráfico mercantil y el civil, a estos efectos.

»Al lado existe otra tendencia que pretende limitar la adquisición *a non domino* a las cosas mercancías, mientras en los demás casos debe proceder una regla general de reivindicación contra reembolso. Esta opinión tiene sus antecedentes en Wieacker que partió de la distinción entre cosas fungibles y no fungibles. Respecto de las primeras puede admitirse la adquisición del tercero de buena fe, en cambio, respecto de las segundas debe ilimitarse. Cree, por otra parte, que esta tesis coincide en lo fundamental con la de Zweigert, que le parece de *lege ferenda* completamente acertada.

»En efecto, Konrad Zweigert, conocido especialista de Derecho comparado, ha mantenido de *lege ferenda* para el Derecho alemán la necesidad de distinguir entre el tráfico mercantil y el civil, obteniendo en este punto su tesis la aprobación de Westermann y Wieacker. Mientras para el primero propugna la protección absoluta del adquirente sin la actual distinción que hace el Derecho alemán entre formas de desposesión voluntaria e involuntaria, respecto del segundo se postula por Zweigert el mantenimiento en línea de principio de la regla romana según la que nadie puede transmitir a otro más derechos de los que él tiene, con la limitación temporal de la usucapión, al modo romano, pero con inclusión de las cosas furtivas. Ahora bien, además habría que proteger a los adquirentes de buena fe y a título oneroso cuando el propietario haya ocasionado de modo imputable la situación de apariencia y para ello no basta la posesión sino además ulteriores indicios de titularidad que él haya creado en la persona transmitente. En definitiva, una solución que tiene su paralelo en la doctrina del *estoppel inglés*.

»Zweigert piensa que la adquisición del tercero sólo se puede justificar, sin atender a la conducta del propietario, donde la facilidad y seguridad del tráfico lo exijan. En principio el interés del propietario en conservar su propiedad no puede retroceder ante el interés del concreto adquirente, pero sí la propiedad individual frente a los superiores intereses de la colectividad.

»La postura de Mengoni sigue en sus líneas generales la de Zweigert...»

Miquel explica que el jurista italiano ha distinguido «aquí dos tipos de cosas caracterizadas por el interés colectivo en la rapidez y seguridad del tráfico: a) las destinadas por su propia naturaleza



a la circulación, esto es el dinero y los títulos valores de crédito; b) las mercaderías, esto es cosas muebles que forman el objeto de la actividad de cambio caracterizada o por el lugar donde se cumple o por la profesionalidad de la venta, esto la cualidad del comerciante del enajenante». ...«c) independientemente de la cualidad de mercaderías, las cosas muebles objeto de venta en pública subasta, en razón del lugar y/o de la modalidad con que se realiza.

»Sólo en estas hipótesis —dice MENGONI— la buena fe por las circunstancias objetivas en que se apoya es suficiente por sí sola para justificar la pérdida del precedente derecho de propiedad, independientemente de toda consideración relativa al comportamiento del propietario.

»En las demás hipótesis —piensa MENGONI— la buena fe del adquirente no puede bastar. En línea de principio debe regir la máxima del derecho romano *ubi rem meam invenio ibi vindico*. En estas hipótesis, la tutela de la buena fe sería una concepción excepcional al principio de la apariencia del derecho, condicionada al doble requisito de la onerosidad de la adquisición y de la conexión objetiva de la buena fe a indicios específicos de titularidad del enajenante, imputables a un comportamiento del propietario. El alcance de esta conexión no puede ser determinada rígidamente mediante la distinción entre pérdida voluntaria e involuntaria de la posesión...»

El año pasado, en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, mi compañero LUIS FIGA FAURA desarrolló una ponencia que causó profunda sensación. Replanteó desde sus raíces la distinción entre Derecho civil y Derecho mercantil, y mostró la incompatibilidad de sus principios fundamentales. Las ideas de la Revolución francesa, enemigas de cuanto fuera estamental, trajeron consigo que se revisara la consideración del Derecho mercantil como un Derecho entre comerciantes. Se quiso reestructurar sobre bases objetivas, lo que ha traído la invasión sufrida por el Derecho civil de principios e instituciones que sólo están justificados en el ámbito de aquel, y la aplicación a no comerciantes de soluciones de perentoriedad e incluso de una dureza que sólo está justificada en las relaciones entre los comerciantes. Por eso, abogó, con el asenso de la casi totalidad de los numerarios asistentes, por la revisión de la actual consideración del Derecho mercantil, devolviéndolo a su consideración de Derecho entre comerciantes; por la desmercantilización del Derecho civil, y por la no aplicación a los no comerciantes, que contraten con comerciantes, de ciertas normas especialmente apremiantes y con muy delimitada oposición de excepciones, que caracterizan el Derecho mercantil.

b) *Confrontación de los intereses y la actuación del propietario y del tercer adquirente de buena fe.*

Indiqué en mi estudio de 1956 que, según la tesis germanista, el conflicto de intereses que ella pretende resolver a favor de la

adquisición *a non domino* del tercero de buena fe, se plantea en estos términos: Frente a frente aparecen: a) *Tertius*, adquirente de buena fe, y *primus*, que otorgó su confianza a *secundus*, al que entregó la cosa de que éste dispuso abusando de aquella confianza; b) o bien, este mismo tercer adquirente *bonae fidei* y el propietario desposeído de la cosa por haberla perdido o haber sufrido su robo o hurto. En el primer caso consideran los sostenedores de aquella tesis, que *primus* debe sufrir las consecuencias de su exceso de confianza. En el segundo, al no existir ese exceso de confianza, sacrifican al tercer adquirente, pese a que su buena fe puede ser la misma habida en el primer caso.

Yo propuse que se replanteara más imparcialmente el conflicto de intereses. «Buena fe tuvo *tertius*, pero tampoco *primus* dejó de tenerla. *Primus* confió en *secundus*, pero también en éste confió *tertius*. ¿Por qué se invoca sólo la buena fe de éste y únicamente se imputa a aquél su confianza defraudada? No se diga que es en virtud de la apariencia legitimadora de la posesión equivalente a título, porque esta virtud sólo se otorga a la posesión en concepto de dueño o titular adquirida de buena fe; y la mera tenencia de una cosa no garantiza el concepto en que se posee. Además la apariencia posesoria extrínseca de quien detenta una cosa no es distinta en las cosas anteriormente perdidas, robadas o hurtadas».

CÁMARA, ya al principio de su trabajo (nota 17, págs. 17 y s.), anticipa su contestación: «En mi opinión, la circunstancia de que "primus" haya dado lugar a que "secundus" engañe a "tertius", justifica la preferencia otorgada a éste y deshace la supuesta "parcialidad" que se imputa a los defensores de la interpretación germanista. Ciertamente, no basta la simple tenencia de la cosa por parte del mediador posesorio para crear la situación de apariencia que fundamenta la protección que se dispensa al adquirente de buena fe. Para que ésta exista es necesario que el transmitente haya invertido su concepto posesorio [recordemos a CÁMARA que mientras no transcurra un año de que el titular tenga perfecto conocimiento de la conducta manifestada en forma recepticia de quien pretende efectuar la inversión, la posesión civil —que es la que en todo caso tiene la fuerza legitimadora— la conserva el originario poseedor en concepto de dueño, conforme al art. 460, n.º 4.º]. Pero la oportunidad de que el detentador se haga pasar por dueño le ha sido proporcionada por el que efectivamente lo era. Precisamente porque, para resolver el conflicto planteado, se atiende al comportamiento del propietario, la reivindicación se permite en los casos de pérdida, robo o hurto».

Más adelante (págs. 157 y ss.) explica CÁMARA:

«En mi opinión, no es necesario, para justificar la posición inatenable del adquirente de buena fe, relacionar la pérdida voluntaria de la posesión con una presunción de culpabilidad, o negligencia, del propietario desposeído. Pero, aun aceptando ese planteamiento y si se dice que, supuesta la pérdida voluntaria de la posesión, el

propietario no podrá reivindicar aunque demuestre que al entregar la cosa al mediador posesorio no obró ligera o precipitadamente, el argumento es reversible. Porque —de conformidad con la interpretación romanista del artículo 464— y aun cuando el adquirente pruebe que el propietario actuó negligentemente, no por eso evitará la reivindicación. Por otra parte, las características de la vida moderna no excusan de observar un mínimo de diligencia. Nadie medianamente precavido se desprende de la posesión de los bienes muebles que le pertenecen —sobre todo si son de algún valor— si no es a favor de personas que constituyen su entorno habitual (y entonces parece completamente justo aplicar la vieja máxima "allí donde dejaste tu confianza allí la debes de buscar"), o, en otro caso (no se entrega la cosa para su custodia, reparación, transporte, arrendamiento, etc.) sin antes cerciorarse de que se trate de personas o entidades solventes y, si esta circunstancia no consta por notoriedad, sin una previa información sobre tan importante particular o mediante la prestación de las pertinentes cauciones o garantías.

»Con todo, no cabe excluir evidentemente que nada se le pueda reprochar al propietario. La pérdida de la propiedad en beneficio del tercero de buena fe no se basa entonces en el criterio subjetivo de la culpa, sino en la autorresponsabilidad objetiva; el propietario debe soportar el riesgo que comporta la eventual infidelidad de aquel a quien ha confiado la cosa. "Se evita así —se ha dicho— caer en una ficción de culpa, pero permanece firme otra objeción: no se comprende por qué el principio de obrar bajo el propio riesgo se aplica en daño del propietario más bien que en daño del tercer adquirente". Más a esto se debe replicar, como ya se apuntó en la primera parte de este trabajo, que la preferencia que se otorga al adquirente de buena fe radica en que ha sido el propietario, y no el tercero, quien ha creado los presupuestos objetivos para que surja la situación de apariencia a la que obedece, en último término, que se haya suscitado el conflicto de intereses entre el dueño desposeído y el tercero que, al adquirir la posesión, ha creído que adquiriría, al mismo tiempo, la propiedad...»

CÁMARA admite que esta creencia «ha de ser, naturalmente, fundada». Pero, a su juicio, ésta lo es cuando el propietario entregó al *tradens* voluntariamente la tenencia de la cosa, cuando éste la posea en concepto de dueño, y el tercero la haya adquirido en buena fe.

Frente a la objeción de la «opacidad» de la posesión, afirma (página 162) que la posesión es «siempre», «un hecho extensible que permite presumir la existencia de un derecho, a condición, claro está, que la conducta del poseedor sea congruente con la titularidad presunta». Y explica:

«Por supuesto que sólo la posesión que se ejercita en concepto de dueño puede servir de soporte a una adquisición *a non domino*. ... «Ahora bien, tampoco se puede depreciar la detentación y excluir

de modo absoluto que en ella se pueda fundar una situación de apariencia. Como antes he indicado la detentación o posesión material es el modo habitual de manifestarse la posesión en concepto de dueño sobre las cosas muebles corporales. De ahí no se sigue, desde luego, que baste la simple tenencia y la afirmación del tenedor de ser propietario de la cosa para que, siempre y en todo caso, se estime que tales datos permiten presumir razonablemente que el detentador es efectivamente propietario. Pueden darse toda una serie de circunstancias que priven a la tenencia de su valor indicario de una propiedad presunta. Por ejemplo, la cosa se encuentra en poder de una persona o entidad de las que habitualmente se dedican a la custodia, reparación o transporte de bienes ajenos. Es obvio que en esas hipótesis (o en otras más o menos similares que pueden presentarse) la situación de hecho no apunta hacia el detentador como propietario probable. Aunque el adquirente crea que el tenedor es dueño de la cosa que pretende transmitirle, sería esta una creencia carente de fundamento y, por tanto, sin virtualidad suficiente para sancionar una adquisición "a non domino".

»La buena fe del adquirente —y así enlazamos con el segundo requisito indispensable para que la confianza en la apariencia jurídica pueda suplir la falta de titularidad en el disponente— exige un grado mínimo de diligencia por su parte. Será necesario que, habida cuenta de las circunstancias del supuesto concreto de que se trate, la posesión del "tradens" aparezca claramente configurada como posesión en concepto de dueño, o, para decirlo de otra manera, que no existan motivos de sospecha que induzcan a dudar sobre la titularidad del poseedor que se presenta como propietario. Si tales motivos (objetivamente apreciados) existen el adquirente deberá informarse previamente en la medida necesaria para disipar las dudas derivadas de una situación posesoria equívoca. Precisamente la imperfección de la posesión como instrumento de publicidad (si se la compara con la que proporciona el registro de la propiedad inmueble) obliga a valorar con mayor severidad el grado de buena fe que debe concurrir en el tercero.»

A partir de aquí se ve claro que CÁMARA no se aproxima a la postura de J. M. MIQUEL (en su pág. 496) —que yo acepto sin reparos—, y que éste basa en la doctrina de los actos propios —hoy apoyada, a su juicio, en la nueva redacción del art. 7 del Código civil—, pero para nada en la interpretación germanista del art. 464, 1. En efecto, CÁMARA prosigue (págs. 164 y ss.) su razonamiento:

«Empero, este mayor rigor no debe llevar al extremo de que la buena fe del adquirente sólo deba ser tenida en cuenta cuando haya sido el propio dueño quien haya creado indicios específicos de titularidad dominical en el enajenante, tal como postula la llamada "estoppel rule" del Derecho inglés.»

»... cuando el dueño confía una cosa de su propiedad a otra

persona no debe ignorar que existe la posibilidad de que esa persona abuse de la confianza que en ella se ha depositado. Ha dado pie para que surjan los indicios, aunque no sea él quien los haya creado, que autorizan la suposición de que la propiedad pertenece a quien, realmente, es sólo un mediador posesorio. Si estos indicios son suficientemente expresivos, o dicho en otros términos, si habida cuenta de las circunstancias fácticas del caso concreto, resulta razonablemente verosímil tomar por propietario a quien aparece como poseedor en concepto de dueño, de suerte que nada pueda serle reprochado al adquirente de buena fe, parece más justo proteger a quien ha sido totalmente ajeno al nacimiento de la situación de apariencia, a la que obedece, en definitiva, que el problema haya llegado a plantearse.»

Vamos a ver ahora la cuestión desde la perspectiva opuesta. Pero, antes, volviendo atrás, percatémonos para qué supuestos cree CÁMARA (pág. 152) importante sostener la interpretación "germanista" del art. 464, 1, C. c., estimando insuficiente la protección de los arts. 85 y 545, 3, C. de c.: «No habría protección, pues, para quienes comprasen, por ejemplo, acciones u obligaciones al portador no cotizadas en Bolsa. También quedaría parcialmente excluido el tráfico de objetos muebles muy valiosos, como obras de arte, monedas de valor numismático, colecciones filatélicas, etcétera, de tanta importancia en nuestros días y que muchas veces no se canaliza a través de tiendas o establecimientos abiertos al público, aunque con frecuencia se adquieren mediante la intervención de intermediarios profesionales.»

Pregunto, ¿por qué la confianza del tercero en estos *intermediarios profesionales* les deja exentos de toda responsabilidad, mientras la que el propietario deposita en ellos, le hace responsable de que abusen de ella? Ya sé que CÁMARA repetirá que es así porque al entregarles la tenencia de cosa se hizo responsable de que aquel a quien se la entregó *hiciera lucir a su favor la apariencia legitimadora, no ya de la tenencia, que le entregó, sino de la posesión en concepto de dueño*. Y repregunto, ¿es así a pesar de haber dado ese salto? Ya hemos oído, antes, la respuesta de nuestro amigo y aquí oponente. Veamos, ahora, lo que del otro lado se dice.

Parece que debe prestarse particular atención a dos aspectos del planteamiento "germanista". Son los del valor legitimador de la apariencia que dinamiza de la posesión y de la responsabilidad del propietario que se desprende voluntariamente de la tenencia de la cosa. Ambos, en cierto modo son interdependientes. Por lo menos, si existe responsabilidad en el propietario que se desposee es porque cede algo que, según la propia tesis, conlleva una apariencia que induce a confiar en ella a posibles terceros adquirentes.

Pero, el valor como *publicidad legitimadora* de la apariencia po-

sesoria de los bienes muebles no sólo ha sido puesta en duda sino incluso negada por la moderna doctrina italiana y alemana.

JOSÉ MARÍA MIQUEL nos lo explica (págs. 460 y ss.). La doctrina italiana, «alude a que la posesión es un hecho neutro desprovisto de cualquier fuerza de significación». Como muestra, transcribe varios textos verdaderamente expresivos.

Así, éste de FALZEA: «No pueden, por tanto, dar lugar a hipótesis de apariencia aquellos hechos que están caracterizados por una estructura opaca y que, por ello, no están en situación de señalar nada fuera de la propia existencia».

Las de PUGLIATTI: «Como quiera que el medio sería no sólo insuficiente, sino también ambiguo: es preciso un notable esfuerzo para poder considerar como mecanismo publicitario, aunque fuera rudimentario, a la posesión, la cual sólo presenta su único índice exterior en cierto modo controlable —la detentación— que tiene carácter equívoco, y necesita ser integrada con elementos espirituales, que no presentan una concreta fisonomía exterior. De otra parte, ni siquiera la simple detentación se considera suficiente para integrar la pretendida publicidad de hecho, puesto que se requiere una conducta perceptible del detentador, que pueda hacerlo aparecer como titular de un derecho real. Así, sin embargo, se resbala hacia el territorio de la apariencia, de la confianza y similares» ...«La posesión en cambio, simbolizando el correspondiente derecho real, no es un instrumento de conocimiento de la realidad; antes bien, en cuanto a lo que revela por sí mismo, es un diafragma, que obstaculiza aquel conocimiento. Por lo demás, por sí misma puede manifestarse solamente como distinta de la realidad simbolizada, y eventualmente también en contraste con ésta».

«En suma —concluye MIQUEL— la doctrina hoy en Italia no considera a la posesión del transmitente como fuente de apariencia en el problema de la adquisición *a non domino ex art. 1.153.*»

Respecto de la doctrina alemana, pone de relieve MIQUEL (página 463 y ss.) el reciente juicio de ésta acerca de la insuficiencia de la publicidad posesoria y cita abundantes autores que después referiremos. «La doctrina alemana, por lo demás, ha matizado mucho últimamente acerca del supuesto de hecho preciso para que surja la apariencia del derecho. Así recientemente BERND REBE afirma que la simple posesión no puede, ni desde el punto de vista de la realidad jurídica, ni desde el dogmático, ser considerada como, en todo caso, necesario ni suficiente supuesto de hecho de la apariencia del derecho. Y añade que la posesión en su función legitimadora no puede ser comparada con la inscripción en el Registro de los inmuebles, lo que le parece incluso no necesita volver a ser discutido...»

«Por una parte, no es necesaria la posesión para crear el supuesto de hecho de la apariencia.» ... «En la doctrina y en la jurisprudencia se equipara a la apariencia producida por la posesión la

suministrada por el simple poder de proporcionar la posesión. Se trata de casos en los que un tercero, por indicación del transmitente, entrega la cosa al adquirente. En este caso, no es necesario que el tercero sea un mediador posesorio del transmitente.

»La posesión no es, en otros casos, suficiente para crear la apariencia, sino que debe ser completada por ulteriores indicios de propiedad para crear el fundamento de la apariencia del derecho. Esto sucede especialmente en el tráfico de determinados bienes cuya transmisión de modo típico —aunque no necesario jurídicamente— tiene lugar con simultánea entrega de un documento que acompaña a la cosa, así en los vehículos de motor...»

Refiriéndose a España, el propio MIQUEL (págs. 467 y ss.) entiende que podría sostenerse que la posesión tiene «un efecto de publicidad negativa y no positiva, en conexión con la ineficacia de garantías reales desprovistas de esa publicidad (*meubles n'ont pas de suite par hypothèque*, a no ser que se sometan a otro tipo de publicidad, como la del Registro), lo que al mismo tiempo lleva consigo la ineficacia de la enajenación como libre de una cosa que esté en posesión del acreedor pignoraticio...».

«En este sentido limitado puede hablarse en nuestro Derecho de publicidad de la posesión mobiliaria. Para esta función de publicidad negativa, no son precisas las exigencias que lleva consigo una publicidad positiva. Tampoco puede dudarse de que la posesión del transmitente pueda integrar su supuesto de hecho de la confianza junto con otros elementos. Y desde luego no es lo mismo la visión pasajera que una observación continuada de la posesión. No es posible, en el mundo moderno, pensar que el propietario tenga que mantener siempre en su posesión las cosas muebles, si no quiere verse expuesto al riesgo de perder la propiedad.

»La comparación de la posesión mobiliaria con la inscripción en el Registro inmobiliario, adolece de estar basada más en la coincidencia de un efecto, que se postula (*adquisición a non domino*), que en la naturaleza de la causa.»

En efecto, «parece claro que a ésta [a la posesión] le faltan las bases para desarrollar una eficacia semejante a la del Registro, en cuanto no se cumplen los llamados principios de legalidad y especialidad. La posesión no puede ser controlada como la inscripción, ni en ella se determina cuál sea el derecho que se publica. Esto sólo puede hacerse a través del concepto en que se posee, que difícilmente puede decir, como la inscripción, el tipo del derecho concreto, ni menos su contenido...». Es más, en las compras de bienes muebles: «Como se parte de que el tercero no tiene tiempo de investigar, resultará que siempre el adquirente tendrá frente a sí, como transmitente, un poseedor en concepto de dueño, si es que este concepto se puede determinar por una visión instantánea de la posesión...»

Aunque partiendo de la pretendida realidad de ese primer

aspecto, que como hemos visto hoy se rechaza (valor legitimador de la publicidad dimanante de la posesión de bienes muebles), el segundo aspecto fundamental de la posición "germanista" se apoya, como hemos visto en CÁMARA, en la *responsabilidad del propietario que se haya desprendido voluntariamente de la tenencia de la cosa*.

Como explica MIQUEL (págs. 491 y ss.), «la adquisición *a non domino* implica una importante derogación no tanto de un principio de lógica-jurídica (que pudiera estar representado por el *nemo dat quod non habet; nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), sino de un principio fundamental del derecho de propiedad y de la autonomía privada: *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest y res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*, o aquellos mismos aforismos entendidos en un sentido normativo. La posibilidad de invadir la esfera jurídica ajena no puede considerarse como algo natural, antes bien debe considerarse como excepcional. Consecuentemente la regla de que para perder el dominio hace falta una actuación u omisión por parte de su titular debe ser el principio básico.»

La actuación que presentada como fundamento de la pérdida de la propiedad, correlativa a la adquisición del tercero de buena fe, «tradicionalmente se explicaba como una manifestación de una culpa *in eligendo (imputet sibi quod meliorem non elegerit)*». Pero, dice MIQUEL que «va cayendo en la doctrina moderna en creciente descrédito, o, por lo menos, va obteniendo críticas frente a las que parece no se puede mantener.»

El criterio de distinguir la desposesión voluntaria y la involuntaria no parece hoy satisfactoria a la doctrina francesa, italiana y alemana más recientes.

Entre los autores franceses, MIQUEL (pág. 215) cita a SAVATIER y a RODIERE y transcribe este párrafo del primero. «Se ha intentado explicar esta diferencia, cuyo origen es histórico, alegando que la víctima de la estafa o de la apropiación indebida no debe imputarse más que a sí misma haber colocado mal su confianza, mientras que la víctima del hurto o robo es víctima de un caso fortuito. La afirmación es doblemente impugnable: de una parte, la estafa o la apropiación indebida no implican a menudo ninguna culpa de la víctima: ¿en qué culpa ha incurrido el menor, cuyo tutor distrae el mobiliario? Y, sin embargo, el adquirente está cubierto por el artículo 2.279. De otra parte, y a la inversa, la víctima de un hurto o de una pérdida, a menudo se ha expuesto a ello por negligencia, y es pues injusto tratarles más favorablemente.»

Entre los italianos se remite a MENGONI, de quien resume (página 487): «El comportamiento del propietario que confía la cosa a otros en uso o custodia o en base a otro título que obligue a la restitución, o incluso que transfiera a otros la posesión en base a un título de enajenación viciado, no puede ser considerado, por sí solo, razón suficiente de tutela del tercer adquirente, preci-



samente porque la posesión material de la cosa no es por sí idónea para constituir una situación de apariencia del derecho, sino sólo cuando se acompañe de otras circunstancias que no pueden ser determinadas de antemano en un rígido supuesto de hecho normativo y cuya individualización y valoración, en base a *stundars* sociales, debería, en cambio, ser remiada caso por caso al juez mediante una cláusula general. Señala cómo en este sentido está orientada la solución del derecho inglés mediante el *estoppel*».

De los dos alemanes cita a VON LÜBTOW, REBE, HÜBNER, GIEHL, ZWEIGERT y nos refiere las líneas básicas de su posición (páginas 494 y ss.):

«El que se preocupa de la custodia de sus cosas entregándolas a un depositario, no actúa de modo que se le pueda reprochar nada, y menos si se le compara con el que las pierde negligente-mente o el que deja sus cosas a merced de los ladrones. Es evidente que el grado de diligencia en la custodia de las propias cosas es superior en el primero que en el segundo. Según la tesis de la desposesión voluntaria e involuntaria, en estos casos habría reivindicación cuando hubo negligencia y no se podría reivindicar cuando se procedió diligentemente.»

Por otra parte: «La idea de que si el propietario ha sido defraudado en su confianza debe ir a buscarla allí donde la puso, tampoco hace una valoración adecuada del conflicto. En principio, la confianza tanto del propietario como la del tercero han sido defraudadas (en el caso de la cosa confiada) por la misma persona. Si el propietario eligió al depositario, también el tercero le eligió como vendedor o transmitente.

»Se ha dicho todavía frente a lo último que el propietario puede con calma elegir a la persona a quien haya de confiar la cosa, no así el tercero que por la prisa del tráfico no puede detenerse en investigar. Pero es evidente que el propietario puede también tener urgencia en confiar sus cosas para que sean transportadas, reparadas o custodiadas. Y en la sociedad moderna muchas veces no cabe elegir quién ha de transportar, reparar o custodiar.

»Como hemos visto colocar el centro de gravedad de la cuestión en la posesión del transmitente y en la buena fe del adquirente, deja en la penumbra la consideración del propietario al que se atiende sólo en cuanto ha proporcionado la posesión voluntariamente. Si este criterio no parece suficiente, como hemos visto, habrá que considerar la conducta del propietario desde otras perspectivas.

»También aquí algunos autores alemanes y MENGONI, vuelven a tomar como modelo la regulación inglesa. La mera posesión no engendra apariencia suficiente, pero si el propietario crea ulteriores indicios de titularidad, será precluido cuando alegue que el transmitente no estaba autorizado para disponer.

»La regla del *estoppel* hace una adecuada valoración de la si-

tuación, porque atiende a la conducta del que va a perder su derecho, y no sólo a la buena fe y onerosidad de la adquisición del tercero. Esta regla está en íntima conexión con el principio que prohíbe *venire contra factum proprium*.»

Los autores italianos y alemanes para llegar a ese resultado necesitan limitar lo que es regla en sus respectivos Derechos, en virtud de que éstos establecen como regla la adquisición *a non domino* del tercer adquirente de buena fe. Entre nosotros no es así, y aquél sólo puede alcanzarse fundándose en la esperanza legítima que, en un tercero, haya creado el mismo propietario por actos por él realizados, que sean suficientemente significativos, v. gr., en el caso de simulación, y, en general, los que justifican la aplicación del principio que prohíbe *venire contra factum proprium*, como dice MIQUEL (pág. 496). Ahora bien, en este caso, la adquisición *a non domino* no resulta del juego del art. 464, 1, sino que es extrínseco a él, puesto que, por otro fundamento, se habrá producido una previa *privación legal* del derecho del propietario que, por ello, no podrá reivindicar con arreglo al inciso 2, del párrafo 1 del art. 464.

#### X. LA REALIDAD SOCIAL, EN EL MOMENTO DE HOY, COMO CONTEXTO EXTRALINGÜÍSTICO PARA LA INTERPRETACION DEL ART. 464, 1.

HERNÁNDEZ GIL (págs. 658 y ss.), al aducir la fórmula hermenéutica del art. 3, ap. 1, del nuevo título preliminar del Código civil, destaca su referencia a «la realidad social», y explica:

«Mientras los otros factores intercalados —los antecedentes históricos y legislativos— remiten a la diacronía de las normas, el contexto y la realidad social sitúan a éstas en dos conjuntos sincrónicos: el específicamente llamado contexto concierne a la expresión lingüística y a la organización sistemática de las normas; la realidad social es, podría decirse, el contexto extralingüístico constituido por los hechos representativos del fenómeno de la convivencia. Así como el sentido propio de las palabras de las normas no es discernible aisladamente sino en relación con el contexto que las expresa y en el que se integran, así también ha de inquirirse en relación con el contexto social. Las normas, en cuanto formulaciones lingüísticas, forman parte de un todo, y el todo precisa ser considerado. Y las normas, en cuanto configuradoras de la conducta, requieren ser puestas en contacto con el mundo de la conducta, que es la realidad social.

»La realidad social opera como factor de movilidad. No es siempre la misma. Precisa considerarse la correspondiente al tiempo en que han de ser aplicadas las normas. Se busca así la correspondencia entre las normas y los hechos. Quiere impedirse el anacronismo y el anquilosamiento. Se persigue, por la vía de la interpretación, la posibilidad de atender a situaciones nuevas o distintas. Naturalmente que no toda mutación en la realidad social

puede ser atendida a expensas del proceso interpretativo. Si hay un absoluto divorcio no queda más camino que el cambio de la norma. Porque si interpretar no es el mero reproducir de la norma, tampoco cabe elaborarla de nueva planta. La interpretación creadora queda a mitad de camino entre la sumisión o lo dicho y el propósito de decir algo antagónico. Busca la confluencia entre norma y realidad, adecuando aquélla a ésta, puliéndola, completándola; pero sin llegar a dar el paso que la destruya e imponga otra norma distinta.»

Cree HERNÁNDEZ GIL que «el contexto actual resulta propicio a nuestra tesis. Es perfectamente posible que una realidad social distinta de la coetánea con el tiempo de la formulación sea la vigente —y por tanto, la que haya de tomarse en cuenta— en el tiempo de la aplicación». Así, cree que los tiempos actuales son adecuados para la aplicación de la adquisición *a non domino* en interpretación del art. 464, 1; pues, entiende que «en la sociedad de nuestros días no puede decirse que los bienes muebles carecen de importancia. La masificación del consumo se consigue a expensas de la puesta en circulación de grandes cantidades de bienes predominantemente muebles. La realidad social presente —que ha de ser tenida en cuenta como criterio interpretativo— ha evolucionado en una dirección que, lejos de contradecir la tesis sustentada acerca del artículo 464, la justifica y refuerza.» ...«Mientras los bienes de producción propenden a concentrarse en grandes organizaciones industriales, los bienes muebles, generados en su mayoría por aquéllos, se multiplican y tienen como fin acercarse a todos. La llamada sociedad de consumo, floreciente de modo principal en el sistema económico del capitalismo, está ofreciendo constantemente a la disponibilidad de las personas multitud de objetos. Detrás del fenómeno del uso y del consumo hay siempre una operación de cambio. Todo esto se expresa a través de un tráfico numeroso y ágil.»

Por ello, cree más conveniente interpretar hoy el art. 464, 1, conforme ha venido propugnando la tesis denominada "germanista". En favor de ella, dice HERNÁNDEZ GIL: «La solución proyectada hacia atrás, la tutela de la propiedad configurada como el retorno hacia el propietario no es la única forma de realizar los intereses de la propiedad.» ...«La norma atributiva no señala hacia quien inicialmente se desprendió de la posesión, sino al que últimamente la adquirió. El centro de la protección jurídica cambia de lugar, no de signo. Ahora bien, como en la ideología capitalista, la propiedad, antes que institución social es a modo de la prerrogativa y la personificación del propietario, se piensa que éste pierde la batalla. Y así es. Pero la gana otro propietario. El conflicto se produce dentro de la misma institución.»

Esta concepción puede estar de acuerdo con el concepto de propiedad y la ética del capitalismo (en el sentido estricto de la palabra capitalismo), pero no corresponde sino que repele añ

concepto de la propiedad y a la ética tradicionales en nuestro mundo jurídico.

No se le escapa a HERNÁNDEZ GIL que puede objetársele que al tráfico, al que alude, debe aplicársele el Derecho mercantil y que, por lo tanto, la solución no debe buscarse a través del art. 464. 1. Pero, cree que «la realidad social determinante de un régimen diferenciado para la adquisición y reivindicación de los bienes muebles no queda exclusivamente enmarcada en el tráfico mercantil. Cuentan a tal fin el carácter de los bienes muebles y la circulación mobiliaria».

Sin embargo, la opinión de HERNÁNDEZ GIL choca de frente con la opinión de la más reciente doctrina precisamente de los países —más avanzados industrial y comercialmente— en los que, rige la adquisición *a non domino* del tercer adquirente de la posesión en concepto de dueño. JOSÉ MARÍA MIQUEL nos documenta con claridad a este respecto.

Es especialmente interesante lo que dice (págs. 483 y ss.) de la doctrina alemana.

«Como ha señalado HEINZ HÜBNER el impulso decisivo para la configuración actual de la figura, corresponde a la época en que la concepción de la economía está determinada por los intereses del comercio. Según este autor, el influjo de las tendencias económicas encontró su complemento en un sentimiento vital alimentado desde el campo de la Filosofía. El ansia de movimiento y progreso, la alabanza de todo lo dinámico, debieron de hacer parecer natural aquella preferencia por los intereses del tráfico ante los valores conservadores de lo sustancial. La dirección voluntarista que desembocó en un mero culto de la vitalidad, debió —aparte del nihilismo negador en absoluto de la idea de Justicia— hacer ver a las instituciones conservadoras del derecho como subordinadas a las fuerzas vitales exteriorizadoras del movimiento de bienes. Y considera al art. 1.153 del Código civil italiano, con su ilimitada facilitación del tráfico, fruto tardío de aquella actitud en la fascista Italia de 1942.

»REICHEL añade: Pero el punto de vista económico (o de Economía política) no es en nuestro problema el decisivo, al menos no el único determinante. Pues, por encima de toda Economía está la Ética; más alto que toda utilidad, está lo justo.

»Del mismo modo que no se justifica la pena porque se diga que disminuyen los delitos y protege los bienes jurídicos, tampoco se justifica la adquisición de buena fe por la afirmación de que fomenta el tráfico. La justificación de una norma ética sólo puede ser una justificación ética, nunca una extraída de una simple finalidad contingente. La última justificación de un instituto jurídico no puede nunca estar en que es útil, sino sólo siempre en que es justo.»

Páginas después (pág. 492) añade:

«La calificación del principio "nemo plus iuris" como capitalis-

ta-individualista, no parece que pueda mantenerse, pues no se trata en ningún caso, mediante la adquisición *a non domino*, de socializar la propiedad de los bienes muebles, sino de atribuirlos a otro sujeto. Lo que parece más bien es que se somete la propiedad a uno de los postulados típicos de la ideología del siglo XIX: la necesidad de que los bienes circulen a toda costa. Ello fomenta la especulación con el valor en cambio de las cosas, pero no su disfrute. Por ello una de las primeras y más fuertes críticas a la regulación del BGB provino de un socialista como ANTÓN MENDER, que la calificó de un triunfo del espíritu mercantilista sobre la ordenación de la propiedad. Y la última está representada por la abolición de la figura en el nuevo Código civil de la República Democrática Alemana de 19 de junio de 1975, donde se introduce, en cambio, respecto del comercio al detall (sin las restricciones del BGB) y se mantiene en cuanto al dinero y títulos al portador.»

Por otra parte, explica el propio MIQUEL (pág. 469) que «la complejidad de las relaciones económicas y la división del trabajo obligan o no poder afirmar la conveniencia de que la posesión sea considerada como medio de publicidad al que deban atenerse los terceros. La necesidad de confiar cosas a otros para su custodia, transporte, reparación, etc., no puede infravalorarse en una sociedad moderna. Tampoco puede pensarse que la confianza de los terceros la suscite precisamente la posesión inmediata del transmitente, cuando en muchos casos se compran las cosas sin haberlas visto nunca en la posesión del enajenante. Así en el tráfico entre una plaza y otra. Las cosas se entregan, por lo demás, muchas veces por un tercero en cuya posesión inmediata se encuentran, al que puede no haber entregado previamente las cosas el transmitente. La posesión como medio de publicidad no es de modo absoluto lo más beneficioso para el tráfico. Es más bien un arma de doble filo para el interés del tráfico.»

Además, le parece claro (pág. 472) que «en la sociedad actual se ha desvalorizado en gran medida la posible función de publicidad de la posesión mobiliaria merced a la frecuencia de la reserva de dominio en las ventas de bienes muebles a plazos, aparte de otras garantías reales sin posesión, como la hipoteca mobiliaria. La instauración de una publicidad registral, aunque limitada, demuestra bien claramente la insuficiencia de la posesión para resolver los problemas del tráfico.»

Así, páginas antes (págs. 463 y ss.), destaca que «la doctrina alemana pone de relieve que los cambios en la estructura social y económica han superado las relaciones bajo las que la posesión "funciona como propiedad", como afirmaba HUBER.

»Además de la separación entre propiedad y posesión material que puede resultar de las formas espiritualizadas de tradición, esto se pone de relieve con singular extensión en las modernas formas de garantía crediticia, transmisión de seguridad y reserva del dominio, más algunas formas especiales de garantía mobilia-

ria sin posesión. Aquí dice HÜBNER, con razón, "estamos ante una estridente inconsecuencia: En todas partes las necesidades económicas rompen las cadenas de las formas de publicidad en afán de fomentar la circulación de bienes y mejorar las garantías del crédito, sólo allí donde la exigencia del tráfico promete alguna ventaja, levántase el principio de publicidad, en cuanto se finge su mantenimiento, como base de una institución. ¿Tiene el Ordenamiento jurídico verdaderamente base para soportar tales contradicciones internas, sólo porque reminiscencias históricas nublan la vista?"

»El fingido mantenimiento del principio de publicidad de la posesión mobiliaria a que alude HÜBNER se produce porque en realidad se impone al tercero una obligación de investigar la titularidad del transmitente, que desmiente la función atribuida a la posesión. Así, en Alemania se llega a imponer al adquirente, para ser considerado de buena fe, que investigue si el transmitente ha pagado o no la cosa cuando sea de aquellas que normalmente se venden a plazos. En estos términos seguir manteniendo que la posesión del transmitente produce una función de publicidad (positiva) del derecho del transmitente es desde luego una ficción.

»TH. WEYER ha estudiado esta carga impuesta al adquirente, que se funda en una consideración muy rigurosa de la buena fe. Se opera así una superación de la publicidad de la posesión al exigir al adquirente esa investigación para poder ser considerado de buena fe, es decir, se supera el elemento objetivo del supuesto de hecho de la confianza por las rigurosas exigencias impuestas al elemento subjetivo.»

Esta moderna tendencia de la práctica jurídica alemana de restringir en importantísimo grado la admisión de las adquisiciones *a non domino* en el tráfico mobiliario, la hemos visto propugnada para Italia por Mengoni, según antes nos explicó MIQUEL; y, como este mismo documentadamente refiere (págs. 198 y s.), corresponde a la mantenida con creciente rigor por la jurisprudencia francesa. Así:

«La buena fe se presume. Pero para la prueba en contra, dice CARBONIER, no sólo se admite la demostración de que el poseedor conocía al defecto de propiedad del transmitente, sino que basta la demostración de circunstancias que habrían debido levantar sospechas al poseedor. El poseedor no será de buena fe si teniendo en cuenta la naturaleza del objeto y su valor, así como las demás circunstancias del negocio, ha omitido informarse sobre la identidad del enajenante y el origen de la propiedad. La Jurisprudencia ha considerado que no hay buena fe cuando la posesión es equívoca y de origen oscuro.

»La jurisprudencia parece mostrarse exigente en cuanto al requisito de la buena fe, especialmente tratándose de profesionales y concretamente en el comercio de antigüedades y objetos de arte.

»En el caso de una pintura no firmada de un artista todavía

vivo, la falta de firma podía hacer presumir que la obra estaba inacabada y había sido divulgada sin la autorización de su creador. El comerciante de cuadros propietario de una galería en París, profesional particularmente esclarecido, amigo y protector de pintores actualmente célebres, no podía ignorar el origen fraudulento de la tela, habiendo asistido a su propio vendedor, al tiempo de la adquisición de éste, en calidad de experto, y tanto más conociendo, al tiempo de su propia adquisición, la decisión de la Corte de París consagrando el derecho de propiedad del pintor sobre sus obras inacabadas y no firmadas, depositadas en poder del cedente de su vendedor, decisión ampliamente difundida y comentada en el mundo judicial y en el de las artes (Orleans, 17 de marzo de 1965, referencia tomada de *Juris Classeur civil*, artículo 2.279-2.281, 2, 1972). El juez civil puede, sin contradecir la decisión de la jurisdicción penal que había absuelto a un procesado por el beneficio de la duda, apreciar que esta decisión ha revelado a cargo del procesado absuelto una imprudencia y graves irregularidades que, si no constituyen un delito, no excluyen una culpa civil.

»Concretamente la adquisición de un objeto raro, en circunstancias de clandestinidad, constituye imprudencia que basta para que el adquirente incurra en responsabilidad, dado sobre todo que siendo anticuario de profesión y de edad de cincuenta años, no podía tener dudas sobre el origen sospechoso del objeto adquirido. Para ser protegido por el artículo 2.279 el poseedor debe haber podido creer que el objeto le ha sido entregado por el propietario, de modo que la posesión no pueda ser considerada de origen oscuro (París, 15 de febrero de 1961, *Gaz. Pal.* 1961, 1, 190).

En la sentencia de Montpellier de 14 de junio de 1963 (*Juris Classeur civil*, artículos 2.279, 2.281, 2, 1965, p. 1) se tiene en cuenta el importe pagado por el adquirente de un cuadro de Matisse, así como circunstancias de orden subjetivo relativas a la persona del mismo como su reputación, su honorabilidad y también la "surfaçe commerciale" del vendedor.»

Pero ocurre bastante más en la práctica judicial, que también explica MIQUEL (págs. 200 y ss.).

«La mala fe que sobreviene no perjudica según la Jurisprudencia civil. Pero existe una importante dirección jurisprudencial de la sala de los Criminal que amenaza con dar al traste con la función adquisitiva *a non domino* de la regla, pues exige una buena fe continua. De modo que, para ella, la mala fe que sobreviene perjudica.

»Nos lo explica HUGUENEY en nota a la sentencia de lo criminal de 18 de julio de 1936. La Jurisprudencia de lo criminal ha venido a extender la noción del "recel" (receptación), de manera que se incurre en este delito, no sólo al recibir de mala fe una cosa hurtada, apropiada indebidamente o estafada, sino al detentar o conservar una cosa obtenida por un delito cometido por un poseedor anterior. Para que exista este delito no es preciso que el ele-

mento moral, la intención delictiva, la mala fe, haya existido en el origen de la posesión. Basta con que en un momento cualquiera, se haya unido al elemento material, a la detentación.

»Un individuo recibe de buena fe una cosa que procede de un delito. La persona desposeída la intima a que se lo restituya. El se niega. Se pretende que a la buena fe ha sucedido la mala fe. Y puede ser perseguido por receptación.»

Es cierto que, como dicen los MAZEAUD y JUGLART, «las sentencias de lo criminal (citan Crim. 18 de julio de 1936 y Crim. 7 de julio de 1944) recogen expresamente la afirmación de que la mala fe, que sobreviene después de la toma de posesión, impide al poseedor prevalerse de la regla del artículo 2.279». Con esa posición, explican estos mismos autores, «el artículo 2.279 pierde toda significación y todo alcance, puesto que necesariamente, después de la reivindicación, el adquirente se entera de que ha adquirido *a non domino*. Si esta Jurisprudencia se desarrolla, el propietario de un mueble adquirido por un poseedor de buena fe, tendrá un medio muy cómodo de eludir las disposiciones del artículo 2.279 C. c., y de recuperar su cosa; le bastará constituirse en parte civil contra el poseedor y alegando la receptación, demandar la restitución de la cosa, restitución que la jurisdicción penal tiene competencia para ordenar.»

HUGUENEY ha llegado a decir —como en francés, transcribe MIQUEL (pág. 218)—: «El artículo 2.279 C. civ. está herido. Si no se le cura la herida, puede morir del accidente.»

Suele hoy llamarse «progresivo» a lo que sigue el «sentido de la historia». Pero, con ese criterio, lo «progresivo» puede convertirse fácilmente en «regresivo». Basta que cambie de dirección el viento de la historia. Hago este comentario porque advierto que la interpretación «germanista» del art. 464, 1, que más de un autor ha denominado «progresiva», en las perspectivas más modernas que mejor han profundizado en el tema, aparece como «regresiva».

Tal vez haya sido un sarampión frente al cual se ha descubierto ya la vacuna; y, por diversos medios, se trata de aplicarla.





# La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión «mortis causa» del titular. Artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario

TEODORA FELIPA TORRES GARCIA

Profesora Adjunta de Derecho civil

En la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA EXPLOTACION AGRICOLA FAMILIAR: A. Concepto. B. Configuración del acto de adjudicación.—III. REGIMEN SUCESORIO AGRARIO: 1. Finalidad. 2. Notas características.—IV. APERTURA DE LA SUCESION «MORTIS CAUSA»: 1. Formas de determinación del favorecido en la sucesión de la explotación. A. Testamentaria. B. Legítima. 1. Naturaleza jurídica del acto de designación. 2. Los principios legitimarios en la sucesión de la explotación agrícola familiar. 3. La legítima de los no adjudicatarios. 4. Su determinación.—V. LAS GARANTIAS DE LOS LEGITIMARIOS: 1. Expresión de la legítima en el Registro de la Propiedad. 2. Duración de la expresión registral. 3. Naturaleza de la afección.—VI. OTROS BENEFICIOS DE LOS LEGITIMARIOS NO ADJUDICATARIOS.—VII. REGIMEN FISCAL. BIBLIOGRAFIA.

## PLANTEAMIENTO

El excesivo fraccionamiento de la propiedad rústica ha sido puesto de relieve tanto por los economistas como por los estudiosos del Derecho Agrario. El origen de tal situación suele señalarse que se encuentra en el régimen sucesorio del Código civil, el cual partiendo de los postulados individualistas del Código civil francés, ha constituido un obstáculo para la conservación de la unidad de la explotación agrícola (1).

---

(1) Vid.: DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Derecho agrario en España*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, Tom. VII, año 1954, pág. 381. Napoleón ponderó el Código civil como máquina de pulverizar la propiedad, útil para acabar con el poder social y político de las grandes familias, pero su cálculo falló y con ello se destrozó la mediana y pequeña explotación; HERNÁNDEZ GIL, A.: *La función social de la posesión*. Madrid, 1969, pág. 186, el régimen sucesorio del Código civil si no impone, al menos facilita grandemente la atomización campesina. Vid.: D'AMELIO, M.: *La piccola unità culturale indivisibile*, «Rivista di diritto Agrario», 1940, págs. 1 y ss.

Actualmente se tiende a remediar estos efectos por medio de normas de política legislativa que tienen como finalidad adecuar el Derecho sucesorio vigente a la conservación de la unidad de las explotaciones agrícolas familiares (2).

Por ello en la legislación moderna se tiende a dictar normas cuya finalidad es diferenciar la sucesión «mortis causa» de los bienes inmuebles rústicos de la que regulan la sucesión de los bienes inmuebles urbanos (3).

Son varias las razones que justifican un Derecho Sucesorio agrario (4): Estas a veces se fundamentan en criterios de política económica, otras por necesidad de mejorar y conservar la estructura agraria pero sin olvidar el interés público y social que late en la adjudicación de las explotaciones agrarias (5) y por último porque el particularismo de las relaciones de la agricultura, tolera mal el régimen sucesorio del Código civil (6).

(2) Vid.: VALLET DE GOYTISOLO, J.: *La agricultura y la explotación familiar*, «Revista Jurídica de Catalunya», año 1964, pág. 117 y ss. Después de señalar la importancia que el régimen sucesorio tiene para el país, señala los tres tipos de fórmulas que la historia del Derecho y las legislaciones actuales nos ofrecen para su conservación: las vinculaciones, la indivisibilidad que legalmente se impone a las parcelas consideradas como unidades mínimas de cultivo y la libertad de testar. Ibid en *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*. Tomo I, *Las legítimas*. Madrid, 1974, págs. 54 y ss.

(3) En el Derecho comparado esto se ha logrado bien introduciendo modificaciones en el propio articulado del Código civil, vgr., Código civil francés y polaco, o bien encomendando su regulación a leyes especiales en todo aquello en que el régimen sucesorio sea excepcional respecto al sistema de la legislación aplicable. Así, Vid.: QUADFLIEG, F.: *Das lanwirtschaftliche gemäss der Nouvelle zur Hofeordnung*, «Familienrecht», abril, 4.º 1977, págs. 288 y ss. art.º 7 de la Legge 29 maggio 1967, n.º 379 (Modificazioni alle norme sulla riforma fondiaria). «Rivista di Diritto agrario», 1967, págs. 838 y ss. LUNA SERRANO, A.: *La successione mortis causa dell'assegnatario di terre di riforma*. «Natura e oggetto». Rivista di Diritto Agrario, 1976, págs. 513 y ss.; PIATOWSKI, J.: *La succession et le partage d'une exploitation agricole dans le Droit Polonais*. «Rivista di Diritto Agrario», 1974, págs. 595 y ss.; En España la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973; VATTIER FUENZALIDA, C.: *Algunas notas comunes del Derecho Agrario Europeo y del Español*. «Revista de Derecho Privado», año 1977, págs. 841 y ss.

(4) Vid. PIKALO, A.: *Elementi di Diritto romano e germanico nel Diritto Agrario Successorio*. «Rivista di Diritto Agrario», 1968, pág. 439, el cual formula los unos principios de Derecho sucesorio agrario: así, vinculación familiar, patrimonio separado, heredero privilegiado. Ibid DE LOS MOZOS, J. L.: *Hacia un Derecho Sucesorio agrario* (Aspectos de la conservación de la explotación en el Código civil en los Derechos forales y en Derecho de colonización). ANUARIO DE DERECHO CIVIL, año 1974, págs. 532 y ss. CARROZZA, A.: *Per un Diritto Agrario Ereditario*. «Rivista di Diritto Civile», núm. 6, 1978, págs. 758 y ss.

(5) Vid.: ROCA SASTRE, R.: *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio*. «Anales de la Academia Matritense del Notariado». Tomo II. Madrid, 1945, págs. 335 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J.: *La conservación del fundus instructus como explotación familiar tema básico de los Derechos civiles, forales o especiales españoles*. «Rivista di Diritto Agrario», 1966, págs. 16 y ss; ZAPATERO MOLINA, S.: *El sistema de herencia en la explotación agraria*. «Centro Regional de Investigaciones Agrarias» (CRIDA 03), Zaragoza, 1978.

(6) Vid.: CARROZZA, A.: *L'Assegnazione delle terre di riforma*. Milano 1957.

## II. LA EXPLOTACION AGRICOLA FAMILIAR

El artículo 25,1 de la LRDA —con dicha expresión queremos hacer referencia a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 y así la expresaremos en el presente estudio— nos dice que las explotaciones familiares que constituya el Instituto, deberán ser de magnitud y características tales que permitan, teniendo en cuenta los diversos cultivos y rendimientos un nivel de vida decoroso y digno de una familia laboral tipo, que cuenta con dos unidades de trabajo y que cultiva directa y personalmente (7).

### A) *Concepto.*

El legislador al señalar las características de la explotación agrícola familiar utiliza dos criterios: a) uno económico, que la explotación sea de una magnitud y unas características adecuadas teniendo en cuenta los diversos cultivos y rendimientos que la misma está llamada a producir, además dicha magnitud se tendrá en cuenta en relación con esas «dos unidades de trabajo». b) Otro social, que los rendimientos que de la misma se obtienen proporcionen un nivel de vida decoroso y digno a una familia laboral tipo (8).

Pero además, dicho concepto normativo nos ofrece dos cuestiones, ambas de gran importancia para la constitución de la explotación agrícola familiar. Así interesa determinar desde una perspectiva agrícola las cualidades del adjudicatario de la explotación; y desde un punto de vista jurídico, la configuración del acto de su adjudicación.

Como punto de partida, hemos de señalar la necesidad de que el cultivo se realice de una manera «directa y personal» (9); para

---

Giuffrè, pág. 220; NANNINI, A.: *Evoluzione legislativa dell'assegnazione delle terre di riforma fondiaria*. «Rivista di Diritto Agrario», 1971, pág. 126.

(7) El término de explotación familiar al igual que el concepto que de la misma da en el artículo 25, 1 de LRDA, procede de la Ley de Explotaciones Familiares de 14 de abril de 1962; BALLARIN MARCIAL, A.: *Las últimas leyes agrarias españolas*, con especial referencia a las explotaciones familiares. «Rivista di Diritto Agrario», 1962, págs. 239 y ss. En el Derecho Italiano Vid.: PANUCCIO, V.: *L'Impresa*. Ed. Giuffrè, año 1976, págs. 83 y ss. Ibid.: GRAZIA NI C. A. «L'impresa familiare» y CASAVEI, E.: *L'Impresa agricola*, en «Manuale di Diritto agrario Italiano», de IRTI. Ed. UTET, Torino, 1978, págs. 55 y 148.

(8) El cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas obliga: a que sea explotada la tierra con arreglo a criterios socio-económicos, apropiados según el destino agrario más idóneo y a que en la Empresa agraria se preste el trabajo en condiciones adecuadas y dignas: así artículo 2 a) y c) de LRDA.

(9) El concepto de cultivador directo y personal del artículo 83,3 del Reglamento de Arrendamientos nace como una categoría exclusivamente creada para arrendamientos rústicos —Ley 23 de julio de 1942, artículo 4, apartados 1, 4 y 6— y alcanza fuerza expansiva en materia de colonización que exige el carácter de cultivadores directos y personales a los beneficiarios de sus parcelas, así artículo 25, 1, artículo 30 y artículo 37 de LRDA.

determinar qué debe entenderse por tal, es necesario acudir al concepto que con carácter general nos ofrece el artículo 83,3 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos (10), según el cual, el cultivo directo y personal tiene lugar cuando las operaciones se realicen materialmente por el adjudicatario de la explotación y por los familiares en su más amplio sentido que con él convivan (11) y, además esta nota calificativa—la de ser empresario de la explotación y cultivarla personalmente ha de perdurar en el adjudicatario como una de las obligaciones inherentes para la adquisición de la propiedad, así artículo 30, 1.º a), b) y artículo 34, 1.º b) de LRDA (12).

Se suele señalar por la doctrina (13) como una de las notas que caracterizan el cultivo directo y personal junto con la prevalencia del trabajo propio y familiar sobre el ajeno y del trabajo sobre el capital, el predominio en el adjudicatario de la actividad de cultivo sobre las demás actividades del cultivador y esta actividad se manifiesta como nota relevante en el momento de determinar la preferencia de a quién, entre varios cultivadores corresponde la adjudicación de la explotación familiar (14) y este criterio prevalece en el artículo 25, 3 de LRDA al establecer que: tendrán preferencia «los agricultores profesionales» que residan habitualmente en la zona y entre ellos los cultivadores directos y personales, siempre y cuando el Decreto que determina las adjudicaciones de la concesión no establezca otra cosa (15).

---

(10) Vid.: BALLARIN MARCIAL, A.: *Sobre el concepto de cultivo directo y personal*. «Revista de Derecho Privado», año 1954, pág. 283 y ss.; ahora en «Estudios de Derecho y política agraria». Madrid, 1975, págs. 707 y ss. FERRAND POCH: *Concepto positivo de cultivo directo y personal en la legislación de arrendamientos rústicos*. «ANUARIO DE DERECHO CIVIL», año 1950. Tomo III. Fasc. II, pág. 721.

(11) La legislación de arrendamientos rústicos utiliza otros criterios—además del de cultivo directo y personal— para determinar qué arrendatario debe tener la consideración de protegido según dicha legislación; así, junto al enunciado utiliza también el de la cuantía de la renta, que según el artículo 9, a), número 2 del R.A.R., ésta deberá ser inferior a 40 QM de trigo o 5.000 pesetas. Aparte de esto, la Jurisprudencia del T. S., precisa que a efectos de la consideración de colono protegido procede acumular las distintas rentas que satisfaga el colono en el caso de llevar varios arrendamientos pertenecientes a diversos arrendadores; igualmente se debe tener en cuenta—para acumulársela—la renta que abonaría el presunto colono protegido en el caso de que teniendo tierras de su propiedad, las llevara en arrendamiento. Vid.: SERRANO y SERRANO, I.: *Ley de 15 de julio de 1954 sobre regulación de los arrendamientos rústicos por la Ley de 4 de mayo de 1948*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Tomo VII, año 1957, págs. 809 y ss.

(12) Vid.: WATTIER FUENZALIDA, C.: *Concepto y tipo de Empresa agraria en el Derecho Español*. «Colegio Universitario de León». León, 1978, páginas 154 y ss.

(13) Vid.: LUNA SERRANO, A.: *La empresa agraria y el empresario agrícola*. «Estudios en honor del profesor Castán». Tomo V, págs. 450 y ss. Pamplona, 1968.

(14) Vid.: CAPIZZANO, E.: *L'Attività agricola fra proprietà e contratto*. «Rivista di Diritto Agrario», 1976, págs. 561 y ss.

(15) Vid.: PARLAGRECO, A.: *Il contenuto del contratto di assegnazione di terre nelle zone di riforma fondiaria in Italia*. «Rivista di Diritto Agrario».

Este requisito de la profesionalidad que ha de ser efectivo y en parte controlado por la Administración, se pone de manifiesto en el período de adjudicación de la concesión de la explotación agrícola ya que si el titular no reúne las condiciones técnicas y económicas para el ejercicio de la empresa agraria caducará la concesión. Por el contrario esta actitud se presupone si durante los cuatro años siguientes a la instalación del concesionario en la explotación no se le ha incoado expediente al efecto, artículo 33, 1, a) de LRDA.

Estas menciones que hace el artículo 25,1 de LRDA al cultivo directo y personal tienen una razón de ser teleológica fundamental dentro de la concepción actual de las reformas fundiarias. Y así, la necesidad de que el trabajo sea personal se presenta desde un punto de vista político como expresión del principio, «Bauerland in Bauernhand» (16), desde un punto de vista social, como manifestación de un principio de Justicia social conmutativa (17) y desde un punto de vista jurídico como un modo de adquisición de la propiedad rústica (18).

Sin embargo, no nos parecen suficientes los datos objetivos que proporciona el artículo 25,1 de LRDA al decir qué es la explotación agrícola familiar a efectos de dicha ley sobre todo si se tiene en cuenta lo que dispone el número 2 de dicho artículo que alude a tierras o bienes necesarios, frente a la expresión que hace referencia el artículo 35,1 a tierras, viviendas y demás elementos de la explotación, por ello creemos que a la luz de la normativa propuesta para la explotación familiar y su conservación, por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario puede utilizarse para dar su concepto, lo dispuesto en el artículo 36, 2.º y en este sentido: la explotación familiar constituirá una unidad económica integrada por las tierras a ella adscritas, la casa de labor, elementos de trabajo, ganado, instalaciones y, en general, los bienes y derechos inherentes a la explotación (19).

---

1971, pág. 105. En el Derecho Italiano la LEY SILA de 12 de mayo de 1950 establece en su artículo 16 los requisitos que debe reunir el asignatario para que pueda ser parte del contrato: uno subjetivo—positivo inherente a la aptitud profesional del trabajador manual en el sector agrícola y otro subjetivo negativo, que no sea propietario ni enfiteuta de propiedad rústica.

(16) Vid.: PICALO, A.: *Elementi di Diritto romano e germanico nel Diritto agrario successorio*. «Rivista di Diritto Agrario», op. cit., pág. 458, sobre el sentido que actualmente debe darse a dicha expresión.

(17) Vid.: DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Derecho Agrario en España*. «ANUARIO DE DERECHO CIVIL». Tomo VII, op. cit., pág. 392 y ss. Con ello se protege al cultivador y se pretende elevar su condición social, pero no en un sentido clasista, sino en beneficio común, atribuyendo o favoreciendo la atribución de las titularidades agrícolas de una finca al que trabaja directa y personalmente.

(18) Vid.: LUNA SERRANO, A.: *Régimen jurídico de las fincas adjudicadas por los entes de colonización italianos*. «Revista de Estudios Agro-Sociales», núm. 35, año 1961, págs. 68 y ss.

(19) Vid.: PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La conservación de las unidades agrarias en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*. «Estudios mo-

A esta conclusión llegamos a tenor de lo dispuesto en el artículo 21,1 letra a) ya que después de decir qué se hará con las tierras adquiridas por el Instituto señala como uno de los fines: «Completar o constituir explotaciones familiares, o a solicitud del titular, Patrimonios familiares», luego parece que depende de esa solicitud el que la base «objetiva» se destine a un fin o a otro.

### B) Configuración del acto de adjudicación.

La constitución de esta explotación familiar se lleva a efecto por un acto especial de afectación de «unos bienes» a la misma. Este acto de afectación es claro no sólo en cuanto a los bienes que se adjudican por el IRYDA que pueden formar la totalidad de la explotación o bien referirse simplemente a tierras o bienes necesarios para completar una explotación familiar, artículo 21,1 letra a) sino también lo es, en relación con los bienes y tierras que aporta el titular de la explotación y que son de su originaria propiedad, artículo 25, núm. 2 LRDA. Además tal afectación será una de las condiciones de la concesión de la explotación al titular, artículo 30, núm. 2 LRDA y esto es claro al decir que alcanza también «a los que siendo originariamente de propiedad del beneficiario, hayan quedado afectos a la explotación».

En el momento en que tiene lugar la afectación y como consecuencia de ella la titularidad de la explotación, en cuanto unidad económica, queda sometida a un régimen jurídico especial señalado en el artículo 28 de la propia ley y que como disposición general se aplica a los dos regímenes distintos en que pueden encontrarse las explotaciones familiares: así, etapa de concesión regulada por los artículos 29 a 33 y etapa de propiedad, artículos 34 y 35 de LRDA (20).

Notas fundamentales de este estatuto jurídico (21) a que queda sometida la titularidad de las explotaciones familiares son:

1. Quedan restringidas para el titular las facultades de agrupar o dividir explotaciones, así como la desafectación o agregación de nuevos elementos.

---

nográficos», núm. 3. Ministerio de Agricultura. Madrid, 1975, pág. 113. Define a las explotaciones familiares como «complejo de bienes que constituyen jurídicamente una unidad económica».

(20) No creemos que constituyan etapas distintas de las dos enunciadas «la cesión provisional de las tierras»—que después el INSTITUTO adjudicará para que se cultiven por los agricultores que presumiblemente pueden llegar a ser concesionarios, ya que el propio artículo 23, núm. 3, alude a su «cesión provisional»; se trata de una etapa previa de transformación con una de las finalidades a que hace referencia el artículo 23, número 2. Vid.: TORTOLINI, L.: *Propieta degli Enti di riforma e rapporto di assegnazione*. «Rivista Diritto Agrario», 1968, pág. 502 y ss.

(21) Queremos poner de relieve la importancia de este «status jurídico» a que queda sometida la nueva regulación de la propiedad rústica, la cual, apartándose de las normas generales del Código civil, tiende a conseguir unos fines específicos señalados por el legislador.

2. Que como la división sólo puede resultar de un acto dispositivo, restringe la transmisión «inter vivos» de la explotación y sujeta a un régimen sucesorio agrario distinto para la adjudicación en concesión o propiedad, con el fin de mantener el destino unitario de la misma.

3. Que aún después de transmitida la explotación, esta permanece suelta a este estatuto especial, según el número 4 del artículo 28 LRDA (22).

El acto de adjudicación de estas explotaciones a sus titulares tendrá lugar siempre—dice el art. 29 LRDA—por el Instituto en régimen de concesión administrativa (23).

A pesar de que la ley es clara en sus pronunciamientos se ha puesto en duda por la doctrina la verdadera naturaleza de esa adjudicación; los autores que a la misma han hecho referencia sienten la inclinación de calificarla como acto traslativo de derecho privado, ya que como dice Gómez y Gómez Jordana (24) la esencia de toda concesión administrativa es la transferencia a un particular de funciones que son propias del Estado y el IRYDA no trasfiere función pública alguna a sus concesionarios (25).

---

(22) Lo que interesa es el régimen de propiedad surgido como consecuencia de la acción del Estado; Vid.: BASSOLS COMA M., GÓMEZ FERRER MORÁN, R.: *La vinculación de la propiedad privada por Planes y Actos administrativos*. Ed. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1977, páginas 112 y ss. Toda actividad administrativa carecería de sentido práctico si la propiedad del beneficiario quedará sometida al régimen de Derecho común.

(23) Ha sido la Ley de 27 de julio de 1968, sobre régimen de las tierras adquiridas por el Instituto Nacional de Colonización, la que al establecer la relación entre la Administración y el colono, precisa ya sin ambigüedades que se trata de una concesión y que los colonos tienen la condición de concesionarios. Vid. artículos 9, 10, 11 y ss. de la citada ley, en ARANZADI, Repertorio Cronológico de Legislación, núm. 1.329, año 1968; ley derogada por la Disposición final derogatoria de la ley de 12 de enero de 1973 sobre Reforma y Desarrollo Agrario.

(24) Vid.: *Lineas generales de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*. «Estudios Monográficos», núm. 3. Ministerio de Agricultura. Madrid, 1975, páginas 80 y ss., la finalidad del contrato no es, por tanto, transferir funciones públicas al concesionario, sino comprobar la aptitud de los futuros destinatarios de las fincas; a continuación se pregunta el autor acerca de si es ¿una compraventa sujeta a condición resolutoria?, ¿una venta con reserva de dominio o una opción de compra?. Vid.: MAROI, F.: *Nozione di imprenditore agricolo nel nuovo Codice civile*. «Rivista di Diritto Civile», año 1942, pág. 2 y ss., al encargar a los individuos funciones que tienen finalidad publicista, se aproxima su condición a la de funcionarios cuya característica es su selección con pruebas de tipo técnico.

(25) Vid.: BASSOLS COMA, M., GÓMEZ FERRER, R.: *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*, op. cit., pág. 110. *Ibid.*, DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M.: *La actividad administrativa en materia de Derecho Agrario a través de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Un intento de aproximación al Derecho Agrario*. «Revista Crítica de Derecho inmobiliario», núm. 518, año 1977, págs. 51 y ss., aunque tampoco lo considera como una concesión administrativa, le califica como «contrato administrativo atípico»; también rechaza esta figura de concesión administrativa RODRÍGUEZ ARANDA, A.: *La reforma agraria y el Derecho*. Madrid, 1977. Edit. Edersa, págs. 152 y ss. Cree que la situación en que



Por el contrario en el derecho italiano la cuestión de la naturaleza jurídica de «l'assegnazione» ha sido muy discutida. La ley de 12 de mayo de 1950 o LEY SILA en su artículo 17 calificó la transmisión como «venta con pago aplazado y reserva de dominio a favor del ente colonizador», sin embargo una interpretación jurisprudencial de la Corte de Casación de 7 de octubre de 1972 ha sido clara al decir que se trata de una concesión administrativa (26), y de igual forma ha sido considerada por la doctrina (27) o bien como un acto con naturaleza mixta de contrato concesión o contrato «sui generis» (28).

Ahora bien, la concesión administrativa como medio jurídico para adjudicar las tierras destinadas a constituir explotaciones familiares funciona aquí como una de las formas típicas de acceso a la propiedad rústica por parte de los cultivadores de la tierra actualmente vigente en nuestro Derecho positivo (29) y que son:

— Acceso por conversión, esto se logra cuando por procedimientos adecuados el que tiene un derecho de goce de la tierra se

quedaba el colono respecto a la Administración bajo la vigencia de la ley de Colonización Interior de 1907 era la lógica y más acertada. Ibid.: CORRAL DUEÑAS, F.: *El Registro de la Propiedad y la Legislación social agraria*. «Centro de Estudios Hipotecarios». Madrid, 1977, pág. 137, la concesión del IRYDA es un acto especial; por ello, si hemos de inclinarnos por alguna figura clásica, entendemos que por analogía puede calificarse como una adquisición dominical sujeta a condición suspensiva.

(26) Vid.: TORTOLINI, L.: *Sulla natura giuridica dell'assegnazione di terre per la riforma fondiaria*. «Rivista di Diritto Agrario», año 1973, páginas 283 y ss. en especial pág. 287; IRTI, N.: *Profili civilistici dell'assegnazione di fondo rustico*. «Rivista di Diritto Agrario», 1960, pág. 212, en especial 220 y ss. El esquema de venta con reserva de dominio artículo 17 y 18 de la Ley SILA no responde a la relación de asignación.

(27) Vid.: BRANCA, *Natura dell'Atto di assegnazione di terre*, en «Banca e Credito agrario», 1954, págs. 118 y ss.

(28) Vid.: CARROZZA, A.: *Concessione e Contratto nelle assegnazioni di terre*. «Rivista Trimestrelle di Diritto Pubblico», año 1974, pág. 587. NICOLÒ, R.: *Aspetti privatistici della riforma agraria*. Atti del 3.º Congresso Nazionale di Diritto Agrario. Ed. Giuffrè. Milano, 1954, págs. 759 y ss., y ROMOLI, R.: *In tema di applicazione analogica dell'art.º 1.585 Codice Civile al rapporto di assegnazione di terre*. Comentario a la sentencia del Tribunal di Avenzano de 31 gennaio 1969. «Rivista di Diritto Agrario», 1970, págs. 26 y siguientes.

(29) Vid.: CAMPS Y ARBOIX, J. de: *La propiedad de la tierra y su función social*. Barcelona, 1953, págs. 239 y ss. Es preciso destacar cómo también esta figura de la concesión administrativa actúa como medio por virtud del cual se atribuye al ciudadano de la República Democrática Alemana el derecho al uso del terreno, y en este sentido el parágrafo 286, número 1. del ZGB, alude a la «concesión de un terreno de propiedad popular a un ciudadano» y en el artículo 287 define a la concesión como un acto administrativo que de por sí opera por tiempo indeterminado y a título oneroso. Vid.: CRESPI REGHIZZI G, DE NOVA, G., SACCO, R.: *Il Zivilgesetzbuch della Repubblica democratica tedesca*. «Rivista di Diritto civile», 1976, páginas 86 y ss., y CRESPI REGHIZZI, G.: *Le norme sulla proprietà a sul godimento del suolo nella Repubblica Democratica Tedesca*. Con riferimento al nuovo Codice Civile del 1976. «Rivista di Diritto Agrario», 1977, pág. 404.

convierte en propietario de ella, como v. gr. el supuesto del artículo 96 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos (30), o,

— Acceso por concesión del Estado de terrenos a los cultivadores que carecen de ellos. En la ley de Reforma y Desarrollo Agrario el Estado actúa a través de un organismo administrativo especializado y autónomo como es el IRYDA (31), el cual adjudica, para constituir o completar explotaciones familiares —las tierras que él previamente ha adquirido— a quien es cultivador directo y personal según el artículo 25, 1 de LRDA.

Con ello se logra una idea de la planificación reformadora de nuestra agricultura, la cual es, según Luna Serrano (32) la coincidencia de la propiedad de la tierra y la de la explotación agrícola (33).

Ahora bien, en este caso, si la idea de explotación implica actividad desarrollada no exclusivamente por el titular, sino también su familia se ocupa de ella (34) y en este sentido, el artículo 25, 1.º de LRDA al decir qué es la explotación familiar, nos define a éste no sólo como un grupo trabajador —dos unidades de trabajo— sino también como destinatario de los beneficios que se obtienen, que según el precepto citado deben ser aptos para un nivel de vida decoroso y digno (35).

---

(30) Vid.: SERRANO Y SERRANO, I.: *Ley de 15 de julio de 1954 sobre regulación de los arrendamientos rústicos protegidos por la Ley 4 de mayo de 1948*. «ANUARIO DE DERECHO CIVIL», op. cit., págs. 809 y ss. PAZ SUEIRO, J. M.: *El derecho de acceso a la propiedad en la legislación de arrendamientos rústicos*. Barcelona, 1963, pág. 22, y LLAMAS VALBUENA, E.: *Estudio retrospectivo del acceso a la propiedad de los arrendatarios de fincas rústicas en España*. «Revista de Derecho Privado», año 1976, págs. 205 y ss.; SANTOS PASTOR, A.: *Propietarios, Colonos, Inquilinos*. Tomo I. *Arrendamientos rústicos*. 4.ª edición. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1966, págs. 217 y ss. Íb. ALGILEZ CORTÉS, J. L.: *El derecho de acceso a la propiedad de la tierra en los arrendamientos rústicos, especialmente protegidos*. «Revista de Estudios Agro-Sociales», núm. 102, enero-marzo 1978, pág. 147.

(31) Vid.: Ley de 21 de julio de 1971, por la que se creó el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario; SANZ JARQUE, J. J.: *Derecho Agrario*. Madrid, 1975, págs. 387 y ss. Ed. Fundación Juan March; HERNÁNDEZ CRESPO, C.: *La legislación de Reforma y Desarrollo agrario y el Registro de la Propiedad*. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», año 1973, páginas 1452 y ss., en relación con la estructura orgánica del IRYDA y competencia de sus diversos órganos. Ibid.: CORRAL DUEÑAS, F.: *Régimen jurídico de las actuaciones inmobiliarias del IRYDA*. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», año 1975, págs. 905 y ss.

(32) Vid.: LUNA SERRANO, A. y FERNÁNDEZ BOADO, P.: *Método y posibilidades de una planificación agraria en España*. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», año 1964, págs. 74 y ss., en todo caso en estos nuevos modos de adquirir el dominio se tiene en cuenta sobre todo, el hecho de ser cultivador, esto es empresario, el que va a ser nuevo propietario.

(33) Vid.: LÓPEZ JACOISTE, J. J.: *La idea de explotación en el Derecho civil actual*. «Revista de Derecho Privado», año 1960, págs. 351 y ss. Díez PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil*, II. Madrid, 1978, págs. 696 y ss.

(34) Vid.: CARROZZA, A.: *Famiglia, impresa e comunione tacita familiare nell'esercizio dell'agricoltura*. «Rivista di Diritto Agrario», 1975, págs., 303 y ss.

(35) Vid.: GARCÍA DE VALDEAVELLANOS, L.: *La Comunidad Patrimonial en el Derecho español medieval*, en «Estudios medievales de Derecho privado»,

### III. REGIMEN SUCESORIO AGRARIO

Uno de los límites que se derivan del estatuto jurídico a que se encuentra sometida la transmisión de la explotación familiar y que tratan de conservar su destino unitario, aún cuando el titular la tenga adjudicada en propiedad (36), es el que se somete por la sucesión «mortis causa».

En principio es un dato puramente formal el que determina la aplicación de un régimen sucesorio u otro en el momento de la muerte del titular de la explotación agrícola familiar, y este dato se concreta en que el Instituto haya otorgado a favor de cada concesionario la escritura pública de propiedad de los inmuebles objeto de la concesión— aún cuando el concesionario no haya pagado la totalidad del precio (37) según lo dispuesto en el artículo 34,1 y a contrario sensu del núm. 6 del mismo (38).

La primera consecuencia que se deduce de este otorgamiento en orden al Derecho sucesorio es que en el régimen de concesión (39) puede pasar la titularidad de la concesión al cónyuge

---

Sevilla, 1977. Ed. Universidad de Sevilla, págs. 306 y ss., ha puesto de relieve como la comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español altomedieval parece haber adoptado el carácter de una participación de todos los hijos o herederos en el patrimonio familiar.

(36) En la legislación de reforma agraria italiana no hay ninguna norma que regule especialmente la transmisión «mortis causa» de las tierras de «assegnazione» cuando ya se es propietario de ellas, aunque el artículo 4 de la Ley de 29 de maggio de 1967 remite al artículo 1.º de la Ley de 3 de junio de 1940, la cual declara indivisible el fundo. Vid. TAMBORINI, C.: *La indivisibilità delle unità colturi*, «Rivista di Diritto Agrario», 1941, páginas 43 y ss. Se ha afirmado por parte de la doctrina italiana que toda la normativa de la Ley de 1940 es aplicable en tema de sucesión «mortis causa» —arts. 2, 4, 5, 6, 7, 8 y 10—, llegando a la conclusión de que la sucesión del fundo ya pagado debe considerarse disciplinado por dicha ley; en contra de esta postura se manifiesta la opinión de MALAGUTI, L., *Funzione ed oggetto dei vincoli alla disponibilità dei fondi acquistati dagli assegnatori*, «Rivista di Diritto Agrario», 1977, págs. 20 y ss., ya que el reenvío que hace el art. 4,1 de la ley no está formulado como un reenvío general a toda ley de 1940, sino sólo a aquellas disposiciones que hacen referencia a la indivisibilidad deduciéndose de ello importantes consecuencias.

(37) La ley italiana de 29 de mayo de 1967 —derogando el art. 2 de la Ley de SILA de mayo de 1950—, en su art. 1.º permite pagar por anticipado las anualidades previstas en el acto de «asignación» siempre que hayan transcurrido seis años desde que el asignatario está poseyendo las tierras.. En el Derecho español supone una novedad, que antes de pagar la totalidad del precio se otorgue escritura pública y con ello se adquiera la propiedad de la explotación.

(38) En este caso podrá ser considerada la explotación como una sola finca de acuerdo con lo dispuesto en el núm. 1 del art. 23 de LRDA —Coto redondo— y así inscribirse en el Registro de la Propiedad en virtud de lo dispuesto en el art. 8, núm. 2 de la Ley Hipotecaria y en el art. 44 de su Reglamento; en ella la unidad de explotación está jurídicamente reforzada al señalarla un destino jurídico e independiente de los demás bienes de su titular.

(39) Vid. LUNA SERRANO, A., *Régimen de tierras en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario: la sucesión «mortis causa» del concesionario de tierras:*

viudo siendo preferido a cualquier otro sucesor, artículo 32.1.º (40) y en cambio en el caso de que la adjudicación sea en propiedad, el cónyuge supérstite que sea cultivador directo tendrá en todo caso el usufructo universal sobre la totalidad del patrimonio formado por los bienes que constituyen la explotación familiar.

La transmisión «mortis causa» de la explotación familiar —tierras, viviendas y demás bienes— aparece establecida en el artículo 35 de LRDA el cual dispone que se ajustará a lo dispuesto en el Código civil —a las cuales nos vamos a referir— o en las disposiciones de Derecho foral especial con la excepción de las reglas contenidas en este artículo, lo cual supone que han de ser tenidas en cuenta normas sucesorias agrarias como excepción a lo regulado por el Código civil y a ellas someterse la sucesión según el artículo 28, núm. 4 de LRDA (41).

### 1. Finalidad.

Estas normas sucesorias agrarias tienen como finalidad mantener adscrita a sus fines la unidad formada por la explotación agraria familiar (42) por ello se tiende a relajar los principios básicos del sistema sucesorio del Código civil (43): el de libertad testamentaria, el sistema de legítimas de los herederos forzosos y el de igualdad «in natura» de los lotes hereditarios en el momento de la partición (44) de esta suerte:

---

*de Reforma agraria.* Estudios monográficos, núm. 3. Madrid 1976, págs. 141 y ss. Señala como característica de esta sucesión del concesionario las siguientes: Se trata de una sucesión excepcional o anómala; es universal puesto que se contempla una sucesión en la compleja posición jurídica de una persona en cuanto adjudicatario y empresario; forma un patrimonio separado, respetándose la doctrina del «numerus clausus» y del origen legal de los patrimonios separados.

(40) ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio «mortis causa»*. Sevilla, página 374. Señala como una de las notas características de estas sucesiones especiales por razones de política social, es la de anteponer al cónyuge supérstite a todo otro pariente del de «cuius».

(41) Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J., *La conservación del «fundus instructus» como explotación familiar*, «Rivista di Diritto Agrario», 1966, *op. cit.*, págs. 16 y ss.; LASARTE, C., *Propiedad privada e intervencionismo administrativo*. «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», agosto 1975, páginas 136 y ss.

(42) ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho Sucesorio, op. cit.*, pág. 373, señala cómo estas normas son excepciones al régimen establecido en el Código civil, ya que no sólo se apartan de su sistema para implantar una excepción, sino que no abordan y no resuelven las cuestiones que tal excepción suscita.

(43) Para ver cómo el Derecho comparado ha resuelto esta cuestión: Vid. DE LOS MOZOS, J. L., *La sucesión en el Derecho agrario*, Capítulo VI. La protección de la explotación agrícola en el Derecho comparado. Estudios Ministerio de Agricultura. Madrid 1977, págs. 263 y ss.

(44) Vid. DE LOS MOZOS, J. L., *Estudios de Derecho Agrario*, Capítulo XIV. El mantenimiento de la empresa agrícola en la transmisión «mortis causa». Ed. Tecnos. Madrid 1972, págs. 289 y ss. Ibid. LUNA SERRANO, A., *La transmisión «mortis causa» de las fincas rústicas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización*. Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Dr. SERRANO Y SERRANO, Tomo I, pág. 529. Valladolid 1966.

— Se presenta la explotación como un bien vinculado a la familia, de ahí que si el titular de la misma deba designar como su sucesor a cualquiera de los legitimarios.

— La posibilidad de abonar la legítima en dinero (45) si bien limitada: a) a que no haya otros bienes en el caudal; b) o a que la legítima sea de cuantía inferior, artículo 35 núm. 4.

## 2. *Notas características.*

Esta sucesión de la explotación familiar presenta las siguientes notas características:

a) Debido al interés social que late en la idea de conservar la explotación agraria, en materia sucesoria, se acoge al principio germánico de que el campesino sólo tiene un hijo «*der Bauer hat nur ein Kind*» y no arreglo a ello adjudica la explotación a un sólo titular (46). Con ello se manifiesta la restricción del principio de libertad testamentaria, ya que la explotación habrá de transmitirse a un solo legitimario.

b) Que como consecuencia se formula un principio general de Derecho Agrario cual es el de la atribución sucesoria integral de la explotación familiar (47). Esto impone dos consecuencias: Posible pago en metálico de la legítima de los demás herederos forzosos si no hay otros bienes en la herencia y garantías que tienen éstos para ver satisfecho su derecho hereditario.

c) Que se trata de una sucesión extraordinaria (48) que puede

---

(45) Vid. LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La idea de explotación en el Código civil*, «Revista de Derecho privado, 1960, *op. cit.*, pág. 369. Tan grande es el respeto que merece la explotación de las cosas que, en su virtud, se llegan a modificar derechos tan fuertes como son los de los legitimarios. De ahí que la permisión de reducirlas y pagarlas en metálico constituyen dentro del sistema sucesorio español, una medida importante.

(46) En la ley predomina más este criterio de la titularidad única que el de la indivisibilidad de la explotación, en cuanto que en el art. 35, núm. 7 se permite la división y en consecuencia sólo hay titular único en tanto en cuanto la explotación familiar sea declarada indivisible. Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil*, «Revista de Derecho Mercantil», año 1965, pág. 293, la sucesión del empresario individual plantea dos problemas: uno de continuidad y otro de conservación, de suerte que el fenómeno sucesorio no aboque a una disolución o liquidación de la empresa.

(47) FOSAR BELLOCH, E., *Más sobre el art. 1.056, párrafo 2.º, del Código civil y la explotación agrícola. El principio general de Derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», año 1971, págs. 266 y ss. Dicho principio conciliaría dos exigencias fundamentales: a) el mantenimiento de la unidad de la explotación, y b) el interés de los legitimarios en obtener un «quantum» de la explotación, siquiera sea metálico. PUIG BRUTAU, J., *El testamento del empresario*, «Revista de Derecho Privado», año 1960, pág. 845.

(48) Implican generalmente sucesión extraordinaria todos aquellos casos en que una norma establece la indivisibilidad de un bien que en consecuencia habrá de ser asignado por entero a un único titular comprendido en un círculo parental determinado; además, en tales supuestos se suele señalar un orden sucesorio que discrepa del orden sentado para la percep-

ser a título universal o bien a título universal y particular (49).

d) Que el complejo patrimonial del cual es propietario el adjudicatario está llamado a la satisfacción de fines propios y específicos: éstos son el mantenimiento de la organización de la explotación familiar agraria y a través de ella conseguir la actuación de los Planes de Reforma Agraria. Estas finalidades están reconocidas en el artículo 34 LRDA (50).

e) Prevalencia de la adjudicación que tiene lugar en la sucesión testamentaria sobre la legítima o abintestato; además en el caso de la sucesión testamentaria, el testador en su designación puede adoptar las dos formas de sucesión a título universal y a título particular admitidas en el artículo 668 del C. c., ya que el artículo 35,2 dice que el testador podrá designar a heredero o legatario que le sustituya (51). Hubiera sido más loable que a estas dos formas de sucesión se hubiera añadido la sucesión contractual como otra posibilidad con que cuenta el titular para poder disponer de la explotación, además de ser una forma muy arraigada de sucesión en las regiones de Derecho foral a que hace mención el artículo 35,2 de LRDA (52).

---

ción de la legítima, notas características que se dan en esta sucesión; con este carácter la considera igualmente PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. III, 2.ª ed., 1977, pág. 449; para la opinión contraria de que no se trata de una sucesión excepcional, Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, tomo VII, vol. III, 8.ª edic., puesta al día por DE LOS MOZOS, J. L., Madrid 1978, págs. 385 y ss. Ed. Reus.

(49) Vid. ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio*, op. cit., pág. 375.

(50) Vid. LUNA SERRANO, A., *La successione mortis causa dell'assegnatario di terre di riforma*, «Rivista di Diritto Agrario», 1976, op. cit., pág. 520; Ibid. SANTORO PASARELLI, F., *Doctrinas generales del Derecho civil*, Trad. y notas de Derecho español, por A. LUNA SERRANO, de la 7.ª ed. italiana, página 87, Edit. Edersa, Madrid 1964; Ibid. DE CASTRO, F. de, *Temas de Derecho civil*, Madrid 1976, págs. 56 y ss.

(51) Vid. IRTI, N., *Profili civilistici dell'assegnazione di fondo rústico*, «Rivista di Diritto Agrario», 1960, op. cit., pág. 260, califica siempre de sucesión a título singular la del asignatario.

(52) No hay duda de que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario tiene aplicación en todo el territorio nacional, por ello hubiera sido más correcto que el art. 35 LRDA declarara aplicable a la sucesión voluntaria de la explotación agrícola familiar el párraf. 2 del art. 1.271 Código civil y el art. 670, los cuales si bien prohibitivos tanto del contrato sucesorio como del nombramiento de heredero por fiduciario para el Código civil, son no obstante instituciones ambas de gran raigambre en los Derechos forales: Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *La aportación de los Derechos forales a un Derecho sucesorio rural*, en Atti della seconda assemblea, vol. Terzo, Ed. Giuffrè, Milano 1964, págs 574 y ss. y CRISTÓBAL MONTES, A., *La sucesión contractual aragonesa*, Comentarios. Ed. Libros Pórtico, Zaragoza 1978, págs. 14 y ss.

## IV. APERTURA DE LA SUCESION «MORTIS CAUSA»

Cuando se abre la sucesión del causante titular de una explotación agrícola familiar (53) se forman automáticamente dos masas de bienes netamente diferenciadas por el distinto régimen sucesorio que a cada una de ellas debe aplicarse: la explotación agrícola familiar y los demás bienes relictos; sobre aquélla se aplica el artículo 35, núms. 2 y 3 de LRDA completada con la legislación civil común y sobre éstos, las normas del Código civil (54).

Sin embargo, con ocasión de lograr las finalidades de política social impuesta por la obra de colonización, así como la integridad de la explotación y seguridad del adjudicatario y su familia se reglamenta por el artículo 35, núm. 4 de LRDA que los derechos de los legitimarios no adjudicatarios —o sucesores— de la explotación agrícola familiar, se satisfagan con los bienes del causante no vinculados en el caso de que los haya en la herencia —«salvo que hubiera otros bienes en el caudal relicto»— bastante para su pago —o bien abonar en dinero dicho derecho.

Pero no dice nada la ley acerca de si el adjudicatario de la explotación puede ser al mismo tiempo coheredero con los demás legitimarios en la masa de bienes de la herencia independientemente de la explotación adjudicada; sin embargo, la solución en este caso para la sucesión abintestato creo debe ser afirmativa, ya que si hay más bienes en la herencia, el no tener el adjudicatario la cualidad de coheredero de los bienes restantes le perjudicaría y lógicamente se produciría la renuncia de la adjudicación (55), o su no aceptación; en el caso de sucesión voluntaria el problema no existiría ya que en este supuesto se habrá de estar a la voluntad del testador y al juego de su voluntad particional (56) para incluir dicha

(53) Un problema que se puede presentar en el momento de la sucesión es el de la calificación de la explotación teniendo en cuenta el momento en que ha sido adjudicado al titular, ya que ésta puede tener la naturaleza de bien privativo o de ganancial, incluso en el primer supuesto han sido realizadas sobre ellas tales mejoras e inversiones que puede surgir un crédito a favor de la sociedad de gananciales. Sin embargo, para no entrar en dicha problemática, la consideraremos bien privativo del titular de la explotación. Vid. DE LOS MOZOS, J. L., *La sucesión en el Derecho Agrario*. Propiedad, herencia y división de la explotación agraria. Madrid 1977, págs. 47 y ss.

(54) Vid. DÁVILA GARCÍA, J., *La empresa mercantil individual en la sucesión «mortis causa»*. Anales de la Academia Matritense del Notariado, III año, 1946, págs. 573 y ss.; ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, A., *El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria*, «Revista Crítica Derecho Inmobiliario», año 1947, págs. 585 y ss.

(55) Vid. COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, II, Madrid 1975, pág. 995. Si la explotación o empresa que se atribuye indivisa a uno de ellos constituye la totalidad de la herencia o una parte de ella de tal importancia que los bienes restantes no sean suficientes para compensar al que los recibe el defecto de su atribución, el acto del testador del art. 1.056 dejará de ser de mera partición para convertirse en la imposición de una carga al heredero beneficiado, que éste, si así lo conviniere, podría repudiar.

(56) Vid. DE LOS MOZOS, J. L., *La partición de herencia por el propio testador*, «Revista de Derecho Notarial», núm. XXVII, año 1960, págs. 221 y ss.

adjudicación en la parte de legítima, dentro del tercio de mejora o bien del de libre disposición; además dicha solución afirmativa se deduce de lo dispuesto en el número 4, artículo 35 «in fine» de LRDA al señalar que la determinación de la legítima se hará computando en la masa hereditaria como valor de la explotación el que resulte de su tasación a este efecto; ahora bien, el sistema sucesorio propio que la ley contempla, es el supuesto inverso e; s decir el que a la muerte del titular de la explotación familiar no existan otros bienes o éstos no sean suficientes para satisfacer los derecho hereditarios de los demás legitimarios no adjudicatarios (57).

1. *Formas de determinación del favorecido en la sucesión de la explotación.*

La normativa a seguir para elegir al sucesor es diferente según sea la adjudicación por vía testamentaria o por el contrario tenga lugar entre los propios legitimarios.

Dos principios de derecho imperativo presiden ambas formas de elección:

1.<sup>a</sup> Que la explotación ha de ser adjudicada a un sucesor único en el caso de que no sea declarada divisible.

2.<sup>a</sup> Que la elección del adjudicatario ha de recaer en un legitimario; este requisito tiene su razón en que la explotación está vinculada a la familia campesina, por ello la designación del sucesor para que sea válida deberá recaer —siempre que éstos existan— en favor de un heredero legitimario. Sin embargo, dicho principio funciona de manera diferente en una y otra forma de adjudicación. Si la adjudicación tiene lugar por vía testamentaria, supone un límite subjetivo a la voluntad del testador, ya que si bien en el caso de que sean varios legitimarios puede elegir a cualquiera de entre ellos, dicha elección recaerá precisamente sobre uno de ellos. En cambio cuando no hay designación testamentaria para determinar quienes son los legitimarios que puedan resultar sucesores se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 931 y en su defecto el artículo 935 del Código civil además del sistema de preferencias a que alude el núm. 3 del artículo 35 LRDA.

---

(57) La razón de esta afirmación reside en la propia finalidad que se persigue con la concesión de las explotaciones agrícolas familiares, ya que uno de los fines de la acción del Estado en relación con la reforma y desarrollo agrario será la creación de explotaciones agrarias de características socio-económicas adecuadas —art. 3, b) de LRDA—; el art. 21 señala como uno de los fines de las tierras adquiridas por el Instituto —según las fórmulas del art. 20 a) es la de constituir o completar explotaciones familiares. Para el Derecho italiano, Vid. CARROZZA, A., *L'assegnazione di terre*, Manual di Diritto Agrario Italiano de IRTI, N. ed. Utet, Torino 1978, págs. 360 y ss.



A) *Testamentaria.*

El primer criterio que utiliza el núm. 2 del artículo 35 LRDA es el de la designación testamentaria al decir que: «Si concurrieran a la sucesión dos o más herederos y la explotación no fuera declarada divisible, se adjudicará ésta a uno solo». El testador, sin perjuicio del usufructo sobre la totalidad de la Explotación que en todo caso corresponderá al cónyuge superviviente que sea cultivador directo, podrá designar al heredero o legatario a quien haya de atribuirse ésta. Si hubiere legitimarios hará la designación entre ellos, salvo justa causa de desheredación (58).

La decisión del titular de la explotación cuando la adjudicación tiene lugar por vía testamentaria se encuentra limitada ya que la elección debe recaer necesariamente para que sea válida sobre un legitimario, pues sólo puede elegir libremente o bien en el caso de que no tenga legitimarios o bien aun cuando éstos existan hayan incurrido en justa causa de desheredación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 852 y 853 del Código civil y además que ésta tenga lugar en testamento. En el caso de que sean varios los legitimarios hay que precisar que pueden ser todos del mismo grado o bien de grado diferente y dentro de los denominados principales designar a uno de ellos con preferencia sobre los legitimarios subsidiarios (59). En cuanto a la forma testamentaria que debe adoptar dicha determinación, en principio son válidas cualquiera de las reconocidas por nuestro Ordenamiento, entendiéndose por tal tanto las denominadas comunes, artículo 676 como las especiales a que hace referencia el artículo 677 del Código civil.

El testador —titular— puede designar al sucesor de la explotación bien sea con la cualidad de heredero o de legatario ya que a ambas formas de sucesión se refiere la propia ley; y en este sentido se llama heredero al que sucede a título universal y legatario al

---

(58) Dicho precepto contiene una excepción a la limitación de que el valor económico marcado por la ley debe ser atribuido a los legitimarios en sustancia, o sea, no desdoblado el usufructo y la propiedad, cosa que si el cónyuge es cultivador directo le concede la ley el usufructo sobre la totalidad de la explotación, y al sucesor adjudicatario la propiedad. ¿Qué entiende la ley por cultivador directo a estos efectos? Su normativa no nos aclara nada al respecto, sino que se conforma con aludir al mismo en varios preceptos; así, art. 30.1.b), 35, núm. 2 LRDA. Por ello será preciso fijarlo de acuerdo con lo establecido en el art. 11, núm. 5 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 24 de abril de 1959 y el art. 12 de la Circular de 8/67 de 9 de noviembre 1967 de la Dirección General de lo Contencioso del Estado sobre «Patrimonio familiar mobiliario agrícola». Normas para la aplicación del Impuesto sobre Sucesiones. Vid. ARANZADI, Colección legislativa, núm. 2.395, año 1967, coincidiendo ambos en afirmar que: se entiende por explotación directa cuando el propietario asuma los riesgos de la empresa agrícola, sufragando los gastos a que la misma dé lugar.

(59) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHEZ REBULLIDA, F. de A., *Derecho de Sucesiones*, tomo II, op. cit., págs. 76 y ss.

que sucede a título particular según el artículo 660 Código civil y artículo 668 párrafo 1.º (60).

En principio si la sucesión universal se caracteriza por el paso de un solo golpe sin necesidad de formalidades especiales para cada objeto singular, de una masa de bienes desde el patrimonio de una persona al de otra y tal sucesión no se determina por la voluntad de los sujetos, sino por el imperio de la ley no duda de que la sucesión en la explotación agrícola familiar del adjudicatario es como dice Royo Martínez una sucesión especial a título universal (61).

A esto se puede oponer el que la adjudicación de la explotación familiar constituya una institución de cosa cierta y determinada: ya que este carácter tiene la explotación agrícola y según el artículo 768 del Código civil el «heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario y en este caso será un sucesor a título particular y así nos dice el propio núm. 2 del artículo 35 LRDA que será designado como legatario. Ahora bien, siguiendo esta línea interpretativa, si no hay otros bienes hereditarios el sucesor de la explotación cualquiera que fueran los términos utilizados por el testador sería siempre un legatario con las consecuencias que en materia de responsabilidad de las deudas del causante tal afirmación lleva consigo.

Sin embargo, Vallet de Goytisolo (62) afirma que si la institución «ex re certa» constituye la casi totalidad del patrimonio hereditario del testador —como ocurrirá casi siempre que el testador tenga una explotación familiar— debe considerarse como institución de heredero cuando por aplicación del criterio interpretativo del artículo 675,1 quede desmentida la presunción expresada por el artículo 768 del Código civil y en este caso el legitimario instituido en cosa cierta deberá reputarse como verdadero heredero (63).

El testador puede adoptar varias fórmulas de atribución de la explotación agrícola familiar en el caso de que sean varios los legitimarios, imputándola en la parte de legítima, mejora o libre disposición: así instituyendo herederos a todos por partes iguales con asignación a uno solo de la explotación agrícola familiar; bien

(60) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario*, «Revista de Derecho Privado», año 1978, págs. 737 y ss. y *Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones. Parte General, Barcelona 1979, págs. 34 y ss.

(61) Vid. ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho Sucesorio*, op. cit., págs. 26 y ss. y DORAL, J. A., *Titularidad y patrimonio hereditario*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, año 1973, pág. 398.

(62) Vid. *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*. Las legítimas, tomo II op. cit., págs. 813 y ss.; DE LOS MOZOS, J. L., *La partición de herencia por el propio testador*, op. cit., pág. 203.

(63) Por el contrario consideran que la norma del art. 768 es de «Ius cogens» entre otros autores: OSSORIO MORALES, J., *Estudios de Derecho privado*, Barcelona, año 1942, págs. 115 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, A., *Lecciones de Derecho Sucesorio*, Madrid 1969, pág. 28.

instituyendo en ella, a uno solo de los hijos eligiendo sin más a uno de ellos como sucesor, o bien con asignación a los demás de su legítima estricta en dinero (64); bien atribuir la explotación a uno de los hijos por vía de mejora sin excluir normalmente como herederos a los demás legitimarios no adjudicatarios (65); bien disponiendo del tercio libre a título de heredero para beneficiar con ello al legitimario adjudicatario (66); bien atribuyendo la explotación a un hijo por vía de legado (67) y por lo tanto a título particular, lo cual puede suceder por varios procedimientos: cuando tenga efectividad la presunción expresada en el artículo 768 Código civil y entonces dicha atribución en cosa cierta y determinada tiene naturaleza de legado (68) o bien cuando dicha adjudicación ha sido dispuesta por el testador con base en el tercio de libre disposición siempre y cuando su valor encaje dentro del mismo. Puede incluso ordenar que se impute a parte en la herencia la explotación agrícola sin darla ningún carácter previo de legítima, mejora o tercio libre. Por último puede designar como adjudicatario a un nieto viviendo el padre del mismo, operando en este caso esa exclusión a modo de desheredación; sin embargo, para que dicha adjudicación fuera válida sería preciso que le instituyera imputándola al tercio de mejora —art. 823 Código civil— o imputándola al tercio libre (69).

De entre todas esas modalidades que el testador tiene para elegir sucesor entre sus legitimarios, presenta alguna característica especial por la posición de éstos, aquella designación testamentaria en la que sólo se hace alusión al adjudicatario de la explotación. ¿Podrán los demás legitimarios declarar nulo dicho testamento? Como posición inicial estos otros legitimarios no adjudicatarios

(64) A este pago en metálico de la legítima de los demás legitimarios no adjudicatarios se refiere el núm. 4 del art. 35 LRDA; esta legítima tiene entonces perfecta configuración de titularidad sobre una fracción del valor pecuniario. Vid. ROCA SASTRE, R. M., *Naturaleza jurídica de la legítima*, «Revista de Derecho Privado», año 1944, págs. 208 y ss.

(65) Vid. LÓPEZ JACOISTE, J. J., *La mejora en cosa determinada*, Madrid 1961, págs. 51 y 290.

(66) Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J., *La mejora tácita*. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición. Anales Academia Matritense del Notariado, tomo VIII, Madrid 1954, págs. 54 y ss.

(67) El art. 35, núm. 2 LRDA, prevé el supuesto de que la adjudicación tenga lugar por título singular; además, la doctrina reconoce unánimemente, en base de lo dispuesto en el art. 815 del Código civil, que la legitimación puede dejarse por cualquier título; Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J., *Comentarios al Código civil...*, tomo XI, op. cit., págs. 184 y ss. y Díez PICAZO, *La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil*, «Revista Derecho Mercantil», op. cit., págs. 293 y ss.

(68) DE LOS MOZOS, J. L., *La partición hecha por el testador*, op. cit. página 224.

(69) Vid. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 3.º, op. cit., págs. 505 y ss.; Ib. OTERO, A., *La Mejora*, ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, tomo XXXIII, Madrid 1963, pág. 71 y *La Mejora del nieto*, en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, tomo XXXI, año 1971; PÉREZ SERRANO, N., *Dictámenes*, I, Madrid 1965, págs. 671 y ss.

han podido ser preteridos por el testador; a ello se refiere el artículo 814 del Código civil cuando dice que «la preterición de alguno o todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de heredero». De dicho artículo se deduce dos consecuencias:

1.<sup>a</sup> La íntima relación que existe entre testamento y preterición.

2.<sup>a</sup> Que la preterición sólo opera cuando el adjudicatario ha sido instituido heredero en la explotación agrícola familiar. Estas dos consecuencias se derivan del carácter que esta institución tuvo en el Derecho romano en el cual era necesario para la validez del testamento tanto la institución de heredero como la desheredación formal de los mismos. Sin embargo, el concepto de la preterición según el Código civil puede resultar también indirectamente del artículo 815 que permite el que la legítima pueda ser dejada por título distinto del de herencia. Y con arreglo al mencionado precepto el problema de la calificación de la preterición se ha trasladado de la no institución de heredero a la no atribución de la legítima (70) y en consecuencia no hay preterición si el contenido material de la legítima se hubiera cubierto, v. gr., con una donación o con otra disposición (71).

Pero además, en la preterición, nuestro Código civil al admitir la compatibilidad de las dos formas de sucesión, la testada y la interesada, artículo 658, párrafo 3, así como el que puede haber testamento sin institución de heredero artículo 764 y 912, 2.º Código civil, resulta posible que el testamento sólo contenga la elección del legitimario sucesor en la explotación en cuyo caso se abrirá también la sucesión abintestato a la que serán llamados los demás legitimarios no mencionados para el caso, de que, haya otros bienes y pudiendo en este caso los otros legitimarios pedir el suplemento de legítima según el artículo 815 del Código civil (72); en el caso de que no hubiera otros bienes para satisfacer sus derechos el artículo 35 núm. 4 LRDA impone a favor de éstos y con cargo al adjudicatario el pago de su legítima estricta en dinero.

---

(70) Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer*, op. cit., tomo I, vol. 1.º, pág. 593, y ALBALADEJO GARCÍA, M., *Para una interpretación del art. 814,1 del Código civil*, «Revista de Derecho Privado», año 1967, págs. 1023 y ss.

(71) LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHE REBULLIDA, F., *Derecho de Sucesiones*, II, op. cit., pág. 179, se considera como cumplida la legítima formal siempre que al haber recibido donaciones el legitimario exista un indicio de satisfacción de la legítima material. No obstante, las SS. de 21 de enero 1900, 17 de junio 1908 y 27 de febrero 1909, exigiendo que la mención del heredero forzoso debe hacerse en testamento. Vid. Colección de Jurisprudencia, tomos 111 y 113.

(72) Para un estudio completo de esta acción en: ROCA SASTRE, R. M.ª, *Naturaleza jurídica de la legítima*, «Revista de Derecho Privado», año 1944, op. cit.; DE LA CÁMARA, M. *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*. Centenario de la Ley del Notariado. Sección 3.ª, vol. I, Madrid 1964, págs. 748 y ss., y VALLET DE GOYTISOLO, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XI, arts. 806-857 del Código civil, Madrid 1978, págs. 186 y ss.

Y además no hay preterición de los otros legitimarios no mencionados porque propiamente esta sucesión aunque se causa testamentariamente su naturaleza es la de una sucesión legal (73) que concede al testador un «ius electionis» para que elija cuando sean varios a uno solo de los legitimarios (74) como titular de la explotación.

### B) *Legítima.*

El núm. 3 del artículo 35 LRDA determina el sistema para designar al adjudicatario de la explotación agrícola familiar. Se establecen en principio dos criterios:

1. Se designará al legitimario que lo pretenda y hubiere cooperado habitualmente en el cultivo.

2. En el caso de que sean varios en quienes concurren dichos requisitos —ser legitimario y cooperador habitual— al que entre ellos elijan por unanimidad.

De ello podemos deducir que dos requisitos son básicos en la determinación de quién debe ser el nuevo titular de la explotación: uno el de ser legitimario cuya condición se extienda a cualquiera que sea la forma de designación —y es preferente sobre el de cooperador habitual—; en este sentido debemos considerar por tales, con preferencia sobre los otros legitimarios a los de línea recta descendente según el artículo 930 del Código civil entendiéndose con dicha denominación, los hijos legítimos y sus descendientes legítimos según el artículo 931 Código civil; y otro que el elegido «hubiere cooperado habitualmente en el cultivo».

¿Qué debemos entender por tal?

El requisito de cooperador habitual en la explotación familiar que es supervalorado en la ley puede dar lugar a dudas de interpretación: en primer lugar por ser una cuestión de hecho, pertenece apreciarla a los tribunales ordinarios, en segundo lugar la ley utiliza igual criterio en el artículo 32 núm. 2 letra a) sin indicar tampoco qué se debe entender con dicha expresión (75). Por ello teniendo en cuenta a su vez lo dispuesto en la legislación de arren-

(73) Vid. CONDOMINES VALLS, F. de A., *Formas de sucesión en la vida jurídica moderna*. Estudios de Derecho Sucesorio. Barcelona 1945, páginas 144 y ss.

(74) La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y para esta forma de designación del titular no exige al legitimario ni que reúna las condiciones de cooperador habitual del art. 35. núm. 3 LRDA ni la de que sea cultivador directo y personal como exige al titular en el momento de adjudicación por la concesión, sino que dichas exigencias las asumirá desde el momento de la aceptación de la adjudicación testamentaria por haber aceptado dicha titularidad.

(75) Igual fórmula utiliza el art. 41, núm. 3 LRDA. Sin embargo, creo que no es de aplicar lo dispuesto en el núm. 2 de la Orden Ministerial de 27 de mayo 1953, según la cual se consideran como cultivadores habituales del patrimonio, las personas que merezcan el calificativo de cooperadores familiares, si fueran llamados a la sucesión, Vid. ARANZADI, núm. 690, año 1953.

damientos rústicos en cuanto al familiar cooperador (76) dicho criterio debemos ponerle en relación con la definición que de la explotación agrícola familiar da el artículo 25, 1.º LRDA y con ello podemos entender por cooperador habitual a aquellos que prestan su trabajo para que el cultivo del titular sea considerado a tenor de dicho precepto como cultivo directo y personal» (77).

Ahora bien, tomando como punto de partida esos dos presupuestos, se sigue para la elección del titular un sistema de preferencias que se aplica indistintamente para el caso de que los legitimarios reúnan la condición de cooperador como si no reúnen esta condición. Este sistema se encuentra reflejado en dos reglas: la de unanimidad y a falta de ésta un criterio legal: el de mayor edad.

A pesar de las dificultades que la exigencia de la regla de unanimidad lleva consigo (78) que hace que cuando uno de los interesados no quiere concurrir la misma no actúa, puede suceder que esta no actuación haya sido buscada a propósito para que así le beneficie ya que si él es el de mayor edad, entre herederos en iguales condiciones, al tener lugar entonces la designación automática por aplicación del criterio legal resultará designado como adjudicatario de la explotación agrícola familiar (79).

Sin embargo, podemos justificar la razón por la cual han elegido ambos criterios: tanto el principal o por unanimidad entre los legitimarios como el legal o de mayoría de edad; en relación con el primero, porque al exigir la ley un titular único para la explotación, recurre a un sistema de elección en el que es necesario que todos

(76) El artículo 86 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos considera como sujeto de la transmisión del Derecho arrendaticio protegido «al familiar cooperador del causante»; igualmente el artículo 37 LRDA; en general para el concepto de familiar cooperador, Vid.: MURGA GENER, J. L.: *El arrendamiento rústico en la transmisión mortis causa*. Ed. Rialp. Madrid, 1962, págs. 31 y ss. RODRÍGUEZ ARANDA, A.: *La reforma agraria y el Derecho*. Op. cit., págs. 216 y ss.

(77) BALLARÍN MARCIAL, A.: *El cultivo directo y personal*. Op. cit., pág. 707 y LUNA SERRANO, A.: *La empresa agraria y el empresario agrícola*. Op. cit., páginas 448 y ss. VATTIER FUENZALIDA, C.: *Concepto y tipos de Empresa agraria en el Derecho español*. Op. cit., págs. 154 y ss.

(78) Vid.: CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*. Tomo sexto. *Derecho de sucesiones*. Vol. I. *La sucesión en general*. Puesta al día por CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª. 8.ª ed. Madrid, 1978, págs. 351 y ss.

(79) La Ley de 29 de mayo de 1967 o BELISARIA, establece, en su artículo 7, que en el caso de muerte del asignatario, subentran en la relación de asignación los descendientes en línea recta siempre que reúnan los requisitos del artículo 16 de la Ley de 20 de mayo de 1950; estos requisitos son: Que sea trabajador manual de la tierra y que no sea propietario ni enfitentea de fundos rústicos; debiendo concurrir, pues, dos requisitos, uno positivo y otro negativo; Vid.: PARLAGRECO, A.: *Il contenuto del contratto di assegnazione di terre nelle zone di riforma fondiaria in Italia*. Rivista di Diritto Agrario, 1971, págs. 105 y ss. Un requisito también en sentido positivo debía haberse seguido en el caso de la ley española, sobre todo teniendo en cuenta la actividad a desarrollar por el futuro empresario y el mantenimiento de la misma. Vid.: LETTA, V.: *Regime Successorio dei discendenti del primo assegnatario, nelle terre di assegnazione*. «Rivista di Diritto Agrario», año 1957, págs. 424 y ss.

de modo expreso acudan para que presten su consentimiento a la designación. Dicha exigencia de unanimidad aparece igualmente en el artículo 1.059 del Código civil que regula la partición judicial como supletoria cuando algún heredero mayor de edad no preste consentimiento (80).

En relación con el segundo, las legislaciones modernas han utilizado dos criterios a seguir a falta de acuerdo «entre quién puede ser el titular»: bien acudiendo a la autoridad judicial (81) o bien señalando un criterio legal y objetivo: el de mayor edad (82); en nuestro Derecho, dicho criterio no es nuevo, sino que para resolver intereses que se presentan entre personas que ostentan una misma posición jurídica, ya había sido utilizado por la legislación civil, como criterio de preferencia (83), así en el artículo 220 núm. 3.295 y 1.066 del Código civil.

En el supuesto de que el elegido no sea cooperador habitual del cultivo, la aceptación de su designación llevará consigo la de todos los requisitos que para ser titular se exige por el artículo 25 núm. 1 de LRDA.

### 1. Naturaleza jurídica del acto de designación.

En principio no parece muy exacta la relación entre que «la adjudicación se hará a un legitimario y a falta de disposición testamentaria» a que hace referencia el artículo 35 número 3 LRDA (84); piénsese no obstante que puede existir testamento pero

---

(80) Vid.: DÍEZ PICAZO, L.: *La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil*. Op cit., pág. 305, a la muerte del titular si hay varios legitimarios se forma la comunidad hereditaria, la cual se rige por las normas de la comunidad de bienes—art. 392, párrafo 2—, la cual exige la unanimidad para todos los actos que no sean de mera administración—art. 398—, de ahí que también se exija la unanimidad para dicho acto de adjudicación.

(81) Es el sistema que sigue la Ley de 29 de mayo de 1967—italiana—en caso de que los coherederos no se pongan de acuerdo sobre quién puede ser el asignatario, decide la autoridad judicial a instancia bien de ellos o del Ente. Vid.: GERMANO, A.: *Sulla designazione Giudiziale del Successore nel Rapporto di Assegnazione delle terre di riforma*. «Rivista di Diritto Agrario», 1975, pág. 2, seconda parte.

(82) Vid.: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La conservación de las unidades agrarias*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Tomo XII, año 1959, pág. 1017. En los sistemas jurídicos se da preferencia al mayor o menor, nunca al mediano. En favor de la preferencia del mayor concurren estas razones: su primacía moral en la familia en concurrencia con las especiales cargas morales manifestadas en caso de viudez prematura; su clara determinación desde que nace; asegura mejor la continuidad en la explotación. Igual criterio establece el artículo 41, núm. 3, LRDA.

(83) Vid.: FUENMAYOR CHAMPÍN, A.: *La mejora de labrar y poseer*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, año 1948. Tomo I, fasc. III, pág. 904, acerca de los criterios que se siguen en la designación del petrucio. Actualmente ver: artículo 84 de la Compilación de Derecho civil de Galicia de 2 de diciembre de 1963.

(84) Vid.: DÁVILA GARCÍA, J.: *La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria. Aspectos más importantes*. «Anales Academia Matritense del Notariado». Op. cit., págs. 577 y ss.

en él el causante no ha designado nuevo titular y esto tendrá que hacerse por los legitimarios del titular de la explotación.

¿Quiénes son estos legitimarios o herederos para suceder en la titularidad?

A la muerte de una persona su sucesión se defiende según el artículo 658 ap. 1.º del Código civil por la voluntad del hombre manifestándose en testamento y a falta de éste, por disposición de la ley; por consecuencia para saber quién sucede, es preciso acudir a la voluntad testamentaria y en su defecto a la ley, y ésta será la que nos indica quién son los sucesores a la muerte de una determinada persona.

El procedimiento para ello es la declaración de herederos abintestato lo cual tiene lugar según el artículo 977 Ley de Enjuiciamiento Civil; declaración que se ha de hacer primeramente, de los herederos abintestato que sean descendientes del finado con la referida información de que ellos solos o en unión de los que designen, son sus únicos herederos.

Luego teniendo en cuenta los artículos 808 y 931 del Código civil los legitimarios a que hace referencia el artículo 35 núm. 3 LRDA es a los hijos y nietos legítimos del titular de la explotación que previamente han sido declarados herederos abintestato, artículo 979 LEC.

Una vez que se ha procedido a esta identificación tiene lugar la designación del sucesor.

No hay duda alguna de que la adjudicación a uno solo de los legitimarios de la explotación agrícola forma parte de la participación y adjudicación de los bienes de la herencia del causante, formada por la explotación —unidad jurídica y económica en el momento de su transmisión— y por los otros bienes pertenecientes al causante.

Las notas características que presenta este acto particional se derivan de la naturaleza de sucesión especial que para mantener la atribución integral de la explotación agraria así constituida a favor de un solo titular, es consagrado por esta ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Estas son las siguientes:

a) Derogación del principio tradicional en nuestro Derecho, consagrado en el artículo 1.061 del Código civil de la partición «in natura» (85) esto tanto en el caso de que todos los coherederos sean mayores de edad y tengan la libre administración de sus bienes como en el caso de que algunos de los herederos fuere menor de edad según lo dispuesto en el artículo 1.060 Código civil (86).

b) Y como consecuencia de no guardar la posible igualdad «in natura» en el lote adjudicado, se impone el pago de sus legítimas en metálico y extrahereditario, siempre y cuando no hubiera en

---

(85) Vid.: LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHEZ REBULLIDA, F. DE A.: *Derecho de Sucesiones*. Op. cit., vol. II, pág. 376.

(86) Vid.: CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo III. Ed. Edersa. Madrid, 1978, págs. 198 y ss.



el caudal relicto otros bienes para su pago, o éstos fueran insuficientes.

c) Que la adjudicación de la explotación es el resultado de una partición contractual llevada a cabo por los legitimarios (87).

## 2. *Los principios legitimarios en la sucesión de la explotación agrícola familiar.*

La satisfacción de los derechos de los herederos no adjudicatarios de la explotación familiar a sus cuotas legitimarias no plantea problemas cuando hay otros bienes en la herencia personal del causante no sujetos por tanto a esta legislación sucesoria especial.

Los problemas surgen desde el momento en que el causante de la sucesión no tenga otros bienes en su patrimonio —bien porque nunca los haya tenido o bien porque teniéndolos ha completado con ellos las tierras y bienes adjudicados por el IRYDA art. 21, 1.<sup>a</sup> y 25, 2.<sup>o</sup> de LRDA para formar la explotación— y al quedar afectados por el hecho de la concesión administrativa a la explotación familiar no podrán desafectar de la unidad de explotación agrícola, ya que han quedado sometidos a ese estatuto jurídico de la propiedad de la explotación establecido por el artículo 28 núm. 1, a) de LRDA; o bien en el caso de que haya otros bienes, éstos no sean suficientes para satisfacer el pago de los derechos legitimarios en cuyo caso el adjudicatario tendrá «la obligación de abonar el exceso en dinero a los legitimarios no adjudicatarios y si aquél fuera un legitimario se limitará al importe de la parte que a éstos corresponda en el tercio de legítima estricta según el núm. 4, artículo 35 LRDA».

El precepto transcrito supone dos modificaciones sustanciales del régimen legitimario del Código civil, respecto del cual son una excepción: así la liquidación de la cuota legitimaria en dinero (88) y la reducción de dicha cuota legitimaria.

¿Qué significado tienen esas excepciones?

Se ha sostenido por la doctrina con carácter general varias posturas en orden a configurar el aspecto cualitativo de las legítimas en el Código civil concretadas a la legítima de los descendientes legítimos y ascendientes.

Así ha sido calificada la legítima de estos legitimarios como «pars hereditatis» (89). Es la legítima que atribuye la condición de

(87) Vid.: DE LOS MOZOS, J. L.: *En Anotaciones a Derecho Civil Español, Común y Foral* de CASTÁN TOBEÑAS, J. Tomo VI, Vol. III, op. cit., pág. 385, esta sucesión no se sujeta a una propia y verdadera sucesión excepcional, sino que a las normas que le sean aplicables se yuxtaponen las que sean exclusivamente necesarias como excepción al régimen normal.

(88) Vid.: DE LA CÁMARA, M.: *Estudios sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*. Op. cit., págs. 871 y ss.

(89) Son partidarios de esta naturaleza jurídica de la legítima entre otros: VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*. Tomo V, 4.<sup>a</sup> ed. 1939, pág. 223; ORTEGA PARDO, G.: *Hereditario testamentario y heredero forzoso*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, III, abril-junio 1950, págs. 331 y ss.; FUENMAYOR CHAMPÍN, A.: *Intangibilidad de la legítima*. Op. cit., págs. 63 y ss.

coheredero; según esta hipótesis la posición del legitimario será por tanto la de un cotitular del activo y del pasivo. El punto de apoyo fundamental de esta tesis lo constituye la denominación de «herederos forzosos» que hacen los artículos 806 y 807 del Código civil además de otros, aplicándolo a quienes tienen derecho a la legítima (90) criterio que han intentado fortalecer añadiendo que la legítima del Código civil también es de origen germánico ya que sigue respondiendo a las características de la «pars reservata» (91).

La legítima como «pars valoris» existe cuando la ley concede al legitimario un simple derecho de crédito puramente personal a pagar en dinero por una cuantía que se determine según la participación en el valor del caudal (92).

Para Roca Sastre (93) la legítima es «pars valoris bonorum». En este caso no sólo confiere derecho a una parte del valor de la herencia, sino que además recae como afección real sobre cada uno de los bienes que la componen. Atribuye en principio a los legitimarios una titularidad sobre una parte del valor en cambio del patrimonio hereditario líquido.

Esta consideración de la legítima como parte del valor de la herencia no es un simple derecho de crédito sino que afecta como un gravamen real a todos y a cada uno de los bienes que la componen. En dicha teoría pueden apreciarse dos variantes: a) así el importe de la legítima, fijado en dinero en el momento de la

---

(90) Han negado este carácter de «pars hereditatis»: DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima*. Op. cit., página 744. Esta misma naturaleza ha sido negada por el derecho catalán vigente; Vid.: ROCA DE LAQUE, M.<sup>a</sup> E.: *Configuración jurídica de la legítima en el Derecho Catalán*. «Revista Jurídica de Cataluña», año 1971, págs. 38 y ss. y LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Derecho de Sucesiones*. Vol. II, op. cit., págs. 20 y ss.

(91) Vid.: GARCÍA-VALDECASAS, G.: *La legítima como cuota hereditaria y como valor*. «Revista de Derecho Privado», año 1963, págs. 960 y ss., identificando la cuota hereditaria como «pars hereditatis» y la cuota legítima es «pars bonorum», aquélla como fiel reflejo de una concepción arraigada en los pueblos germánicos, y ésta, respondiendo al concepto que, de ella se formó en el Derecho romano postclásico, si bien la polémica sobre la naturaleza jurídica de la legítima se centra en la cuestión de si el Derecho a la legítima presupone la condición de heredero en el legitimario o si por el contrario no es necesario ostentar esta cualidad para tener tal derecho, inclinándose por la solución de que el legitimario es siempre por una vía u otra, heredero.

(92) Esta es la naturaleza de la legítima en el Derecho alemán que recoge el parágrafo 2.303 B. G. B. Vid.: KIPP, T.: *Derecho de Sucesiones*. Traducción de la 11 ed. de H. COING, Vol I, anotado por ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> ed. al cuidado de BADOSA COLL, F. y PUIG FERRIOL, LL. Barcelona, 1976, pág. 76 y ss. Ibid.: DE LOS MOZOS, J. L.: *La sucesión en las explotaciones agrarias*. «Estudios Monográficos» 3. Ministerio de Agricultura. Madrid, 1976, pág. 282, donde recoge las diversas medidas adoptadas por los ordenamientos en orden a mantener el principio del «heredero único» en el derecho sucesorio agrario.

(93) ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup>: *La naturaleza jurídica de la legítima*. Op. cit., páginas 202 y ss.

muerte del causante, puede tener una garantía real equivalente a una hipoteca tácita y con esta naturaleza es recogida en el artículo 122 de la Compilación de Derecho civil catalán (94); b) pero puede también considerarse que el importe de la legítima equivale a una cuota del valor de los bienes de la herencia (95).

Por último, la legítima tiene la categoría de «pars bonorum». De acuerdo con esta calificación, el legitimario es «cotitular de los bienes del activo hereditario». La proporción que representa su cuota en los bienes de la herencia está previamente fijada, pero estos bienes sólo serán los que resten después de la liquidación del pasivo que dejó el causante. Este puede haber concretado los bienes que corresponderán al legitimario en pago de su derecho, pero si no lo ha hecho, éstos se conocerán en el momento de la partición.

El Código civil en el artículo 806 parece recoger, dice Vallet (96), el contenido objetivo de la legítima como «pars bonorum» al decir que la «legítima es la porción de bienes»... a su vez tiene apoyo esta tesis en el derecho real castellano y en el derecho común y además esto permite el que se puedan señalar bienes concretos con que satisfacer a la legítima (97).

Ahora bien, ¿cambia la naturaleza de la legítima cuando se autoriza su pago en dinero?

Junto a los supuestos previstos en los artículos 839 y 840 del Código civil que en relación con la legítima del cónyuge viudo y de los hijos naturales autorizan su pago en metálico, existen en el Código civil una serie de supuestos en los cuales la legítima de los descendientes legítimos puede ser satisfecha en dinero, así artículos 821, 829 y 1.056 núm. 2 autorizando en este último caso de que no habiendo más bienes en la herencia para satisfacer la legítima de los demás legitimarios permite al asignatario de la explotación pagarlo con metálico extrahereditario (98); y por último se suele

(94) Vid.: ROCA DE LAQUE, M.<sup>a</sup> E.: *Configuración jurídica de la legítima en el Derecho Catalán*. Op. cit., págs. 40 y ss. Ibid.: VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Contenido cualitativo de la legítima en Cataluña, antes y después de la Compilación*. «Revista Jurídica de Cataluña», año 1971, pág. 564 y ss. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1962 sobre la naturaleza jurídica de la legítima catalana y la de 27 de mayo 1967 en PUIG FERRIOL, LL.: *El Derecho civil catalán en la Jurisprudencia*. Tomo V. Cátedra de «Durán y Bas». Barcelona, 1970, págs. 241 y 261 y ss. y R.R.S.S. 2 de julio 1974. en Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado, año 1974, pág. 204.

(95) En este caso se considera a la legítima como «pars valoris bonorum quia in specie heres solvere debet».

(96) Vid.: VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer*. Tomo I, op. cit., pág. 260 y ss.

(97) Vid.: PORPETA CLÉRIGO, F.: *Naturaleza jurídica de la legítima*. Op. cit., págs. 177 y 183; DE LA CÁMARA, M.: *Estudios sobre el pago en metálico de la legítima*. Op. cit., págs. 776 y ss., y PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo V, 2.<sup>a</sup> ed. Vol. III, op. cit., págs. 10 y ss.

(98) Vid.: VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer*. I. Op. cit., pág. 240; Ibid.: FUENMAYOR CHAMPÍN A. de: *Intangibilidad de la legítima*. Op. cit., págs. 46 y ss.

señalar como ese pago de la legítima en metálico que en esos preceptos se mencionan tiene su origen en la voluntad del testador que asigna la explotación, mejora u ordena un legado que exceden de la porción de la cual puede disponer el causante a favor del asignatario, mejorado o legatario (99).

Sin embargo, nos encontramos ante una satisfacción de la legítima que si bien tiene de común con las precedentes el que puede como ellas pagarse en metálico, se asemeja con las primeras en cuanto a su origen ya que dicha facultad, igual que a éstas, les proviene de la ley y con las segundas en que se satisfarán en metálico siempre que no haya otros bienes en el caudal relicto bastantes para su pago.

Para este supuesto el artículo 35 núm. 4 LRDA de pago en metálico que contemplamos creo que no se puede sostener el que la legítima tenga la naturaleza de «pars bonorum» porque en ella no se dan las dos notas que caracterizan a ésta: 1.<sup>a</sup> Porque la legítima del legitimario no adjudicatario no es «porción de bienes», sino que el legitimario es titular de una parte del valor de la explotación agrícola familiar como herencia del causante. 2.<sup>a</sup> Que los derechos que competen a los demás legitimarios no adjudicatarios están garantizados por medio de una garantía real expresa de afección de los bienes al pago de las cantidades que deban ser abonadas y por tanto no están garantizados por la reserva de «pars bonorum» (100).

Ahora bien, partiendo de estas dos notas características es preciso llegar a fijar cuál es la naturaleza de esta legítima atribuida en dinero (101).

### 3. La legítima de los no adjudicatarios.

El sistema que adopta la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario en cuanto a la legítima de los legitimarios no adjudicatarios es la de considerarla con carácter general «como un derecho sobre un valor pecuniario» en cuanto autoriza a que la legítima sea abonada en dinero salvo que hubiera otros bienes en el caudal relicto bastantes para su pago y además, la existencia de una afección de los

---

(99) Así como los artículos 829 y 1.056, p. 2, sólo se aplica a favor de los descendientes, en cambio la norma del artículo 821 es aplicable a cualquier legítima y a cualquier legatario, puesto que su presupuesto es puramente objetivo: a) inmueble que no admita cómoda división; b) o que la reducción del legado no absorba la mitad del valor de aquél. Sobre el origen de este último precepto, Vid.: GANGI, C.: *I legati nel Diritto civile Italiano*. Parte Generale. Vol. II. Padova, 1932, pág. 322, ya que el contenido del mismo procede del artículo 826 del Código civil Italiano de 1865.

(100) Vid.: DE LA CÁMARA, M.: *Estudios sobre el pago con metálico de la legítima*. Op. cit., págs. 871 y ss.

(101) Sobre el pago de la legítima en metálico en el Derecho histórico castellano, Vid.: VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Cautelas de opción compensatoria de la legítima*, en «Estudios Jurídicos». Centenario de la ley del Notariado, sección 3.<sup>a</sup>, vol. I. Madrid, 1964, págs. 439 y ss.

bienes hereditarios —que en este caso coinciden con los que forman la explotación— como garantía del total cumplimiento del derecho legitimario.

Ello responde al principio de atribución íntegra a un solo legitimario de la explotación familiar por las razones políticas y sociales ya señaladas (102) y al mismo tiempo el causante cumple con su deber legitimario destinando un valor económico en satisfacción del mismo, el cual sin embargo, está limitado en su cuantía, pues su extensión será la correspondiente a la legítima estricta. Con ello nos acercamos a configurar este derecho legitimario del no adjudicatario como una «pars valoris bonorum» (103) y a esta conclusión llega Vallet (104) aun cuando dice que es una «pars valoris» en consideración al contenido que los legitimarios tienen derecho, sin embargo su satisfacción está garantizada por la reserva de la «pars bonorum».

Nos encontramos ante una norma de derecho sucesorio agrario cuyos antecedentes más inmediatos pueden encontrarse en el derecho sucesorio foral y así concretamente en los artículos 122 y 140 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña (105) que considera a la legítima como «valor patrimonial» y a los bienes de la herencia afectados al pago de la legítima (106).

Pero además se establece la reducción de la legítima cuando el causante no tuviere otros bienes con qué pagar las legítimas ordinarias, al tercio de la legítima estricta siempre que el adjudicatario sea un legitimario.

¿Qué se pretende con dicha norma? ¿Con arreglo a qué valor ha de fijarse dicho quantum?

Aquí no nos señala, a diferencia de lo que hace el artículo 42

(102) Frente a estas razones está «el interés de familia» a que alude el artículo 1.056, párrafo 2.º, del Código civil y que es la base para justificar la atribución unitaria de la explotación agrícola. Vid.: ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*. Vol. V. Derecho de Sucesiones. 5.ª ed. Madrid, 1978, págs. 150 y ss., donde pone de manifiesto el juego de este interés familiar en relación con la consagración que del mismo hace la reforma operada en el Código civil por Ley de 2 de mayo de 1975. Vid.: JORDANO BARRERA, J. B.: *Dictamen sobre abuso de la facultad prevista en el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código civil y otras cuestiones*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, año 1964, págs. 941 y ss.

(103) Vid.: ROCA SASTRE, R. M.ª.: *Naturaleza jurídica de la legítima*. Op. cit., pág. 202. Ibid.: LUNA SERRANO, A.: *La transmisión mortis causa de las fincas rústicas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización*. Op. cit., pág. 529.

(104) Vid.: VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer*. Tomo I. Op. cit., pág. 268.

(105) Vid.: FAUS Y CONDOMINES, R.: *Compilación del Derecho civil de Cataluña*. Ed. Bosch. Barcelona, 1960, pág. 177 y ss.

(106) Vid.: LÓPEZ JACOSTE, J. J.: *El derecho foral como derecho agrario*. «Estudios de Derecho público y privado en honor del profesor. I. Serrano y Serrano». Vol. I. Valladolid, 1965, pág. 497, en donde ya indicaba la posibilidad de acoger principios incluidos en los derechos forales para establecer reglamentaciones de Derecho privado en materia de explotaciones agrarias.

de LRDA que el patrimonio quedará afecto a su pago hasta un límite máximo equivalente al tercio de su valor entendiéndose reducidas las porciones legitimarias en la cantidad precisa, sino que señala un límite en su cuantía y sólo para el caso de que no haya otros bienes en la herencia. Sin embargo cuando estos bienes existan y deban aplicarse las normas del Código civil para los legitimarios no adjudicatarios de dicha sucesión nos surge la cuestión de que debemos entender por su legítima, la corta o estricta o la larga; si nos apoyamos en el contenido del artículo 808 del Código civil siempre que identifiquemos a los legitimarios del artículo 35 núm. 4 LRDA con los hijos y descendientes legítimos, por legítima se entenderá la larga; pero también puede sostenerse lo contrario, es decir que aun en ese caso la legítima de los legitimarios no adjudicatarios será la legítima estricta o corta apoyándonos sobre todo por una parte en la propia finalidad de esta legislación sucesoria agraria y por otra en el propio artículo 35 núm. 4 al decir que si «el adjudicatario fuera un legitimario tal obligación se limitará a la parte que a éstos corresponda en el tercio de legítima estricta, salvo que hubiere otros bienes bastantes en el caudal relicto para su pago, o que con arreglo a la legislación civil aplicable, la legítima fuera de cuantía inferior», de lo cual se puede sostener que el texto se está refiriendo en ambos supuestos a la legítima estricta del no adjudicatario, si bien lo que cambia es la forma de ser esta satisfecha: exceso en dinero, o si hay otros bienes bastantes en el caudal relicto, con éstos debe ser pagada.

La primera consecuencia que se deduce de esta fijación de la cuantía de la legítima del no adjudicatario es que se beneficia por obra de la ley al legitimario adjudicatario con la extensión de su legítima, estableciéndose a su favor, como dice el profesor De los Mozos (107) una atribución legal de mejora. ¿Qué especialidades presenta la misma? Según el artículo 808 del Código civil nos dice que «constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre». Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos y esto mismo vuelve a repetir el artículo 823 del Código civil con la diferencia de que mientras en el primero se distingue entre el tercio de mejora de su aplicación «como mejora» cosa que, sin embargo no se hace en el segundo, pues sólo alude «a que esta porción se llama mejora». La mejora

(107) Vid.: DE LOS MOZOS, J. L.: *Hacia un Derecho Sucesorio agrario*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Op cit., pág. 548, e igualmente en *La sucesión en las explotaciones agrarias*. Op cit., págs. 293 y ss. Ibid.: SAPENA, J.: *En torno a la Ley del Patrimonio Familiar*. «Revista de Derecho Privado», año 1953, págs. 723 y ss. Por el contrario, LUNA SERRANO, A.: *Régimen de tierras en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*. La sucesión «mortis causa» del concesionario de tierras de reforma agraria, en «Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Estudios Monográficos», núm. 3, Madrid, 1976, pág. 146, dice que el legislador ha determinado respecto de la explotación del empresario de «cuius» una especie de reserva legal.

en el sistema sucesorio propio del Derecho común sirve a la finalidad de conservar las explotaciones agrícolas en el seno de la familia, de suerte que así se asegure su estabilidad. La especial aplicación de la mejora a este supuesto de conservación de la explotación agrícola familiar radica en que igual que el sistema sucesorio previsto en el artículo 35 de LRDA en cuanto a la transmisión «mortis causa» de la explotación, la idea de mejora presupone en el fondo un acto de naturaleza electiva por virtud del cual el causante elige entre sus legitimarios el que considera más apto para la continuación de la explotación.

¿Cómo se lleva a cabo esta elección o concreción del designado? La materialización de la «mejora» en cuanto concreción de la alteración de la igualdad patrimonial de los legitimarios, puede ser hecha de un modo genérico, mediante la indicación de la cuota que en modo exclusivo ha sido establecida con este carácter en favor de alguno de los legitimarios y entonces se tiene una mejora de cuota (108) o con especificación de una cosa individualizada, en cuyo supuesto la mejora se produce en cosa determinada; a ella se refiere el artículo 829 del Código al decir que «la mejora podrá» señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados».

¿Cómo lograr una similitud entre la mejora en cosa determinada y el pago por el adjudicatario de la legítima de los demás legitimarios en dinero del artículo 35 núm. 4 LRDA?

Son muy ilustrativas las palabras que a este respecto escribe el profesor López Jacoiste (109): «La mejora en cosa cierta goza de este favor legal y encierra la virtualidad de asegurar al mejorado la percepción de la cosa señalada a su favor. Su eficacia jurídica es suficiente no sólo para alterar la homogeneidad cualitativa de los lotes correspondientes a los demás interesados en la sucesión, sino incluso para privar a los legitimarios de la sustancia hereditaria».

Así pues, del régimen jurídico de la mejora en cosa determinada se pueden obtener dos conclusiones: 1.ª que la misma supone una excepción al principio del artículo 1.062 del Código civil ya que no se respeta la igualdad «in natura» de los lotes hereditarios. 2.ª Origina una desigualdad en las atribuciones hereditarias, todo lo cual se da en el supuesto del artículo 35 LRDA.

Castán (110) señala que hay mejora legalmente presunta, si a la

---

(108) GONZÁLEZ PALOMINO, J.: *Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio*. «La mejora». Vol. 2.º. Pamplona, 1964, págs. 282 y ss., y LÓPEZ JACOISTE, J. J.: *La mejora de cosa determinada*. Op. cit., pág. 23. Dicho autor diferencia entre: tercio de mejora, mejora y cosa mejorada.

(109) Vid.: LÓPEZ JACOISTE, J. J.: *La mejora en cosa determinada*. Op. cit., págs. 258 y ss.

(110) Vid.: *Derecho civil español, común y foral*. Tomo VI. Derecho de Sucesiones. Vol. 2.º, 8.ª edic. revisada y puesta al día por BATISTA MONTERO

adjudicación no se le da la expresión ni de legado ni de mejora sino de mera asignación y según esto podemos pensar que sí, efectivamente se da una mejora a favor del asignatario de la explotación agrícola familiar. ¿Cómo aparece la misma?

Según el artículo 808 del Código civil el «as hereditario» se compone de tres partes; dos terceras partes constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos; de una parte de esas dos que forman la legítima puede el causante disponer de ella para aplicarla como mejora a los hijos o descendientes legítimos; la tercera parte restante será de libre disposición (111).

Pero si aquí la asignación se hace en base al segundo de dichos tercios es necesario señalar cómo se han de justificar los derechos de los demás legitimarios no adjudicatarios.

Partimos del principio de que esa atribución «in natura» a favor del elegido debe mantenerse por constituir la misma un principio sucesorio consagrado en dicho artículo 35 LRDA y base para la conservación «mortis causa» de la explotación agrícola familiar; por ello se pueden deducir estas dos cuestiones íntimamente ligadas entre sí: 1.<sup>a</sup> Cómo se satisfacen los derechos de los demás legitimarios. 2.<sup>a</sup> Cómo entiende satisfecho sus propios derechos de legitimario el adjudicatario.

Ante ellas podemos contestar que si la atribución de la explotación debe mantenerse, se impone una reducción del exceso del valor de la cosa atribuida por entero a dicho legitimario, en relación con la porción cuantitativa disponible a su favor, y la misma tiene lugar mediante el abono en metálico de sus derechos a los demás interesados; y a ello alude el artículo 829 «in fine» del Código civil, cuando dice que «deberá éste abonar la diferencia a los demás interesados, abono que no hay duda tiene naturaleza particional ya que el mismo tendrá lugar a continuación de fijar el valor de la explotación agrícola familiar así adjudicada y en el caso de que en la herencia sólo exista el bien ya adjudicado, la legítima de los demás legitimarios deberá ser abonada en dinero y después de fijar el límite cuantitativo de la atribución, la cuantía de la legítima se corresponderá con la llamada legítima corta o estricta (112).

---

RÍOS, J. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.<sup>a</sup> y VALLET DE GOYTISOLO, J. Madrid, 1979, página 570; el artículo 84 de la Compilación de Derecho civil especial de Galicia establece que la adjudicación a un sólo hijo o descendiente de un lugar o explotación agrícola es mejora legalmente presunta si a la adjudicación no se le da la expresión de legado, ni de mejora, sino de mera asignación.

(111) Vid.: Artículo 763 del Código civil.

(112) Vid.: LÓPEZ JACOISTE, J. J.: *La mejora en cosa determinada*. Op. cit., página 123 y ss., lo relativo a la posibilidad de imputar el exceso al tercio libre.



#### 4. Determinación de la legítima.

El artículo 35 núm. 4 «in fine» de LRDA nos dice que «la determinación de la legítima se hará computando en la masa hereditaria como valor de la explotación el que resulte de su tasación a este efecto por el Instituto, el cual al realizarla deducirá el importe de las subvenciones que haya otorgado.

De acuerdo con ello, la legítima de los legitimarios se establecerá después de haber realizado el cómputo de la masa hereditaria.

¿Qué debemos entender por computar a efectos de la legítima? Según Roca Sastre (113) la computación consiste «en una toma a cuenta o agregación contable a la herencia neta del importe de todas las donaciones otorgadas en vida del causante, con el doble fin de calcular sobre la suma resultante el «quantum» legitimario global, y la reducción en la cuantía necesaria si son inoficiosas».

La exigencia de la computación como operación contable antes de la fijación de la legítima está íntimamente unida con el carácter que tiene en nuestro Derecho el sistema legitimario llamado de reglamentación negativa o de freno a la libertad de disponer del causante por testamento o donación (114).

En este sistema la legítima tiene dos aspectos: uno contable, la legítima es una cifra de valor que señala el mínimo que por cualquier título debe recibir el legitimario, artículo 815 del Código civil, y en este sentido la computación legitimaria es una manifestación del principio de intangibilidad de la legítima (115); y otro aspecto normativo, que se concreta en una norma protectora, mediante la cual el legitimario puede reclamar el complemento de su porción legítima por la «actio ad supplendam legitiman».

Ahora bien esta manifestación protectora que la computación tiene se pone de manifiesto por el hecho de que en el sistema del Código civil la existencia de los legitimarios no priva de las facultades de libre disposición del causante por actos «inter vivos».

Sin embargo, este principio de libertad de disposición que toda persona tiene sobre su patrimonio al ponerle en relación con el carácter de derecho necesario que tienen las legítimas, tiene que tener ciertos límites, pues si no serviría para nada la declaración del artículo 813, 1.º del Código civil al decir que «el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los

(113) Vid.: Anotaciones a *Derecho de Sucesiones*, de T. KIPP, de la 11 edición. Revisada de H. COING. Vol. I, 2.ª edic., pág. 102. Ibid.: VALLET DE GOYTISOLO, J.: *La mejora tácita*. Op. cit., pág. 102: la computación se diferencia de la colación.

(114) Vid.: VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Estudios sobre donaciones*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1978, págs. 495 y ss. Ibid.: PUG FERRIOL, LL.: *Cómputo de la legítima*. «Revista Jurídica de Cataluña», 1971, págs. 476 y ss.

(115) Vid.: FUENMAYOR, A. de: *Intangibilidad de la legítima*. Op. cit., páginas 46 y ss.

casos determinados por la ley», si resulta que después a través de las donaciones hechas en vida por el causante, su patrimonio hubiera quedado reducido a cero; y para evitar esto y como garantía de las expectativas legitimarias, condiciona el «quamtum» legítimo a la computación de todas las donaciones que han sido hechas a legitimarios o a no legitimarios ya que todas las donaciones según el artículo 654 son agregables a efectos de calcular la legítima, pues nuestro Código civil sigue el sistema de las legislaciones modernas que computan todas las donaciones para calcular las legítimas. Por ello la computación consiste, según Vallet (116), en la adición puramente ideal y contable al patrimonio relicto de todas las donaciones verificadas por el causante; en suma, es una operación de agregar ficticiamente «donatum» y «relictum». El resultado dividido por tres da lugar al «quantum» de la legítima colectiva si bien esta operación debe ser completada con la llamada imputación que es una operación inversa a la computación. Mediante ella, las donaciones y legados se colocan a cuenta del tercio o tercios correspondientes para comprobar si son o no inoficiosos; de resultar inoficiosos alguna o varias de las liberalidades imputadas, puede dar lugar a operaciones materiales de abono de diferencias en metálico. Así, v. gr., artículo 829 Código civil.

Ahora bien, ¿es este el significado que quiere dar al término de «se hará computando en la masa hereditaria» el núm. 4 del artículo 35 de LRDA? En principio parece que no, ya que según el significado propio del término computación, ésta ha de hacerse en relación con las donaciones por ser ellas —dada su naturaleza de acto «inter vivos» a título gratuito— el medio por virtud del cual el causante puede reducir a cero su patrimonio con perjuicio para los legitimarios y además porque en el caso de que hubiera habido donaciones también tendrían que computar como «donatum» con el «relictum»; sino que aquí se utiliza dicho término en el sentido de que lo que se tendrá en cuenta para fijar las legítimas de los demás legitimarios es el valor de la explotación familiar previamente fijado por el Instituto para estos efectos.

Establecido esto vamos a poner de manifiesto los diversos supuestos que pueden presentarse a efectos de la computación.

Puede suceder que no haya más bienes en la herencia que la explotación agrícola familiar, formada únicamente por los bienes adjudicados por el IRYDA. Entonces se procederá a su valoración teniendo en cuenta el momento señalado en el artículo 818 del Código civil cuyo valor según lo dispuesto en el núm. 4, artículo 35 LRDA es a efectos de tasación el que determine el IRYDA deducidas las subvenciones que éste le haya otorgado a su titular. Puede darse el caso de que la explotación agrícola familiar adjudicada esté constituida por los bienes concedidos por el Instituto más otros bienes propios del titular, pero que en el momento de la cons-

---

(116) Vid.: VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *La mejora tácita*. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición. Op. cit., págs. 102 y ss.

titudin de la explotación familiar quedaron afectados formando parte de la misma (117); ¿estos bienes pueden ser aquellos a que hace referencia el artículo 35 núm. 4 LRDA como otros bienes en el caudal relicto bastantes para su pago?

Para que la solución fuera afirmativa sería preciso que precediese a la computación la desafectación de dichos bienes de la explotación agrícola familiar de la cual formaban parte; a dicha solución parece ser que no se opone la normativa legal en cuanto que el artículo 28 que establece el régimen jurídico de la tierra y de las explotaciones familiares constituidas por el Instituto prevé en el número 1 que se podrá con autorización del Instituto, que sólo se concederá mediante causa justificada: a) desafectar todos o algunos de los elementos inmobiliarios que integran una explotación familiar completada por el Instituto regulándose la forma de la misma en el número 3 del mencionado precepto. Además porque en esta fase de propiedad de la explotación se cuenta con la ventaja de que al haberse ya otorgado la escritura pública —art. 34 núm. 1— en ella se habrán detallado los bienes que fueron adjudicados por el Instituto y los bienes aportados por el titular para completar la explotación, sacando aquellos de este régimen jurídico (118).

El efecto inmediato de adoptar esta solución, es que la parte desafectada se abonará en concepto de legítima a los demás legitimarios, la cual se entenderá de acuerdo con la cuantía de los mismos. Además esto beneficiaría al adjudicatario de la explotación, pues en este caso concreto sólo tendría la obligación de abonar el exceso en dinero, librándole así de un posible endeudamiento.

Frente a esto se podría señalar que expresamente la ley no regula esta posible desafectación en el caso de la explotación agrícola familiar como se hace en el artículo 39 núm. 1 y artículo 42 núm. 2 de LRDA para el caso de patrimonio familiar; que además dado el concepto que de la misma nos da el artículo 25 núm. 1 no sería fácil que la explotación agrícola pudiera subsistir de la forma en él designada después de la desafectación; y que si dada la característica de la misma, ésta pudiera subsistir después de la desafectación quizá fuera más conveniente que se declarase divisible a efectos de que un nuevo legitimario adquiriese también la condición de adjudicatario.

¿Qué naturaleza tiene la declaración de que se hará computando como valor de la Explotación el que resulte de su tasación a este efecto por el Instituto?

La cuestión se cifra en determinar si se trata de una norma de

(117) Vid. artículo 21, 1.º a) y artículo 25, núm. 2 de LRDA.

(118) Vid.: LUNA SERRANO, A.: *La transmisión «mortis causa» de las fincas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización*. Op. cit., págs. 531 v ss., se pronuncia en este sentido; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M.: *La conservación de las unidades agrarias en la nueva Ley de Reforma y Desarrollo agrario*. «Estudios monográficos», núm. 3. Op. cit., pág. 113, sostiene que la unidad de destino de toda la Explotación Familiar es mayor porque se mantiene incluso en la sucesión del titular.

carácter necesario o por el contrario supletorio para el caso de que no exista otra valoración. El afirmar lo primero, no ofrece duda si nos atenemos al sentido literal de la expresión y uno de esos criterios que podrían ser utilizados es el señalado en el artículo 34 núm. 2 de la LRDA, pero tampoco hay oposición para sostener lo contrario sobre todo en el caso de que sea el propio testador el que haya elegido al sucesor en la explotación el que valorara a ésta, así estaríamos ante un supuesto de partición por el propio testador del artículo 1.056 párrafo 1.º con valoración por el mismo del bien adjudicado y por dicha partición habrán de pasar los demás legitimarios en cuanto no perjudique a la legítima de los demás herederos forzosos (119) y una forma en que no se perjudique esta legítima es señalando el propio titular de la explotación el valor de la misma en cuanto perfecto conocedor de ello y de sus posibilidades dada su condición de cultivador directo y personal. Pero al mismo tiempo se puede beneficiar con dicha valoración al propio adjudicatario sin tener en cuenta los derechos de los demás legitimarios (120). Ahora bien, en todo caso hay que tener en cuenta a efectos de valoración que al establecerse un usufructo viudal legal sobre toda la explotación si el cónyuge fuera cultivador directo (121), según el artículo 35 núm. 2 no se tendrá dicha explotación desde el mismo momento de la apertura de la sucesión como disfrutadas por el adjudicatario (122).

## V. LAS GARANTIAS DE LOS LEGITIMARIOS

En nuestro Derecho civil el tema de las garantías de los legitimarios apenas está estudiado, únicamente al regular la legítima del cónyuge viudo en el apartado 2.º del artículo 839 dice: «Mientras esto no se realice estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte del usufructo que corresponda al cónyuge» (123),

(119) Vid.: Artículo 1.075, donde se establece la misma protección a la legítima de los herederos forzosos, y DE LOS MOZOS, J. L.: *La partición de herencia hecha por el mismo testador*. Op. cit., pág. 232.

(120) Si es el Instituto el que a tenor del artículo 35, núm. 4, tase el valor de la explotación, y de ello resulta una valoración que no concuerda con el valor real de la explotación los legitimarios no adjudicatarios podrán pedir la revisión de la misma disponiendo de un Recurso de Alzada previo al Contencioso-Administrativo, pues con dicha valoración su legítima se ha visto afectada.

(121) Durante el régimen de concesión administrativa por el artículo 32, 1.º, se concede al cónyuge viudo la concesión de la explotación familiar agrícola a la muerte del adjudicatario.

(122) Vid.: LACRUZ BERDEJO, J. L.: *La aportación de los derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural*. Op. cit., págs. 563 y ss.; y LÓPEZ JA-COISTE, J. J.: *El Derecho foral como Derecho Agrario*. Op. cit., págs. 497 y ss.

(123) Vid.: MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: *Commutación del usufructo viudal común* (Análisis del artículo 838 del Código civil). «Revista de Derecho Notarial», núm. 15, 1957, pág. 294 y ss.; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, año 1964, página 618.

y esta garantía persiste hasta que los herederos hayan satisfecho al cónyuge viudo su derecho, de acuerdo con las normas señaladas en el párrafo 1.º del artículo 839 del Código civil entre los cuales se encuentra, «la asignación de un capital en efectivo» o lo que es igual el pago de la legítima en dinero.

Con una declaración semejante el artículo 35, núm. 5, LRDA (124) establece que «los bienes quedarán afectos al pago de las cantidades que deban ser abonadas en compensación del exceso por el adjudicatario, y si en el documento particional no se acredita haber sido satisfecho, se hará constar la afección por nota marginal en el Registro de la Propiedad (125).

De ello se deduce que la afección de los bienes hereditarios sólo tendrá lugar en el caso de que el legitimario no haya sido satisfecho de su derecho en el momento de la partición (126). La razón de ello se encuentra en que uno de los derechos que asisten al legitimario (127) aun cuando su legítima deba ser pagada en dinero no hereditario es la de participar en la partición hereditaria y quedar pagado en ella, pues sólo mediante el pago se consumará totalmente la partición.

A la vista de esto cabe cuestionarnos lo siguiente:

1. ¿Qué consecuencias tendrá la partición hereditaria si se ha llevado a cabo con la omisión de un legitimario?

2. ¿Qué derechos tiene el legitimario no adjudicatario que ha consentido pero no ha quedado pagado en la partición?

En relación con lo primero la omisión de un legitimario, debe llevar consigo consecuencias parecidas a las que el artículo 1.080 del Código civil dispone al decir que la partición hecha con la preterición de alguno de los herederos no se rescindirán... pero tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda. En este caso la impugnación que el preterido puede hacer de la partición hecha sin su intervención podrá ser parada con el pago que le hagan de la legítima en metálico siempre y cuando el legitimario acepte la liquidación de la herencia.

Pero puede ocurrir que el legitimario haya concurrido a la partición con los demás legitimarios y bien no ha consentido a ella

(124) En cambio, en el caso de que se trate de la sucesión en un Patrimonio familiar, dice el artículo 42, núm. 4, de LRDA, que para garantizar el pago de la porción legítima que afecte al patrimonio se establece hipoteca legal cuya constitución podría ser exigida por el heredero o herederos forzosos a quienes no hubiere correspondido suceder a su causante en la titularidad del Patrimonio.

(125) Vid.: Artículo 140 Compilación de Cataluña, y ROCA DE LAQUE, E.: *Configuración jurídica de la legítima en el Derecho Catalán*. Op. cit., pág. 53

(126) Vid.: Artículos 85 y 88 del Reglamento Hipotecario.

(127) Vid.: DE LA CÁMARA, M.: *Estudios sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*. Op. cit., pág. 823, los otros dos derechos son: a que la partición no se realice sin su consentimiento y a quedar pagados en ella.

porque su legítima no era abonada en ese momento o bien ha consentido la partición aun cuando su legítima estricta no ha sido satisfecha sino aplazada hasta otro momento posterior.

En el primer supuesto no hay partición eficaz —desde el momento en que el legitimario puede impugnarla— hasta tanto no le haya sido pagada la legítima; en el segundo sí hay partición eficaz, pues el legitimario ha consentido en ella, artículo 1.058 Código civil y ya no puede por ello impugnar la partición aun cuando su legítima tenga que ser pagada a través de un acto posterior.

En principio parece que la garantía que establece el artículo 35, núm. 5 LRDA es aplicable a todos aquellos supuestos en que la legítima estricta del legitimario no adjudicatario no le ha sido pagada; la razón radica en que puede ocurrir que sea el propio titular de la explotación el que haya hecho la partición, designando al mismo tiempo que al adjudicatario la concreción del importe dinerario con que deben ser satisfechas las demás legítimas; puede también suceder que el legitimario que no haya consentido a la partición no reúna ninguna de las condiciones exigidas por el artículo 35, núm. 3 y al ser la explotación el único bien de la herencia es lógico que ésta se haya adjudicado al legitimario cooperador y en este caso la legítima del no adjudicatario puede venir fijada teniendo en cuenta el valor que a tal efecto haya sido tasada la explotación por el Instituto; por ello creemos que la finalidad de la norma en cuanto a la garantía de los derechos de los legitimarios no adjudicatarios se proyecta en un doble sentido: pretende que al legitimario no adjudicatario le resulte pagada su legítima bien con dinero del propio adjudicatario cuando no hay ni otros bienes ni dinero en la herencia del causante o bien si hay metálico, con metálico hereditario y además que esto tenga lugar en el momento de la partición.

Esta doble proyección se puede justificar porque al tener que recibir la legítima aplazada supondría establecer la constitución de un gravamen sobre ella ya que si bien el artículo 35 núm. 5 no alude en qué momento ni en qué forma debe hacerse el pago, ello se obtiene por aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 813 Código civil «Tampoco podrá imponer sobre la legítima gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo» (128). Y que si se hubiere previsto un aplazamiento en el pago se hubiera prescrito expresamente como se deduce comparando esta disposición con el artículo 42, núm. 5 de LRDA, donde se admite la posibilidad

---

(128) Vid.: FOSAR BENLLOCH, E.: *La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código civil*. Op. cit., pág. 398; Ibid, VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo XI. Op. cit., pág. 353, pues ni siquiera el testador puede ordenar el pago aplazado o fraccionado de la legítima.

del pago aplazado de las legítimas o de porciones de ellas (129); y además porque el núm. 6 del artículo 35 arbitra un procedimiento exclusivamente para que el adjudicatario de la explotación pueda satisfacer el pago de la legítima estricta de los legitimarios no adjudicatarios cuando en la herencia no haya metálico, o él no cuente con ello para su pago (130).

Si el legitimario no adjudicatario no ha sido satisfecho de su legítima en el momento de la partición o lo ha sido sólo en parte, entonces tiene aplicación la garantía del artículo 35 núm. 5, en cuanto que al adjudicatario le autoriza la ley para abonar las legítimas en dinero (131). La Ley de Reforma y Desarrollo agrario empleando una terminología propia del Derecho público (132) alude a la expresión «afección» para indicarnos que los bienes quedan sujetos al pago de la legítima del no adjudicatario, pues desde el momento en que tenga acceso al Registro el título adquisitivo del legitimario adjudicatario, tal afección real obtiene así plena publicidad registral. Por ello es preciso determinar cómo se lleva a cabo dicha afección para después precisar cuál es su naturaleza.

### 1. *Expresión de la legítima en el Registro de la Propiedad.*

El adjudicatario podrá inscribir la titularidad de la explotación agrícola familiar presentando el documento particional; ello es posible por lo dispuesto en el artículo 14, párrafo 2.º Ley Hipotecaria, y de éste se debe deducir que la legítima del no adjudicatar-

(129) Así también en el Derecho Italiano la Ley Belisaria de 29 de mayo de 1967, en su artículo 7, establece que el crédito de los coherederos puede ser pagado en plazos durante un período de diez años.

(130) El artículo 35, núm. 6, LRDA, dispone: El Banco de Crédito agrícola, concederá créditos a los adjudicatarios para el pago de las cantidades a que se refieren los dos párrafos anteriores de acuerdo con las normas reglamentarias que al efecto se dicten. Vid.: VILLARES PICO, M.: *La reforma agraria y el crédito hipotecario*. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», año 1974, pág. 611 y ss.

(131) Creemos que será de aplicación como norma supletoria de lo dispuesto en este artículo 35, núm. 5 LRDA, el artículo 15 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento en cuanto que regula los supuestos de legitimarios de metálico por estar facultado el adjudicatario para ello; Vid.: ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho hipotecario*. Vol. III. Ed. Bosch. Barcelona, 1968, 6.ª edic., págs. 892 y ss.; por el contrario, SANZ, A.: *La Reforma de la Ley Hipotecaria*. «Revista de Derecho Privado», año 1943, pág. 6, nota 6 y ss., cree que este precepto sólo se aplica a los legitimarios del Derecho catalán.

(132) El Código civil español acepta la doctrina de la afectación para construir el concepto de dominio público, así artículo 339 Código civil; pero actualmente dicho término ha experimentado una difusión muy acusada con independencia de toda referencia al dominio público entrañando muchas veces estas alusiones auténticas vinculaciones de la propiedad, así v. gr. el artículo 36 LRDA dispone: «que los bienes inmuebles que integran el Patrimonio familiar quedan afectos a éste formando con él una unidad indivisible; pero también la afectación es la vinculación real y finalista de unos bienes, a esto se refiere el núm. 5 del artículo 35 LRDA. Vid. ARIÑO ORTIZ, G.: *La afectación de bienes al servicio público*. Ed. Escuela Nacional de Administración Pública. Alcalá de Henares, 1973, págs. 18 y 65.

rio solamente ha sido abonada en parte, o que no ha sido abonada por el adjudicatario (133).

¿Se establece igual garantía para ambos supuestos? El artículo 35 núm. 5 no distingue (134) sino que simplemente indica que los bienes quedarán afectos al pago de las cantidades que deban ser abonadas y que dicha afectación tendrá lugar por nota marginal.

De ello se puede llegar a la conclusión de que la legítima no pagada queda reflejada en el Registro de la Propiedad dentro de la misma inscripción de la explotación hecha a favor del adjudicatario como un elemento de la propia inscripción ya que la regla sexta del artículo 51 del Reglamento hipotecario dispone que «para dar a conocer la extensión del derecho inscrito se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente»... (135). Y simultáneamente en virtud de los mismos títulos se llevará a cabo la afectación de legítima concretándola en la propia explotación, lo cual se hará constar por medio de nota marginal al margen de la respectiva inscripción de los mismos bienes a favor del adjudicatario, según lo dispuesto en el artículo 87 párrafo 2.º del Reglamento hipotecario.

¿Qué efectos produce la expresión registral de la legítima? La finalidad de la norma núm. 5, artículo 35 es la de garantizar los derechos hereditarios de los legitimarios no adjudicatarios, por ello el principal efecto es el de servir de garantía para el cobro de la legítima de ahí que los bienes permanecen afectos al pago de la misma y con ello se evita el que los posibles terceros adquirentes de los bienes a título oneroso pudieran hacer irrisoria dicha garantía; a ello se refiere el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, párrafo 4.º y en especial el artículo 86 del Reglamento hipotecario ya que dicho precepto señala que «los derechos de los legitimarios no perjudicarán a terceros que adquieran a título oneroso, sino cuando tales derechos consten previamente por nota marginal no cancelada y en los términos resultantes de la misma (136).

(133) Vid.: ROCA SASTRE, R. M.ª: *Derecho Hipotecario*. Vol. III. pág. 893, el régimen que establece—artículo 15 Ley Hipotecaria—tiene aplicación cuando de la titulación sucesoria presentada resulta la existencia de las legítimas, pero deja de regular los casos en que esto no tenga lugar; y a ello se refiere el artículo 35, núm. 5, LRDA, cuando dice: «y si en el documento particional no se acreditara haber sido satisfechas»...

(134) Vid. PEREZ TORRENTE, J. A.: *El Suplemento de la legítima en la Compilación y en la Ley Hipotecaria*. «Revista Jurídica de Cataluña», 1972, página 52 y ss. y artículo 140 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña: el legitimario tiene acción real para reclamar la legítima; pero el suplemento de legítima sólo confiere al legitimario acción personal. Ibid.: O'CALLAGHAM MUÑOZ, X.: *Comentarios a la Sentencia de 18 de enero 1974: la acción de suplemento de legítima*. «Revista Jurídica de Cataluña», 1976, páginas 97 y ss.

(135) Vid.: *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de marzo 1952*, en ROCA SASTRE, R. M.ª, y MOLINA JUYOL, J.: *Jurisprudencia Registral*. Tomo IX, años 1951-1963. Ed. Bosch. Barcelona, 1967, pág. 113 y ss.

(136) Vid. ROCA SASTRE, R. M.ª: *La Reforma Hipotecaria y su repercusión*



## 2. Duración de la expresión registral.

Si nos atenemos a lo dispuesto en el núm. 5 del artículo 35 LRDA, la duración de la nota marginal es de cinco años, pues cuando trascurra dicha fecha la nota caducará.

La primera cuestión que nos suscita dicha declaración es la de si esta expresión registral presenta una excepción a la duración de las expresiones de concreción de la garantía o afección o si por el contrario dicha declaración es el resultado lógico del efecto de las expresiones legitimarias concretas en este caso en particular.

Según Roca Sastre (137) «las expresiones legitimarias concretas subsisten intactas durante los cinco primeros años a contar de su fecha igual que si fueran expresiones abstractas pero trascurrido dicho plazo hay que apreciar que si se trata de expresión registral legitimaria de concreción de garantía subsiste la expresión extendida en caso de concreción, pero caducan las expresiones registrales contenidas en el cuerpo de la inscripción relativas a los demás bienes hereditarios». Y en tal caso el legitimario no adjudicatario sólo podrá hacer efectivos sus derechos sobre los bienes afectos en la forma que disponga el correspondiente documento sucesorio o acto particional (138). De suerte que es a partir de los cinco años cuando para que queden liberados los otros bienes hereditarios distintos de los inmuebles concretos en garantía —cuando la nota marginal para garantizar, tiene su razón de ser— (139).

Sin embargo, esto no puede mantenerse a tenor de lo dispuesto por el núm. 5 del artículo 35 LRDA el cual nos dice que la nota marginal caduca a los cinco años de su fecha y con ella desaparece frente a terceros protegidos la garantía del legitimario y la titularidad de los bienes queda libre de tal afectación (140).

La razón de ello se puede encontrar en la propia naturaleza de estas notas marginales las cuales son calificadas por Cossío (141)

en el *Derecho Sucesorio*. «Estudios de Derecho Sucesorio». Barcelona, 1946, página 67, la ley habla de terceros adquirentes a título oneroso sin precisar la exigencia de la buena fe, la cual se sobreentiende en atención al artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

(137) Vid.: *Derecho Hipotecario*. Vol. III. Op. cit., pág. 900 y 909.

(138) Vid.: Artículo 87, párrafo 3.º del Reglamento Hipotecario, y VILLARES PICO, M.: *Repercusión de los artículos 15 y 98 de la Ley Hipotecaria sobre los artículos 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 71, 87, 88, 89 de la misma*. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», año 1972, pág. 817.

(139) Vid.: ROCA SASTRE, R. M.ª: *La reforma hipotecaria y su repercusión en el Derecho Sucesorio*. Op. cit., pág. 66.

(140) Porque la expresión registral en el cuerpo de la inscripción caduca—art. 15, a), párrafo 2.º, Ley Hipotecaria—y la afección que podía subsistir no lo hace ya que la concreción de la garantía por nota marginal caduca también porque así lo dispone el artículo 35, núm. 5, LRDA.

(141) Vid.: Cossío, A. de: *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Barcelona 1956, pág. 282; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil*. II. Op. cit., pág. 420. las denomina notas marginales de función equivalente en cuanto que por disposición de la ley recogen contenidos que personalmente habrían de revestir la figura de una inscripción, así, v. gr. artículo 87 del Reglamento Hipotecario.

como sucedáneas de la inscripción, pero por su carácter excepcional adoptan esta forma simplificada si bien a pesar de ello producen iguales efectos que el asiento principal; siguiendo esta doctrina podemos llegar a la conclusión de que si la expresión legitimaria de la inscripción caduca de derecho y será cancelada después de los cinco años de su fecha, igual fin tendrá la nota marginal (142).

Por ello la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario ha sometido al mismo plazo de duración que tienen los efectos de la mención legitimaria de la inscripción a la nota marginal de concreción en garantía de la explotación agrícola familiar.

La razón no puede ser otra que la garantía solidaria que la mención legitimaria produce, recae sobre los mismos bienes que el contenido de la nota marginal y ésta pierde su razón de ser después de transcurrir los cinco años, pues por medio de ella ya no se opera la concreción de la garantía sobre unos bienes determinados y los otros bienes de la herencia quedan libres, sino que la adjudicación al consistir solamente en la explotación agrícola familiar —bien inmueble a efectos de la inscripción art. 8 núm. 2 de la Ley Hipotecaria y 44 del Reglamento hipotecario— no tendría razón de ser que la garantía solidaria caducara y por el contrario permaneciera vigente la nota marginal afectando a los mismos bienes; por ello con muy buen criterio el núm. 5, artículo 35 LRDA la fija un plazo de caducidad: cinco años pasado el cual, la explotación agrícola quedará libre de toda garantía.

Ahora bien, ¿esta garantía frente a quién se establece?

Aplicando lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 15 de la Ley hipotecaria según el cual «las disposiciones de este artículo producirán efectos solamente respecto de los terceros protegidos por el artículo 34, no entre herederos y legitimarios, cuyas relaciones se regirán por las normas civiles aplicables a la herencia del causante». Por ello pasados esos cinco años frente al que adquiere la explotación agrícola familiar con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el legitimario no adjudicatario no podrá hacer valer su derecho, aun a pesar de que el legitimario mientras conserva la acción para reclamar su legítima puede dirigirse al adjudicatario para ser satisfecho en ella (143).

### 3. *Naturaleza de la afección.*

El tantas veces citado artículo 35, núm. 5 LRDA establece que «los bienes quedarán afectos al pago de las cantidades y se hará

(142) Vid.: Artículo 15 de la Ley Hipotecaria y artículo 87, párrafo 3, del Reglamento Hipotecario, y DE LA RICA MARITORENA, R.: *La nota marginal*. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», año 1973, págs. 1085 y ss.

(143) En el caso de que transcurridos los cinco años el legitimario adjudicatario no haya abonado la legítima a los demás legitimarios cabe la posibilidad de que para que éstos aseguren el pago de la misma una vez cancelada la nota marginal soliciten como medida cautelar del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil el nombramiento de un administrador.

constar la afección por nota marginal». La naturaleza de esta afección es difícil de precisar por la conjugación de dos conceptos que en la misma se expresan: el de afección y el de nota marginal.

En principio parece que el contenido de la afección procede del Derecho alemán y más concretamente de la denominada deuda territorial o Grundschuld la cual según Nussbaum puede ser definida como «gravamen establecido sobre un inmueble sujetándolo al pago de una determinada suma de dinero en favor de una persona» (144) esta deuda territorial considerada dentro de la órbita de los Derechos reales no guarda con el crédito relación alguna y a esta idea parece que se refiere este artículo 35, núm. 5 de LRDA (145).

Roca Sastre (146), por el contrario, dice que en el fondo se trataría de una especie de hipoteca constituida unilateralmente, pero inscrita por medio de nota marginal a favor de los legítimos respectivos. Sin embargo, esta afección no es una hipoteca en el sentido de Derecho real de garantía, ya que si se tratara de una hipoteca no sería suficiente para su existencia la nota marginal a que hace referencia el artículo 35, núm. 5 LRDA (147). No se trata tampoco de un Derecho real de nueva creación, pues con iguales fines de garantía es regulado también por el artículo 140 de la Compilación catalana e igualmente dicho término con idéntica finalidad es empleado en legislaciones no civiles, v. gr., leyes tributarias. Por el contrario, creo que puede ser considerado como un derecho real de garantía en cuanto que tiene las notas características de estos derechos, pues se dirige directamente a la cosa —explotación agrícola familiar— y es oponible «erga omnes», incluido el adjudicatario titular de la explotación; que no es de garantía al modo civil, esto es de realización del valor en garantía de un crédito, sino que durante los cinco años garantiza el pago de la legítima estricta por parte del adjudicatario, a favor del legítimo que no ha recibido la cantidad asignada por la ley (148).

(144) Vid.: *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán*. Trad. de la 2.<sup>a</sup> ed. alemana por W. ROCES, con una nota preliminar de R. ATARD. Madrid, 1929, página 63, el parágrafo 1.101 pone a disposición del comercio jurídico como una tercera forma de crédito hipotecario, la llamada deuda territorial.

(145) Vid.: Artículo 140 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña de 21 de julio de 1960. «Todos los bienes de la herencia están afectos al pago de la legítima».

(146) Vid.: *Derecho Hipotecario*. Tomo III. Op. cit., págs. 902 y ss.

(147) No es una hipoteca voluntaria, pues el artículo 145 Ley Hipotecaria, núm. 2, exige que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad ni tampoco una hipoteca legal, ya que a diferencia de lo dispuesto en el artículo 42, núm. 4 LRDA, que dice: «se establece hipoteca legal para garantizar el pago de la porción legitimaria», el artículo 35, núm. 5, no dice nada al respecto, y su calificación como tal no es posible por lo dispuesto en el artículo 158 Ley Hipotecaria, según el cual sólo serán hipotecas legales las admitidas expresamente por la ley.

(148) ARIÑO ORTIZ, G.: *La afección de bienes al servicio público*. Op. cit., páginas 64 y ss., califica a este Derecho real de afección, como Derecho real «in faciendo», pues la carga real que la afección entraña no consiste

## VI. OTROS BENEFICIOS DE LOS LEGITIMARIOS NO ADJUDICATARIOS

El número 3 del artículo 25 LRDA concede a los que fueren herederos forzosos afectados por la reducción de su legítima por la adjudicación a uno solo de ellos de la explotación agrícola familiar, un beneficio que no puede considerarse como Derecho perfecto ni siquiera expectativa de derecho, sino que simplemente puede representar un beneficio económico a su favor en cuanto que les sitúa en preferencia para ser nuevos titulares en las nuevas concesiones de las tierras adquiridas por el Instituto y destinadas para la formación o complemento de una explotación agrícola familiar, y a tal efecto se establece que: «Salvo preferencias especiales reconocidas por la Ley, las adjudicaciones se realizarán previo anuncio de sus condiciones, según el orden de procedencia, determinado por Decreto dictado a propuesta de los Ministros de Agricultura y Relaciones Sindicales. Tendrán preferencia los agricultores profesionales que residan habitualmente en la zona y entre ellos los cultivadores directos y personales, con prioridad los de las tierras adquiridas por el Instituto. Se procurará dar preferencia a los que fesen herederos forzosos afectados por la reducción de su legítima a que se refieren los artículos 35 y 42 LRDA» (149). La norma contempla una preferencia para poder ser nuevos titulares de otra explotación agrícola familiar, sin embargo, esta preferencia no vincula al Instituto, el cual en última instancia será el que decida en orden a su adjudicación o no, pues a tenor del precepto citado esta preferencia sólo será una realidad en el caso de que no concurren a la misma adjudicación otros agricultores cuyas tierras han sido adquiridas por el Instituto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 LRDA ya que según el núm. 1 del artículo 21, «las tierras adquiridas por el Instituto serán aplicadas por éste a los fines siguientes: Construir o completar explotaciones familiares» y además es necesario que estos legitimarios no adjudicatarios reúnan las condiciones del artículo 25, núm. 1 LRDA.

En el caso de que sean varios los herederos forzosos que han visto reducida su legítima se les aplicará como criterio de elección para determinar a quién de ellos corresponde ser nuevo adjudicatario, el de ser titular de familia numerosa y si hay más de uno que coinciden también en este requisito, a favor del que tenga mayor número de hijos.

---

solamente en un «non facere», ni en un «pati», sino precisamente en un «facere».

(149) Vid.: Artículo 16, núm. 7, de la Ley sobre Patrimonios Familiares de 16 de julio de 1952, y LUNA SERRANO, A.: *La transmisión «mortis causa» de las fincas rústicas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización*. Op. cit., pág. 539.

## VII. ASPECTOS FISCALES DE LA TRASMISION «MORTIS CAUSA» DE LA EXPLOTACION AGRICOLA FAMILIAR

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, a diferencia de lo que hace en la Disposición final derogatoria núm. 1 que deroga nominalmente una serie de leyes cuyos preceptos esenciales recoge esta ley de reforma y desarrollo agrario, por el contrario en el núm. 3 de la mencionada disposición final establece por virtud de una norma de remisión (150) «la vigencia de los preceptos de carácter tributario contenidos en las leyes a que se refieren los apartados anteriores de acuerdo con el alcance que resulte de la legislación fiscal vigente».

¿Qué régimen fiscal es el que se debe aplicar a esta transmisión? Hemos de acudir a la ley de 27 de julio de 1968 sobre Colonización Interior en cuya Exposición de Motivos nos dice que: «Con este fin existe un régimen especial para la transmisión por causa de muerte de los patrimonios familiares, y siguiendo este antecedente conviene extender la protección respecto de las unidades de colonización (151) que no queden sujetas a la ley 15 de julio 1952.

Por ello es preciso ya distinguir entre el régimen especial para la transmisión por causa de muerte de los patrimonios familiares del régimen especial de estas unidades de colonización que en la propia ley reciben la denominación de explotaciones. Sin embargo, tampoco aquí se determina el régimen fiscal a ellas aplicable por lo que hay que remitirnos a lo dispuesto en la Orden ministerial de 17 de diciembre de 1966 (152) que establece beneficios tributarios para el Patrimonio Familiar mobiliario y agrícola (153) regulando en el artículo 8 y siguientes de la Orden el impuesto general sobre las sucesiones, distinguiendo a estos efectos entre: Patrimonio familiar agrícola y Patrimonio familiar mobiliario, por ello si la sucesión en la explotación agrícola familiar reúne los requisitos exigidos por lo dispuesto en esta Orden ministerial creemos que el tratamiento fiscal ha de ser idéntico después de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 19, núm. 2 del Texto Refundido de la Ley sobre Impuestos generales sobre las sucesiones y transmisiones patrimoniales de 6 de abril de 1967 (154) el cual dispone que gozarán igualmente de exención los patrimonios familiares agríco-

(150) Vid.: CORRAL DUEÑAS, F.: *Régimen fiscal de la Agricultura*. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», año 1974, I, pág. 517.

(151) Los artículos 22, 23, 24 y 25 de la referida Ley de Colonización regula el régimen sucesorio de las explotaciones agrícolas, y los mismos constituyen el antecedente del artículo 35 LRDA.

(152) Es el Decreto-Ley de 3 de octubre de 1967 sobre Ordenación económica, el que reconoce por primera vez y a efectos fiscales el patrimonio familiar mobiliario. Vid.: *Repertorio Legislación Aranzadi*, 1966, núm. 1.795.

(153) Vid.: *Repertorio de Legislación Aranzadi*, año 1966, núm. 2.254.

(154) Vid. *Repertorio de Legislación Aranzadi*, año 1967, núm. 933.

las a que se refiere el artículo 15 del Decreto-ley de 3 de octubre de 1966.

Por último, hay que tener en cuenta lo dispuesto en la Circular de 9 de noviembre 1967 de la Dirección General de lo Contencioso para aplicar la exención del impuesto sobre Sucesiones al Patrimonio Familiar agrícola y mobiliario (155).

De acuerdo con esta normativa son presupuestos necesarios para aplicar la exención los siguientes:

1) Sujetos beneficiarios.—A tenor del artículo 8 de la Orden Ministerial tendrán la condición de beneficiarios únicamente el cónyuge y los descendientes legítimos del causante titular del Patrimonio familiar agrícola. Teniendo en cuenta los principios por los que se rige la sucesión de la explotación agrícola familiar —artículo 35 LRDA— esta exención alcanzará tanto al nuevo adjudicatario legítimo —art. 35 núm. 3 LRDA— como al cónyuge que siendo cultivador directo tenga el usufructo sobre la totalidad de la explotación ya que la Circular en su apartado III prevé esta posibilidad siempre y cuando el nuevo propietario reúna la calidad legal de beneficiario y el usufructo tenga por titular al cónyuge.

2) Bienes que la integran.—Con arreglo al artículo 9 de la Orden letra c) integran este patrimonio las fincas rústicas sitas en territorio nacional que hubiesen sido explotadas o cultivadas directa e ininterrumpidamente por el causante durante el período mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de su fallecimiento. De dicho precepto se deduce una serie de requisitos:

a) Fincas rústicas sitas en territorio nacional. En el caso concreto de la explotación agrícola familiar aunque el artículo 35, número 1 de LRDA diga tierras, viviendas y demás elementos de la explotación —la misma debe ser considerada como una unidad orgánica conforme al artículo 8, núm. 2 Ley Hipotecaria y artículo 44, núms. 3 y 5 Reglamento hipotecario en cuyo caso para que el valor de las viviendas no se incluya en el cómputo del haber hereditario del causante es preciso que figure debidamente especificada con entidad propia la referida casa labor (156).

b) Justificación del título de propiedad. Ha de demostrarse el título que justifique el dominio de la explotación agrícola a favor del causante, y además que dicho título liquidó en su día o estuvo exento (157) del impuesto correspondiente para con ello evitar el fraude fiscal en transmisiones anteriores. La exigencia de la justificación del título de dominio viene determinada por el artículo 9 a) de la Orden ministerial. Esta justificación no será difícil en cuanto

---

(155) Vid.: *Repertorio de Legislación Aranzadi*, año 1967, núm. 2.395.

(156) Vid.: *Circular de la Dirección de lo Contencioso de 9 de noviembre de 1967*, VII. Viviendas-Casa labor.

(157) Vid.: Artículo 8 de la Ley 21 de julio de 1971. de creación del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario. Primera Disposición final de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y artículo 34, núm. 5, de LRDA.

que es el otorgamiento de la Escritura pública a favor del adjudicatario del dato formal que sirve para pasar del régimen de concesión de la explotación al de dominio o propiedad de la misma por parte de su titular, según el artículo 34, núm. 1 y núm. 5 LRDA, y por tanto susceptible de ser presentada para estos efectos. Y además con la expresión pleno dominio que utiliza el mencionado artículo 9 a) de la Orden se excluye de este beneficio por el imperativo legal la transmisión de cualquier otro Derecho real sobre bienes inmuebles.

c) Cultivo directo. La Orden ministerial señala que se entenderá que el causante cultivaba directamente las fincas cuando viniese asumiendo los riesgos totales de la empresa agrícola sufragando los gastos a que la misma diera lugar (158). La Orden en el artículo 9, c), apartado 2.º exige tan solo el concepto de explotación directa sin requerir que también sea personal, conceptos ambos que han de darse en el adjudicatario causante de la explotación agrícola familiar según lo dispuesto en el artículo 30 a) y b) de LRDA.

d) Plazo para el cultivo directo. Se exige que el cultivo se realice de esta forma ininterrumpidamente durante un año anterior inmediatamente a la fecha de su fallecimiento, siendo indiferente supuesto el cumplimiento del requisito expuesto, la fecha en que tenga lugar la adquisición del inmueble por dicho causante; para nuestro caso en concreto no es necesario que haya transcurrido el año siendo propietario de la explotación, sino que se contara a estos efectos el que ininterrumpidamente haya sido cultivador directo aunque el plazo corresponda en parte con la etapa de la concesión. Y esto se cumple en cuanto que la etapa de concesión se extiende como mínimo durante un período de cuatro años, artículo 34, núm. 1 c) LRDA al final de los cuales se puede otorgar la Escritura de propiedad a favor del concesionario; y además que en ambos períodos el cultivo ha de haber sido realizado por el causante no sólo en forma directa, sino también personal.

e) Que dicha explotación se le haya adjudicado en pago de su haber hereditario. Hay que tener en cuenta que la sucesión del adjudicatario aunque su designación puede tener lugar por vía testamentaria en cuyo caso puede adoptarse en la designación la modalidad de institución de heredero o de legado o bien a falta de testamento por declaración de herederos abintestato se trata de una sucesión legal que prima la atribución íntegra de la explotación a un solo sucesor sobre la igualdad «in natura» de los demás legitimarios.

f) Cuantía. La cuantía del Patrimonio familiar protegido a estos efectos no podrá exceder de seiscientas mil pesetas (600.000) cifra que a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 a) de la Orden se incrementará en sesenta mil pesetas (60.000) por cada hijo legítimo

---

(158) Igual es el concepto que el artículo 11, núm. 5, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959 proporciona sobre qué debe entenderse por cultivo directo.

o por cada estirpe de descendientes legítimos que sucedan por Derecho de representación.

Como criterio para determinar la cuantía de la explotación agrícola familiar será el que se fije por el Instituto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35, núm. 4 LRDA, pues no hay que atender al valor de hecho que represente la explotación, sino a un valor teórico independiente totalmente del anterior.

Esta exención se pierde si el total del haber hereditario del causante excede del doble de la cantidad que en cada caso, de conformidad con el apartado anterior—art. 10 a) de la Orden—constituya el límite máximo indicado.

Al fijar el haber hereditario del causante ha de liquidarse previamente la sociedad de gananciales en el caso de que ésta existiera. Sin embargo, será difícil deducir el valor de la vivienda del haber hereditario del causante, a no ser que aún dentro de la inscripción como unidad orgánica de toda la explotación a tenor del artículo 8, núm. 2 de la Ley hipotecaria figure la vivienda hogar familiar con entidad propia según el apartado VII de la Circular que interpreta el artículo 10 b), párrafo 2.º de la Orden ministerial.

g) Rogación de la exención. El artículo 13 de la Orden establece el carácter rogado de la exención del impuesto de sucesiones al disponer que «los interesados que pretenden acogerse a los beneficios fiscales reconocidos a favor del Patrimonio familiar, deberán señalar ante la oficina liquidadora, los bienes que a su juicio integran aquél».

De ello se deduce de que es preciso que exista unidad de acto en la petición de exención y en la designación de los bienes sobre los cuales recaerá la exención, quedando vinculado el peticionario por dicha declaración y en consecuencia ha de pasar por el resultado que su propia declaración produzca. Que ha de tratarse de sucesiones causadas con posterioridad a la publicación del Decreto, pues lo contrario infrigiría lo prevenido en el párrafo 2.º de la Disposición Transitoria 1.ª del Texto Refundido aprobado por Decreto de 18 de mayo de 1967 (159).

La razón que nos ha llevado a aplicar esta normativa para determinar la exención del Impuesto de sucesiones a la transmisión de la explotación siempre que reúna los requisitos exigidos por la Orden ministerial está basada en primer lugar en la norma de remisión que contiene la Ley de Reforma y Desarrollo agrario manteniendo vigente los preceptos fiscales contenidos en otras leyes a que se refieren los apartados anteriores y que continuarán en vigor; y en segundo lugar por la finalidad que justifica la creación de este patrimonio familiar protegido al señalar el Preámbulo de la Orden ministerial de 17 de diciembre de 1966 que el fin perseguido es el de que «el ahorro debe estar cada día más vinculado a la institución familiar» aparte del interés social y de conservación de la explotación agrícola familiar en la transmisión «mortis causa» de la misma.



## BIBLIOGRAFIA

- BALBLADEJO GARCÍA, M.: Sucesor Universal o Heredero y Sucesor particular o legatario. «Revista de Derecho Privado», año 1978.—Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Sucesiones. Parte general. Barcelona, año 1979.—Para una interpretación del Artículo 814, 1, del Código civil. «Revista de Derecho Privado», año 1967.
- ALGILEZ CORTÉS, J. L.: El derecho de acceso a la propiedad de la tierra en los arrendamientos rústicos especialmente protegidos. «Revista de Estudios Agro-Sociales», núm. 102, año 1978.
- ARIÑO ORTIZ, G.: La afectación de bienes al servicio público. Escuela de Administración Pública. Alcalá de Henares, año 1973.
- BALLARÍN MARCIAL, A.: Las últimas leyes agrarias españolas. Con especial referencia a las explotaciones familiares. «Rivista di Diritto Agrario», año 1962.—Sobre el concepto de cultivo directo y personal. «Revista de Derecho Privado», año 1954.—Estudios de Derecho y Política Agraria. Madrid, año 1975.
- BASSOLS COMA, M., GÓMEZ FERRER MORÁN, R.: La vinculación de la propiedad privada por Planes y Actos administrativos. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, año 1977.
- BRANCA: Natura dell' Atto di assegnazione di terre. «Banca e Credito Agrario», año 1954.
- CAMPS Y ARBÓIX, J. de: La propiedad de la tierra y su función social. Barcelona, año 1953.
- CAPIZZANO, E.: L'Attività agricola fra proprietà e contratto. «Rivista di Diritto Agrario», año 1976.
- CARROZZA, A.: L'Assegnazione delle terre di riforma. Milano, año 1957.—Corfessione e Contratto nella assegnazione di terre. «Rivista Trimestrelle di Diritto Pubblico», año 1974.—Famiglia, impresa e comunione tacita familiare nell'esercizio dell'agricoltura. «Rivista di Diritto Agrario», año 1975. L'Assegnazione di terre. Manuale di Diritto Agrario Italiano de IRTI. Ed. UTET. Torino. año 1978.—Per un Diritto Agrario Ereditario. «Rivista di Diritto Civile», núm. 6, año 1978.
- CASADEI, E.: L'Impresa agricola. En Manuale di Diritto agrario italiano de IRTI. Ed. UTET. Torino, año 1978.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: Derecho civil español, común y foral. Tomo sexto. Vol. I. 8.ª ed. Madrid, año 1978. Revisada por Castán Vázquez, J. M.—Derecho civil español, común y foral. Tomo sexto. Vol. II, 7.ª ed. Madrid, año 1973. Revisada por Batista Montero Ríos, J. Castán Vázquez y Vallet de Goytisolo, J.—Derecho civil español, común y foral. Tomo sexto. Vol. III, 8.ª ed. Madrid, año 1978. Revisada por J. L. de los Mozos.

- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. Madrid, año 1978. Ed. Edersa.
- CONDOMINES VALS, F. de A.: Formas de sucesión en la vida jurídica moderna. Estudios de Derecho Sucesorio. Barcelona, año 1945.
- CORRAL DUEÑAS, F.: El Registro de la Propiedad y la legislación social Agraria. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, año 1977.—Régimen jurídico de las actuaciones inmobiliarias del IRYDA. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», año 1975.—Régimen Fiscal de la agricultura. «Revista Crítica Derecho Inmobiliario», año 1974.
- COSSÍO Y CORRAL, A.: Instituciones de Derecho civil, II. Madrid, año 1975.—Instituciones de Derecho Hipotecario. Barcelona, año 1956.
- CRESPI REGHIZZI, G.: Le norme sulla proprietà a sul godimento del suolo nella Republica Democratica Tedesca. Con riferimento al nuovo Codice civile, 1976. «Rivista di Diritto Agrario», año 1977.
- CRISTÓBAL MONTES, A.: La sucesión contractual aragonesa. Comentarios. Ed. Libros Pórtico. Zaragoza, 1978.
- D'AMELIO, M.: La piccola unità culturale indivisibile. «Rivista di Diritto Agrario», año 1940.
- DÁVILA GARCÍA, J.: La empresa mercantil individual en la sucesión «mortis causa». Anales de la Academia Matritense del Notariado. III, año 1946.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: El Derecho agrario en España. «Anuario de Derecho civil». Tomo VII, año 1954.—Temas de Derecho civil. Madrid, año 1976.
- DE LA CÁMARA, M.: Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil. Centenario de la Ley del Notariado. Vol. I. Madrid, año 1964.
- DE LA RICA MARITORENA, R.: La nota marginal. «Revista Crítica Derecho Inmobiliario», año 1973.
- DE LOS MOZOS, J. L.: La Sucesión en las explotaciones Agrarias. Estudios Monográficos 3. Ministerio de Agricultura. Madrid, año 1976.—Hacia un Derecho Sucesorio Agrario (Aspectos de la conservación de la explotación en el Código civil, en los Derechos forales y en Derecho colonización). «Anuario de Derecho Civil», año 1974.—La Sucesión en el Derecho Agrario. Estudios del Ministerio de Agricultura. Madrid, año 1977. Estudios de Derecho Agrario. Ed. Tecnos. Madrid, año 1972.—La partición de herencia por el propio testador. «Revista de Derecho Notarial», núm. XXVII, año 1960.
- DÍEZ PICAZO, L.: Fundamentos de Derecho Civil, II. Madrid, año 1978.—La Sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil. «Revista de Derecho Mercantil», año 1965.
- DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M.: La actividad administrativa en materia de Derecho Agrario a través de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Un intento de aproximación al Derecho Agrario. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», núm. 518, año 1977.
- DORAL, J. A.: Titularidad y Patrimonio hereditario. «Anuario de Derecho Civil», año 1973.

- ESPÍN CÁNOVAS, D.: Manual de Derecho civil español. Vol. V. 5.<sup>a</sup> edic. Madrid, año 1978.
- FAUS Y CONDOMINES, R.: Compilación del Derecho Civil de Cataluña. Barcelona, año 1960. Ed. Bosch.
- FERRAND POCH.: Concepto positivo de cultivo directo y personal en la legislación de arrendamientos rústicos. «Anuario de Derecho Civil», año 1950.
- FOSAR BENLLOCH, E.: Más sobre el artículo 1.056, párrafo 2.º, del Código civil y la explotación agrícola. El principio general de Derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», año 1971.
- FUENMAYOR CHAMPÍN, A.: La mejora de labrar y poseer. «Anuario de Derecho Civil», año 1948.—Intangibilidad de la legítima. «Anuario de Derecho Civil», año 1948.
- GANGI, C.: I legati en el Diritto civile Italiano. Parte Generale. Vol. II. Padova, año 1932.
- GARCÍA DE VALDEAVELLANOS, L.: La Comunidad Patrimonial en el Derecho Español medieval. Universidad de Sevilla, año 1977.
- GARCÍA VALDECASAS, G.: La legítima como cuota hereditaria y como de valor. «Revista de Derecho Privado», año 1963.
- GERMANO, A.: Sulla designazione giudiziale del Successore nel Rapporto di Assegnazione delle terre di riforma. «Rivista di Diritto Agrario», año 1975.
- GIORGIANNI, M.: Appunti sulla Assegnazione delle terre oggetto di riforma fondiaria. Atti del 3.º Congreso Nazionale di Diritto Agrario. Milano, año 1954.
- GÓMEZ Y GÓMEZ JORDANA, F.: Líneas generales de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Estudios Monográficos 3. Ministerio de Agricultura. Madrid, año 1975.
- GONZÁLEZ PALOMINO, J.: Estudios de arte menor sobre Derecho Sucesorio. La mejora, vol. 2. Pamplona, año 1964.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo. «Anuario de Derecho Civil», año 1964.
- GRAZIANI, C. A.: L'Impresa familiare. Manuale di Diritto Agrario Italiano de IRTI. Ed. UTET. Torino, año 1978.
- HERNÁNDEZ CRESPO, C.: La legislación de Reforma y Desarrollo Agrario y el Registro de la Propiedad. «Revista Crítica Derecho Inmobiliario», año 1973.
- HERNÁNDEZ GIL, A.: Lecciones de Derecho Sucesorio. Madrid, año 1969.—La función social de la posesión. Madrid, año 1969.
- IRTI, N.: Profili civilistici dell'assegnazione di fondo rustico. «Rivista di Diritto Agrario», año 1960.
- JORDANO BAREA, J. B.: Dictamen sobre abuso de la facultad prevista en el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código civil y otras cuestiones. «Anuario de Derecho Civil», año 1964.

- KIPP, T.: *Derecho de Sucesiones*. Trad. de la 11.<sup>a</sup> edic. de H. COING. Vol. I, anotado por Roca Sastre, R. M.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> ed. al cuidado de Badosa Coll, F. y Puig Ferriol, LL. Barcelona, año 1976.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: La aportación de los Derechos forales a un Derecho sucesorio rural. Atti della seconda assemblea. Vol. terzo. Ed. Giuffre. Milano, año 1964.
- LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA, F. de A.: *Derecho de Sucesiones*. Tomo II. Ed. Bosch. Barcelona, año 1973.
- LASARTE, C.: Propiedad privada e intervencionismo administrativo. «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», año 1975.
- LETTA, V.: Regime Successorio dei discendenti del primo assegnatario, nelle terre di assegnazione. «Rivista di Diritto Agrario», año 1957.
- LÓPEZ JACOISTE, J. J.: La idea de explotación en el Derecho civil actual. «Revista de Derecho Privado», año 1960.—La mejora en cosa determinada. Madrid, año 1961.—El derecho foral como derecho agrario. Estudios de Derecho Público y Privado al profesor Ignacio Serrano y Serrano. Valladolid, año 1965.
- LUNA SERRANO, A.: La Successione «mortis causa» nell assegnatario di terre di riforma. Natura e oggetto. «Rivista di Diritto Agrario», año 1976.—La Empresa agraria y el empresario agrícola. Estudios en honor del profesor Castán. Tomo V. Pamplona, año 1968.—Régimen jurídico de las fincas adjudicadas por los entes de colonización italianos. «Revista de Estudios Agro-Sociales», núm. 35, año 1961.—Régimen de tierras en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario: la sucesión «mortis causa» del concesionario de tierras de Reforma Agraria. Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Estudios Monográficos 3. Madrid, año 1976.—La transmisión «mortis causa» de las fincas rústicas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización. Estudios de Derecho Público y Privado al Profesor Ignacio Serrano y Serrano. Tomo I. Valladolid, año 1966.
- LUNA SERRANO Y FERNÁNDEZ BOADO, P.: Método y posibilidades de una planificación agraria en España. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», año 1964.
- LLAMAS VALBUENA, E.: Estudio retrospectivo del acceso a la propiedad de los arrendatarios de fincas rústicas en España. «Revista de Derecho Privado», año 1976.
- MALAGUTI, L.: Funzione ed oggetto dei vincoli alla disponibilità dei fondi acquistati dagli assegnatori. «Rivista di Diritto Agrario», año 1977.
- MAROI: Nozione d'imprenditore agricola del Nuovo Codice Civile. «Rivista di Diritto Civile», año 1942.
- MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: Conmutación del usufructo vidual común (Análisis del artículo 838 del Código civil). «Revista de Derecho Notarial», año 1957.
- MURGA GENER, J. L.: El arrendamiento rústico en la transmisión «mortis causa». Ed. Rialp. Madrid, año 1962.
- NANNINI, A.: Evoluzione legislativa dell assegnazione delle terre di riforma fondiaria. «Rivista di Diritto Agrario», año 1971.

- NICOLO, R.: *Aspetti privatistici della riforma agraria*. Atti del 3.º Congresso Nazionale di Diritto Agrario. Ed. Giuffrè. Milano, año 1954.
- NUSSBAUM: *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*. Trad. de la 2.ª edic. alemana por W. Rocés, con una nota preliminar de R. Atard. Madrid, año 1929.
- O'CALLAGHAM MUÑOZ, X.: *Comentarios a la Sentencia de 18 de enero de 1974. la acción de suplemento de legítima*. «Revista Jurídica de Cataluña», año 1976.
- ORTEGA PARDO, G.: *Herederero testamentario y herederero forzoso*. «Anuario de Derecho Civil», III, año 1950.
- OSSORIO MORALES, J.: *Estudios de Derecho Privado*. Barcelona, año 1942.
- OTERO, A.: *La mejora*. «Anuario de Historia del Derecho Español». Tomo 33. Madrid, año 1963.
- PANUCCIO, V.: *L'impresa Familiare*. Ed. Giuffrè, año 1976.
- PARLAGRECO, A.: *Il contenuto del contratto di assegnazione di terre nelle zone di riforma fondiaria in Italia*. «Rivista di Diritto Agrario», año 1971.
- PAZ SUEIRO, J. M.: *El derecho de acceso a la propiedad en la legislación de arrendamientos rústicos*. Barcelona, año 1963.
- PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La conservación de las unidades agrarias en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*. Estudios Monográficos, núm. 3. Ministerio de Agricultura. Madrid, año 1975.—*La conservación de las unidades agrarias*. «Anuario de Derecho Civil». Tomo XII, año 1959.
- PÉREZ TORRENTE, J. A.: *El suplemento de la legítima en la Compilación y en la Ley Hipotecaria*. «Revista Jurídica de Cataluña», año 1972.
- PÉREZ SERRANO, N.: *Dictámenes*. I. Madrid, año 1965.
- PIATOWSKI, J.: *La succession et le partage d'une explotación agricole dans le Droit Polonais*. «Rivista di Diritto Agrario», año 1974.
- PIKALO, A.: *Elementi di Diritto romano e germanico nel Diritto Agrario Successorio*. «Rivista di Diritto Agrario», año 1968.
- PORPETA CLÉRIGO, F.: *Naturaleza jurídica de la legítima*. Estudios de Derecho Sucesorio. Colegio Notarial. Barcelona, 1946.
- PUIG BRUTAU, J.: *El testamento del Empresario*. «Revista de Derecho Privado», año 1960.—*Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo V. Vol. III, 2.ª edic. año 1977.
- PUIG FERRIOL, LL.: *El Derecho civil catalán en la Jurisprudencia*. Tomo V. Cátedra de «Durán y Bas». Barcelona, año 1970.—*Cómputo de la legítima*. «Revista Jurídica de Cataluña», año 1971.
- QUADFLIEG, F.: *Das landwirtschaftliche gemäss del Novelle zur Höfeordnung. «Familienrecht»*, april 4, año 1977.
- ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, A.: *El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria*. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», año 1947.
- ROCA DE LAQUE, M.ª E.: *Configuración jurídica de la legítima en el Derecho Catalán*. «Revista Jurídica de Cataluña», año 1971.

- ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup>: La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho Sucesorio. «Anales Academia Matritense Notariado». Tomo II. Madrid, año 1945.—Naturaleza jurídica de la legítima. Revista de Derecho Privado», año 1944.—Derecho Hipotecario. Vol. III. Barcelona, año 1968, 6.<sup>a</sup> edic. Ed. Bosch.—La reforma hipotecaria y su repercusión en el Derecho sucesorio. Estudios de Derecho Sucesorio. Barcelona, año 1946.
- ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup> y MOLINA JUYOL, J.: Jurisprudencia registral. Tomo IX, años 1951-1963. Edit. Bosch. Barcelona, año 1967.
- RODRÍGUEZ ARANDA, A.: La reforma agraria y el Derecho. Edit. Edersa. Madrid, año 1977.
- ROMOLI, R.: In tema di applicazione analogica dell'art.º 1.585 Codice Civile al rapporto di assegnazione di terre. Comentario a la Sentencia del Tribunal di Avenzano de 31 gennaio 1969. «Rivista di Diritto Agrario», año 1970.
- ROYO MARTÍNEZ, M.: Derecho Sucesorio «mortis causa». Sevilla, año 1951.
- SANTORO PASARELLI, F.: Doctrinas generales del Derecho civil. Traducción y notas de Derecho Español, por A. Luna Serrano, de la 7.<sup>a</sup> edición italiana. Ed. Edersa, Madrid, año 1964.
- SANTOS PASTOR, A.: Propietarios, Colonos, Inquilinos. Tomo I. Arrendamientos Rústicos. Ed. Aranzadi. Pamplona, año 1966.
- SANZ JARQUE, J. J.: Derecho agrario. Ed. Fundación Juan March. Madrid, año 1975.
- SANZ, A.: La Reforma de la Ley Hipotecaria. «Revista de Derecho Privado», año 1943.
- SAPENA, J.: En torno a la Ley del Patrimonio Familiar. «Revista de Derecho Privado», año 1953.
- SERRANO Y SERRANO, I.: Ley de 15 de julio 1954 sobre regulación de los arrendamientos rústicos protegidos por la Ley 4 de mayo 1948. «Anuario de Derecho Civil», año 1954.
- TAMBORINI, C.: La indivisibilità delle unità colturi. «Rivista di Diritto Agrario», año 1941.
- TORTOLINI, L.: Proprietà degli Enti di riforma e rapporto di assegnazione. «Rivista di Diritto Agrario», año 1968.—Sulla natura giuridica dell'assegnazione di terre per la riforma fondiaria. «Rivista di Diritto Agrario», año 1973.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: La agricultura y la explotación familiar. «Revista Jurídica de Cataluña», año 1964.—Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Tomo I. Las legítimas. Madrid, año 1974.—La conservación del «fundus instructus» como explotación familiar, tema básico de los Derechos civiles forales o especiales españoles. «Rivista di Diritto Agrario», año 1966.—La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición. «Anales Academia Matritense del Notariado». Tomo VIII. Madrid, año 1954.—Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XI. Madrid, año 1978.—Contenido cualitativo de

la legítima en Cataluña, antes y después de la Compilación. «Revista Jurídica de Cataluña», año 1971.—Cautelas de opción compensatoria de la legítima. Centenario de la Ley del Notariado. Vol. I. Madrid, año 1964.—Estudios sobre donaciones. Ed. Montecorvo. Madrid, año 1978.

VALVERDE Y VALVERDE, C.: Tratado de Derecho civil español. Tomo V, 4.ª edic., año 1939.

VILLARES PICO, M.: La reforma agraria y el crédito hipotecario. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», año 1974.—Repercusión de los artículos 15 y 98 de la Ley Hipotecaria sobre los artículos 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 71, 87, 88, 89 de la misma. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», año 1972.

VATTIER FUENZALIDA, C.: Algunas notas comunes del Derecho agrario europeo y del español. Revista de Derecho Privado», año 1977.—Concepto y tipo de Empresa agraria en el Derecho español. Colegio Universitario de León, año 1978.

ZAPATERO MOLINAS, S.: El sistema de herencia en la Explotación Agraria. C.R.I.D.A. Zaragoza, año 1978.

# El pacto al más viviente en la compilación del Derecho civil especial de Aragón

ANGEL CRISTOBAL MONTES,

Profesor Extraordinario de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: L. *El pacto de agermanamiento.*—II. *Estructura del pacto de casamiento al más viviente.*—III. *Efectos del pacto de casamiento al más viviente.*

## I. EL PACTO DE AGERMANAMIENTO \*

El precepto a comentar no se hallaba en ninguno de los dos Anteproyectos redactados por la Comisión de juriconsultos aragoneses, sino que aparece por primera vez como artículo 115 en el Anteproyecto de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación de julio de 1965, se repite literalmente bajo el número 108 en el Anteproyecto de la misma Sección de mayo de 1966, y, sin ninguna alteración, asimismo, pasó a constituir el vigente artículo 108 de la Compilación aragonesa promulgada en 1967.

Trátase del pacto sucesorio de heredamiento recíproco entre cónyuges, heredamiento mutuo en Cataluña (en su modalidad

---

(\*) Artículo 108 de la Compilación aragonesa:

«1. La recíproca institución hereditaria entre cónyuges, o pacto al más viviente, no surtirá efecto cuando el premuerto haya dejado hijos de anterior matrimonio.

2. Habiendo hijos comunes a la disolución del matrimonio, el pacto equivale a la concesión de viudedad universal y de la facultad de distribuir la herencia.

3. No habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad para poder testar, el sobreviviente heredará los bienes del premuerto. En tal caso, fallecido a su vez aquél sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido.»



condicionada), casamiento al más viviente o agermanamiento, que en Aragón tiene larga tradición y práctica, y consiste en la recíproca institución de herederos que se hacen en capítulos (de ordinario) los contrayentes no herederos de sus respectivas casas («solteros») para el caso de que fallezcan sin hijos, circunstancia esta última que explica el que con mucha frecuencia tal tipo de pacto sucesorio se otorgue cuando el matrimonio lleva ya bastantes años de existencia y no ha habido descendencia. Dadas las consecuencias que puede tener (y que más adelante se considerarán), el pacto de casamiento al más viviente implica o puede implicar institución paccionada de herederos, sustitución pupilar y fideicomiso de residuo, amén de que su inserción hace innecesario estipular garantías respecto a la dote, ordenar el reconocimiento establecer la reversión, etc.

De ordinario, su tenor literal solía ser, con ligeras variantes, el siguiente: «Los contrayentes pactan *agermanamiento*, esto es, se instituyen mutua y recíprocamente herederos universales para el caso de morir sin hijos o con tales que fallezcan antes de la edad de poder testar, o que, rebasándola, mueran a su vez sin descendencia y sin disponer. El sobreviviente dispondrá libremente (o sólo *inter vivos* y a título oneroso) de los bienes de ambos consortes, y si muriese sin hacerlo los bienes que quedaren se distribuirán así...» (o «serán adquiridos...»).

En el Derecho catalán vigente, el equivalente pacto sucesorio, denominado heredamiento mutuo, ha quedado normado en el artículo 95 de la Compilación en estos términos: «El heredamiento mutuo constituye una institución contractual recíproca de heredero entre los esposos contrayentes a favor del que sobreviva, con los efectos del heredamiento simple. El cónyuge que premuera no transmitirá a sus sucesores derecho alguno derivado del heredamiento mutuo. El heredamiento mutuo no surtirá efecto en el caso de que el cónyuge premuerto deje hijos de anteriores matrimonios. Podrá pactarse que el heredamiento quede sin efecto, si el cónyuge premuerto fallece con hijos comunes, así como subordinarlo a cualquier otra condición. El cónyuge superviviente que quede heredero sujeto a fideicomiso no tendrá derecho a la cuarta trabancónica».

La diferencia básica entre la normativa catalana y la aragonesa es clara, pues mientras en la primera el pacto produce efectos aunque al fallecimiento de uno de los cónyuges queden hijos comunes (haciendo falta cláusula expresa en sentido contrario para privar de eficacia al heredamiento mutuo concertado), en la segunda es presupuesto indispensable que no haya hijos comunes a la disolución del matrimonio.

Pacto tan peculiar como el de agermanamiento, de acusado tinte individualista, no es de fácil acomodo en el sistema del Derecho consuetudinario altoaragonés, en el que predomina lo troncal y familiar y hay tendencia clara hacia la vinculación y el señorío.

Costa decía de él que constituye el último paso en la marcha de los derechos en beneficio del cónyuge: viudedad foral, viudedad consuetudinaria, casamiento en casa, casamiento en casa con facultad de vender y agermanamiento serían las sucesivas fases del avance, habiéndose excedido el pueblo altoaragonés en lo que era vivo *desideratum* de la filosofía del Derecho (1).

Sapena, que ha estudiado a fondo la figura en el terreno, sobre todo en Ribagorza, encuentra que los cónyuges se agermanan cuando, por tratarse de matrimonio de «solteros», no hay casa que perpetuar; cuando no hay más sucesor cualificado de la misma que el heredero, pues los otros hermanos o no existen o de ella se han desarraigado; cuando las virtudes del «forastero» o su parentesco próximo con el heredero influyen en su designación como tal para un problemático futuro; cuando interesa la detracción de la dote del mismo, que por su elevada cuantía pone las aportaciones en un plano de igualdad; cuando se ha formado una nueva casa juntando otras dos y se quiere mantener, etc. De todos ellos, el más frecuente es el de matrimonio de «solteros»; y aunque lo normal es que el agermanamiento se pacte en las capitulaciones matrimoniales, también cabe el mismo fuera de capítulos (en el Somontano) (2), debiendo advertirse, en fin, que, aunque frecuentemente se le dé esta denominación, no es pacto de casamiento al más viviente la institución mutua y recíproca otorgada por los cónyuges en testamento mancomunado (3), no obstante el parecer contrario de Solano (4).

## II. ESTRUCTURA DEL PACTO DE CASAMIENTO AL MAS VIVIENTE

La regulación que al pacto de agermanamiento da el artículo 108 de la Compilación excluye la eficacia del mismo cuando el cónyuge premuerto deje hijos de anterior matrimonio y cuando a la disolución del vínculo por el deceso de uno de los cónyuges queden hijos comunes, previsiones del todo naturales, habida cuenta de la razón de ser y finalidad de dicha convención sucesoria.

---

(1) COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular en España*, I (Alto Aragón). Barcelona, 1902, pp. 203 y ss.

(2) SAPENA, *El pacto sucesorio en el Alto Aragón*, en *Revista de Derecho privado*, 1954, pp. 773 y ss.

(3) Habiendo capitulaciones, Costa señalaba que el agermanamiento se pactaba fuera de capítulos, a escondidas, para evitar que se enterasen los parientes.

(4) SOLANO, *Mi contribución respecto a la sucesión contractual en el Alto Aragón*, en *Anuario de Derecho aragonés*, 1944, p. 347.

El supuesto más simple y puro del agermanamiento tiene lugar pues cuando sobrevenido el óbito no hay hijos, en cuyo caso la herencia del premuerto pasa a corresponder al supérstite como heredero contractual que es. Sapena dice que el agermanamiento surte sus efectos en esta hipótesis como una institución de heredero sujeta a condición, lo que no es cierto, porque la ausencia de hijos no es un evento condicional, arbitrario y contingente introducido por la libre voluntad de las partes, cual ocurre con las genuinas condiciones en cuanto elementos accidentales de los negocios, sino un requisito de eficacia, necesario, constante y exigido por la ley para que la institución recíproca de herederos pueda surtir efectos, esto es, constituye una auténtica *conditio iuris*.

El segundo supuesto se produce cuando habiendo tenido hijos los otorgantes del pacto, fallecieron aquéllos en su totalidad antes de llegar a la edad para poder testar. La razón es clara, porque al fallecer los hijos antes de ostentar la capacidad de poder disponer *mortis causa*, pueden los padres nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años (sustitución pupilar), y esto es lo que realmente ocurre con el pacto que se comenta, el cual supone el nombramiento de sustituto a favor del cónyuge supérstite.

Sapena afirma que en esta hipótesis, interpretando rectamente la voluntad del difunto al espíritu del pacto, tan defecto hay de hijos en este caso como en el anterior. Lo que tampoco es exacto, ya que en el primer supuesto no puede haber nunca transferencia de la herencia del cónyuge premuerto a los hijos porque no los hay, mientras que en el segundo semejante transmisión tiene lugar, pero como el hijo falleció antes de tener capacidad para poder testar actúa la sustitución pupilar que el agermanamiento supone a favor del padre sobreviviente, ya que sin esta previsión los bienes podrían ir a poder de terceras personas, antes que al cónyuge viudo, por la vía del abintestato.

En cambio, tiene razón al considerar, para la hipótesis realmente insólita de que el hijo fallecido antes de cumplir catorce años deje descendencia legítima, que en tal caso no entra en juego el agermanamiento si tales descendientes no fallecen en las mismas condiciones que sus padres, pues mientras vivan ocupan su lugar en la sucesión del abuelo premuerto (5).

Pero, realmente, el único supuesto que amerita consideración detenida es el del fallecimiento de los hijos antes que el padre supérstite, habiendo sobrepasado los catorce años y no habiendo dispuesto de los bienes del premuerto. ¿Es eficaz en este caso el pacto de agermanamiento?

El problema todavía se complica más si alguno de tales hijos fue nombrado heredero. Según Solano el pacto se concierta para

---

(5) SAPENA, *El pacto sucesorio...*, loc. cit., p. 768.

los casos de no tener hijos, o, si se tienen, de morir antes de llegar a los catorce años, «o antes de hacer institución de heredero» (6). También Acedo piensa que la condición resolutoria del agermanamiento es la supervivencia de un hijo, complementada por su nombramiento de heredero, por lo que el pacto se resuelve total y definitivamente con tal designación, y, aunque el hijo fallezca sin descendencia, el padre sobreviviente ya no puede adquirir la herencia del premuerto porque la institución hereditaria recíproca había quedado resuelta con aquel acto (7).

Frente a esta opinión, Sapena considera que el nombramiento de heredero no basta para enervar la efectividad del «casamiento», ni tampoco se precisa para que así suceda. No basta, porque si después de ser designado fallece el heredero sin hijos y sin disponer, no quedando otros descendientes del agermanado premuerto, se da la condición esencial para la efectividad del pacto. Este caso es similar al del hijo único aún no nombrado heredero que fallece en iguales condiciones, pues ambos representan la totalidad de los derechos a la herencia y son únicos sucesores universales del padre fallecido; si en el último surte efectos el agermanamiento, como el propio Acedo admite, no hay por qué negárselos en el primero; en ambos murió el sucesor sin dejar fijado el suyo por imperio legal o voluntad manifestada, por lo que en ambos también debe ocupar su lugar el viudo sobreviviente (8).

Lo que no advierte Sapena es que en el supuesto de hijo único no nombrado heredero falta la voluntad dispositiva de los padres respecto a los hijos, mientras que en caso de nombramiento de heredero hay una disposición efectiva respecto al designado que, incluso, tratándose de institución de presente, produce la adquisición de la propiedad de los bienes por el heredero en vida de ambos padres, hecho que por necesidad tiene que reflejarse en la operatividad del pacto de casamiento al más viviente.

Prescindiendo de este polémico punto del nombramiento de heredero a favor de alguno de los hijos, Sapena, contra el sentir mayoritario de la doctrina aragonesa (Lacruz, Martín-Ballester, Barrachina, Batalla, etc.), sostuvo que el pacto de agermanamiento es eficaz en caso de fallecimiento de todos los descendientes antes que el viudo y sin disponer, aun habiendo sobrepasado la edad de catorce años, al estimar que de no surtir efectos en este caso los bienes pasarían a terceras personas antes que al cónyuge superviviente, sin intervenir la voluntad de los hijos titulares de un derecho abstracto o concreto a los mismos; porque, en resumen, la sucesión forzosa del cónyuge fallecido o de sus descendientes y la vo-

---

(6) SOLANO, *Mi contribución...*, loc. cit., p. 347.

(7) ACEDO, *Notas sobre el agermanamiento o casamiento al más viviente...*, en *Segunda semana de Derecho aragonés*, Jaca, 1943, pp. 197 y ss.

(8) SAPENA, *El pacto sucesorio...*, loc. cit., p. 769.

luntad de quien puede disponer de la herencia del mismo vencedor al casamiento al más viviente, pero éste, en cambio, prevalece en todo caso sobre la sucesión intestada. En su sentir, el pacto debe producir sus efectos en todos aquellos casos en que la aplicación de las normas de sucesión legítima llevaría la herencia del cónyuge premuerto a manos distintas de las del viudo con quien se hermanó. «No se trata de un problema de posible discusión doctrinal—asevera—, sino de simple recogida de costumbre. Si al capitulante altoaragonés que pacta agermanamiento se le pregunta caso por caso si quiere conferirle efectos en los casos que hemos examinado contestará afirmativamente en todos; éste ha sido el resultado de nuestra indagación en Ribagorza. Y es que no nos cansaremos de repetirlo, al agermanarse los cónyuges fijan el destino a sus herencias: primero, sus descendientes; segundo, las personas por éstos designadas cuando pudieren hacerlo; y en defecto de todo ellos, siempre antes que los sucesores legítimos de los mismos, el viudo» (9).

Y, posiblemente, tal fuera la costumbre altoaragonesa, única norma aplicable en esta materia hasta la promulgación de la Compilación, ratificada, además, por la previsión de los otorgantes del pacto que solían establecer, según antes se expuso en el modelo del mismo transcrito, el agermanamiento, amén de para los supuestos tradicionales, también para el caso de que los hijos falleciesen habiendo rebasado la edad de testar con tal que muriesen sin descendencia y sin disponer (se entiende: sin descendencia legítima y sin disposición universal).

Hoy, a la vista del artículo 108 de la Compilación aragonesa, la posición de Sapena resulta insostenible, porque el párrafo tercero del mismo sólo atribuye al cónyuge sobreviviente los bienes del premuerto en los exclusivos casos de que no hayan tenido hijos o, habiéndolos tenido hayan fallecido todos ellos antes de llegar a la edad para poder testar, lo que implica una clara y terminante exclusión (*inclusio unius exclusio alterius*) del tercer supuesto patrocinado por Sapena.

Porque aunque se alegase que dicho caso podría tener admisión a tenor de que el artículo 107 de la Compilación dispone que «cuando un pacto sucesorio se refiera a determinada institución consuetudinaria deberá aquél interpretarse e integrarse con arreglo al uso u observancia de tal institución», se debería replicar que por su espíritu, finalidad y dicción (obsérvese que no salva lo establecido o declarado en otro sentido por los interesados) el artículo 108 y, en concreto su párrafo tercero es una norma imperativa del tipo prohibitiva y conocido es que en el Derecho vigente aragonés, aunque la costumbre integra las disposiciones de la Compilación y tiene fuerza obligatoria (arts. 1.º, 1 y 2.º, 1), tales

---

(9) *Ibid.*, pp. 768 y ss.

cometidos y eficacia quedan supeditados al hecho de que «no sea contraria al Derecho natural o a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón».

### III. EFECTOS DEL PACTO DE CASAMIENTO AL MAS VIVIENTE

Cuando a la muerte de uno de los cónyuges queden hijos de un anterior matrimonio del mismo sabido en que el pacto de agermanamiento carece de eficacia en cuanto falta un elemento para integrar el supuesto de hecho de la norma que lo contempla: la ausencia de descendencia legítima (art. 108, 1).

Lo mismo ocurre cuando en el idéntico evento de deceso de uno de los esposos haya hijos comunes. La ley dice que, en este caso, el pacto equivale a la concesión de la viudedad universal y de la facultad de distribuir la herencia (art. 108,2), concesión la primera absolutamente irrelevante y anodina, si se tiene en cuenta que en el Derecho aragonés «la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca» (art. 72,1), y que «el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente con derecho expectante el de usufructo sobre los bienes afectos y, desde ese momento, su posesión» (artículo 79).

Por el contrario, si no ha habido hijos o han fallecido todos ellos antes de alcanzar la edad para poder otorgar testamento es cuando el pacto en estudio genera, como antes se veía, sus peculiares consecuencias y despliega la totalidad de sus efectos, determinando que el cónyuge sobreviviente herede por la vía de la sucesión paccionada la totalidad de los bienes del premuerto (artículo 108,3).

Al igual que cualquier otro pacto sucesorio, el agermanamiento es naturalmente irrevocable, dado su substrato convencional, requiriendo para su modificación o disolución el acuerdo de ambos cónyuges (art. 103). Claro está que nada obsta a que en la propia estipulación se haya previsto la posibilidad de que pueda deshacerse por la voluntad unilateral de sus otorgantes, mediante la reserva a los mismos o a uno de ellos de la facultad de revocar o *ius poenitendi*.

Cuando el agermanamiento se haya pactado en capitulaciones matrimoniales, cual es lo ordinario, habrá de tenerse en cuenta para su modificación ulterior que, de acuerdo al artículo 28 de la Compilación, «celebrado el matrimonio, la novación de capítulos requeriría la concurrencia de los ascendientes que hayan asistido al otorgamiento de aquéllos para dotar, hacer donaciones o legados o nombrar herederos a los contrayentes o a sus hijos, en cuanto la novación afecte a los bienes y derechos recibidos».

Realizados los presupuestos sobre que descansa el pacto de casamiento al más viviente, el cónyuge superviviente adquiere, como se ha visto, la herencia del premuerto y en cuanto titular de todos los derechos patrimoniales integrantes de la misma podrán disponer de ellos con entera libertad tanto *inter vivos* como *mortis causa*, a título gratuito o a título oneroso, a no ser que en su otorgamiento se hubiese previsto, lo que ocurre con alguna frecuencia, que sólo estará facultado para enajenarlos por acto *inter vivos* y a título oneroso.

Muerto, a su vez, el sobreviviente sin haber dispuesto de los bienes heredados del premuerto, la doctrina anterior a la Compilación dudaba sobre el destino de los mismos cuando en el pacto no se hubiese previsto tal contingencia. De aplicarse las reglas generales de la sucesión *mortis causa*, como, en realidad, se trataría tan sólo de la herencia del último fallecido, pues la del premuerto ya había sido adquirida por éste, deberían ser llamados a suceder únicamente los sucesores legítimos del viudo y no los del fallecido en primer lugar. Contra esta consecuencia, la mayor parte de los autores aragoneses opinaba que en tal caso el caudal relicto debía partirse por mitades, atribuyéndose cada una de ellas a los parientes más próximos de uno y otro cónyuge, al amparo de las normas legales (Observancia 19, *De iure dotium*), de la práctica antigua, de la costumbre reiterada de pactarlo, así, o bien circunscribía semejante consecuencia a algunas comarcas altoaragonesas (10).

Sapena, por su parte, opina que la regla general que debía observarse en defecto de pacto era la siguiente: «El sobreviviente podrá disponer con absoluta libertad de todos los bienes; si así no lo hiciere, aquellos de que no haya dispuesto, cualquiera que fuere su procedencia, quedan integrando en una sola masa común a ambas herencias, correspondiendo por mitad a la de cada agermanado y teniendo lugar la apertura de las dos al tiempo de morir el último de ellos, por lo que a esta época deberá referirse la aplicación de las normas sobre sucesión legítima de los respectivos esposos. Esto es: la del primer fallecido queda condicionada por la muerte sin disposición del sobreviviente con supervivencia de los llamados a ella. Son los parientes de uno y otro cónyuge que vivan al fallecimiento del último de ellos quienes, dividiendo previamente por mitades la única masa, heredarán a ambos».

Hoy la duda está resuelta, porque la norma vigente con evidente realismo y justicia, ya que no es equitativo el que los más próximos parientes de uno y otro consorte hereden cada una de las dos partes iguales resultantes de la división de la masa común formada por los dos patrimonios hereditarios, y acogiendo y respetando el principio de troncalidad tan caro al Derecho aragonés ha

---

(10) MARTÍ-BALLESTEROS, *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944, p. 132.

dispuesto en el inciso segundo del párrafo tercero del artículo 108 de la Compilación que «fallecido a su vez aquél (el cónyuge sobreviviente) sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido». Queda la interrogante tan sólo de si éste es el régimen necesario o imperativo o si cabe modificarlo mediante acuerdo en otro sentido de los interesados. En base a la práctica y costumbre aragonesas y a que no hay de por medio exigencias de orden público o buenas costumbres, nosotros nos inclinamos por la afirmativa.





**Cuestión ante la Dirección General de los Registros y del Notariado:  
La sociedad de gananciales y la separación de hecho. El artículo  
1.413 C. c. y la renuncia por el marido a un usufructo futuro  
y estipulado bajo condición suspensiva a su favor, estando se-  
parado de hecho.**

*El recurso que ha motivado la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 15 de abril de 1980 suscita tres interesantísimas cuestiones de importancia práctica. Por eso hemos creído ilustrativo publicar el recurso interpuesto, los considerandos del Auto dictado por el Presidente de la Audiencia y el escrito de apelación, además de los Considerandos de la Resolución.—R.*

## I

*El Notario Juan Vallet de Goytisolo interpuso, ante el Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid, el siguiente recurso, en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho.*

### A) HECHOS

1.º) Que mediante escritura autorizada por el Notario que suscribe, con fecha 24 de noviembre de 1970, número 3.116 de orden de mi protocolo de dicho año, doña L. de la P. I., de sesenta y nueve años de edad, vendió a don F. B. P., de sesenta y siete años de edad, casado con doña M. S. M., *bajo la condición suspensiva de que aquél sobreviviere a doña L.*, el usufructo del piso quinto izquierda interior de la casa número cinco de la calle de Lucio del Valle, de Madrid (que es la finca número 26.283 del Registro de la Propiedad número 5) *durante el periodo comprendido entre el fallecimiento de la primera como fecha inicial y el del segundo como fecha final*, por precio de 19.200 pesetas. Fue inscrita esta escritura en el citado Registro de la propiedad al tomo 726, folio 42, finca 26.283, inscripción 5.ª, haciendo constar el señor Registrador de la Propiedad que el precio era presuntivamente ganancial.

2.º) Que mediante otra escritura también autorizada por el Notario que suscribe, con fecha 9 de septiembre de 1975, número 2.510 de orden de mi protocolo de dicho año, don F. B. P., de setenta y dos años de edad, casado con doña M. S. M., *renunció al derecho eventual que le correspondería, en caso de sobrevivir a doña L. de la P. I., al usufructo desde el fallecimiento de esta señora*, del piso quinto izquierda de la casa número 5 de

la calle de Lucio del Valle, de Madrid, efectuando la renuncia *por el mismo precio en que había comprado ese derecho eventual*. La primera copia de esta escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad número 5 de esta capital y devuelta con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento en este Registro de la Propiedad núm. 5 de los de Madrid, a las diez horas y treinta minutos del día 25 de agosto último, asiento 3.757 al folio 294 del Diario 28, se suspende su inscripción por el defecto, que se estima subsanable, de no acreditarse el consentimiento de la esposa del renunciante, doña M. S. M., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código civil. No se ha solicitado anotación preventiva de esta suspensión. Esta nota se extiende previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 485 c) del Reglamento Hipotecario. Madrid, quince de octubre de mil novecientos setenta y siete.—El Registrador.—Firma ilegible.»

3.º) Que el 27 de octubre de 1977 el propio notario aquí recurrente interpuso recurso a efectos doctrinales exclusivamente, que fue desestimado por el Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid, por Auto de fecha 1 de diciembre de 1977, y apelado por el recurrente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado el 6 del mismo mes y año, que se hallaba pendiente de resolución, cuando fue retirado por escrito de 6 de abril de 1979, debido a que la propia Dirección General, con fecha 4 de mayo de 1978 dictó una Resolución («B. O. E.», de 17 de junio de 1978, pág. 14341), en el cual estimó que no eran bienes gananciales los adquiridos en situación de separación de hecho, es decir, no habiendo vida de consuno, pues precisamente don F. B. P., cuando adquirió la expectativa de usufructo antes referida se hallaba desde hacía muchos años separado de hecho de su esposa doña M. S. M.

4.º) Que presentada de nuevo en el Registro de la Propiedad núm. 5 de esta capital la referida escritura de renuncia de derecho eventual autorizada por el Notario recurrente el 2 de junio de 1979 acompañada de un acta autorizada también por el propio recurrente el 25 de mayo de 1977, número 1.352 de mi protocolo de dicho año, acreditativo del estado de separación de hecho de don F. B. P. y su esposa doña M. S. M., por lo menos desde el año 1950, habiendo alcanzado la mayoría de edad el menor de los hijos de su matrimonio en el año 1962:

El Registrador de la Propiedad puso en la copia presentada, la siguiente nota: «PRESENTADO el precedente documento a las diez horas del día 2 de junio corriente, asiento núm. 2.731 al folio 234 del Diario 31, en unión de un acta autorizada por el mismo Notario en Madrid, con fecha 25 de mayo de 1977 y número 1.352 de su protocolo, se SUSPENDE su inscripción por el defecto, QUE SE ESTIMA SUBSANABLE, de no acreditarse el consentimiento de la esposa del renunciante, doña M. S. M., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código civil. No se ha solicitado anotación preventiva de esta suspensión. Cumplido lo prevenido en la letra c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario. Madrid, 21 de junio de 1979.—El Registrador del núm. 5.—Firma ilegible, rubricado, sellado y reintegrado.»

De estos hechos, son de destacar las siguientes circunstancias:

a) Que don F. B. P. cuando otorgó la escritura en que bajo la condición suspensiva de sobrevivir a doña L. de la P., convino la adquisición del usufructo del referido piso por el período comprendido entre el fallecimiento de la primera, como fecha inicial, y el del segundo, como fecha final, llevaba largos años separado de hecho de su esposa doña M. S. M.

b) Que en la primera de las dos citadas escrituras, don F. B. P. no adquirió usufructo alguno, puesto que la compraventa fue sometida a la condición suspensiva del fallecimiento de la vendedora, momento en el que, tan sólo en el caso de sobrevivir, lo adquiriría.

c) Y que en la segunda de las dos citadas escrituras dicho don Fernando no renunció sino al derecho eventual que podría corresponderle en el caso de darse la circunstancia, antes expresada, de premorirle la vendedora, y que no nacería sino al fallecer ésta.

d) Y que doña L. de la P. no abonó al renunciante don F. B. sino exactamente la misma cantidad que éste le había satisfecho como precio de la compra, es decir, que, simplemente, se la devolvió.

## B) FUNDAMENTOS DE DERECHO

a) *El fundamento aducido por el Registrador de la Propiedad a favor de la necesidad de consentimiento uxorio para la inscripción de la renuncia efectuada*, se concreta al texto del artículo 1.413, § 1.º, del Código civil, que dice: «El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer, o en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles».

La calificación registral que motiva este recurso parte, por consiguiente, de que la renuncia al expresado eventual y futuro usufructo, aún no nacido, es *un acto de disposición de un bien inmueble*.

No indica la nota cuál es el fundamento de su calificación como *inmueble* de un derecho *no nacido aún y sólo eventual* en cuanto *sometido a la condición suspensiva* de que don F. sobrevivirá a doña L. y *sin efecto retroactivo*, puesto que tal usufructo no podría comenzar sino en caso de producirse dicho evento y a partir del fallecimiento de esta señora.

Pero, seguramente, el fundamento de esa calificación como inmueble de dicho derecho, aún eventual y futuro, debió apoyarse en el artículo 334 C. c. que declara: «*Son bienes inmuebles ..... 10.º ..... y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*».

Pero esta calificación del Registrador de la Propiedad que corresponde a los actos dispositivos de bienes inmuebles o derechos reales sobre bienes inmuebles de naturaleza ganancial, ya existentes, halla en el supuesto discutido los siguientes obstáculos que es preciso considerar:

1.º) *La situación de separación de hecho*, desde largos años de don F. B. P. cuando otorgó la compra bajo condición suspensiva y plazo futuro e incierto

del usufructo, no puede dejar de ser tenida en cuenta a efectos de si para renunciarlo debía contar con el consentimiento uxorio, pues como ha declarado la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 4 de mayo de 1978, «*es indudable que la situación de separación de los esposos, sobre todo cuando se remonta a un periodo más o menos largo de tiempo, ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y puede producir determinados efectos jurídicos...*».

Y respecto la posibilidad de alegar el texto del artículo 95 del Reglamento hipotecario, la propia Resolución la ataja en su penúltimo considerando, que dice así:

«Considerando en efecto que este artículo 95 en su redacción actual es una novedad introducida por el Decreto de 17 de marzo de 1959, que trató de acomodarse a la Reforma que del artículo 1.413 del Código civil hizo la Ley de 24 de abril de 1958, sin que pueda dársele un mayor alcance que el que tienen las disposiciones sustantivas sobre la materia (en particular el artículo 1.401, 1.º), ya que la finalidad perseguida era la de poner a disposición del funcionario calificador la existencia de un elemento fundamental a tener en cuenta en la futura calificación de un acto de disposición o gravamen sobre el inmueble ahora adquirido, y aunque incluso en la situación normal de un matrimonio pueda parecer excesivo que de acuerdo con dicha regla 1.ª se practique la inscripción a nombre de los dos cónyuges cuando sólo adquirió uno de ellos, con lo que aparece como titular registral quien no ha sido parte en el acto o contrato, todavía resultan mucho más anómalo la práctica de una inscripción de esa forma, cuando de las manifestaciones hechas por el cónyuge comprador y aún sin entrar a calificar la naturaleza del bien, que a falta de otros elementos de juicio pudiera tener la consideración de ganancial, con arreglo al artículo 1.407 del Código civil, aparecen justificadas reservas a la aplicación del mencionado precepto reglamentario».

La referencia que hace la Resolución a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la comprobamos:

En la S. de 8 de noviembre de 1898, la cual declaró que la mujer no venía obligada a entregar al marido los frutos de sus parafernales, *por vivir separados* y no *existir cargas del matrimonio*. Criterio reiterado por las SS. de 21 de noviembre de 1907 y de 18 de noviembre de 1911.

En la S. de 14 de enero de 1928, que no sólo reiteró el expresado criterio, sino que además estimó que la mujer en estas condiciones no necesitaba autorización de su marido para levantar fondos (que normalmente serían gananciales) y aun para contraer deudas para reparar edificios suyos y hacer labores extraordinarias.

Criterio que la referida Resolución de 4 de mayo de 1978, extiende a la posibilidad de que la mujer adquiriera una vivienda, con dinero que en otras circunstancias sería ganancial, y que dicha vivienda no se inscriba, a tenor del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, a nombre de ambos cónyuges para la sociedad legal de gananciales como en los supuestos normales.

¿Cómo no aplicarse el mismo criterio a un marido anciano que trata de asegurar por medio de un usufructo, que en ese caso estaba sometido a una condición suspensiva y a un *dies a quo*, su vivienda para los últimos años de su vida, y por qué privarle de su disposición atendidos motivos personales suyos?

No es preciso llegar más allá, como no llegó el Tribunal Supremo, ni la Dirección General de los Registros en los supuestos aludidos. No estimamos necesario profundizar en el viejo requisito de la vida *de consumo* —«ganaren o compraren de *consumo*», como decía del marido y la mujer la ley 1.ª, título II del libro III del Fuero Real—; pero sí advertiremos ante los comentarios de García Goyena, al artículo 1.310 del Proyecto de 1851 (*Concordancias...* vol III, pág. 521) y de Manresa al artículo 1.393 del Código civil (*Comentarios*, vol. II, págs. 478 y sig.) acerca de que estos artículos zanjaban tal cuestión, que ciertamente no la trataba de resolver aquél ni la resolvió éste, sino sólo la vieja cuestión del momento inicial de la sociedad de gananciales, que vemos discutida por Alonso Díaz de Montalvo en su glosa a las palabras *de consumo* de la citada ley (cfr. ed. Salamanca, 1569, fol. 112 vt.). En realidad, queda sin precisar en nuestro régimen actual para caso de *no haber vida de consumo*, la solución de la ley 203 del *Stylo*, que recogió la costumbre de *presumir*, que los bienes eran de ambos, marido y mujer, que implicaba la *presunción de haber vida de consumo*, si no se probare que fuesen de uno solo de ellos, es decir, *nisi contrarium probatur*, como comentó Christophoro de Paz (*Scholía ad leges regias Stilo y ed. Madrid, 1603, gl. 11 a dicha ley, fol. 609*). Pero, repetimos, no es preciso profundizar hasta ahí, como tampoco hicieron ni las sentencias ni la resolución citadas.

2.º) *El usufructo es de carácter personalísimo y sólo puede considerarse ganancial su contenido económico*, tal como ocurre con la condición de socio en las sociedades personalistas en las que asimismo es diferenciable tal condición de socio y el contenido económico que lleva inherente. Este carácter lo afirmó la Sentencia de 2 de junio de 1952, al declarar que el usufructo *es un derecho eminentemente personalísimo*; y resulta del artículo 498 del Código civil, al determinar que el usufructuario «*que enajenare o diere en arrendamiento su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufren las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que la sustituya*». Es decir, el usufructuario no puede desprenderse del aspecto pasivo de su titularidad, que le sigue vinculada, aunque enajene nominalmente su derecho, pero efectivamente tan sólo su ejercicio activo.

Es algo que, ya en nuestros años de estudiante, me habían hecho notar mis maestros Blas Pérez y José Alguer, como lo reiteraron en sus notas al *Derecho de cosas* de Wolf (vol. 2.º, § 114, II, pág. 71). Por eso el profesor, y hoy magistrado de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, José Beltrán de Heredia (Rev. Der. Priv. 1941, pág. 225) sostiene la intransmisibilidad del derecho de usufructo. E igualmente Roca Sastre (*Derecho Hipotecario IV-1.º, páginas 397 y sigs., 6.ª ed.*) afirma que el usufructo «*es, indudablemente, un derecho personalísimo, subjetivado, o sea, adscrito o vinculado inseparablemente a una persona, debido a que se establece en consideración a la per-*

*sona a cuyo favor se constituye» que, por ello, «no es comunicable ni transmisible» y quien nominalmente lo transmita «únicamente habrá traspasado su goce, utilidad o ejercicio», «se habrá desprendido del contenido económico del usufructo, pero seguirá siendo usufructuario».*

Volviendo al paralelo con la condición de socio, también personalísima, podemos afirmar que en ambos casos, en consecuencia, ni el derecho de usufructo ni la condición de socio tienen carácter ganancial, aunque se hayan adquirido constante el matrimonio. Lo que es ganancial, en su caso, es su contenido patrimonial, es decir, el disfrute.

Por ello, es lógico y razonable que la Dirección General de los Registros exija el consentimiento uxorio para que el marido transmita o grave ese contenido patrimonial, pero no lo sería que lo exigiera para su renuncia, que incluye ambos aspectos activo y pasivo, y que es facultad personalísima del usufructuario, sin perjuicio de que, al liquidarse la sociedad de gananciales, haya de liquidarse la cuantía del contenido patrimonial inherente.

Ahora bien, en nuestro caso, en el momento de la renuncia, hallándose el usufructo en pendencia suspensivamente condicional, el disfrute no había comenzado aún: es decir, no existía aún contenido patrimonial y, por tanto se carecía de sustancia ganancial. Y, no habiéndola, es inconcebible que fuera necesario el consentimiento uxorio para la renuncia de esa situación de pendencia condicional tendente a la eventual adquisición de un usufructo futuro.

3.º) Además en nuestro supuesto, el usufructo renunciado no había aún nacido, pues se hallaba suspensivamente condicionado, ya que, en nuestro supuesto, la constitución y venta del usufructo, a don F. B. por doña L. de la P., se hacía pender en el propio título:

1.º) De «la condición suspensiva de que aquél sobreviviera a doña L.».

2.º) Y del término incierto, que discurriría, en caso de darse el supuesto previsto, «durante el periodo comprendido entre el fallecimiento de la primera [doña L.] como fecha inicial y el del segundo [don F.] como fecha final», con lo cual se elimina toda sombra de posible retroactividad.

Y hecha esta observación fáctica, conviene analizarla en Derecho, distinguiendo el aspecto civil y el hipotecario.

*Naturaleza en Derecho civil de la situación del titular en pendencia condicional.*

En nuestro Derecho positivo no tenemos más precepto relativo a la adquisición de los derechos condicionados, que el artículo 1.114 C. c., que pese a referirse a las obligaciones, debe extenderse por analogía también a los derechos reales constituidos condicionalmente, al faltar norma en el Código directamente referida a éstos, pues no se atisba razón alguna para aplicar regla distinta a la adquisición de los derechos de crédito que a la de los derechos reales, en igual supuesto de someterse a condición. Y este artículo declara que esa adquisición «dependerá del acontecimiento que constituya la condición».

Doctrinalmente, vemos confirmado, como estudiamos ya hace años («Donación, condición y conversión jurídica material»), este criterio legal suspensivo del nacimiento del derecho. Ello requiere el análisis de la situa-

ción de pendencia característica de todo negocio sometido a condición suspensiva. Más concretamente, a nuestro objeto, en relación a los negocios dispositivos que a los obligatorios. Es decir, en aquellos supuestos en que la perfección del acto puro produciría una transmisión, que queda pendiente por haberse agregado a su supuesto de hecho normal un evento condicionante.

Si todo hecho supone el tránsito de una situación inicial a otra situación final—tránsito que en nuestro caso se concreta a variar el sujeto del derecho que se pretende transmitir—, debe preguntarse si se habrá operado algún cambio de titularidad en el período de pendencia que media entre la disposición condicional y la realización del evento condicionante.

Varias explicaciones han sido defendidas por los autores Sucinta y elementalmente trataremos de exponer las principales. Son las siguientes:

a) Algún autor ha pretendido que el acto se perfecciona a la par que su núcleo central. Ya entonces nacen los derechos derivados del mismo, suspendiéndose solamente su ejecución que queda pendiente de la realización del evento.

Pero, como observa Falzea, *la condición en cuanto viene a incorporarse al negocio, haciéndolo idóneo para desplegar su efecto, pertenece a la zona del supuesto de hecho; y por tanto, se coloca necesariamente antes del nacimiento de la situación efectual. Pertenece al devenir del acto, no al devenir del efecto.*

Otros autores, que han aceptado como cosa normal que la condición afecta al nacimiento de los derechos, poderes o demás situaciones jurídicas subjetivas, creen posible que, en ocasiones, se limite a suspender su ejercicio. Hipótesis correspondiente a la pretendida figura de la condición ejecutiva. Donati, que distingue dos elementos en el poder jurídico: el poder de pertenencia, o poder nudo, y el poder de ejercitar la autoridad reconocida, en el límite de aquella esfera (facultad de ejercicio del poder), ha afirmado que el poder jurídico puede estar incondicionado respecto a su titularidad, pero condicionado, en cambio, respecto al ejercicio, por un evento, que funcionaría como condición del ejercicio.

Esta distinción es concebible respecto al término inicial, dada la certeza del ejercicio sólo retardado. Pero, en cambio, *es inaceptable en la condición, ya que junto a un ejercicio incierto no tiene sentido una titularidad actual cierta.*

b) Otros autores han partido de la conocida observación de Ihering sobre el lado pasivo de los derechos. Aspecto que produce un efecto de sujeción, que vincula a las partes y al objeto a la suerte del negocio condicional. En cambio, el lado activo del derecho queda en suspenso hasta el cumplimiento de la condición.

Pero esta teoría presenta una dificultad lógica: *¿Cómo puede escindirse un derecho, atribuyéndose su lado pasivo a una persona mientras el lado activo queda en manos del transferente?*

Por otra parte, *la vinculación es una consecuencia que puede derivar de la eficacia del acuerdo negocial—que normalmente produce ese efecto definitivo, aun en el período de pendencia—, pero es totalmente independiente*



*de la titularidad del derecho condicionado. Este, si como todo derecho subjetivo supone una posibilidad de libre actuación de su contenido, no puede haber entrado durante el período de pendencia en la esfera del sujeto expectante.*

c) No ha faltado, tampoco, quien haya visto en la situación de pendencia una especial titularidad del derecho condicionado. Titularidad constituida, como anverso y reverso, por el derecho del transferente, sometido a condición resolutoria, y del adquirente, sometido a condición suspensiva. En este sentido se habla usualmente de propiedad bajo condición suspensiva, o de que se tiene un determinado derecho sometido a condición suspensiva. Así Morell, refiriéndose a la situación de reserva viudal, explica: «El derecho del viudo se halla afecto a una condición resolutoria; el derecho de los hijos se halla afecto a una condición suspensiva... Hay que distinguir entre la adquisición condicional y la definitiva...»; y añade: «sabemos que ese derecho se halla sujeto a una condición suspensiva».

Pero se ha observado que *el derecho condicionado no existe aún «pendiente condicione»*. Es inexacto decir que algo existe bajo condición: *lo sometido a condición suspensiva es algo que existirá quizá, pero que por el momento no existe.*

d) De modo semejante se ha dicho que la disposición condicional supone la enajenación de una parte futura de la propiedad o derecho objeto de la transmisión. O que el vendedor bajo condición suspensiva conserva la propiedad temporal, hasta la realización de la condición, y la posibilidad de que retorne a ser indefinida si la condición falla.

*Pero, si causa esfuerzo admitir la actualidad de una titularidad cierta para el futuro, llega a ser totalmente inconcebible una titularidad actual, proyectada al futuro, cuya realidad se halla pendiente de que ocurra un acontecimiento de incierta realización.*

e) Huyendo de esas dificultades, la mayor parte de la doctrina alemana ha distinguido del derecho definitivo, que debe adquirirse al perfeccionarse la condición, el derecho correspondiente a su presunto adquirente durante el período de pendencia. No se trata, pues, del mismo derecho en situaciones distintas (condicional y pura), sino de dos derechos diferentes, el primero de los cuales tiende hacia la adquisición del segundo.

Enneccerus lo perfila como un derecho a adquirir «*ipso iure*» (es decir, sin acto especial de adquisición) al cumplirse la condición. Von Thur entiende que la enajenación condicional puede equipararse a un gravamen del derecho del transferente, por transferencia constitutiva.

En nuestra patria la tesis de Enneccerus, además de Blas Pérez y Alguer, también la ha aceptado Roca Sastre, que la aplica a la situación de reserva («Estudios de Derecho Privado», II —Madrid, 1948—, cap. IX, págs. 305 y 315 y ss.): «Los reservatarios—dice—son titulares de un derecho de adquisición sujeto a condición suspensiva..., el reservista tiene una propiedad revocable, por estar sujeta a condición resolutoria».

Este derecho preliminar de adquisición tendrá naturaleza absoluta, o relativa, según la correspondiente al derecho definitivo al que tiende. Así

dará lugar a una sujeción o a una previa obligación, y sólo en el primer caso su titular tendrá acción contra tercero.

La construcción como derecho potestativo de la posición jurídica del adquirente en el negocio condicional, antes que por otro jurista fue criticada por Seckel. Este autor alegó que *le falta una característica típica de la categoría de derechos potestativos: que la modificación jurídica a la que tendían fuese producida precisamente por un acto de su titular.*

Para la crítica de la concepción del derecho preliminar, parte Rubino del concepto de derecho subjetivo. La plantea con estas interrogaciones: ¿Basta, para la existencia de un derecho subjetivo, que se deje a la libre iniciativa del titular el poder de obtener la actuación coactiva del derecho en caso de violación de éste? O, por el contrario, ¿es necesario que, antes de entrar en la fase de violación, sea atribuido al titular la posibilidad de actuar libremente en determinada dirección, es decir, la facultad de desarrollar la actividad necesaria a fin de que el derecho pueda ejercitarse? Concretamente, el concepto de derecho subjetivo, ¿requiere la posibilidad de su ejercicio? *Objeto del derecho subjetivo* —contesta Rubino— *es la protección de un interés, «finalidad» que sólo se consigue con el ejercicio del derecho. Por tanto, el derecho subjetivo nace para ser ejercitado y con él debe nacer la posibilidad del ejercicio.*

*Sobre esta base, concluye que si al concepto de derecho subjetivo es esencial la posibilidad de libre actuación de su titular para la realización no coactiva de su contenido, resultará que la posición eventual del adquirente bajo condición no puede ser considerado como tal derecho.*

g) Entre la más moderna doctrina es común otra distinción. Entre la expectativa condicional, en sí misma, considerada, y los efectos cautelares o preliminares que la acompañan.

Para Rubino la expectativa, de una parte, designa siempre un *quid de mero hecho: simple esperanza de futura adquisición de un derecho.* Mas de otra, obtiene entidad jurídica en cuanto es protegida por el complejo de los efectos preliminares, que defienden la futura adquisición del derecho. Por eso, *jurídicamente, la expectativa es una entidad jurídica subordinada al conjunto de estos efectos preliminares singulares, que se producen a favor de un sujeto. Supone, por tanto, un interés jurídicamente protegido, pero no un derecho subjetivo.* Pues, a juicio de Rubino, la noción del derecho subjetivo requiere la posibilidad de una libre actividad del titular (o de alguien en su lugar) para la realización no coactiva del derecho en la fase que precede a su violación.

Igualmente, Betti afirma: *«El titular de una expectativa suspensivamente condicionada no lo es de ningún derecho actual, sólo es el eventual titular de un derecho futuro. Esta simple constatación se opone a las tentativas hechas para asignar un contenido actual al derecho condicionado»...*

De otro lado —añade—, ya en pendencia la condición, existe el germen de vida de una relación jurídica futura, de la cual surgirá, sin más, con sólo producirse la condición, ya que entonces se hallará completo el supuesto de hecho que la engendra. El negocio bajo condición crea, por tanto, una situación jurídica caracterizada por *algunos efectos provisionales y preli-*

*minares*, destinados a asegurar la actuación de la regulación de intereses delineada por las partes, en el caso de cumplimiento de la condición; *efectos* que despliegan una función de garantía y tutela de la *expectativa*, con *vistas al cumplimiento futuro o la futura resolución de la situación actual*.

Es cierto que esta situación preliminar goza de una *sujeción*, que produce su irrevocabilidad y el deber de no impedir la realización del evento condicionante, que la protegen y defienden; pero *ese* complejo preliminar *no debe confundirse con el derecho futuro que pende de la condición*.

*Naturaleza de la situación de pendencia condicional inscrita en el Registro.*

El criterio de que todo derecho condicionado inscrito es derecho real, puesto que se trata de un presupuesto preciso para que sea inscribible, parte de la evidente confusión de estimar que en nuestro Registro de la Propiedad el objeto de la inscripción son los derechos reales sobre inmuebles, siendo así que—como dice Roca Sastre (*Derecho Hipotecario*, 6.ª, ed., vol. II, pág. 609)—: «Los *derechos reales* —por inmobiliarios que sean— *no son objeto de inscripción*, en sentido amplio, sino sólo *resultancia o reflejo* de la *inscripción de los actos de mutación jurídico-real de los mismos*... «lo que propiamente es *objeto directo de inscripción* son los *actos de mutación jurídico real de los mismos*...». Por eso, ha dicho Núñez Lagos («El Registro de la Propiedad español», R.C.D.I. 1949, págs. 149 y ss.) el Registro de la Propiedad español es un Registro de «*títulos*» no de *derechos*. Y Lacruz («*Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*», pág. 112) precisa que debe distinguirse «entre lo que es objeto de la inscripción—los actos—y lo que es objeto de la publicidad registral—los derechos—».

Siendo así, *la inscripción de un título en el que bajo condición suspensiva se constituye un derecho, publica esa constitución condicional, sin implicar que tal derecho haya nacido aún, mientras no se cumpla el evento condicionante*.

El efecto de su inscripción nos lo explica el mismo Roca Sastre (pág. 673): «*La ventaja del acceso registral de los actos o negocios condicionales suspensivamente, es el poder ganar los mismos "prioridad registral", siempre naturalmente, que la condición llegue a cumplirse, transformándose la expectativa de derecho inscrita en titularidad actual del derecho, siempre con el auxilio de los efectos retroactivos correspondientes*» (cuando los haya). Eso no conjuga con su afirmación anterior (pág. 669) de «que participa de la naturaleza misma del derecho a que tiende», puesto que no produce sino la prioridad registral correspondiente y la sujeción de toda carga inscrita, que aún no constituye un derecho actual, y que, entretanto, tienen el carácter negativo de «gravamen, afección, limitación o restricción de carácter o transcendencia real», lo que «hace que una vez registradas *perjudiquen a terceras adquirentes*» (pág. 647).

Tampoco puede decirse que una expectativa condicional se convierta en derecho real inmobiliario por el hecho de su inscripción, que les da eficacia respecto de tercero, pero no puede cambiar su naturaleza, como tampoco la cambian los derechos personales que se inscriben (opción, arrendamientos), «*sin que*—como dice Roca Sastre (pág. 633 y s.)—*al acceder tales derechos obligacionales al Registro se transformen en reales, pues el*

*Registro, naturalmente no tiene virtualidad suficiente para alterar la naturaleza...». Así como tampoco los derechos reales no inscritos dejan de serlo por el hecho de no afectar a los terceros registrales.*

Así la inscripción de la situación de pendencia condicional, la asegura respecto de terceros, pero no cambia su naturaleza en derecho real actual.

4.º) *La norma del artículo 1.413 no es de interpretación extensiva.*

El hecho de que la Dirección General de los Registros haya considerado innecesaria la licencia uxoria para la cancelación de las hipotecas, parece indicar que la interpretación extensiva del artículo 1.413 no es el criterio seguido por ella.

La cuestión tiene interés aquí para la interpretación de la expresión *bienes inmuebles* que, conforme al artículo 334, incluye los derechos reales inmobiliarios, pero no debe incluir —conforme hemos visto en el punto I— las situaciones de pendencia suspensivamente condicionada de los mismos. Y tiene interés, en especial, respecto los actos de renuncia de expectativas e, incluso, de derechos potestativos dirigidos a la adquisición de algún derecho real inmobiliario. Así, en la práctica, se admite sin vacilar la renuncia sólo por el marido del derecho de retracto legal dimanante de un arrendamiento constituido durante el matrimonio regido por la sociedad de gananciales o de la titularidad de un predio colindante también ganancial, e igualmente de una opción inscrita, adquirida también constante el matrimonio. Criterio que nos parece analógicamente aplicable a la renuncia de expectativas condicionales tendentes a la adquisición de un derecho real inmobiliario.

¿Cómo puede, pues, calificarse de bien inmueble un derecho que aún no existe, aunque se halle en pendencia condicional inscrita en el Registro de la Propiedad? ¿No es evidente que se trata de una interpretación muy extensiva del artículo 1.413 C. c. la que mantiene la nota recurrida?

## II

*El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid, en Auto de fecha 14 de noviembre de 1979, desestimó el recurso con los siguientes Considerandos:*

Que el primordial y repetido (por ser el mismo de precedente recurso gubernativo) problema suscitado es el de si el acto de renuncia del derecho de usufructo sujeto a la condición suspensiva de que el comprador sobreviviera a la vendedora del mismo, sobre el piso quinto, izquierda, interior, de la casa núm. 5 de la calle Lucio del Valle, de Madrid, adquirido por don F. B. P., constante su matrimonio con doña M. S. M. a medio de cierta contraprestación sin que siquiera se consignara en la escritura la procedencia del dinero en que consistía, podía otorgarle sólo dicho esposo, pendiente aquella condición, como efectivamente lo hizo, si además necesitaba el consentimiento de su mujer, debiendo agregarse que la constitución condicional del mentado derecho de usufructo se inscribió el 8 de marzo de 1971, haciéndose constar literalmente en el asiento correspondiente, de acuerdo con el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, que el precio

de su adquisición era presuntamente ganancial, lo cual implicaba registralmente, a reserva de posible y futura prueba en contrario, que se había hecho a costa del caudal común, y que ese asiento subsistía cuando en 21 de junio de 1979 se extendió la nota en este recurso refutada suspendiendo la inscripción de la escritura de 9 de septiembre de 1975 de renuncia de repetido usufructo, constituyendo nuevo extremo a estudiar y decidir en este auto el atinente a si la situación matrimonial de separación de hecho desde hacía años de la señora S. y el señor B., que en este segundo recurso se alegó por primera vez, modificaba el régimen de disposición de sus bienes gananciales, y concretamente de la cuestionada renuncia de usufructo.

Que prescindiendo, en cuanto al enunciado primer punto de este recurso, de la argumentación que para su desestimación podía significar el trascendente antecedente de que el recurrente señor Vallet consintió, por desestimiento de la apelación que formulara, el anterior auto de 1.º de diciembre de 1977 que rehusó la impugnación por él deducida de nota registral equivalente a la aquí combatida, al propio efecto o igual fin desestimatorio debe empezar por recordarse que la extinción del derecho de usufructo por renuncia, expresamente prevista en el núm. 4.º del artículo 513 del Código civil, requiere naturalmente el consentimiento del nominal usufructuario, y siendo el de ahora de presunta o legal naturaleza ganancial por el principio general del artículo 1.407 del mismo Código, precisa también el de la esposa por prevenirlo la imperativa disposición en su nueva redacción del artículo 1.413 del propio texto legal, dado que tal derecho real ha de reputarse bien inmueble por analogía (núm. 10 del artículo 334 de igual Código); siendo ello así, además, porque la concreta renuncia que nos ocupa constituye, indudablemente, voluntario acto de desprendimiento de derecho real en cosa ajena y, por tanto, uno de los supuestos de negocio dispositivo a que se refiere aquel artículo 1.413.

Que, en contra, no debe prevalecer la alegación del recurrente, en principal base del artículo 1.114 de aquel cuerpo legal y de la erudita doctrina que aduce, de que la motivación de la nota rebatida no es aplicable al caso de derechos eventuales, todavía no nacidos, como son los sometidos, sin efecto retroactivo, a condición suspensiva antes de cumplirse la misma, en este caso ya se sabe a que sobreviviera el usufructuario a la vendedora del usufructo, pues como ya se razonó en el antes aludido auto de esta presidencia del primer recurso planteado, la inscripción de los actos sujetos a esa clase de condición o su transcripción en el Registro, es admitida en nuestro positivo derecho hipotecario, autorizándola, entre otros, los números 2.º de los artículos 2.º y 9.º de la Ley Hipotecaria y el 4.º del 52 de su Reglamento, «declarando y proclamando el asiento una expectativa de probable derecho con entidad patrimonial o el derecho a adquirir otro «ipso iure» o un derecho que participa de igual naturaleza que aquel a que atienda, lo que entraña titularidad condicional que coexiste con la todavía actual y vigente del transferente, titularidad que logra con su inscripción cierto rango registral, lo que viene a significar el reconocimiento de un derecho subjetivo de carácter real del beneficiario condicional de tal registración», añadiéndose, de acuerdo con los Registradores informan-

tes, que si el derecho condicional en cuestión se hubiera inscrito improcedentemente, el problema debería haberse reducido a postular la cancelación del asiento conforme al artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

Que como lógica y obligada secuela de todo ello, se insiste en que no se puede prescindir, al menos dentro del campo de nuestro derecho registral inmobiliario en el que ahora primordialmente hemos de movernos, en la renuncia del derecho de usufructo que nos ocupa de la intervención o conformidad de la cónyuge del señor B. o, en su defecto, de acudir al remedio supletorio del propio artículo 1.413 del Código civil de la autorización judicial, a cuya señora había que reputar, hacía más de ocho años cuando se extendió la nota rebatida, cotitular registral del consabido usufructo condicional en virtud del conocido pormenor de la inscripción entonces causada de que el precio del mismo era presuntivamente común, asiento que ha de producir, según el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos por el ordenamiento jurídico.

Que a la anunciada decisión no se opone el dato (inferido puede que como consecuencia no absoluta e indiscutible del antecedente de que desde antes de la compra del usufructo de autos en 1970 el comprador ha venido siendo empadronado, como huésped, en domicilio distinto al conyugal) de la separación de los esposos señora S. y señor B., toda vez que esta clase de separación matrimonial de hecho no la contempla y pondera el derecho positivo como causa de exoneración del consentimiento uxorio del tan mencionado artículo 1.413 del Código civil, salvándose luego el inconveniente u obstáculo que esa separación pueda originar con la arbitrada solución de la repetida autorización judicial; porque la Dirección General de los Registros no estimó en resolución de 4 de mayo de 1978, como asevera el recurrente en su recurso, «que no eran bienes gananciales los adquiridos en situación de separación de hecho», pues lo que dijo en su octavo Considerando a propósito de caso esencialmente diferente al presente, de adquisición de inmueble por mujer casada y a cómo debía inscribirse esa adquisición, fue que «la situación de separación de hecho de los esposos, sobre todo cuando se remonta a un período más o menos largo de tiempo, ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo»; porque la jurisprudencia a que alude esa resolución y precisamente invoca el recurrente (Sentencias de 9 de noviembre de 1898 y 14 de enero de 1928) se contrae, respectivamente, a supuestos ahora tan extraños como a que la mujer no venía obligada a entregar al marido los frutos de sus parafernales por vivir separados y no existir cargar del matrimonio, y a que si los conyuges viven separados y no tienen hijos ni cargas matrimoniales que levantar, la mujer tiene plena capacidad administrativa sobre sus bienes parafernales sin tener que entregar nada a su marido, y, por último, porque sólo a través de extensiva y un tanto atrevida interpretación lógica podría, si acaso, llegarse, en base de la expuesta doctrina jurisprudencial, a la conclusión que propugna el recurrente, lo que no se juzga de ortodoxa y cabal prudencia y procedencia.

## III

*Contra el Auto del Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid, el Notario Juan Vallet de Goytisolo apeló ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, con el siguiente escrito en base a los siguientes fundamentos de derecho.*

El recurso interpuesto por el infrascrito notario contiene cuatro fundamentos de derecho a favor de la tesis sostenida, razonados en algo más de cuatro pliegos. El recurrente cree sinceramente que ninguno de sus razonamientos ha sido rebatido en los considerandos del Auto del Presidente de la Audiencia, que se limita a sentar afirmaciones o a razonar negativamente cuestiones que no son exactamente las aducidas por el recurrente. Es más, de los cuatro fundamentos aducidos, cualquiera de ellos suficientes para invalidar la tesis del Registrador, sólo de dos se ocupa el Auto, que silencia totalmente las razones contenidas en los otros dos.

No dudamos que en la Dirección General serán leídos, directamente de nuestro escrito de interposición del recurso, los cuatro fundamentos con todos sus correspondientes razonamientos. Por ello, para evitar reiteraciones innecesarias, circunscribiremos esta apelación a sintetizarlos y a examinar los silencios y las afirmaciones contenidas en los considerandos del Auto recurrido, siguiendo, para ello, el orden de los fundamentos de nuestro recurso.

1.º) *La situación de separación de hecho consentida por ambos cónyuges —puesto que ninguno ha instado al otro por abandono de familia— desde muchos años antes de la adquisición del usufructo por el marido y sin que existan cargas comunes en el matrimonio—situación que prueba el acta que se acompañó a la escritura de renuncia, como complementaria a la solicitud de inscripción de aquélla—, y que fue aducida por el recurrente como premisa menor para llegar a la conclusión de que, al no existir vida de consuno, no se generaron gananciales en ese estado.*

Contra esta conclusión, el Presidente de la Audiencia afirma que, a ella «sólo a través de extensiva y un tanto atrevida interpretación lógica podría, si acaso, llegase, en base a la expuesta doctrina jurisprudencial», añadiendo «lo que no se juzga de ortodoxa y cabal prudencia y procedencia». Pero, no razona tan rotundo juicio.

En cambio, creemos que la falta de *vida de consuno* material —y además espiritual, en los casos en que la separación material estuviere justificada por causa impediende legítima—, consentida por ambos cónyuges y no habiendo cargas comunes, priva de su causa y razón a la obtención de gananciales; y que la no consentida por uno de los cónyuges excluye de toda justificación la obtención por el otro de las ganancias obtenidas por aquél. Sinceramente creemos que, en esos casos, toda participación en las ganancias por el cónyuge que no las haya obtenido carece de causa legitimadora sin que el requisito natural de la vida de consuno en el matrimonio. Esta es de la *esencia justificativa* de los gananciales.

La dificultad de su estimación radica en que se trata de una situación de hecho, como sin duda lo es la separación de hecho en el matrimonio. Y

sólo en el sentido de mostrar su estimabilidad invocamos en el recurso las sentencias del Tribunal Supremo que en él se citan, y no en el que supone el Auto apelado. Lo que en el recurso tratamos de mostrar, y creemos evidente, es que el Tribunal Supremo ha valorado la separación de hecho en el matrimonio para atribuirle efectos jurídicos. Nada más ni nada menos.

Su prueba resulta del acta acompañada, no sólo por los datos de cinco padrones familiares de los años 1950, 1955, 1960, 1965 y 1970, sino también del certificado de percepción de prestaciones de la Mutualidad de Comercio, en la que se hace constar que nada cobraba don F. B. P. por razón de su esposa, y del oficio del Ayuntamiento de Madrid entre cuyos datos figura que el mismo señor B. estaba domiciliado en Lucio del Valle, 5; así como de las manifestaciones del portero de dicha casa y de una doméstica del piso 5.º izquierda interior de la misma casa, donde el repetido señor B. residía como huésped.

El auto dice, que «esa clase de separación matrimonial de hecho no la contempla y pondera el Derecho positivo como causa de exoneración del consentimiento uxorio del tan mencionado artículo 1.413 del Código Civil». Acotemos, ante todo, que tampoco ningún artículo del Código exonera a la mujer de entregar al marido, en caso de separación de hecho, los frutos de los parafernales, y que, sin embargo, el Tribunal Supremo estimó esa exoneración por las razones que constituían la misma esencia de tal obligación. Razón esencial, sin duda, como lo es también la existencia de vida de consuno para que se devenguen gananciales a favor del cónyuge que no obtuvo las ganancias, ya que sin ella—repetimos—falta toda justificación para que un cónyuge, que voluntariamente haya aceptado la separación de hecho del otro, los obtenga de las ganancias de éste. La *ratio* es idéntica.

También dice el Auto que «la Dirección General de los Registros no estimó en resolución de 4 de mayo de 1978, como asevera el recurrente en su recurso, "que no eran bienes gananciales los adquiridos en situación de separación de hecho", sino que sólo dijo, en su octavo considerando, "que la situación de separación de hecho de los esposos, sobre todo cuando se remonta a un periodo más o menos largo de tiempo ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo"».

Pero lo cierto es que en las Resoluciones, como en las Sentencias, más que las simples palabras de sus considerandos, interesa la relación entre la razón determinante y el fallo. Y a este respecto, en la citada resolución, observamos:

a) Que los defectos puestos por el Registrador en la nota calificada fueron:

1.º) No acreditarse suficientemente el carácter parafernial del precio o contraprestación como exige el artículo 95, 3.º del Reglamento Hipotecario, ya que la mera separación de hecho de los esposos revelada en el documento por la simple manifestación de la adquirente no puede producir ninguna consecuencia en el mundo jurídico con trascendencia frente a terceros ni puede transformar lo que por ley es ganancial en privativo. Por tanto, la inscripción debe practicarse a tenor de la regla 1.ª del citado artículo 95.



2.º) Supuesto lo anterior, falta de consentimiento del marido de conformidad con el artículo 1.416 del Código civil, para obligar los bienes de la sociedad conyugal a través de una condición resolutoria en garantía del precio aplazado y una cláusula penal también para caso de impago del precio».

b) Y que, no obstante, de conformidad con el Auto del Presidente de la Audiencia de Barcelona, la Dirección General de los Registros revocó la nota del Registrador, y, precisamente, aduciendo la separación de hecho —no probada en dicho caso, sino únicamente invocada—, decidió que se practicara la inscripción a nombre sólo de la mujer, sin necesidad de consentimiento marital no sólo en cuanto la compra sino, incluso, también respecto de la aceptación de la condición resolutoria.

Advirtamos que, en el caso de esa Resolución de 4 de mayo de 1978, el incumplimiento de la condición resolutoria (que incluso podría derivar del impago voluntario del precio aplazado por la mujer) daría lugar a la pérdida de la propiedad y a la cancelación de su inscripción de dominio, sin que el marido hubiera consentido, del mismo modo que en el caso de nuestro recurso la renuncia por el marido del futuro usufructo, por él comprado sin el concurso de la mujer, no sólo debe dar lugar a su extinción, sino también a la cancelación de la inscripción registral de su estipulación.

Añadiremos, aún, que el Registrador en su informe aduce, y el Auto apelado al final de su quinto considerando lo recoge, que, al haberse extendido el asiento a nombre de ambos cónyuges y para la sociedad conyugal, de acuerdo con el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, y no sólo a nombre del adquirente, queda vinculado el Registrador, en toda posterior calificación, por el contenido del asiento así practicado. Pero las Resoluciones de la Dirección General de Registros de 10 de marzo, 7 de abril y 8 de mayo de 1978 muestran que no es así, sino que esa primera calificación como ganancial debe ser rectificadas por el Registrador ante la prueba documental de la inexactitud del supuesto contemplado en aquélla al extender el asiento. Prueba documental que en nuestro caso suministra la referida acta que se acompañó a la escritura calificada.

2.º) *El carácter personalísimo, «intuitus personae», del derecho de usufructo, que muestra el artículo 498 del Código civil*, al disponer que el usufructuario que enajenare o diere en arrendamiento su derecho de usufructo, «será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya», lo cual implica que no es enajenable el derecho de usufructo sino sólo su contenido económico. Por consiguiente, el derecho de usufructo constituido a favor de uno solo de los cónyuges no es ganancial, siéndolo únicamente su contenido económico en caso de haberse adquirido aquél a título oneroso y durante el matrimonio con dinero o bienes no privativos. Ocurre lo mismo que con la condición de socio en las compañías personalistas, que sólo corresponde al cónyuge que la ostenta, siendo únicamente ganancial, en su caso, el contenido económico correspondiente.

Esta tesis resulta confirmada por el art. 1.403, § 1.º, del Código civil, que dispone: «*El derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los*

*cónyuges perpetuamente o de por vida, formará parte de sus bienes propios: pero los frutos, pensiones e intereses devengados durante el matrimonio serán gananciales».*

No se alegue que esta norma se refiere a los usufructos ya privativos por haberse adquirido antes del matrimonio o durante él a título lucrativo, por derecho de retracto o permuta perteneciente al adquirente o comprados con dinero exclusivo suyo; pues, en ese caso, el precepto sería redundante, puesto que así resulta ya del artículo 1.396 C. c. Por otra parte, el art. 1.403 no se halla en la sección segunda del correspondiente capítulo, que lleva el epígrafe *De los bienes de la propiedad de cada uno de los cónyuges*, sino en la tercera *De los bienes del matrimonio*, entre los cuales, en el art. 1.401 figuran: «1.º *Los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos*».. Significando, así, el art. 1.403, § 1.º, una excepción del art. 1.401, núm. 1.º, explicable por el carácter personalísimo, *intuitus personae*, que venimos aduciendo. La expresión «perteneciente a uno solo de los cónyuges» sólo excluye aquellos usufructos adquiridos por ambos esposos sobre la vida de los dos o reservados para ambos en caso de venta de una cosa ganancial con reserva de usufructo, supuesto al que también es aplicable el art. 521 C. c. El mismo epígrafe 1.º del art. 1.403 declara ganancial el contenido económico, es decir, los frutos, pensiones e intereses devengados durante el matrimonio.

Además, en el caso de nuestro recurso, a mayor abundamiento, faltaba todo contenido económico en el usufructo renunciado —cosa que no ocurría en el caso que motivó la Res. de 31 de enero de 1979—, puesto que en el nuestro ni siquiera había nacido el usufructo y aún se ignoraba si llegaría a nacer, al no haberse cumplido aún la condición de que dependía. Por ello, a la sociedad de gananciales ni siquiera podría corresponderle un contenido económico que no existía ni podía existir.

Nada ha opuesto el Auto apelado en contra de este argumento, que es silenciado en él.

3.º) *La inexistencia del usufructo condicionado a un supuesto que aún no ha ocurrido y que, de ocurrir, no tendría efectos retroactivos, porque el inicio del usufructo también se remite al mismo evento que lo condiciona.* Inexistencia que resulta genéricamente del art. 1.114 del Código civil, según el cual la adquisición de los derechos condicionados, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, «*dependerá del acontecimiento que constituya la condición*». Este criterio del art. 1.114 resulta confirmado por la más moderna doctrina, que —como mostramos en el escrito de interposición del recurso— ha desechado totalmente la vieja doctrina del doble derecho —del titular actual y del sujeto a condición—, recíprocamente condicionados suspensiva y resolutoria, hace años recibida en los ambientes hipotecarios españoles. Predomina hoy la tesis de la *expectativa o simple esperanza* de un *eventual derecho futuro*, sin perjuicio de los *efectos preliminares de garantía* que aseguren los intereses de los sujetos de la expectativa para caso de que su derecho llegue a nacer.

El Presidente de la Audiencia no discute estas razones, «en principal base del art. 1.114 —dice— de aquel cuerpo legal [el Código civil] y de la

erudita doctrina que aduce [el recurrente]», sino que funda la existencia actual de un derecho condicional de naturaleza real, entre otros, en los artículos 2 y 9 de la Ley Hipotecaria y núm. 4 del art. 52 de su Reglamento, «declarando y proclamando el asiento una expectativa de probable derecho con entidad patrimonial, o el derecho a adquirir otro *ipso iure* o un derecho a derecho que participa de igual naturaleza que aquél a que tiende, lo que entraña titularidad condicional que coexiste con la todavía actual y vigente del transferente, titularidad que logra con su inscripción cierto rango registral, lo que viene a significar el reconocimiento de un derecho subjetivo de carácter real del beneficiario condicional de tal registración».

Sin embargo, no parece posible que la Ley Hipotecaria y su Reglamento modifiquen el sistema del Código civil en materia de condición, dando origen a un derecho real, *civilmente no contemplado*, en virtud de una hipotética *inscripción constitutiva*, sólo expresamente establecida en nuestro Derecho vigente para el nacimiento del derecho real de hipoteca, y nada más. El mismo Roca Sastre, que continúa sosteniendo la vieja tesis de los hipotecaristas del primer tercio de este siglo, sin embargo, en plena contradicción con ella, explica que: «*La ventaja del acceso registral de los actos o negocios condicionales suspensivamente, es el poder ganar los mismos "prioridad registral", siempre naturalmente que la condición llegue a cumplirse, transformándose la expectativa de derecho inscrita en titularidad actual del derecho, siempre con el auxilio de los efectos retroactivos correspondientes*» (cuando estos efectos correspondan, claro está).

Siendo así, tal inscripción no produce sino la *prioridad registral* correspondiente y la *sujeción* a toda carga inscrita que aún no constituya un derecho actual, y que, entre tanto, tienen el carácter negativo de «*gravamen, afección, limitación o restricción*», de modo que «*una vez registradas, perjudiquen a terceros adquirentes*». Pero ello no cambia la naturaleza de expectativa condicional, por lo que se refiere a quienes no sean terceros hipotecarios, de modo que no varía su naturaleza, como tampoco la cambian los derechos personales que sean objeto de inscripción (como la opción, los arrendamientos), «*sin que —como dice el mismo Roca Sastre— al acceder tales derechos obligacionales al Registro se transformen en reales, pues el Registro, naturalmente, no tiene virtualidad suficiente para alterar la naturaleza*», y menos aún —añadimos— *para convertir una expectativa en derecho*.

Así, *la inscripción asegura respecto de terceros la situación de pendencia condicional, pero no cambia su naturaleza en derecho real actual*.

No se alegue que si no fuesen derechos reales no se inscribirían, lo que implicaría una petición de principio. No olvidemos que nuestro Registro de la Propiedad no es un registro de *derechos* sino de *títulos*, constitutivos, modificativos o traslativos de derechos reales. Por eso, son inscribibles los *títulos en que bajo condición suspensiva se constituyan derechos reales, aunque éstos no hayan nacido aún mientras la condición no se cumpla; y esa inscripción del título publica únicamente la pendencia condicional del derecho aún no nacido, pero nada más, mientras el evento condicionante penda*.

4.º) Cualquiera de las tres razones alegadas es suficiente, aunque las otras dos no se den, para que la nota del Registrador resulte injustificada; pero —aparte de que creemos que las tres son evidentes— es de subrayar, además, *que parece muy extensiva la interpretación*, a efectos del consentimiento uxorio del art. 1.413, de *calificar como bien inmueble un derecho que aún no existe*, aunque se halle en pendencia condicional, inscrita en el Registro de la Propiedad, y *más aún resulta extensiva la exigencia de ese consentimiento para la renuncia, con mera devolución del mismo precio satisfecho, de un usufructo aún no nacido y con su nacimiento futuro condicionado suspensivamente.*

#### IV

*La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 15 de abril 1980, rechazó la apelación y confirmó el Auto presidencial y la nota del Registrador, con los siguientes Considerandos:*

«Que al estar inscrito en el Registro conforme a la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario un derecho de usufructo sujeto a condición suspensiva adquirida por el marido durante matrimonio, la cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si acreditada la situación de separación de hecho de ambos cónyuges muy anterior a la adquisición del usufructo, puede el marido por sí sólo renunciar por idéntico precio al de su compra a dicho derecho eventual, o necesitará para esta renuncia el consentimiento uxorio exigido por el artículo 1.413 del Código civil.

»Que la situación que da origen a la controversia hay que encuadrarla en aquéllas que la mayoría de la doctrina denomina como situaciones jurídicas interinas, y precisamente dentro de lo que constituye el supuesto más típico, que es el de pendencia, y en la que pueden encontrarse no sólo los derechos de crédito, sino también un derecho real, como sucede en este caso.

»Que estas situaciones caracterizadas por la nota de la provisionalidad hasta tanto tenga lugar el evento que las transforme en definitivas, y en las que existe una titularidad preventiva que recae sobre el que la doctrina suele denominar derecho condicionado o eventual, mantienen la estructura del derecho principal, por no ser su naturaleza independiente de la de éste, y participan en consecuencia de su carácter.

»Por tanto, que al haber sido adquirido el derecho eventual de usufructo durante el matrimonio y por precio, ha de entenderse que este derecho, por imperativo del art. 1.401-1.º, pasa a formar parte de los bienes que integran la sociedad de gananciales sin que, como declaró la Resolución de 31 de enero de 1979, el carácter personalísimo e intransmisible del usufructo que defiendo de parte de la doctrina científica sea obstáculo a la consideración de ganancial de este derecho y que, por consiguiente, su enajenación deba regirse por el art. 1.413 del Código civil, ya que su fundamento, que no es otro que el de la protección de los derechos de la mujer en la sociedad conyugal administrada por el marido, sigue en pie aún en situación de separación de hecho de los cónyuges.

»Que a mayor abundamiento el carácter real de la relación jurídica discutida se desprende de la postura adoptada por nuestro legislador en esta materia, al permitir y regular, entre otros, en el art. 23 de la Ley Hipotecaria, la forma de acceder al Registro de estas situaciones, que únicamente podrían serlo por el reconocimiento de su naturaleza real, dado lo dispuesto con carácter general en el art. 2 de la misma Ley, pues de no ser así por ostentar otra naturaleza, no podrían ser inscritas —y en el supuesto de este recurso se inscribió el usufructo constituido bajo condición— y de haberlo sido, procedería la aplicación del art. 98 de dicha Ley.

»Que la tesis sostenida de que el bien forma parte de los gananciales, y que, mientras no se pruebe su carácter privativo, los actos dispositivos se rigen por sus respectivas normas —art. 1.413 del Código civil—, no aparece desvirtuada por la Resolución de 4 de mayo de 1978, que se limitó a señalar la forma en que la adquisición hecha por la mujer separada de hecho debía reflejarse en el Registro, sin entrar a calificar la naturaleza del bien y sin introducir especialidad alguna para los actos dispositivos.»

R.

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**CABRILLO, Francisco y SEGURA, Frederic: «Dinero y libertad económica. Una crítica del control de cambios en España». Madrid, 1979. Instituto de Economía de Mercado. Unión Editorial, S. A. Un volumen de 133 páginas.**

Esta obra, de un economista y un jurista, tiene especial interés para los civilistas que han de tratar el estudio de las obligaciones dinerarias concretas o especificadas por las partes (art. 1.170 del C. c.), especialmente cuando el objeto de su prestación es una moneda extranjera. Ahora bien, el contenido de esta obra, específicamente, es otro muy distinto, ya que aborda la faceta más general de todo sistema monetario estatal que alcanza un grado de intervencionismo como es el establecido por un régimen de «control de cambios», una técnica bancaria de la que se apoderó y ejerce imperativamente la Administración económica del Estado para arbitrar el valor externo de su moneda y ejercer el monopolio de la extranjera mediante el establecimiento de unas prohibiciones generales sobre su tenencia y contratación por los particulares.

La obra, pues, se escribe a propósito de querer ser renovado nuestro régimen de control de cambios (el establecido con carácter imperativo a partir de los años treinta), una vez que aparece el dictamen de la Comisión de Comercio y Turismo sobre el nuevo Proyecto de «Ley del Régimen Jurídico del Control de Cambios», el 30 de diciembre de 1978, en el «Boletín Oficial de las Cortes».

La obra de estos autores es una clara reacción crítica en contra de este nuevo Proyecto de Ley que, debe decirse, militan en la que puede denominarse nueva y brillante escuela liberal de economistas españoles. Por tanto, la obra trata de poner de relieve el contraste que existe entre un sistema de control de cambios como el español, que es uno de los más rígidos del mundo, y las consecuencias beneficiosas que comportaría su derogación o, al menos, su liberalización que la graduase hasta conseguir su desaparición, pero no cometer el error de hacerlo subsistir tan sólo pretendiendo cambiar de carácter normativo de un modo extensivo (prohibitivo general y prohibitivo particular) y cuantitativo (en las sumas toleradas y en la graduación de penas y sanciones administrativas). Al continuarse el monopolio monetario del Estado para los cambios entre monedas y la necesaria entrega por los particulares de la moneda extranjera a los quince días de poseerla para su conversión a pesetas, se sigue considerando su omisión como un delito social.

El control de cambios, según señalan estos autores, es producto del intervencionismo estatal, justificado en unos presuntos mejores criterios de

rentabilidad pública, así como el pretender evitar la irracionalidad, la inestabilidad, la coordinación y el despilfarro de recursos de la iniciativa individual, en base a la creencia de que, al contrario de los ciudadanos de a pie, los políticos y administradores son unos santos altruistas que no miran por sus intereses personales; sin embargo, no suelen exponerse los considerables costes sociales que el control de cambios lleva en sí por su aparato burocrático y, sobre todo, por la eliminación de la libertad económica que supone su implantación.

La obra, después de una introducción, que examina en general el control de cambios y el intervencionismo estatal, pasa en su apartado primero a exponer lo que es el dinero y su sistema monetario, para lo cual ofrece un concepto económico del dinero, el comportamiento del dinero en la vida real y la emisión de moneda y billetes en España.

En su apartado segundo se hace el análisis del control de cambios de un modo concreto, con sus costes y su naturaleza, su evolución histórica y la normativa actual. En el apartado tercero, continúa adentrándose en el control de cambios y los objetivos de la política económica, especialmente en relación al valor del dinero, el mantenimiento del valor externo de la peseta, el crecimiento de las reservas y la consecución de una balanza de pagos equilibrada, así como la defensa del señoreaje del Estado. El apartado cuarto añade al examen del control de cambios los objetivos de la política económica en cuanto a la inversión exterior, como sucede con el control de las inversiones extranjeras y la regulación de la exportación de capitales a largo plazo. Del mismo modo, en el apartado quinto se refiere concretamente al control de los movimientos especulativos internacionales de capital y la defensa de la soberanía de la política monetaria.

El futuro del control de cambios en España merece un apartado concreto en cuanto a su situación actual; además se examinan las diversas modalidades del régimen de control de cambios en los países europeos, para concluir con un análisis crítico del proyecto de Ley sobre el Régimen Jurídico del Control de Cambios Español y unas propuestas de la reforma hasta llegar a su supresión.

Por último, el apartado séptimo es de conclusiones, donde se refiere a las ventajas de la libertad económica respecto al dinero y sus cambios, la liberalización de los pagos y movimientos internacionales de capital. A juicio de estos autores, la intervención estatal sólo sirve para mantener un valor artificial externo de la moneda española, da origen a su desvalorización, a la intervención de mercados y precios y, sobre todo, a una política inflacionista del Estado; además, agrava las relaciones económicas internacionales. Deben ser los ciudadanos y no el gobierno quienes tienen derecho a elegir la forma de llevar a cabo sus actividades económicas dentro del marco legal del país; la intervención del Estado es casi siempre ineficiente, cara y partidista con un coste social muy elevado. Por todo lo cual, los autores concluyen como inaceptable este nuevo proyecto de Ley sobre el Control de Cambios, que por cierto, actualmente, se ha convertido ya en Ley vigente.

Finalmente, la obra añade una «Nota bibliográfica» valorativa y referida a cada apartado o capítulo que es suficientemente indicativa para su análisis económico, pero evidentemente insuficiente desde el punto de vista jurídico

del régimen de control de cambios. El estudio crítico de estos autores, a pesar de no haber conseguido sus efectos más inmediatos de haber parado este proyecto de Ley y de haber logrado normas más flexibles y liberalizadas con sus diversas propuestas, tan atinadas como racionales, consigue movilizar las conciencias de las personas y de los estudiosos, así como alertar a los políticos. La inconstitucionalidad de su texto frente a las libertades proclamadas en nuestra Ley Fundamental es bien patente, así como lo contradictorio que supone mantener una política económica monetaria totalizada cuando estamos negociando nuestra entrada en el Mercado Común europeo donde es un presupuesto imprescindible la libertad de circulación de capitales y de sus signos monetarios y, sobre todo, el resolver la problemática del cumplimiento y ejecución de las obligaciones monetarias sin las trabas conflictivas y premiosas que hasta ahora han dado lugar por su causa.

Es de esperar que la labor de estos buenos especialistas se consolide y agrande ante la nueva Ley para pormenorizar todavía más los graves inconvenientes de este «fariseísmo legislativo» tan de espaldas a la realidad económica, social y política, como jurídica, de nuestro país.

JOSÉ BONET CORREA

**DIEZ-PICAZO, Luis: «Derecho y Masificación Social. Tecnología y Derecho Privado (dos esbozos)».**

Bernard Shaw distinguía en las comedias entre las agradables y las desagradables. Esta distinción podría acaso ser aplicada a la literatura jurídica, separando los trabajos o los libros de fácil y los de difícil lectura. La aridez de estos últimos quizá encuentre su causa en nuestra propensión a las sutiles distinciones y subdistinciones de conceptos, en nuestras inacabables clasificaciones, muchas veces arbitrarias, en nuestras citas que convierten los libros en ficheros de obras ajenas, en nuestras rebuscadas interpretaciones de lo que está claro. En suma, en nuestra logomanía. No es por eso extraño que los no juristas hablen poco del Derecho y lo lean menos, aunque a diario realicen, de manera rutinaria e inconsciente miles de actos, comprando y vendiendo cosas necesarias, alquilando otras, suscribiendo acciones, etc. Actos que sólo cuando engendran alguna dificultad logran despertar el Derecho dormido en las leyes.

Más de vez en cuando cae en nuestras manos un libro de Derecho cuya lectura es fácil y atractiva. Tal es el caso del trabajo publicado por el profesor Luis Díez-Picazo en uno de los cuadernos de la Editorial Civitas, con el título que encabeza estas líneas. En la primera parte de este trabajo se trata del Derecho y de la masificación social. En la segunda parte de la tecnología y del Derecho Privado. En esta humilde, pero sincera y entusiasta recensión, sólo tendré tiempo para ocuparme del primero de esos títulos.

El hecho económico y social de la masificación de los negocios jurídicos no pudo ser indiferente a los juristas, y sobre todo a los mercantilistas. El tema es en efecto de gran importancia para nosotros, que pugnamos por hallar



el concepto no formal, que es el acotado por el artículo 2.º de nuestro Código de comercio en torno a los actos incluidos en él y sean o no comerciantes quienes realicen el acto. La confrontación de este sistema legal con la realidad demostró que desde el momento en que es posible someter al Código de comercio un acto aislado (una compra-venta, un transporte, un depósito), queda automáticamente rota la ecuación entre comercio y Derecho mercantil, porque el comercio como actividad económica es lo contrario del acto ocasional: es el acto repetido en serie orgánica, es la ganancia de una operación como base de otras operaciones; es la masa múltiple e uniforme de los mismos hechos.

Esta idea llevó en el año 1902 a un jurista alemán, F. Heck a descubrir la verdadera esencia del Derecho mercantil y su tesis sigue siendo válida hasta hoy. Reaccionando contra la concepción atomística del Derecho Mercantil, fundada sobre la base incongruente del acto de comercio aislado, Heck busca el concepto de nuestra disciplina en la reiteración uniforme de unas mismas operaciones y esta idea se recoge después por un jurista soviético (Gordon) y por un filósofo del Derecho como Raddruch, cuando dice que el comerciante es un hombre de negocios cuya profesión es llevar a cabo en masa una serie de negocios jurídicos homogéneos.

El hecho de la masificación se recogió ya en la admirable obra de Ortega y Gasset, publicada en 1930 bajo el título: «La Rebelión de las Masas». Después el aspecto jurídico y sociológico del problema ha sido recogido por algunos juristas y entre ellos descuella la obra de Vallet de Goytisolo sobre este tema.

Pero ha sido el profesor Díez-Picazo, en el pequeño trabajo que comento, quien nos ha dicho en lenguaje escueto, preciso y elegante, cuál ha sido la influencia en general de ese fenómeno, resumiendo en pocas páginas cuanto cabe decir sobre él. En ellas ha conseguido esa claridad, esa concisión de pensamiento que yo he pretendido siempre, probablemente sin conseguirlo, a lo largo de mi vida de jurista. A este primoroso trabajo de Díez-Picazo cuadran perfectamente aquellas palabras del propio Ortega: «El hombre tiene una misión de claridad sobre la Tierra. La lleva dentro de sí, es la razón misma de su constitución». A ello añadiría yo que si la claridad es la cortesía del filósofo, con más razón lo es para el jurista. La claridad de pensamiento y de expresión es cualidad esencial todo buen jurista, pues si en el Derecho alienta siempre una cuestión de límites, es evidente que si los límites no están claros, la idea jurídica no puede nacer. Y si la tarea del hombre de leyes consiste en tender un puente entre el precepto abstracto de la ley y el hecho concreto al que ella debe aplicarse, es también claro que el Derecho es una obra de arte, siendo nosotros los artistas al fabricar el puente entre la ley y el hecho concreto. Mas cuando la ley se ha separado por obra del tiempo de la realidad del mundo social circundante, el arte del jurista consistirá en descubrir el vacío de la ley antigua y colmarlo con un quehacer obra de escultura jurídica.

A este doble menester responde el estudio de Díez-Picazo, que ha conseguido hacer con él una pequeña obra de arte. El hecho de haber comenzado yo estas líneas citando mi propia obra, en contradicción con la crítica que las inicia, se debe también a una realidad y es que la masificación de los con-

tratos es el hecho de la realidad que ha erosionado o destruido incluso los esquemas tradicionales que nutren nuestro Código de Comercio y nos incitan constantemente a huir de él y a refugiarnos en leyes especiales, más en armonía con la realidad socio-económica actual. De ahí el gran interés con que he leído el trabajo de nuestro eminente colega.

Díez-Picazo enfoca el hecho de la masificación no desde el punto de vista del Derecho mercantil, sino desde el punto de vista más amplio del Derecho de obligaciones. Cosa que significa que el tema incide sobre todo en este Derecho, donde aparece el impulso arrollador del Derecho mercantil, aunque no podamos olvidar y —yo menos que nadie— que las bases, los esquemas y el esqueleto seguirán siendo siempre los del Derecho civil. Todavía no se ha intentado en la ciencia jurídica un modo de pensar en las relaciones de carácter patrimonial entre particulares que no se pueda encajar en las categorías conservadas secularmente por el Derecho civil. No caben antagonismos, ni siquiera distintos entre civilistas y mercantilistas.

Díez-Picazo nos recuerda como consecuencia de la masificación el hecho de la despersonalización de las relaciones. Y que el número impone el anonimato (otra cara de la despersonalización). Los individuos traban sus relaciones y lo hacen sin llegar a poseer conocimiento de la identidad de los otros con quienes las relaciones se establecen. No es posible, dice más adelante, que la gran empresa económica establezca contratos peculiares con cada uno de sus eventuales clientes. Así es en efecto. Y por eso en la concepción de Heck es verdaderamente decisivo. La contratación en masa exige una organización adecuada y de la organización se sube a la empresa, como protagonista del Derecho mercantil. Y nuestro autor señala a continuación la consecuencia de todo ello: el esquema del contrato en masa y la estandarización de la materia contractual rompen el paradigma del contrato que tenía «in mente» la doctrina tradicional. El presupuesto ideológico de la igualdad de los contratantes no pasa de ser una quimera. Podemos por tanto decir que en los contratos en masa desaparece la idea tradicional del contrato con la posibilidad de discusión, que conduce al consentimiento. Se alza —dando un «salto de equidad», como dice Díez-Picazo— el problema de las condiciones generales, siempre mirada por los civilistas; y la necesidad de defender al consumidor —como parte más débil— contra ellas y en general contra los pactos dictados unilateralmente. Pero es también evidente, como subraya nuestro autor, que la defensa de la equidad y de la corrección en la ejecución de los contratos masificados no puede resolverse con los esquemas e instrumentos jurídicos tradicionales, en los cuales cada contrato entraña una relación jurídica individualizada y autónoma entre dos contratantes.

La necesidad de defender al consumidor como parte más débil es evidente. Pero Díez-Picazo destaca con acierto las dificultades técnicas con las que en la actualidad tropieza esa defensa. En primer lugar apunta el problema de la protección de la clientela a través de un control previo de las condiciones generales de los contratos tipo, los cuales no pueden dejarse «a posteriori» a examen de los Tribunales de justicia; y en segundo lugar, la regulación jurídica de la publicidad comercial como artificio en el que plasman ofertas contractuales o invitaciones «ad offerendum», para destacar al fin las dificultades de Derecho Procesal (acumulación de acciones o litis consorcio

voluntario). Y así llega a una conclusión pesimista: «La verdad es que la reacción del Derecho no puede dejarse a las agrupaciones espontáneas». Y de este modo las innumerables relaciones contractuales que día a día se fundan en contratos de compraventa de suministro, quedan impunes. Habrá que resolver el problema de la unificación o globalización de la titularidad de los contratos de masa, de manera que dejen de ser contratos individualizados y distintos y puedan ser contemplados «sub specie unitatis», pues en la actualidad esas acciones sólo pueden ser ejercitadas por el contratante y nada más que por el contratante. La consecuencia de todo esto está en el problema de fondo, es decir, en el hecho de que en estas operaciones jurídicas se ha roto por completo la idea tradicional del contrato, como cauce de expresión de la voluntad o de la autonomía de la voluntad. La línea voluntarista de la concepción del contrato se torna absolutamente inidónea. Las relaciones jurídicas tradicionales se concebían como relaciones entre individuos concretos. Y hoy ocurre algo distinto con las relaciones jurídicas cuando se masifican. En primer lugar la dificultad de identificación de los sujetos; en segundo lugar una falta de conocimiento de las personas entre las cuales la relación se trava. Por este camino llegamos a los «tickets», a los vales, a los bonos, los cuales, como dice acertadamente Díaz-Picazo no son títulos valores, de acuerdo con la doctrina tradicional, sino simples títulos de legitimación, opinión que hace tiempo que he tenido yo también ocasión de manifestar. Por otra parte relaciones masificadas o anónimas que se identifican a través de los «tickets» tiende a convertirse en relaciones cada vez más automatizadas, automación que pone en juego la aplicación misma de todo un sistema normativo.

Todavía desde el punto de vista del Derecho Mercantil—que es al que a mí me incumbe considerar—el autor alude al fenómeno de la sobrecontratación conocida con el nombre de «over booking», hecho que consiste en contratar un número de plazas superiores a las disponibilidades en una aeronave o en un hotel. Para el Derecho tradicional, afirma Díaz-Picazo, el «overbooking» es una clara y palmaria infracción de las obligaciones contractuales asumidas y el no cumplir el contrato implica la reparación consiguiente de todos los daños y perjuicios. Pero aplicar inflexivamente los criterios legales tradicionales en este caso supondría tanto como frenar el desenvolvimiento, el desarrollo o incluso la existencia misma de estas industrias.

La falta de espacio de una simple recensión me impide detenerme más en el examen de este magistral trabajo. Al final de su primera parte—que es la única que me cabe considerar aquí—el autor se refiere a las consecuencias de la masificación en el Derecho de las Sociedades mercantiles y concretamente en las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas. Destaca con acierto las dificultades de las Juntas cuando hay que establecer la lista de asistentes, proceder a la votación, examinar el derecho de asistir a la Junta, etc.; para llegar a la consecuencia de que la automatización y el anonimato de los miembros de las sociedades permite el gobierno, a veces dictatorial de pequeñas minorías, aisladas o enlazadas entre sí en forma oligárquica.

Finalmente acomete el problema de los títulos en masa en el mercado bursátil y destaca el Decreto de 25 de abril de 1974, que estableció un sistema

especial de liquidación y compensación de operaciones en Bolsa y de depósitos de valores mobiliarios. Pone de relieve la anomalía del sistema de los títulos múltiples, pero quizá hubiera sido preciso también apuntar a la falta de ortodoxia del Decreto citado cuando califica como títulos fungibles a todas las acciones incluso a las acciones nominativas, destruyendo así no sólo el concepto de estas acciones, como títulos nominativos, sino la necesidad del Libro Registro que el artículo 35 de la Ley de Sociedades Anónimas exige.

Hemos de dejar sin comentario, lamentándolo mucho, la segunda parte de este trabajo que se refiere a la tecnología y al Derecho privado, en cuya parte se analizan problemas sumamente interesantes como son las masas de leyes y las masas de sentencias, la burocratización del Derecho, la tecnología como objeto del Derecho, etc., etc.

En el epílogo de este admirable libro expresa su autor su desencanto por el «barrido» (esta es su palabra) que sufre la obra magnífica que era el Derecho codificado, un Derecho racional, con profesión de racionalidad. Y en sus frases finales proclama su convencimiento, que es también el nuestro reiteradamente expuesto, cuando nos dice que la vida se llevó por delante al Derecho tradicional. Pero ese desencanto del autor queda para nosotros compensando con el encanto de la lectura de esta pequeña obra magistral. Pienso que su autor pertenece a ese grupo—al que yo quisiera pertenecer—del que hablaba Goethe cuando, decía: «Yo me declaro del linaje de esos que del oscuro hacia lo claro aspiran». Pienso que si la renovación de nuestro Derecho privado va a ponerse en manos de juristas de la categoría de Díez-Picazo, nosotros los juristas que estamos ya en la última vuelta de nuestro camino, podremos morir tranquilos.

JOAQUÍN GARRIGUES.

**DÍEZ-PICAZO, Luis: «La representación en el Derecho privado». Editorial Cívitas. Madrid, 1979. 322 páginas.**

El profesor Díez-Picazo es uno de los pocos civilistas españoles de primera línea que ha sabido conciliar el trabajo científico a nivel de libros de texto y manuales con la elaboración rigurosa y profunda de monografías jurídicas. Y no es este tema baladí ni carente de importantes implicaciones, ya que en el panorama doctrinario español en el ámbito del Derecho civil, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en Italia, contrasta la relativa abundancia y categoría de exposiciones completas del sistema civil patrio, bien a nivel de tratados bien al más modesto de instituciones, manuales o compendios, con la también relativa penuria y calidad de los trabajos monográficos sobre puntos y figuras específicos de nuestro ordenamiento jurídico privado.

Las razones de esta situación, que, a no dudar, supone un inconveniente serio para el adecuado desarrollo de la ciencia civilística española, son variadas y de no fácil tratamiento. Baste señalar entre ellas las relativas a la escasa difusión del libro jurídico, al hecho de que los autores sólo logran

obtener ingresos de interés en concepto de derechos de autor mediante la publicación de obras que sean de obligada utilización por la gran masa estudiantil, a la circunstancia de que el círculo de autores jurídicos está en nuestro país excesivamente centrado en el profesorado universitario, lo que determina, en forma obvia, que exista una predisposición a satisfacer las necesidades y reclamos del estudiado, y, en fin, el dato real de que la elaboración científica a nivel monográfico es mucho más costosa, exigente y lenta. Lo cierto es que hoy en España se publican pocas monografías de Derecho civil (hay campos importantísimos, como el de las obligaciones, en el que la carencia es realmente incomprensible y triste), y su calidad media suele ser modesta, ya que el grueso determinante corresponde a tesis doctorales, a las que por ser, de ordinario, el primer trabajo científico de su autor no cabe reclamar condiciones especiales, mientras que los civilistas consagrados, los grandes maestros del Derecho civil español, grupo selecto, importante y que goza de merecido prestigio y reconocimiento a nivel internacional, escasamente dedican sus esfuerzos a la plasmación de profundas, acabadas y esclarecedoras monografías.

No es éste, desde luego, el caso del profesor Díez-Picazo, que por indiscutibles méritos forma parte del sector más selecto y cualificado de civilistas españoles, hasta el punto de que, pese a su relativa juventud, es ya hoy uno de los más destacados y significativos maestros, pues el mismo ha sabido compaginar armoniosamente su trabajo en la realización de obras generales tan significativas como sus *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, *Sistema e Instituciones de Derecho civil* (las dos últimas en colaboración con el profesor Gullón Ballesteros), con la periódica y nunca abandonada empresa de dar a la luz valiosos estudios sobre figuras civiles singulares, tales como los referentes a la prescripción, al arbitrio de un tercero, a la doctrina de los actos propios, etc.

A esta segunda faceta de su actividad científica corresponde la monografía que ahora reseñamos sobre la representación en el Derecho privado, obra rigurosamente moderna y técnica, que viene a cubrir una auténtica necesidad en la doctrina hispana y que supone la definitiva plasmación de una antigua y cultivada preocupación del autor, como resalta en el prólogo, que ya había dado frutos parciales en diversos artículos de revista, anticipadores de la extraordinaria calidad, rigor dogmático y profundidad en el tratamiento que el nuevo libro del profesor Díez-Picazo entraña. La disparidad que se daba en tema de representación entre la situación doctrinal existente en Italia, Alemania y Francia y la correspondiente a España ha venido a subsanarse en medida harto considerable mediante la aportación de este especialísimo trabajo monográfico que puede codearse sin perjuicio alguno con los mejores europeos en su género.

El libro se estructura en seis capítulos, relativos, respectivamente, a la figura de la representación, la relación representativa, la gestión representativa, la representación legal y la modificación y extinción de la relación representativa, cuyo solo enunciado resalta el carácter exhaustivo del tratamiento del tema de la representación, el correcto enfoque metodológico y la pertinente ordenación de las secuencias vivenciales del instituto. Cada uno de dichos capítulos se descompone, a su vez, en una multiplicidad de

puntos específicos que van cubriendo el estudio de la figura de acuerdo a las grandes líneas de su lógico desenvolvimiento y estableciendo las separaciones y diferenciaciones precisas, con lo que, en definitiva, se consigue un desarrollo de la materia orgánicamente trabado, rico en el contenido y objetivamente riguroso.

La consideración de las bases históricas y dogmáticas de la representación constituye el basamento natural y sólido sobre el que va a levantar la construcción de la figura, bajo el prisma de la importancia de la misma en la sociedad de nuestros días, hasta el punto de que le lleva a afirmar que no es exagerado decir que las instituciones de la persona jurídica y de la representación han sido los principales cauces jurídicos que han permitido el desarrollo económico del capitalismo. En este apartado se estudia a fondo y con acopio de matizaciones enriquecedoras la elaboración doctrinal de la representación durante el siglo XIX, la distinción, tan necesaria en España, entre mandato y poder y la revisión moderna de las bases dogmáticas tradicionales de la teoría clásica.

La búsqueda del concepto válido de representación le conduce de manera previa a tratar la figura de la denominada representación indirecta, que en su opinión no cabe aislar de la teoría de la representación en cuanto su estructura interna es la misma, la representación legal, que aunque profundamente diferente de la representación voluntaria no permite, en el sentir del autor, romper con la doctrina tradicional que la sitúa en el seno de la teoría general de la representación, el elemento básico de que la representación debe actuarse en interés del representado, ya que en rigor los supuestos que se denominan «representación en interés del representante» y «representación en interés de un tercero» no pertenecen a la teoría de la representación, y la figura del nuncio, respecto a la que no encuentra nada sustancial que la diferencie de la del representante. Delimitado el campo y de la mano de la mejor doctrina alemana e italiana del momento, engarza el tema en el ámbito de la sustitución en la actividad jurídica y, en concreto, en torno a la idea de legitimación, precisa para poder explicar el que los efectos del acto del representante se produzcan de manera directa en la esfera jurídica del representado, y en el área de la cooperación al acto jurídico de otro mediante el acto de gestión, ya que considera, con buen criterio, que la idea que ilumina decisivamente el fenómeno de la representación es la de la gestión de asuntos ajenos. Semejante planteamiento le permite concluir que en el marco de que la gestión de asuntos ajenos da lugar, por un lado, a actos cuya realización no exige la relación con terceros y, por el otro, a actos en que dicha relación es necesaria, la representación, perteneciente a esta segunda categoría, cabe conceptualarla como aquella situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante una gestión de sus asuntos en relación con terceras personas. Concepto preciso y actual que le va a permitir abordar con el máximo rigor científico el estudio del fenómeno representativo.

Conformada la relación representativa como aquella que engloba el conjunto de derechos y deberes que entre dos personas surgen por el hecho de que una de ellas esté actuando como representante de otra, se aboca

al estudio pormenorizado de la misma mediante la consideración por separado de los sujetos, del objeto y del contenido de la relación representativa.

En el análisis de los sujetos, sin perjuicio de contemplar y tratar con el debido detalle puntos como los relativos a las condiciones del «dominus negotii» y representante, la situación representativa de la mujer casada, la pluralidad de representantes y otros aspectos de interés, merece especial referencia su exposición en torno a la representación de las personas jurídicas y a la importantísima problemática en torno a las teorías del órgano y de la representación orgánica. Con abundante acopio del más solvente material de doctrina y jurisprudencia, el autor considera que debe hablarse en el campo de la personalidad moral de auténtica representación, que, en rigor, no es ni representación legal ni representación voluntaria, porque aunque se trate de una representación necesaria (ya que la persona jurídica necesita de un representante para actuar), circunstancia que la coloca fuera de la esfera de la representación voluntaria, no constituye este dato elemento suficiente para ubicarla en el ámbito de la representación legal, en razón de que la designación de la concreta persona que va a ostentar la representación no es obra de la ley, sino de los fundadores o miembros de la persona jurídica. Se inclina, por tanto, por un «tertium genus», que vendría dado por la representación orgánica, construcción interesante, plena de importantes consecuencias y notablemente esclarecedora de la intrincada problemática que supone el tema de la representación en el campo de los sujetos colectivos.

Dentro del detalladísimo estudio que realiza del objeto de la relación representativa, con puntual referencia al funcionamiento de la representación en las diversas áreas del Derecho civil, destacan las atinadas observaciones en relación a la incidencia de la figura en el supuesto de los comportamientos vinculantes, tema éste de vieja preferencia del profesor Díez-Picazo y sobre el que nos ofreció en otra monografía algunas de las más profundas y exquisitas páginas de la doctrina civilística española. Estima que para que se aplique la regla de la inadmisibilidad de la conducta contradictoria es menester que tanto los actos propios anteriores como el posterior ejercicio incompatible o contradictorio del derecho deben imputarse a la esfera jurídica del representado, ya que no hay «venire contra factum proprium» cuando entre los dos momentos se produce una disparidad de las esferas jurídicas de actuación.

El contenido de la relación representativa se aborda lógicamente bajo el prisma del señalamiento de los deberes, obligaciones y responsabilidad del representante, así como de los deberes del representado, con particular énfasis en la materia de la prohibición legal de adquirir por compra los bienes del principal (art. 1.459 C. c.), punto en el que el autor realiza una extraordinaria reconstrucción doctrinal, histórica y de Derecho comparado que le permite colocar en sus justos términos el problema y sostener, en tesis original y rica en consecuencias, que el artículo 1.459, 2 no prohíbe la venta directa de mandante a mandatario y que la «persona intermedia» de que habla dicho precepto es un caso de interposición real de persona y no de simulación o de interposición ficticia, por lo que cabe concluir que la

referida expresión contempla realmente a un fiduciario o a un mandatario del interesado en comprar, esto es, a un intermediario en el sentido riguroso del término.

Es el capítulo tercero de la obra, relativo al poder de representación, el más extenso y matizado en cuanto aborda el núcleo de la figura en estudio. Conceptuado el negocio de apoderamiento como aquel acto jurídico por el cual una persona concede u otorga voluntariamente a otra un poder de representación, el mismo reviste para el autor carácter unilateral y recepticio, pero, contra el sentir dominante, opina que esta última nota no es condición de existencia, sino mera condición de eficacia del negocio de apoderamiento. En relación al polémico punto de si el negocio en cuestión tiene o no naturaleza abstracta, considera, con acopio de razonamientos y equilibrada visión de las cosas, que no hay verdadera abstracción e independencia del apoderamiento, sino una serie de normas especiales de protección de los terceros de buena fe, normas que cabría esquematizar en la siguiente formulación principista: para un tercero de buena fe el apoderamiento surte sus efectos con independencia de las vicisitudes de la relación causal subyacente, en cambio para quien no es tercero de buena fe dicha relación debe influir en la eficacia del apoderamiento.

De nuevo en este lugar se aborda un tema objeto de especial preferencia del profesor Díez-Picazo: el apoderamiento tácito o derivado de hechos concluyentes. Tras precisar con nitidez las posiciones doctrinales del momento, estima que toda la polémica entre la llamada teoría negocial y la denominada teoría de la apariencia se reduce a un debate entre una interpretación predominantemente subjetiva o predominantemente objetiva de los «facta concludentia», debate que, a su juicio, debe dirimirse a favor de la solución objetiva, en la medida en que es más conforme con los intereses generales de la dinámica jurídica y con los principios generales de la buena fe y de la seguridad del tráfico jurídico, preocupación ésta que atraviesa diametralmente toda la obra, que habla bien a las claras de la primacía que su autor atribuye al interés colectivo y que constituye una de las claves de obligada consideración para el acabado entendimiento de la monografía que se reseña.

Mención aparte merece también el exhaustivo análisis de la figura del contrato del representante consigo mismo o autocontrato. Tras estimar que la conceptualización del autocontrato como negocio jurídico unilateral es la calificación más exacta desde el punto de vista de la estructura y funcionamiento del fenómeno, advierte, empero, que dicha construcción tropieza con serias dificultades normativas en aquellos Derecho positivos, como el nuestro, que no contienen ninguna regla en orden a su admisibilidad, aunque, en su opinión y en juicio que tiene un indudable valor en el sistema civil español, cuando la declaración unilateral de voluntad posea una causa idónea es fuente de creación de la obligación del promitente y de la adquisición del derecho de crédito por el beneficiario o destinatario de la declaración. Sobre estos presupuestos y después de un afinado y riguroso análisis llega a la conclusión de que la autocontratación es válida por lo menos en dos supuestos concretos: cuando existe una manifestación de voluntad del «dominus negotii», en virtud de la cual



este último admite la autocontratación, y cuando se da una total inexistencia de incompatibilidades de intereses entre representante y «dominus negotii» con plena exclusión de la posibilidad o riesgo de abuso o conflicto.

En el examen de la gestión representativa, materia del capítulo cuarto, merece especial consideración la clarificación que el estudio del profesor Díez-Picazo introduce en un tema particularmente conflictivo y harto oscuro en la doctrina española, cual es el de los estados subjetivos exigidos para la plena eficacia del negocio y para la regularidad de la situación creada por la gestión representativa. Previa advertencia de que debe distinguirse la buena fe o mala fe como valoración del comportamiento en el acto o negocio o al celebrar el negocio de la buena o mala fe en la situación que el negocio crea, sostiene que en el primer caso debe tomarse en cuenta la buena o mala fe de quien tomó la iniciativa o quien formó la voluntad, mientras que en el segundo es decisiva la buena o mala fe del representado, a quien, sin embargo, perjudica o se comunica la mala fe de su representante.

La excelente monografía que comentamos se cierra con el estudio de los distintos supuestos de representación legal y con la exposición de la modificación y extinción de la relación representativa, con particular cuidado en este último punto de la revocación de la representación y de la debatida figura del poder irrevocable, sosteniendo el autor que está fuera de toda duda la admisibilidad del pacto o cláusula de irrevocabilidad, de manera que el problema se traslada de plano, en el sentido de que no hay que preguntarse tanto si es o no admisible como cuáles son los efectos que produce.

Enlazando con lo que al principio decíamos, produce gozo y procura honda satisfacción intelectual el estudio de una monografía como la del profesor Díez-Picazo en un medio como el español en el que, por desgracia, no abundan aportaciones de semejante altura y calidad. El rasgo del maestro, que periódicamente ratifica con aportaciones concretas, ya que en el campo jurídico la genuina aportación científica y de investigación tiene que darse preferentemente a nivel monográfico, debería cundir entre otros destacados juristas, como único medio de cubrir en este sector el peligroso foso que se está abriendo entre la doctrina española y la de los países europeos de la misma estirpe y tradición.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES,

*Profesor Extraordinario de la Universidad de Zaragoza*

**ESCRIBANO COLLADO, Pedro:** «La propiedad urbana (Encuadramiento y régimen)». Montecorvo, S. A. Madrid, 1979.

El libro de que damos cuenta consta de tres capítulos. El primero, bajo el título «El pretendido carácter absoluto del Derecho de propiedad», ofrece una referencia histórica de la propiedad, en el Derecho romano, en la Edad Media, siglos XVII y XVIII, la codificación liberal y los comentaristas del Código Napoleón.

El capítulo segundo se denomina «los principios informadores de la propiedad privada»; y se desarrolla en el estudio de los principios de libertad, de su corrección mediante el concepto del abuso del derecho, la solidaridad, deteniéndose especialmente en el estudio de la doctrina de Duguit, de quien se utiliza una frase como lema del libro, terminándose con el examen del punto de vista de la propiedad como función social. Aquí puede destacarse el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, señalándose la importancia de su doctrina para el tema y su insuficiencia para obtener de ella un concepto claro de la función social de la propiedad privada urbana.

La obra termina en el tercer capítulo, que se ocupa de «La tecnificación del Derecho de propiedad urbana». En esta parte se trata de la propiedad urbana como derecho planificado, con referencia a la legislación vigente y, por último se ocupa de lo que denomina la propiedad urbana como derecho consolidado; en donde se explica que lo más importante de la ordenación urbana es el carácter causal que la atribución del derecho representa; ya que su ejercicio sólo se justifica cuando se persigue alguno de los intereses tomados en consideración por el legislador: intereses privados privativos de su titular e intereses públicos y sociales.

En el libro se tiene muy en cuenta las enseñanzas del Derecho comparado y el impacto que, respecto a la regulación de la propiedad, ha de suponer la vigente Constitución española.

R.

**GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, PAREJO ALFONSO, Luciano: «Lecciones de Derecho urbanístico». Editorial Civitas, S. A. Madrid, 1979. 459 págs.**

El libro de cuya publicación damos cuenta, lleva el modesto título de Lecciones para decirnos su origen docente, de ser el resultado de la enseñanza profesada en la Universidad Complutense de Madrid sobre Derecho Urbanístico, dentro de la disciplina del Derecho Administrativo. Fruto de una larga elaboración en la cátedra, ha cuajado en una exposición sistemática «alrededor de un esquema institucional claro», del complejo contenido en esa nueva rama del Derecho, ahora llamada Derecho urbanístico. Así, se nos ofrece en realidad un excelente Tratado de este nuevo Derecho.

La obra se divide en dos títulos o partes. El primero, denominado Introducción, comienza justificando la existencia de la regulación urbanística, con su drástico intervencionismo administrativo. diciéndonos del urbanismo como solución: «no sólo de él depende el logro de una vida colectiva digna, también, en gran medida, la misma conservación de la vida humana, que en su fase actual de relación con el espacio amenaza con destruir la biosfera terrestre, con llegar al *planeta vacío*» (p. 21).

En seguida se nos ofrece una visión sucinta y cuidada del curso histórico de lo urbano, desde la ciudad antigua a las actuales metrópolis, con el correlativo aumento de los poderes burocráticos a costa de la libertad de los particulares. En esta relación se destaca el estudio sobre la formación del Derecho urbanístico en España, que se cierra con la referencia a la Ley sobre Régimen:

del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 marzo 1956; la que se califica de «obra notablemente original, de calidad técnica poco común, que acierta a proponer unos criterios materiales y unos instrumentos jurídicos bien configurados, para los que carecíamos de preparación suficiente anterior»... «Sin hipérbole, puede y debe decirse que la L. S. constituye un logro excepcional en nuestra moderna política legislativa» (p. 79). Ello no obstante, dicha Ley ha sido objeto de importantes modificaciones por la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975, aprobándose el texto refundido de la Ley del Suelo por R. D. de 9 abril 1976.

El tercer y último capítulo de la Introducción tiene por materia la Organización administrativa del urbanismo. El urbanismo se concibe como una función pública cuyo ejercicio puede llevar consigo el despojar a ciertos propietarios de los derechos que le están atribuidos por el Derecho civil (arts. 348 y 355 C. c.); función que se pone en manos de los municipios y de ciertos órganos del Estado. La publicación de la Constitución plantea ahora la cuestión del alcance de la respectiva competencia, en materia de urbanismo, de las Comunidades Autónomas. Los Autores entienden que aunque «la Constitución regionaliza por entero la materia urbanística "ello" no debe significar, sin embargo, un desapoderamiento total del Estado», enumerando siete razones en apoyo de su aserto (p. 103-104). Después de una referencia a una posible intervención de los afectados por la ordenación urbana, se trata de cada uno de los órganos a los que se encomienda la función urbanística.

El título segundo del libro reseñado, se ocupa de la ordenación y planeamiento urbanístico. Se considera la Ley del Suelo en su ambicioso empeño de «ordenación urbanística en todo el territorio nacional». Al efecto, se estudia el sistema legal de ordenación urbanística, con especial referencia a los límites legales a la potestad planificadora (estándares urbanísticos), los planes urbanísticos (supramunicipales y municipales, planes parciales y planes especiales), para concluir con el examen de la ordenación urbanística en ausencia de planeamiento.

La obra termina con el capítulo titulado «la ordenación urbanística y el derecho de propiedad». La Ley del Suelo se explica y justifica como necesaria, dada la evolución socio-económica del desarrollo de la sociedad industrial, que ha convertido al urbanismo en una función social. El cambio de naturaleza que de ello resulta para la propiedad, se estudia especialmente respecto del suelo sometido a planes de ordenación (arts. 58, 76 y 87 L. S.). Distribuido el suelo planificado en áreas de suelo urbano, urbanizable y no urbanizable, se establecen zonas de utilización dentro de cada categoría según al uso a que se destina y a su intensidad, sometiendo a cada una a su correspondiente normativa. Se estudian con especial detenimiento las reglas dictadas por la Ley para una justa distribución de beneficios y cargas; lo que, por la Ley de 1975, se procura mediante la figura del aprovechamiento medio, y también por la del reparcelamiento.

Los Autores del libro no disimulan su simpatía, la propia del especialista, por la legislación estudiada. Ello no obstante, advierten de lo poco eficaz de la participación ciudadana en la formulación de la planificación (p. 122). Hubiera sido, todavía, de agradecer que hubiesen completado la apreciación crítica de las leyes sobre urbanismo, recogiendo las censuras que pública-

mente se viene haciendo sobre su aplicación práctica. ¿Sería posible, de «*lege ferenda*»; la formulación de medidas para evitar en esta materia decisiones arbitrarias o interesadas?

En fin, y como resumen de la impresión que suscita la lectura de estas lecciones, puede decirse que nos ofrecen un material de valor inestimable de adoctrinamiento y meditación en materia de urbanismo.

R.

**LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Elementos de Derecho civil. III. Derechos reales. Volumen 1.º. Posesión y propiedad». Barcelona, 1979. Librería Bosch. Un volumen de 291 páginas.**

Una labor de síntesis de la dogmática tradicional civilista, de análisis y examen de las nuevas estructuras y de los más actuales logros legislativos, así como del estudio particular del contenido de las instituciones civiles, sus aportaciones doctrinales y jurisprudenciales en la actual tarea interpretativa, son las características fundamentales de esta obra de nuestro ilustre civilista, el profesor Lacruz Berdejo.

La obra, aunque dedicada preferentemente a los estudios universitarios, según se deduce del título elegido como «elementos», es mucho más profunda y sugerente, ya que es la aportación compendiada de una larga experiencia, prácticas y saberes de un cuidadoso especialista en la materia.

El ámbito de estudio que se acomete es el referente a las dos instituciones más fundamentales del llamado «derecho real», el que tutela la influencia directa e inmediata que tiene el hombre sobre las cosas, como son: la «posesión» y la «propiedad». Por lo demás, dos derechos que han dado un giro social muy acentuado frente al exclusivismo con que se ejercitaban en el antiguo régimen, que el profesor Lacruz matiza según el acontecer político, económico y jurídico de nuestro tiempo.

La obra, después de dedicar el primer apartado al concepto y características del derecho real y de los derechos reales limitados, pasa al estudio de un segundo apartado que contiene la posesión, su génesis y caracteres, la dinámica y tutela de la posesión natural, el objeto de la posesión, la concurrencia de posesiones distintas sobre una cosa, la posesión civil, la posesión de buena y mala fe, para concluir con la liquidación de situaciones posesorias, los frutos y las impensas.

En el tercer apartado se aborda la importante cuestión de la adquisición y pérdida de los derechos reales, la problemática del artículo 609 del Código civil, la ocupación, en particular el hallazgo y el tesoro oculto, la accesión, la usucapión, la adquisición derivativa «inter vivos», la tradición, las adquisiciones «a non domino» para concluir con la extinción y pérdida del derecho real.

El apartado cuarto trata la hoy debatida institución de la «propiedad». Después de su desarrollo histórico expone el planteamiento actual sobre el derecho de dominio, que ya no permite destruir el bien o la cosa sobre

que recaer, ni su uso abusivo o antisocial; resalta como en los países del occidente europeo es de permisividad de la propiedad privada, mientras que en los países socialistas es de exclusión, sobre todo la propiedad de los bienes de producción que sólo pertenecen al Estado y son objeto de colectivización o de autogestión. Una de las características del derecho de dominio actual es la separación entre la propiedad y el poder económico, como sucede a través de uno de los instrumentos financieros de nuestro tiempo, la sociedad anónima, donde se divorcia el derecho de propiedad, el riesgo y el control de gestión en diversas manos. A continuación, se estudia el concepto legal de dominio y su aspecto técnico, el punto de vista de la crítica social, las facultades del dominio, su delimitación legal, la propiedad inmobiliaria y la defensa del dominio con su sistema de acciones.

El apartado quinto finaliza la obra el examen de las propiedades y aprovechamientos especiales, donde se destaca la importancia y transformación de las modalidades que actualmente se concretan para la propiedad urbana (el suelo, la parcelación, la planificación urbanística, la edificación), la propiedad rústica (la Ley de 1973, las explotaciones agrarias y los patrimonios familiares, la concentración y racionalización de las explotaciones, la transformación y defensa del territorio), las aguas terrestres (públicas y privadas), el derecho sobre las minas (la concesión minera y los hidrocarburos), la propiedad forestal (aprovechamiento, unidades mínimas, agrupación, concentración y consorcios) y el derecho de caza.

En esta esmerada obra se pueden apreciar los resultados de una larga experiencia, meditación y madurez científica y universitaria en el modo profundo con que se abordan las instituciones del Derecho civil, las sugerencias y contribuciones que aporta y por las cualidades que se advierten en sus conclusiones.

JOSÉ BONET CORREA

**SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: «Estudios de Derecho civil». Tomo I, 680 págs. Tomo II, 650 págs. Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1978.**

La etidogía, la intencionalidad, y la razón de ser y estar en el mercado jurídico el libro de Sancho Rebullida: *Estudios de Derecho civil*, las encontramos en la *Explicación preliminar* del mismo, que —a diferencia del del criterio del autor— la estimamos muy necesaria.

La iniciativa de la publicación de esta obra partió de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, que la ofreció incluir en su «Colección Jurídica», reuniendo en la misma los trabajos que Sancho Rebullida había publicado, a lo largo de más de treinta años, en distintas revistas jurídicas. Y en esto consisten tales Estudios.

Decir ahora, a estas alturas, que la idea no pudo ser más acertada, pudiera interpretarse como una amabilidad hacia el autor y su obra, de no haber dicho esto mismo con anterioridad en mi quehacer propio.

Me explicaré. Precisamente en el año 1978, en el mes de febrero, salieron a luz unos «Estudios de Historia del Derecho Foral de Navarra», que editó la Excm. Diputación de Navarra, y en cuyo libro se recogieron todos mis trabajos aparecidos en las más dispares publicaciones a partir del año 1958, en que también la misma Diputación Foral había editado todos los precedentes a tal fecha.

Es decir, que soy un convencido de que esta clase de trabajos monográficos para que puedan surtir mayor eficacia y provecho intelectual y, en este caso, jurídico, la solución más adecuada es su sistematización y publicación conjunta en ejemplar o ejemplares de fácil manejo. De lo contrario, muchas de estas producciones científicas se pierden en la oscuridad del olvido, por la dificultad de su hallazgo, o de su consecución, para consulta.

Con los trabajos de Sancho Rebullida hubiera sido una lástima no poder gozar de ellos, de no haber tenido la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra la feliz ocurrencia de darlos a conocer nuevamente en esta forma sistematizados.

La obra consta de dos tomos. En el primero se reúnen los estudios referidos al Derecho del Código civil y en el segundo al Derecho foral aragonés y navarro, principalmente.

Si bien en el Tomo I se rozan temas relativos a la Parte General o Introductoria: como la autonomía en el Derecho agrario, los principios generales del Derecho, y el concepto de estado civil; y también se abordan temas de las obligaciones: la causa, la mancomunidad, la condonación, la novación y la retención posesoria; así como de las sucesiones: indignidad para suceder, partición de herencia y acciones de petición de herencia, la mayor parte de este Tomo I recoge los trabajos de Sancho Rebullida referentes al Derecho de familia.

En efecto, se trata del sistema del matrimonio en la reforma del Código civil; la indisolubilidad del matrimonio; las clases de filiación; la legitimación por subsiguiente matrimonio; el ámbito y la duración de la acción nacida del artículo 138 del Código civil; la adopción y la filiación en la reforma del Código civil de 4 de julio de 1970; la patria potestad y educación religiosa de los hijos; delación testamentaria del protutor, y la tutela para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales de los presuntos incapacitados.

En el Tomo II, dedicado al Derecho foral, la mayor parte del mismo se halla dedicada al Derecho aragonés: en la prelación de fuentes del Derecho mercantil; significado de la Compilación; edad; capacidad de las personas por razón de la edad; Derecho de bienes; relaciones de vecindad y servidumbres, y Derecho de obligaciones: Derecho de Abolorio o de la Saca; arras contractuales; los Derechos Reales en la Compilación; la viudedad aragonesa; liquidación de los frutos naturales e industriales.

No obstante, también en este Tomo II se recoge un trabajo sobre el sistema de los Derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra, y otro sobre el futuro de los Derechos forales, en general.

El autor ha acertado en la sistematización de tales producciones mono-

gráficas por materias, y no siguiendo un orden cronológico; estimo que de esta forma hay una mayor conjunción por afinidad de temas, y además una mayor coherencia sustantiva, máxime cuando todos los juristas estamos acostumbrados a buscar la fuente por esta clasificación tradicional en que se encasillan las distintas partes del Derecho.

Y no digamos respecto a la discriminación del Derecho común y foral en que su separación resulta una mayor exigencia ilustrativa y docente.

Un total éxito jurídico, a los que el autor nos tiene acostumbrados, y también de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra que tuvo la feliz idea de publicar esta obra, y que EUNSA (Ediciones Universidad de Navarra, S. A.) ha editado con todo esmero y pulcritud.

A la ingente obra que va dejando Sancho Rebullida a través de los años desde su Cátedra de Derecho civil, se suman estos Estudios que la complementan muy oportunamente.

De esta manera perdurará su bibliografía sin soluciones de continuidad, formando un todo de fácil lectura y consulta para su Escuela, que ya formó, y para los demás juristas comunes y forales a los que tanto nos aprovechan estas documentadas lecciones.

FRANCISCO SALINAS QUIJADA

**STUTZEL, Wolfgang: «Das Mark-gleich-Mark-Prinzip und unsere Wirtschaftsordnung über den sogenannten Nominalismus, insbesondere im Schuld und Steuerrecht». Baden-Baden, 1977. Nomos Verlagsgesellschaft. Un volumen de 82 páginas.**

Con esta magnífica obra del profesor Stützel tenemos un amplio y profundo análisis del principio universalmente aceptado por la ciencia económica y por el ordenamiento jurídico, cual es el del «nominalismo monetario».

La ciencia económica y jurídica alemana, especialmente a partir de su escuela histórica decimonónica y, posteriormente, con KNAPP («Staatliche Theorie des Geldes». Leipzig, 1909) va a resumir la concepción estatal del dinero, basada en el nombre y la identidad de una moneda («marco igual marco»), cuyo valor se asigna por el Estado y ha de permanecer a través del tiempo.

El «nominalismo monetario», aunque formulado así, recientemente, ya había alcanzado su puesto en la cultura de los pueblos antiguos; en Roma, Papiniano y Paulo (D. 46,3,94 y D. 18,1,1 pr.) tenía concretado que «in pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem», por tanto, habían ya superado la concepción más realista, o materialista el «metalismo monetario», según la cual, el valor del dinero se basaba en la materia de que estaba compuesto (oro, plata, etc.). Que el dinero se base en la cuantía o cantidad asignada por el gobernante y no en su materialidad, supone lograr que sea la autoridad del Estado, y no los azarosos resultados del mercado, quien determine el valor del dinero; en definitiva, una concepción

del dinero más politizada y autoritaria, como también más ficticia, manejable y manipulable, según va a poner de relieve nuestro ilustre autor en su obra. El estudio del profesor Stützel es revelador y crítico, al mostrarnos los siete significados que ha adquirido la concepción nominalista del dinero y de su principio, de que un marco es igual a otro marco, dentro del Derecho de obligaciones y respecto al Derecho fiscal.

La obra la divide en tres partes bien definidas: una primera parte, o introducción, en cuanto al nominalismo monetario en general; una segunda parte referida a los diversos sentidos del nominalismo monetario en el Derecho de obligaciones y, una tercera parte sobre las modalidades del nominalismo monetario en el Derecho fiscal.

El apartado primero, o de introducción, se refiere al origen doctrinal (no histórico) del principio nominalista monetario «Mark gleich Mark», donde pone de relieve el confusionismo creado por los teóricos a los prácticos del derecho y de la política, así como las consecuencias que ello crea en las decisiones de los tribunales constitucionales y supremos (civiles y financieros). Este ilustre autor aclara cómo hasta ahora se hace una elemental y superficial enumeración de las funciones del dinero, equiparándolas y mistificándolas, sin distinguir cuándo funciona como «instrumento de cambio» o como una «unidad de medida».

El apartado segundo pasa a analizar y descubrir las cinco significaciones del nominalismo monetario en su formulación «marco igual marco»; así, denomina, «nominalismo número 1», la concepción nominalista que surge todavía dentro de un sistema metalista o de patrón oro, según la cual, la equiparación del valor del metal noble con el valor legal coinciden, lo que supone un modo técnico de facilitar la liquidez en el tráfico de pagos al contado.

Además de este nominalismo, está el «nominalismo número 2», que aparece en aquellos regímenes o sistemas económico-monetarios donde todavía se mantienen las monedas metálicas con la moneda fiduciaria o esta se equipara con un patrón metálico (oro o plata); entonces, es el nombre y la calidad legal de la moneda quien la rige, no su contenido fino de metal, incluso cuando se desvalora; es el nominalismo más propicio para que se puedan realizar las maniobras fraudulentas estatales.

El «nominalismo número 3» es aquel que se practica en un régimen donde se puede llevar a cabo un pacto libre entre las partes respecto a la moneda exigida para el pago o para los créditos, incluso si su poder adquisitivo resulta mayor o menor al cumplimiento. Se trata de un nominalismo potestativo, en base a la buena fe obligacional, según un régimen de libertad contractual; la elección de un instrumento de medida monetario en las obligaciones es consciente con el posible reparto de riesgos para las partes.

El «nominalismo número 4» se da en aquellos sistemas donde las monedas son un instrumento de medida que se concreta de un modo único y exclusivo, por lo que no puede ser elegida otra unidad monetaria junto a ella. A este respecto el autor examina la cuestión tan discutida por la doctrina alemana actual respecto al § 3 de la Währungsgesetz («Ley Moneta-



ria» de 1948) vigente. Se trata de un nominalismo que limita la libertad para elegir voluntariamente un instrumento de medida monetario que no sea el nacional.

El «nominalismo número 5» es aquel donde el Estado mantiene un criterio realista frente a las alteraciones monetarias y se deshace de la ficción para todas sus relaciones monetarias de que «un marco es igual y otro marco» del futuro. Es un nominalismo más radical o «neo-nominalismo» que renuncia a mantener la ficción de la permanencia del valor del dinero para implantar una política de estabilidad. Para el profesor Stützel ésta debe ser la concepción nominalista que debe primar actualmente si el Estado quiere combatir seriamente la inflación y lograr la estabilidad del valor del dinero, por lo que ninguno de sus órganos legislativos, ejecutivos o judiciales debe dar una interpretación estricta del § 3 de la «Ley Monetaria» o establecer normas dentro del ámbito civil y fiscal que conduzcan a una desvalorización del dinero. El Estado debe restaurar una nueva política de estabilidad y salir de la ficción irreal de la permanencia del valor de la moneda, ya que esta concepción nominalista monetaria es una fuente de injusticias, una herida sangrienta dentro del cuerpo del ordenamiento económico y jurídico. Para nuestro ilustre autor, el nominalismo monetario clásico, donde coincide el valor asignado con su valor en curso, tiene un sentido, cual es el de facilitar técnicamente el tráfico monetario de pagos al contado. Deja de serlo cuando por desvalorización el Estado hace una maniobra inconfesable, manipula el valor de la moneda y crea el desconcierto entre deudores y acreedores; quiebra la buena fe de las partes y su resultado contractual, el «pactum sunt servanda»; se produce la injusticia, porque la justicia es siempre la justicia de la persona individual y no la del sistema; aunque en todo Estado de Derecho se conocen las cargas y sacrificios de ciertos intereses particulares en beneficio del interés común, con la desvalorización de la moneda resultan indiscriminadamente. De aquí que la República Federal de Alemania a partir del año 1957, ha admitido de facto la posibilidad del empleo de cláusulas de estabilización o «indexación» para ciertas rentas de carácter social, en las pensiones pagadas por la industria, así como en otros ámbitos de la política social. La jurisprudencia de los tribunales también así lo admite actualmente.

El apartado tercero de la obra se refiere al examen del nominalismo monetario en el ámbito del Derecho fiscal, su sistema impositivo sobre los patrimonios, los bienes y los servicios. De aquí que examine otras dos modalidades de nominalismo monetario: el nominalismo que enumera como el número 6, por el cual las tarifas fiscales permanecen constantes en marcos, aun cuando cambia el valor del marco; el nominalismo número 7, que se da cuando las cargas fiscales son cuantificadas según las ganancias en marcos, si bien cambia el valor del marco.

Por último, el apartado cuarto trata los efectos económicos del uso de cláusulas índice dentro del ámbito de las obligaciones monetarias pactadas por la autonomía privada. Después de examinar el efecto de la prohibición de pactar estas cláusulas de estabilización, según el § 3 de la «Ley Monetaria», para el ámbito del tráfico regular de capitales y créditos, el autor hace ver el posible efecto que sucedería si se levantase la prohi-

bición de la utilización de estas cláusulas, ya que se extendería como una mancha de aceite y aceleraría la tendencia inflacionista; no obstante, examina los efectos niveladores que produce para ciertos tipos de negocios sincronizados en su intercambio de prestaciones de tracto sucesivo o a largo plazo, distintos de aquellos otros a corto plazo en sus prestaciones (salarios, retribuciones, etc.); también analiza aquellos pagos de cuantía fija o cuando se ha añadido una cláusula, ya sean actuales o posteriores, según un uso normal o bien cuando se espera una tendencia inflacionista muy fuerte. En la República Federal de Alemania, aunque la jurisprudencia laboral ha analizado algunas rentas poniéndolas al día, no se espera una generalización de ello: las cláusulas índice, si no se autorizan, son inválidas por el § 3 de la «Ley Monetaria» que las prohíbe. Para el profesor Stützel, los efectos político-jurídicos de las cláusulas en los salarios y retribuciones repercuten en el índice de precios y salarios y el precio de los bienes repercute en el índice de los precios y, éstos, en la cuantía nominal; de este modo se acentúa el riesgo de una intensificación de la inflación o de la deflación.

Un quinto apartado hace las conclusiones resumidas expuestas, al que se le añade un índice bibliográfico de la literatura alemana especializada sobre el tema, si bien la producida desde los años cincuenta hasta la actualidad; no obstante, echamos de menos las obras de: GEMPER, *Geldentwertung, Nominalprinzip und Besteuerung. Fehlende wirtschaftliche Interpretation des Nominalwertprinzips*, en *Der Betriebsberater* (1972), p. 761 ss. y su *Probleme der Nominalwertrechnung bei inflatorischer Geldentwertung*. Köln, 1972; REUTER, *Nominalprinzip und Geldentwertung*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 137 (1973), p. 482 ss.; FRANZEN, MEYER,, ZIEMER, *Nominalwertprinzip, Geldentwertung und Besteuerung*. Bonn, 1973; BOECKEN, *Nominalwertprinzip und Sustanzenhaltung*, en *Der Betrieb*, 19 (1974), p. 881 ss.

Con esta obra del ilustre profesor Stützel estamos, pues, ante uno de los análisis más profundos que hasta ahora se han realizado sobre el nominalismo monetario desde su perspectiva económica y fiscal, poniéndose de relieve también la injusticia jurídica de sus consecuencias, la ficción política de sus principios con la praxis de la misma, por lo que se propugna su flexibilización, es decir, lo que un jurista diría: que su admisión fuese mediante una norma potestativa, pero no imperativa, es decir, establecido generalmente, pero de posible derogación por la voluntad concreta de las partes ante una inflación o deflación.

JOSÉ BONET CORREA

**A. PERLADO, Pedro: «Hacia una ley española de divorcio». R. J. C., 1977, número 1, págs. 225 y ss.**

El autor abre su trabajo con dos premisas o condicionamientos: el intento de evitar toda cuestión relativa a la conveniencia o no de una fórmula divorcista y la necesidad de tomar como datos de hecho la existencia más o menos próxima de la fórmula divorcista en nuestro derecho.

Informa igualmente que estamos asistiendo a un cambio apenas perceptible en esta materia que viene impuesto, de un lado, por la Ley de 2 de mayo de 1975, los estudios actuales sobre la materia de los hijos ilegítimos y las reglas dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para la celebración del matrimonio civil.

Son tres los momentos importantes de la evolución de esta materia, desde el punto de vista histórico, en nuestro derecho: la Ley de 18 de mayo de 1870, la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 y la Ley de 12 de marzo de 1938.

Por otro lado, señala el autor que cualquiera de los tres regímenes es deudor de una situación políticamente conflictiva no es menos cierto que toda esta materia se halla íntimamente ligada con una estrecha relación y una previa toma de postura con la confesionalidad del Estado.

Son de advertir igualmente ciertas diferencias entre los tres momentos legislativos anteriormente citados; así, en primer lugar, el diferente contexto legislativo; en segundo lugar, que no son coincidentes el primero y el segundo régimen con las fechas de las disposiciones legislativas mencionadas, y finalmente cada uno de los regímenes alude a cosas distintas en su regulación; efectivamente, la Ley del 70 afronta el matrimonio civil en exclusiva; la Ley del 32 se refiere al divorcio y la legislación posterior al 38 aborda un tema en que el matrimonio canónico acepta la primacía y a veces la exclusividad.

Pasa después a ocuparse de cada uno de los sistemas y regímenes enumerados, señalando las notas peculiares y características de cada uno de ellos, para afrontar a continuación las notas típicas de algunos sistemas de Derecho comparado moderno, entre los que descuellan por su importancia, entre otros, los de países como Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Mónaco, Gran Bretaña y Francia, y por otro lado, y como sistema diferente, el de Alemania, Suiza, Austria, Grecia y Turquía. Al primero de los sistemas se le denomina divorcio-sanción, mientras que al segundo se le conoce por el sistema-remedio.

Hay otros sistemas, como el de los países nórdicos, que podrían denominarse divorcio-consentimiento, para concluir señalando naciones como Israel y Líbano, en que se reglamenta según los criterios de las diferentes confesiones religiosas.

**CAMPO VILLEGAS, Elías:** «En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes». *R. J. C.*, núm. 2, 1977, abril-junio, págs. 271 y ss.

Cuatro grandes apartados son dedicados por el autor al estudio de una materia que en la actualidad está dando tantos trabajos, debido a su proverbial y especial importancia.

La primera parte de este trabajo se dedica a exponer los motivos que no son otros que las causas que pueden dar origen a que esta transformación se efectúe.

Así, en primer lugar, la desafortunada gestión del marido conforme a los artículos 1.433 y 1.441 del Código civil, la separación de hecho de los esposos, las disposiciones testamentarias sobre bienes gananciales, la partición practicada por el testador o el supuesto de contraer obligaciones uno de los cónyuges, señalando que, a pesar de ello, en la práctica nacerán otros supuestos que vengán a determinar de modo más significativo el problema.

La segunda parte del trabajo, que es la más importante, contiene dos apartados importantes, a saber: la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y la formación de los nuevos capítulos. Dentro de la temática de la primera parte se enumeran cuatro tesis en torno a la misma, una que denomina impeditiva, otra que señala como forzosa en cuanto a su permisividad, la que él mismo denomina intermedia, asumiendo la posibilidad de que ni es imposible ni es forzoso el realizarla.

No obstante, el autor muestra a continuación la solución personalísima del problema con algunas distinciones a las anteriores teorías.

Dentro del segundo apartado se dedica especial atención a la regulación de los nuevos capítulos, que él mismo enfoca hacia el pasado y el porvenir, y así nos dedica una segunda parte en torno a la cual se centran problemas como los pactos sobre el patrimonio ganancial, los pactos sobre el régimen de separación, estudiando aquí la problemática de tipo foral que se pueda plantear con referencia al Derecho catalán y navarro, las cuestiones relativas a la Administración. A continuación un examen completo de la separación y los pactos que a la misma pueden acompañar. Así, orientaciones sobre el consentimiento, la presunción muciana, remisión a las donaciones, etcétera.

La eficacia de la transformación frente a terceros es el epígrafe tercero del estudio; examina lo que, siguiendo a Díez-Picazo, denomina eficacia directa e indirecta; la primera entre partes, la segunda entre la órbita ajena por conexión.

Concluye el estudio con el examen del mismo dedicado a estudiar el pasivo ganancial, afirmando que se produce una mutación de la naturaleza del patrimonio ganancial, apareciendo sendas cuotas alienables y embargables. En definitiva, que la postura de los acreedores respecto del patrimonio ganancial es la misma que cuando aquél concluye por muerte o nulidad del matrimonio.

**RAMOS GONZALEZ, José María:** «La accesión invertida y el derecho de superficie. Su problemática en el C. civil, derecho científico y legislación catalana». *R. J. C.*, núm. 2, 1977, abril-junio, págs. 353 y ss.

Con unas consideraciones previas en torno a la delimitación doctrinal de la figura, sobre si es o no un modo de adquirir la propiedad y sus modalidades en nuestro Código civil, da comienzo este completo trabajo que viene a ser uno más de los que se dedican a estudiar la materia.

Tiene una breve referencia a normas de Derecho comparado, como el Código chileno, en su artículo 643, estudiando a continuación en un breve apartado la configuración legal de la accesión invertida.

El Derecho de superficie es objeto de examen en el apartado siguiente, donde se estudia como figura moderna afirmando que es poca la regulación que tiene y enumerando su pasado histórico como algo importante especialmente en el Derecho romano, a partir de la destrucción de Roma con los Galos, lo cual hace que se detenga especialmente en la «*lex Toria Agraria*».

Reúne el estudio de la superficie a través de la accesión, así como la construcción de la figura en el primitivo Derecho germánico, donde se discute si en él rige el principio romano de la misma.

Lo que se pudiera denominar primera parte de este trabajo termina con la institución del precario y las conexiones del mismo con el propio Derecho de superficie.

Los apartados siguientes que en número de ocho se extienden a lo largo de la investigación abarcan el tratamiento de la superficie dentro del Derecho romano, donde comprende los edificios u objetos íntimamente unidos al predio, que forman parte integrante del mismo, pero donde se polemiza sobre si comprende o no los diversos pisos de una casa y si puede aplicarse a las plantaciones.

La constitución de esta figura dentro del marco romano obedece al apartado siguiente; especialmente atención se dedica al contenido de la figura, haciendo especial mención de los derechos y deberes del superficiario, del contenido de sus obligaciones, etc.

La proyección de la figura en las legislaciones europeas abarca y comprende el epígrafe siguiente, con especial referencia a Prusia, Austria, Sajonia y Baviera, Inglaterra, Francia, Bélgica, Holanda e Italia, entre otras, y concluye el epígrafe citado con el examen del Derecho histórico español.

La evolución histórica continúa con el examen del Derecho de superficie al finalizar el siglo xfx.

El examen de la naturaleza del Derecho de superficie es objeto del apartado siguiente, así como el estudio de la construcción extralimitada para adentrarse posteriormente en el examen de esta materia en los confines del Derecho catalán, con una visión histórica del problema, la cuestión en el momento actual, a través del artículo 278 de la Compilación, y termina el estudio con las conclusiones finales de tipo personal.

**ROCA TRIAS, María Encarnación:** «El Código civil y los derechos nacionales, en especial el Derecho civil catalán». *R. J. C.*, 1977, núm. 3, julio-septiembre, págs. 311 y ss.

El sumario de este trabajo se halla dividido en dos partes fundamentales: una, que tiene por objeto el desarrollo del planteamiento histórico, y la segunda, que se dedica a la problemática actual del tema.

Por lo tocante al primer planteamiento se estudian dentro de él los Decretos de Nueva Planta, la época relativa a la codificación, la innovación que respecto de los Derechos forales representa la publicación del Código civil y la naturaleza del denominado Derecho foral.

Una leve insinuación hemos de hacer en esta materia: es la confusión terminológica que desenvuelve la autora, puesto que unas veces habla de derechos forales, terminología tradicional y jurídica y otras, no sabemos si debido a la terminología al uso moderno, emplea la palabra derechos nacionales.

Por lo tocante a la segunda parte del trabajo, consta de tres perfectos apartados, dedicados sucesivamente al examen del título preliminar del Código civil, la aplicación del título IV del libro I, materia propia del Derecho matrimonial, hoy en trance de innovación o renovación total y la aplicación del Derecho civil como derecho supletorio de los derechos forales.

Por lo que atañe a la aplicación del título preliminar, plantea la duda de si ¿es eso cierto en toda su intensidad? Recogiendo la opinión de algún autor, como Píez-Picazo, para quien este artículo debe ser interpretado como antes de la reforma de 1974.

No obstante, la autora señala que hay materia como la de fuentes, normas de interpretación, la supletoriedad del Código civil en materias regidas por otras leyes y las normas de Derecho interregional, así como los artículos 14 y 15 del Código civil en que el Código rige, efectivamente, pero como Derecho supletorio.

En lo que se refiere a la aplicación del título IV del libro I, se manifiesta partidaria de que el Código rige en algunas cuestiones, pero no es aplicable a casos como el artículo 59, supuesto de que el marido sea administrador de la sociedad conyugal, caso casi inverosímil en Cataluña, si se piensa en su régimen económico matrimonial de separación; igualmente señala la no aplicación al caso del artículo 60, cuestiones relativas a emancipación, como igualmente la no aplicación del actual artículo 65 del Código civil.

Finalmente, por lo que respecta a la aplicación del Código civil como Derecho supletorio, afirma que es necesario dejar a un lado aquellos casos en que la llamada se efectúe por el propio Derecho catalán, distinguiendo de ellos aquellos otros supuestos en que el Código civil actúe como verdadero y auténtico Derecho supletorio.

**VILASECA MARCET, José M.:** «Una ley de fundaciones privadas». *R. J. C.*, 1977, núm. 3, julio-septiembre, págs. 565 y ss.

Tiene este trabajo la originalidad de poner al principio del mismo la bibliografía utilizada por su autor, con lo cual facilita el estudio de forma importante. Pero lo mejor del mismo es el examen de toda la problemática de las fundaciones en el Derecho español moderno, no sólo por las citas de los autores y de los libros más modernos, sino también por la claridad con que es expuesto el tema.

Con un total de diez apartados se abarca toda la problemática de la materia, pero con una profesionalidad digna de alabanza, auscultando toda la posible biología de la institución en el campo del derecho positivo y desde el punto de vista de la razón y de la abstracta existencia de las fundaciones, llegan a transportar a la realidad asuntos, temas y materias que son fácilmente aprehendibles para el lector y que muchas veces son inimaginables para el mismo.

Partiendo de que la *personalidad jurídica de las fundaciones debe ser establecida por la Ley*, se adentra en el tema de forma clara y terminante para afirmar a guisa de principio que en España falta el reconocimiento de las fundaciones por la ley, cosa que en la práctica, según el autor, corre con harta frecuencia.

Pasa revista a toda la legislación anterior a la época moderna y analiza e investiga las razones de la desidia del legislador español, para entrar rápidamente en el examen de las exigencias del ordenamiento jurídico español, estudiando dentro de este epígrafe el Código civil, como no podía de ser menos las leyes desvinculadoras y otras leyes españolas, como la Ley de Educación, en su artículo 137.

Las bases doctrinales de la ley de fundaciones son estudiadas seguidamente a través del patrimonio independiente, el fin fundacional, la organización, la registración y la propia definición de la fundación.

El epígrafe séptimo se refiere al desarrollo de la Ley de Fundaciones, y en él se enumeran los temas relativos al enfoque general de la Ley, las fundaciones privadas que la Ley reconoce, el patrimonio, el fin fundacional, la organización, los trámites constitutivos, el control externo de la fundación y la extinción de esta figura jurídica.

No obstante lo anterior, el estudio es tan completo que no se detiene en este punto; en efecto, se amplía al régimen legal de tipo fiscal y a los beneficios de la institución, como igualmente al examen de las fundaciones protegidas para concluir con el estudio de los problemas de derecho transitorio.

**OTERO LASTRES, José Manuel:** «La protección de los consumidores y las condiciones generales de contratación». *R. J. C.*, 1977, núm. 4, octubre-diciembre, págs. 759 y ss.

Dos grandes apartados agrupan el contenido total del presente trabajo, uno dedicado a acreditar el carácter marcadamente social de las normas

del Derecho mercantil y el otro dedicado al estudio de las condiciones generales de contratación.

Dos notas tipifican a juicio del autor el Derecho mercantil: acoger en su seno la idea de comunidad y proteger el bien general frente al interés egoísta de los particulares.

Pero a todo esto hay que unir el sentido social de las normas mercantiles que últimamente ha llegado a preocuparse especialmente por la protección de los consumidores, incluso a nivel internacional.

Para ello se investiga en el presente trabajo cuáles son los intereses y las personas consumidoras a quienes cabe prestar en el Derecho mercantil tal protección. Así se enumeran entre otros, y de forma especial, a las personas físicas. Enumera igualmente los sistemas que en el Derecho alemán se han propuesto para dotar al consumidor de esta protección, tales como el sistema denominado de la información y el sistema mixto, con una planificación tanto a corto como largo plazo.

La segunda parte de este estudio se dedica, como hemos dicho al principio, a examinar la protección del consumidor frente a las condiciones generales de contratación. Frente a la tipificación de los contratos mercantiles, todavía reciente en nuestros días, se ve adulterada por la aparición de la gran empresa mercantil que viene a obtener una situación de predominio y de privilegio frente a la persona física y el particular aislado, que es a quien debe prestarse protección completa y absoluta. Dentro de este apartado el autor examina problemas y cuestiones, como los del fomento de la competencia, la creación de condiciones-tipo por comisiones especializadas, la necesidad de una autorización previa por los comerciantes para poder crear este tipo de condiciones generales de contratación, la creación de la figura típica del denominado *Obbudsman*, que no es otra cosa que una figura de protección conocida en Suecia, el fomento del autocontrol por parte de las asociaciones de empresarios y consumidores, todo ello adobado y ayudado por el fomento de las normas del Derecho imperativo o la introducción de normas semiimperativas, unido todo ello al fortalecimiento del control judicial.

Finaliza este estudio con el examen de las posibles medidas que se pueden adoptar en nuestro Derecho ante este problema. El autor señala la posibilidad de aumentar el sistema imperativo y el control judicial, para lo cual señala como modelo a imitar el contenido de la Ley alemana de 1976 sobre condiciones generales, a la que alaba con admiración, pero si bien advierte que, no obstante y en todo caso, dependerá del uso que hagan de esta normativa las asociaciones de empresarios y consumidores.

**REVILLA ARIET, Roser: «La intervención administrativa sobre la actividad edificatoria y el uso del suelo en el marco de la reforma de la Ley del Suelo». R. J. C., 1977, núm. 4, octubre-diciembre, págs. 857 y ss.**

Con una introducción donde se fijan las bases de donde parte la disciplina urbanística y se señala que la misma no obedece solamente a la infracción de los planes, sino también a la perfección o no de los mismos,



se inicia el presente estudio, que es una muestra más de la importancia del Derecho urbanístico, lo cual no es más que la muestra evidente de que pronto será otra rama desgajada del viejo tronco del Derecho civil.

Además de esta introducción, el trabajo se compone de otros tres apartados, donde de forma clara se exponen el control preventivo de los actos de edificación y uso del suelo, el control de la legalidad de las licencias municipales y una breve referencia al apartado 3 del artículo 188 de la vigente Ley del Suelo.

Dos partes tiene el primer apartado relativo al control preventivo, una que se refiere al caso de la intervención municipal en la actividad urbanística estatal y el otro que tiene por objeto esta misma intervención, pero en la actividad urbanística privada.

Por lo que respecta al primero, se examinan cuáles son los actos sujetos a licencia, los procedimientos normales y especiales de otorgamiento de tales licencias y las notas características del procedimiento especial, deteniéndose especialmente ante el valor del silencio municipal.

Se analizan igualmente la suspensión de las obras estatales, así como la suspensión de obras que afecten directamente a la defensa nacional.

Con relación a la actividad urbanística privada, se estudian las actividades sin licencia o ejecución en contra de la otorgada, el plazo para el control de las actividades realizadas sin título jurídico que las ampare, deteniéndose especialmente en el supuesto de que solamente existe un caso restitutorio del orden jurídico vulnerado sin límite de plazo, como es el caso del artículo 188.

El apartado III se dedica a examinar el supuesto del control de la legalidad de las licencias municipales. Dentro de este supuesto se estudian y examinan el caso de la revisión de oficio, el requisito del carácter manifiesto y grave de la infracción contenida en la licencia y la posible revisión de las licencias conforme al artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo, donde desde el punto de vista de esta rama del Derecho se hace una especial mención de toda la casuística y problemática de la posibilidad de la misma. Especialmente a través del artículo 48 de la propia Ley.

El órgano competente para instar la revisión es el capítulo siguiente, examinando igualmente el plazo de la propia revisión y el supuesto de suspensión de los efectos de la licencia.

Concluye este estudio con el examen de la referencia al apartado 3.º del artículo 188 de la Ley del Suelo, donde se establece la posibilidad de que determinados órganos administrativos puedan, especialmente el Delegado Provincial de la Vivienda, dar conocimiento de la situación al titular del Departamento.

**MULLERAT BALMAÑA, Ramón María:** «Los sistemas de fijación del precio en el contrato de construcción de inmuebles, según el C. civil». R. J. C., 1977, núm. 4, octubre-diciembre, págs. 887 y ss.

Una breve introducción con una clasificación de los sistemas del contrato de construcción de edificios sirve para darnos una idea detallada de la problemática del tema. En efecto, el autor se limita a aventurar la cla-

sificación simple o tripartita en base al artículo 1.544 del Código civil, pero, sin embargo, en la nota al pie de página existe una de las clasificaciones más completas que recordamos haber visto en toda la sistemática del Derecho civil.

No obstante, se nos da una visión tripartita de esta materia al establecer la distinción entre contrato a precio alzado, contrato por piezas ejecutadas y contrato por unidad media. En este sentido se refiere a la Sentencia del T. S. del 7 de octubre de 1964 y a otras varias que marcan la misma pauta y significación.

El segundo apartado del trabajo se dedica a determinar el momento de convenir sobre el sistema de fijación del precio. Afirma que lo habitual es que sea en el momento de celebrar el contrato cuando se establezca el sistema de retribución del contratista.

Más adelante se detiene en el examen de las distintas especies de contratos según los diversos sistemas de determinación del pago del precio. Así, en primer término, el contrato con precio fijado por ajuste alzado; en este punto es precepto fundamental el artículo 1.593 del Código civil, sigue la postura de otros autores, como López Mora y Cámara Mingo, que dan como nota característica la invariabilidad del precio, el plano detallado y el riesgo asumido por el contratista.

La segunda modalidad consiste en la fijación del precio en razón de las partes ejecutadas, o cuando la obra objeto del mismo está formada por elementos separados. El artículo 1.592 es básico en esta materia, ya que los efectos que el contrato produce están perfectamente determinados en el mismo.

Finalmente, la modalidad última está constituida por el precio fijado en atención a la unidad de medida. Aquí es donde a veces se realizan algunas distinciones, tales como contrato con unidad de medida con determinación de cantidades, contrato por unidad de medida sin determinación de cantidad, y en ésta dos subespecies: unidad de extensión meramente longitudinal o cubicable de naturaleza homogénea y unidad o módulo que responda a un criterio distinto.

La parte última de esta interesante exposición está dedicada a las cláusulas de revisión de precios. Afirmando que es una característica de la época actual donde aparece con mayor intensidad la depreciación monetaria y el consecuente y constante aumento de los salarios y precios de los materiales que intervienen en la construcción.

En esta parte se examina la revisión tanto en las obras privadas como en las públicas, manifestando que en éstas últimas no se puede proceder a la revisión si no se ha hecho constar en el contrato o no se hubiese pactado expresamente.

**ROCA Y TRIAS, María Encarnación: «La condición de catalán en el Derecho histórico». R. J. C., 1978, núm. 1, enero-marzo, págs. 7 y ss.**

Tres grandes apartados se dedican al estudio del presente tema que nuevamente parece haberse puesto de moda entre los estudios del Derecho foral, que alguien ha llamado ya con cierto atrevimiento Derecho de las nacionalidades.

El primero de los grupos o apartado inicial se dedica a examinar la normativa histórica, tanto especial como general, desde el punto de vista de los monumentos o textos más importantes. En efecto, se comienza con la investigación del «Usatge Cives autem», para pasar a estudiar los textos de los reyes catalanes relativos a la cualidad de natural para acceder al ejercicio de los cargos públicos; se continúa con el examen de los textos relativos al ejercicio de los cargos eclesiásticos y en lo relativo al estudio de la adquisición de la condición de ciudadano, se enumeran los textos de las «Consuetudines Ilerdenses», el «Recongnoverunt proceres», las «Consuetudines Diocesis Gerundensis» y el «Llibre de les Costums de Tortosa».

Como se ve un amplio bagaje de textos que desde el punto de vista histórico se puede considerar extenso y completo.

La segunda parte de esta investigación se centra en torno al tema de la naturalidad catalana y la ciudadanía en su elaboración doctrinal. Dentro de este apartado se encuentran señalados una serie de temas que configuran el contenido propio y exacto del trabajo. Así se empieza con el estudio del tema de la adquisición de la cualidad de natural o de ciudadano, desde el punto de vista de la adquisición originaria, se sigue dentro de este propio tema con la diversidad de según se trate de «ius soli o ius sanguinis» para posteriormente estudiar la adquisición derivativa antes de entrar en el examen del cómputo del plazo en el supuesto anterior.

La autora enumera seguidamente la cuestión de la adquisición de la cualidad de ciudadano por dependencia y dentro de ella se esmera en la figura de la mujer casada, el hijo sometido a patria potestad, el supuesto del pupilo y el caso del adoptado para concluir en este apartado con el examen e investigación de la renuncia a la cualidad de natural y otras cuestiones, como las de la posibilidad de ostentar una doble y hasta triple ciudadanía, sentando las conclusiones pertinentes en torno a la materia.

Finalmente, la autora se dedica a estudiar la aplicación de estas disposiciones después del Decreto de Nueva Planta.

**GARCIA FAILDE, Juan José: «Por una acertada concepción del matrimonio».**  
R. J. C., 1978, núm. 1, enero-marzo, págs. 44 y ss.

El autor, que es el Decano de la Rota de la Nunciatura española, plantea una cuestión simplemente doctrinal, pero que es importantísima en los momentos actuales de confusión a todos los niveles y especialmente en materias tan fundamentales para el ser humano como es la del matrimonio.

Dos cuestiones básicas se pueden considerar como quicios en torno a los cuales giran todas las demás cuestiones del tema. Señalar que la concepción contractualista es inadecuada para tratar de dar una visión jurídica del matrimonio y centrar perfectamente el tema en torno a la tesis de la institución.

Efectivamente, con una aclaración del autor en torno a la materia se inicia el trabajo dando lo que a su juicio es la visión más acomodada a una definición del matrimonio. Rito, con sentimiento matrimonial, sociedad matrimonial y vínculo matrimonial son diferentes acepciones que el autor

enumera para quedarse personalmente en la línea de este último tipo; es decir, el vínculo.

A continuación se estudia la tesis contractualista del matrimonio a la que se ponen varias y consistentes objeciones.

A juicio del autor no se trata de un contrato, porque la voluntad de los contrayentes no es soberana, para crear la esencia del matrimonio, pues todos los requisitos del matrimonio están irremisiblemente establecidos y señalados de antemano.

El autor señala con un sentido de auctoritas que la concepción institucional del matrimonio es la única que puede servir para matizar la verdadera naturaleza jurídica del mismo.

Señala las bases para un adecuado planteamiento del problema, sobre todo teniendo en cuenta las situaciones que se pueden crear al amparo de esta figura, así la esencia, la sociedad matrimonial, el Derecho natural, la verdadera naturaleza de la sociedad conyugal pasa por un número importante de autores, pero se detiene especialmente en Santo Tomás y en la Constitución *Gaudeum et spes* del Vaticano II, que llama al matrimonio vínculo sagrado e íntima comunidad de vida y amor.

La última parte de este apartado se dedica a examinar la figura del matrimonio natural, sacramento antes de estudiar la cuestión relativa a los instintos matrimoniales positivos. En esta parte se dedica a los aspectos matrimoniales positivos civil y eclesiástico.

Termina con unas reflexiones según autor que se pueden considerar conclusiones, señalando que el matrimonio no es sólo una institución jurídica, sino también moral, ética, social, etc.

Se sorprende del escaso valor que se da en la legislación matrimonial al sentido sacramental.

**VICENT CHULIA, Francisco: «Los órganos sociales de la cooperativa». R. J. C., 1978, núm. 1, enero-marzo, págs. 64 y ss.**

Se divide este estudio en tres partes principales, que son una introducción donde se destaca la importancia actual del tema, la segunda dedicada al examen del sistema de órganos sociales de las cooperativas y las conclusiones finales de tipo personal que sienta el autor al final de su trabajo.

La primera parte que tiene por objeto, como hemos dicho anteriormente, la introducción se desarrolla a lo largo de seis capítulos o apartados en los que se trata la materia, tal como se desarrolla en la actualidad y así se nos da desde un concepto o definición de lo que es una cooperativa, ya sea como un grupo de personas o como una empresa constituida con ese fin, distinguiendo desde un punto de vista metodológico la organización económica y la organización personal. Más adelante, señala la necesidad de aunar desde el punto de vista técnico, no sólo en aunar doctrina y técnica, sino también democracia y eficacia.

Otra materia importante en el apartado 3.º de esta materia se encuentra constituida por haber incorporado toda la experiencia acumulada en torno a la sociedad anónima al campo de las cooperativas. No es óbice el que

a veces, según el autor, también se hayan realizado modificaciones en temas relativos al trabajo.

Se muestra igualmente partidario de subsanar algunas deficiencias de la actual y reciente ley de 1974 por una inmediata ley de modificación, con lo cual decimos nosotros nunca llegaremos a saber cuál es en realidad la legislación vigente, tal es el cúmulo de legislación que se nos está viniendo encima que quizá no haya tiempo bastante más que para estudiar la legislación que se nos avecina. El autor manifiesta que toda la materia relativa a los órganos sociales debe de constituir derecho común o general en todo el estado español, sin necesidad de que la materia relativa a cooperación pase a depender de las autonomías.

Es partidario igualmente de que todo lo relativo a organización del movimiento cooperativo sea materia constitucional y de la Ley General de Cooperación, como el que suprimen toda clase de controles sindicales, donde recoge los postulados de la OIT sobre la materia.

La segunda parte del trabajo se dedica a examinar la materia después de estudiar los modelos que se nos ofrecen en la legislación germana y francesa, donde parece ser que se lleva a cabo la distinción entre la gran y la mediana empresa dando a cada una de ellas una distinta regulación. Afirma que los órganos deben de estar dotados de una flexibilidad y elasticidad para un mejor cumplimiento de sus fines, examina la especialización y diversificación de las funciones, así como el fenómeno de la delegación de facultades y hace una breve remisión al Derecho austriaco, así como a ciertas normas del Derecho norteamericano. Examina igualmente los órganos de estos entes a la luz del sistema español y estudia los liquidadores.

**MULLERAT ABADAL, Ramón M.: «La responsabilidad del promotor de edificios. Acciones del comprador de viviendas y locales por causa de defectos». R. J. C., 1978, núm. 1, enero-marzo, págs. 165 y ss.**

Partiendo del artículo 1.591 del Código civil, el autor, que es un especialista en lo que pudiéramos denominar Derecho de la construcción, nos da una visión pañorámica de la materia, de la que, a decir verdad, estamos un poco huérfanos en nuestro Derecho.

Afirma que la cuestión está clara cuando se trata de una venta en la que responde el contratista frente al dueño de la obra en el caso de construcción de inmueble, en el que el dueño de la obra encarga al contratista la construcción del edificio a cambio de un precio, pero no así en el caso de que no se trate de contrato de construcción, sino de compraventa.

Esta es pues la materia que el autor desarrolla a lo largo del trabajo. Es decir, qué derechos ostenta el adquirente de una vivienda cuando hace la adquisición a través de un contrato de compraventa.

En primer lugar se trata de dar un concepto de promotor partiendo del concepto un tanto matizado por la jurisprudencia. Generalmente, afirma el autor, es aquel que reúne en una misma persona el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo, enajenante de los diversos pisos o locales en régimen de propiedad horizontal.

y beneficiario del complejo jurídico. Otras veces se trata del vendedor —constructor según el T. S.

La orientación de la jurisprudencia en esta última época ha sufrido una laudable evolución, debido a que se ha tratado de dar una solución a los compradores de viviendas para que puedan subvenir a las necesidades de los vicios de construcción o deficiente asesoramiento técnico. En efecto, la posibilidad para el comprador de ejercitar estas acciones nace, según el autor, a través de los artículos 1.091, 1.101 y 1.258 del Código civil. Cita especialmente la Sentencia del T. S. de 13 de abril de 1977, que se puede considerar pieza maestra en toda la argumentación.

También el autor sigue exponiendo la tesis de asimilar al promotor a la figura técnicamente más tradicional del constructor, convirtiéndolo así en sujeto pasivo de la eventual responsabilidad decenal del artículo 1.591.

El autor resume al final del trabajo, que exento de pretensiones científicas, prende en el interés del lector por amenidad y claridad, no exentas de técnica correctísima, las acciones de que dispone el comprador de un piso que, en síntesis, son las siguientes:

1. Acciones derivadas de la obligación de saneamiento de los vicios o defectos ocultos. Seis meses.
2. Acciones derivadas de los principios generales que regulan el incumplimiento de las obligaciones y contratos. Prescripción a los quince años.
3. Acciones derivadas de la responsabilidad del constructor por defectos en el modo de construir o en la calidad de los materiales empleados. Diez o quince años.

#### C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).  
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).  
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.  
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).  
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).  
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.  
 BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.  
 BCD = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).  
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).  
 BFDC = Boletim da 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 Offentlichen Recht. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).  
 F = El Foro (Méjico).  
 EG = Foro Gallego (La Coruña).  
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).  
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).  
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).  
 IJ = Información Jurídica (Madrid).  
 IM = Ius (Milán).  
 IR = Iustitia (Roma).  
 JF = Journal do Foro (Lisboa).  
 L = La Ley (Buenos Aires).  
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).  
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).  
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).  
 MLR = The Modern Law Review (Londres).  
 NC = The North Carolina Law Review.  
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).  
 NR = Nuestra Revista (Madrid).  
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).  
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).  
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).  
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).  
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).  
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).  
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.  
 RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).  
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).  
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).  
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).  
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).  
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).  
 RDC = Revista del Diritto Commerciali e del Diritto Generali Delle Obligazioni (Milán).  
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).  
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).  
 RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).  
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).  
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).  
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).

- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).  
RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).  
RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).  
RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).  
REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).  
REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.  
REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).  
REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).  
RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).  
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).  
RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).  
RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).  
RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.  
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).  
ROW = *Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und internationale Rechtsprobleme* (Berlín).  
RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).  
RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).  
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).  
RS = Rivista delle Società (Milán).  
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).  
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).  
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).  
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).  
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.  
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).  
SJ = *Svensti Juristtdning* (Estocolmo).  
T = *Temis*. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).  
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).  
ZRV = *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* (Stuttgart).





# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de  
CHICO ORTIZ, José María  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO HIPOTECARIO

*El artículo 127 del Reglamento Hipotecario, aunque con carácter excepcional y con el contrapunto de la corrección disciplinaria, si procediere atendidas las circunstancias, autoriza al Registrador a emitir nuevos juicios calificativos y alegar nuevos defectos que con anterioridad no había señalado, aun después de dictada resolución revocando nota de denegación o suspensión basada en otros motivos o defectos, por lo que no cabe hablar de excepción de recurso gubernativo resuelto en tal supuesto.*

*El Registrador, al poner defectos nuevos, debe volver a aplicar los artículos 105, 106, 433-2.º y 434-1.º del Reglamento (comunicarlos y consultar si se extiende o no la nota en el documento), y si pone la nota debe permitir los intentos posteriores de subsanación que puedan hacer los interesados.*

*No debe exigirse con absoluta rigurosidad en las asociaciones profesionales sindicales la justificación de que la convocatoria de asamblea general contuvo en su orden del día la especificación detallada del acuerdo tomado, ni de que existió determinado «quorum» de asistencia si el acuerdo resulta tomado en segunda convocatoria.*

*En estas asociaciones no era necesaria la autorización del Ministerio de Relaciones Sindicales ni la subasta pública para la enajenación de los bienes de su patrimonio, como lo era para los sindicatos y organismos sindicales (el Decreto de 9 de noviembre de 1972 debía prevalecer sobre la Orden de 17 de julio de 1973, de rango inferior). (Resolución de 21 de septiembre de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 11 de octubre de 1978.)*

*Hechos.—El 26 de julio de 1976 la Asociación de la Prensa de Madrid otorgó la escritura de venta con pacto de retro que se reseña en el apartado primero de los antecedentes de hecho de la Resolución de 16 de septiembre de 1977, al que nos remitimos íntegramente respecto al contenido y demás circunstancias de la representación y personalidad jurídica de dicha entidad vendedora. Dicha escritura, con otros documentos, fue presentada en el Registro número 5 de Madrid, retirada y vuelta a presentar en unión de otros documentos más, conforme extensamente se detalla en el apartado segundo de los referidos antecedentes, siendo calificada con la nota que literalmente se recoge en dicho apartado.*

*El Procurador don Florencio Aráez Martínez, en representación de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, Entidad compradora, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, haciendo las alegaciones que estimó pertinentes. Previos los informes preceptivos del fun-*

cionario calificador y del Notario autorizante de la escritura fue resuelto por Auto de 15 de abril de 1977, del Presidente de la Audiencia, revocando la nota de calificación; el funcionario calificador, de conformidad con su cotitular, se alzó de la decisión presidencial; la Dirección General dictó Resolución con fecha 16 de septiembre de 1977, acordando confirmar el auto apelado; en virtud de lo ordenado en dicha Resolución, con fecha 7 de octubre de 1977, fue presentada de nuevo en el Registro de la Propiedad la escritura de compraventa que había sido objeto del recurso, con el fin de obtener la inscripción.

El Registrador de la Propiedad, de conformidad con su cotitular, calificó de nuevo el documento con fecha 10 de octubre de 1977, con nota del tenor literal siguiente: «Devueltos los documentos a que se refiere la nota de calificación anterior de fecha 20 de diciembre de 1976, de conformidad con lo resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre del año corriente, notificada a este Registro con fecha 27 del mismo mes, recaída en recurso gubernativo interpuesto contra la referida nota, por la que se resuelve que la Asociación de la Prensa de Madrid es una Entidad u Organización profesional sindical, en virtud de documentos que fueron rechazados en dicha nota, por lo que no se calificó la capacidad de la referida Asociación como tal Entidad sindical, en orden a la disposición de sus bienes; de conformidad, igualmente, con los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 127 de su Reglamento, se deniega la inscripción por observarse los defectos siguientes:

*Primero.*—No acreditarse que la Junta general en la que se tomó el acuerdo de enajenación de la finca fuera convocada expresamente con dicho objeto, conforme exige el artículo 22 del Reglamento de Régimen Interior de la repetida Asociación, de marzo de 1944.

*Segundo.*—No acreditarse que dicha Junta se celebró con el «quorum» de asistencia que previene dicho artículo 22 de su Reglamento de Régimen Interior y el artículo 62, 5, del Decreto de 9 de noviembre de 1972, sobre régimen de organizaciones profesionales sindicales.

*Tercero.*—No acreditarse la autorización del Ministro de Relaciones Sindicales que exigen los artículos 23, 2, y 30, 2, del Reglamento General del Régimen Económico-Administrativo Sindical de 17 de julio de 1973.

*Cuarto.*—No acreditarse la celebración de la enajenación de la finca en subasta pública como lo exigen los artículos 61, 3, de la Ley Sindical de 5 de abril de 1971 y 72, 3, del citado Reglamento General de Régimen Económico-Administrativo Sindical. Los tres primeros defectos se estiman subsanables e insubsanable el cuarto. La índole de este último impide tomar anotación preventiva de suspensión que además no se ha solicitado. Esta nota se extiende con la conformidad de mi cotitular don Antonio Bartolomé Martínez».

Con fecha 24 de noviembre de 1977 se presentó de nuevo el título en el Registro de la Propiedad, acompañado de una instancia suscrita por el Procurador nombrado, a la que se unían los siguientes documentos: testimonio notarial de don Lucio del Alamo Urrutia, en el que se hacen constar los términos exactos en que se llevó a efecto la convocatoria de la Junta general extraordinaria de la Asociación de la Prensa de Madrid de 10 de

diciembre de 1975; certificación del Secretario de la Asociación de la Prensa de Madrid recogiendo literalmente el acta de la Junta general extraordinaria fijada; certificación del Director Nacional del Servicio de Patrimonio de la Administración Institucional de Servicios Socioprofesionales, que ha sucedido a la antigua Organización Sindical, haciendo constar que el Palacio de la Prensa de Madrid no figura en el inventario del Patrimonio de la antigua Organización Sindical; certificación del Secretario general del Sindicato de la Información, haciendo constar el carácter de Asociación, no Organismo, sindical de la Asociación de la Prensa de Madrid, y la incompetencia del Sindicato en cuanto a su intervención en actos dispositivos de bienes de las Asociaciones de la Prensa de España.

El Registrador, con fecha 2 de diciembre de 1977, a la vista del título y la nueva documentación, dictó la siguiente nota complementaria de la calificación anterior: «Vista la precedente y documentos que en ella se relacionan y demás documentos que causaron las notas de calificación de fechas 20 de diciembre de 1976 y 10 de octubre de 1977, puestas al pie de la escritura de compraventa con pacto de retro otorgada el 26 de julio de 1976 ante el Notario de Madrid don Juan José Gil García, en cuya instancia se solicita la reconsideración de la nota de calificación de dicho documento de fecha 10 de octubre último, se acuerda mantener dicha nota en todos sus términos, fundado en los motivos siguientes:

*Primero.*—Porque contra lo expresado en dicha instancia de haberse omitido solicitar del presentante la extensión de la nota de calificación conforme al artículo 106 del citado Reglamento Hipotecario, se estima que el artículo 127 del citado Reglamento otorga al Registrador facultad para extenderla sin necesidad de solicitud alguna, por ser facultad discrecional del Registrador, que dejaría de serlo si se condicionase su posibilidad a la solicitud del presentante, a quien el artículo 127 citado no concede opción alguna en este sentido, y porque entendemos que solicitada la primera, o sea, la de 20 de diciembre de 1976, objeto del recurso gubernativo, se entiende que integrada la nuevamente extendida en el mismo recurso ha de entenderse también solicitada a todos los efectos.

*Segundo.*—Porque, conforme con las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de diciembre de 1935 y 25 de abril de 1951, no son admisibles los documentos presentados después de la calificación.

*Tercero.*—Porque, no obstante lo anterior, ninguno de los documentos presentados con la instancia subsana ninguno de los defectos advertidos en dicha nota de calificación de 10 de octubre último. En efecto, la declaración suscrita por el Presidente de la Asociación de la Prensa de Madrid, don Lucio del Alamo Urrutia, con fecha 4 de noviembre último, no tiene otro valor que el simplemente testimonial y entendemos que la prueba de testigos no tiene cabida en el procedimiento de calificación registral. La convocatoria de la Junta general extraordinaria de dicha Asociación debe ser acreditada mediante certificación expedida por el Secretario de la Asociación, conforme al artículo 31, c), de su Reglamento de Régimen Interior de marzo de 1944.

En cuanto a la certificación expedida por el Secretario de la repetida:

Asociación, don Vicente Cebrián Carabias, con fecha 3 de noviembre de 1977, y visto bueno de su citado Presidente, si bien acredita la celebración de la Junta, el haberse celebrado en segunda convocatoria y el «quorum» de asistentes, en tanto no se acredite la legal convocatoria de la misma, no se puede calificar si se constituyó o no válidamente.

En cuanto a la certificación expedida por don Antonio Albasanz Gallán, Director nacional del Servicio de Patrimonio de la Administración Institucional de Servicios Socioprofesionales, con fecha 18 de noviembre último, porque no acredita otra cosa que no estar incluida la finca a la que la escritura calificada se refiere en el patrimonio común general, no acreditando que no lo esté como patrimonial de la Organización profesional sindical Asociación de la Prensa de Madrid, patrimonios claramente diferenciados y distinguidos en los artículos 22 y 23 del Reglamento de Régimen Económico-Administrativo Sindical de 17 julio de 1973, y porque la falta de dicha formalidad no exime del cumplimiento de Leyes sustantivas.

Por último, en cuanto a la certificación expedida con fecha 22 de noviembre último por don Mariano Lancha Azaña, Secretario nacional del Sindicato de la Información, porque fijada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre del año corriente, de conformidad con lo sostenido por la propia Caja de Ahorros recurrente, que la Asociación de la Prensa de Madrid es una Organización profesional sindical que se rige por la legislación de este orden, no procede en este recurso pronunciamiento alguno sobre este extremo, naturaleza jurídica y régimen legal que, además, corrobora dicha certificación que analizamos al decir que se rige la repetida Asociación por el Decreto de 9 de noviembre de 1972, sobre Organizaciones profesionales sindicales.

Porque, en relación con lo que se certifica en su apartado segundo, no subsana defecto alguno desde el momento que en ninguna de las notas de calificación se ha negado la autonomía patrimonial de la Asociación de la Prensa, y por lo que se refiere a lo certificado en su apartado tercero, porque tampoco en ninguna de las notas de calificación se ha exigido la intervención del Sindicato, sino la autorización del Ministro de Relaciones Sindicales. Cumplimentado el artículo 485 del Reglamento Hipotecario».

El Procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y tras hacer una relación de los hechos sucedidos hasta la Resolución de la Dirección General de 16 de septiembre de 1977 y de la presentación de la escritura calificada el viernes 7 de octubre de 1977, para que se diera cumplimiento a lo ordenado en el auto presidencial ratificado por la mencionada Resolución, se encontró con que, contrariamente a lo ordenado, los Registradores de la Propiedad rehusaron su cumplimiento y procedieron a calificar de nuevo el documento con fecha lunes 10 del mismo mes y año, justificando su actitud en el artículo 127 del Reglamento Hipotecario, sin que su representada hubiera sido informada en tan breve plazo de tiempo de este propósito y no pudiera aportar los documentos para subsanar los presuntos nuevos defectos de la nota, dando lugar a situación de indefensión, por lo que se aportaron una serie de documentos junto a la instancia de 24 de noviembre de 1977, en cumplimiento de lo ordenado en los artículos 113, 2, y 117 del Reglamento

Hipotecario; que lo dispuesto en los artículos 105 y 106 de dicho Reglamento con el trámite de notificación verbal al interesado y posibilidad de subsanar el defecto apreciado es aplicable en el caso excepcional del artículo 127, pues de lo contrario supondría una norma paralizadora para el interesado, que para entrar en el examen de este recurso debe tenerse en cuenta la conducta adoptada por los Registradores, encuadrable en el ámbito de aplicación del artículo 1.902 del Código civil, ya que al rehusar calificar en el primer momento sobre el tema del eventual régimen sindical de la Asociación de la Prensa no es que careciesen de criterio sobre tal materia, sino que se lo reservaron para una posterior calificación, como lo prueba el escrito de alzada del anterior recurso gubernativo, en el que explícitamente se manifiesta la voluntad de proceder a una segunda calificación registral con un segundo recurso gubernativo con menosprecio de lo que constituye el criterio básico de todo funcionario público de facilitar el acceso de los títulos al Registro (Resolución de 6 de agosto de 1894); que el criterio para la interpretación de las normas ha de buscarse en el artículo 3.º, párrafo primero, del Código civil, que señala que deberá tenderse fundamentalmente al espíritu o finalidad de las mismas, con lo que se acentúa la primacía del espíritu o finalidad de la norma como factor fundamental de su interpretación; que una valoración puramente gramatical, por el sentido propio de las palabras del artículo 127 del Reglamento Hipotecario, nos llevaría a la conclusión de que cualquier Registrador contra cuya calificación se hubiese interpuesto recurso gubernativo en el que se hubiera resuelto la inscripción del documento calificado estaría autorizado reglamentariamente para alegar defectos no comprendidos en la calificación anterior, lo que induce a pensar que el funcionario calificador podría, tras cada nueva Resolución que acordase la inscripción del título, enfrentarse con él en busca de nuevos defectos, eludiendo la inscripción ordenada y convirtiendo la función calificadora en un ejercicio jurídico sin fin, con potencialidad repetitiva e ilimitada que haría inútil el mecanismo jurídico que el recurso gubernativo representa; que la interpretación literal del artículo 127 conduce al absurdo de que un precepto de rango puramente reglamentario conceda superioridad al criterio de los Registradores de la Propiedad respecto al que pueda haber manifestado la Dirección General y aun al contenido de los fallos firmes del poder judicial, ya que si los interesados han seguido el procedimiento judicial (artículo 66 de la Ley Hipotecaria) una vez que haya recaído sentencia firme, la pertinente ejecutoria queda sujeta a la calificación registral, y si el recurso gubernativo es adverso, cabe de nuevo volver a aplicar el artículo 127, por lo que quedaría convertido el Registrador en un Juez territorial sin superior jerárquico que pueda revocar sus decisiones con efectos prácticos; que en nuestro caso no hay ninguna garantía de que no siga una tercera calificación registral; que es sabido que es principio general del Derecho español que toda interpretación de la Ley que conduzca al absurdo debe rechazarse (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1891 y 25 de marzo de 1915); que es evidente que el artículo 127 del Reglamento Hipotecario no puede ser interpretado con la literalidad con que lo hace el señor Registrador; que la interpretación habrá de hacerse con apoyo de los res-

tantes criterios hermenéuticos del artículo 3.º, 1, del Código civil, determinando cuál es la relación con el contexto normativo en que se encuentra, interpretación que ha de apoyarse en los demás artículos que regulan el recurso gubernativo, como el 66 de la Ley Hipotecaria, el 113 y siguientes de su Reglamento y la copiosa jurisprudencia registral que los desarrolla; que en caso de tales criterios hay que llegar a la conclusión de que el artículo 127 ha de interpretarse restrictivamente, y que su aplicación se limita al caso de cambio del titular del Registro, con el fin de que el nuevo pueda exponer su criterio y no firmar un asiento registral que pugne con su criterio; que un estudio analógico (artículo 4.º, 3, del Código civil) del artículo 1.252 del mismo Cuerpo legal, junto al principio de seguridad jurídica, lleva a la conclusión de que se está ante un supuesto de excepción de recurso gubernativo resuelto, pues de no ser así la autoridad de la Dirección General de los Registros y del Notariado y el prestigio de la llamada con toda justicia jurisprudencia registral se arruinaría rápidamente y las resoluciones de ese Centro no tendrían más valor que el de material a disposición de los estudiosos, y que esta excepción de recurso gubernativo resuelto queda circunscrita a este ámbito, sin que se dé pie a una excepción de cosa juzgada propiamente dicha, ya que cualquier interesado puede iniciar las acciones judiciales oportunas; que por si no se estima esta excepción entra en el examen de los defectos de la nota; que respecto al primero de ellos queda enervado por la presentación en el Registro de la Propiedad de la declaración de don Lucio del Alamo Urrutia, Presidente actual de la Asociación, y que también lo era en la fecha de la convocatoria, en la que se hace constar que con fecha 5 de diciembre de 1975, y en uso de las facultades que le confiere el artículo 29 del Reglamento de Régimen Interior de la Asociación, ordenó la convocatoria de la Junta general extraordinaria de 10 de diciembre de 1975 y fijó el orden del día de la misma con arreglo al siguiente y único punto: «Autorización y delegaciones de facultad en el Presidente de la Entidad para formalización del crédito de hasta 500 millones de pesetas, en negociación para liquidación de la Ciudad de los Periodistas»; que la convocatoria la cursó el entonces Secretario general de la Asociación, don Rafael Salazar Soto, dando así cumplimiento a las órdenes de su Presidente; que de las manifestaciones textuales del acta correspondiente se deduce que la Junta se convocó con el carácter de extraordinaria dentro del plazo reglamentario y con el objeto expreso que se refleja en el orden del día, a lo que prestan su conformidad los ochenta y dos socios asistentes, además de los seis miembros de la Junta Directiva igualmente presentes; que la referida Junta general extraordinaria se hizo expresamente con objeto de realizar actos de disposición patrimonial que podían afectar a todos los bienes inmuebles de la Asociación y con suficiente información para que todos los socios convocados valoraran la trascendencia del acuerdo que se pretendía adoptar; que el segundo de los defectos apreciados ha quedado subsanado ante el Registro con la certificación literal del acta de dicha Junta general, con la que se demuestra que la sesión se celebró en segunda convocatoria, por lo que, de conformidad con los preceptos reglamentarios, no fue preciso «quorum» alguno ni de asistencia ni de votación, siendo válido el acuerdo,

ya que hubo unanimidad de todos los asistentes; que el tercero de los defectos, referente a la autorización del Ministro de Relaciones Sindicales, ha de alegarse que los artículos 23, 2, y 30, 2, del Reglamento General Económico-Administrativo Sindical de 17 de julio de 1973, que los Registradores citan como argumento, circunscriben su aplicabilidad a Organismos sindicales dotados de personalidad jurídica, sin aludir para nada a las Organizaciones profesionales sindicales (reguladas por Decreto de 9 de noviembre de 1972), ni tampoco a las Asociaciones sindicales, que son personas jurídicas de derecho privado, las cuales, al igual que le ocurre a la Asociación de la Prensa de Madrid, sufrieron una imperativa mutación, pasando del asociativo general al asociativo sindical especial contra su voluntad; que es lógico que los Sindicatos cuyo patrimonio se constituyó en base a la cuota sindical obligatoria se hallen sujetos, por el carácter cuasi demanial de sus bienes, a autorización sindical para realizar actos dispositivos con sus bienes, pero que por el contrario las Asociaciones sindicales, a cuyo sostenimiento han de contribuir sus miembros, además de satisfacer la cuota sindical obligatoria, es lógico que estén sujetas al control de las autoridades sindicales en cuanto a los actos dispositivos de sus bienes; que estaría fuera de toda lógica jurídica abogar por una interpretación extensiva de preceptos claramente limitativos de la autonomía patrimonial de las Asociaciones; que en cuanto al último defecto que la nota señala de no acreditarse la celebración de subasta pública para la enajenación de la finca con el carácter de insubsanable, ha de señalarse que tanto el artículo 61, 3, de la Ley Sindical como el 72, 2, del Reglamento de 1973, que se limita a reproducirlo, están concebidos únicamente para ser aplicados a aquellos Organismos sindicales que por su carácter de Corporaciones de derecho público manejan los fondos de forzosa aportación constituidos con la cuota sindical; que de prosperar el criterio registral la Asociación de la Prensa de Madrid no sólo habría de llevar a cabo la enajenación de sus bienes muebles e inmuebles en pública subasta, sino que se vería precisada a convocar concurso-subasta para la contratación de sus obras, servicios y adquisiciones, incluso las del más elemental material de oficina, y que de prevalecer la tesis sustentada por los Registradores de la Propiedad de ser necesaria la autorización sindical de la subasta pública resultaría que serían nulas de pleno derecho las ventas de pisos hechas por la Asociación de la Prensa, y que están ya inscritas en el Registro de la Propiedad, así como las hipotecas constituidas sobre edificios de su propiedad, y que todos los bienes de dicha Asociación de la Prensa habrían de pasar a propiedad del Estado, a través del Organismo Autónomo A. I. S. S., con lo que se habría producido una especie de expropiación «ex lege» y sin indemnización alguna (artículo 3.º, 1. del Decreto-Ley de 2 de junio de 1977).

Los Registradores informaron que no cabía desobediencia a los superiores jerárquicos cuando se obraba en el ejercicio de una facultad legal; que la excepción de cosa juzgada no es aplicable en el recurso gubernativo, pues su naturaleza es la propia de los actos de jurisdicción voluntaria, y el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es aplicable a las resoluciones recaídas en actuaciones de esta clase; que en la nota de calificación de 20 de diciembre de 1976, a la que se refiere la Resolución de 16 de



septiembre de 1977, no fueron calificados determinados documentos por estimar que la materia que en ellos se planteaba exigía un previo pronunciamiento sobre los efectos de dichos documentos en la escritura sobre la que incidían y, concretamente, sobre los términos de la comparecencia de la escritura, como de hecho reconoce la misma Resolución en el Considerando quinto, pero al entrar la Resolución en el fondo del problema de calificación que de dichos documentos se deducía, de haberse inscrito, se hubiera producido la circunstancia de hecho de practicarse la inscripción sin haberse podido calificar por el Registrador la capacidad de una de las partes comparecientes sobre la base de dichos documentos, por lo que el Registrador, en cumplimiento del deber que al mismo tiempo es un derecho, de calificar, procedió al ejercicio de la facultad que le atribuye el artículo 127 del Reglamento Hipotecario, alegando los defectos enumerados en la nota recurrida, estimando que dicho precepto, que en definitiva es un refuerzo del principio de legalidad, puesto que tiende a evitar que los títulos defectuosos tengan acceso al Registro, confiere al Registrador una facultad que en forma alguna puede limitarse al caso de sustitución en el cargo, pues este supuesto está regulado en el artículo 116 del mismo Reglamento; que la nota extendida en virtud del ejercicio de tal facultad, al no ordenarse en el artículo 127 poner los defectos en conocimiento previo del interesado ni requerirse para su ejercicio petición de éste, ha de formularse en base de los documentos en que se basó la Resolución, porque el expresado precepto no abre proceso alguno de alegaciones; que sentado por la Resolución de 16 de septiembre de 1977, de conformidad con la petición del recurrente, que la Asociación de la Prensa de Madrid está integrada en la Organización Sindical y sometida, por tanto, a la legislación de este orden, era preciso examinar la normativa aplicable conforme a tal calificación, en relación a la legitimidad de sus actos de disposición; que a la Asociación de la Prensa de Madrid le son aplicables el acuerdo de 9 de mayo de 1975, sobre procedimiento y régimen jurídico sindical, y el Reglamento General de Régimen Económico-Administrativo Sindical, cuyo texto refundido fue aprobado por Orden de 17 de julio de 1973: el primero, por lo que se dispone en su artículo 1.º, 4, y el 4.º, y el segundo, porque en su artículo 1.º, 2, establece que su ámbito de aplicación comprende a las Organizaciones profesionales sindicales, porque en su artículo 22, así como en el 66 de la Ley Sindical, se dispone que el patrimonio sindical está constituido por el común general de que es titular la Organización Sindical y por los patrimonios de los Sindicatos y demás Entidades sindicales, y el carácter de Entidad sindical de las Organizaciones profesionales está expresamente recogido en el artículo 13 del Decreto de 9 de noviembre de 1972, porque el Reglamento General, en su artículo 30, 4, dispone que los Sindicatos y demás Entidades sindicales y Organismos dotados de personalidad jurídica propia han de sujetarse al mismo, tanto en la administración como en la forma de adquisición y enajenación de su propio patrimonio, y, finalmente, porque en su artículo 64 el expresado Reglamento dispone que los contratos que celebren los Organismos y Entidades sindicales dotados de personalidad jurídica propia se realizarán de conformidad con esta normativa general y con la que prevenga, en desarrollo de la misma, el Reglamento de

Régimen Jurídico de la Organización Sindical; que conforme a esta legislación, vigente en la fecha del otorgamiento de la escritura, resulta que la capacidad jurídica de la Asociación de la Prensa de Madrid, como Organización profesional sindical, en orden a la disposición de sus bienes, está obligada al cumplimiento de los siguientes requisitos: que está representada por el órgano de actuación al que dicha función esté encomendada, que es el Presidente (artículos 29 del Reglamento de Régimen Interior y 70, 1, del Reglamento General de Régimen Económico-Administrativo Sindical); que el órgano que tomó el acuerdo sea el competente por razón de la materia (artículos 43, 2, de la Ley Sindical y 29 del Reglamento General de Régimen Económico-Administrativo Sindical); que la Asamblea extraordinaria se convoque expresamente con objeto de tratar sobre la enajenación escriturada (artículo 23 del Reglamento de Régimen Interior y 43 de la Ley Sindical); que la Asamblea extraordinaria que tomó el acuerdo se celebre con el «quorum» de asistencia legal requerido, determinando la falta de dicho «quorum» la nulidad de pleno derecho de acuerdo (artículo 29, d), del Régimen de Procedimiento Jurídico Sindical de 9 de mayo de 1975, aplicable en todo caso a las Organizaciones profesionales sindicales, conforme a su artículo 1.º, 4); que tomado acuerdo válido por el ente sindical, a través de su órgano competente, se haga dicho acuerdo ejecutivo, a cuyo efecto los artículos 23, 2, y 30, 2, del Reglamento General de Régimen Económico-Administrativo Sindical disponen que se necesita autorización del Ministro de Relaciones Sindicales si su valor excede de cinco millones de pesetas; que, por último, la enajenación se celebre en subasta pública (artículo 61, 3, de la Ley Sindical y artículo 72, 1, del Reglamento General Económico-Administrativo Sindical); que de lo expuesto se deduce que ni en la escritura calificada ni en ninguno de los documentos aportados en tiempo y forma se acredita que la Junta extraordinaria de la Asociación de la Prensa de Madrid fue convocada expresamente con objeto de tratar de dicha enajenación, no acreditándose tampoco la asistencia a ella del número de socios necesario para legitimar la formación de la voluntad del órgano colegial, siendo evidente que tampoco se acredita la obtención de la autorización del Ministro de Relaciones Sindicales ni la celebración de la enajenación en pública subasta.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente.

Y la Dirección General acordó confirmar el Auto apelado en base a la siguiente doctrina.

*Doctrina.*—Antes de entrar en el examen de la nota discutida es necesario resolver la cuestión previa planteada por la Entidad que ha interpuesto el recurso acerca de lo que denomina excepción del recurso gubernativo resuelto.

El artículo 127 del Reglamento Hipotecario vigente mantiene una norma de carácter excepcional que se encuentra establecida en nuestra legislación desde el anterior Reglamento de 1915, en virtud de la cual se autoriza al Registrador a emitir nuevos juicios calificativos y alegar defectos que con anterioridad no había señalado, pero como esta facultad, de ejercerse en forma abusiva e ilimitada, podría convertir la función registral en una acti-

vidad sin fin, con mengua de la seriedad que debe ser exigida, el propio precepto reglamentario establece imperativamente y como contrapunto la corrección disciplinaria del funcionario, si procediere, atendidas las circunstancias del caso.

En consecuencia, procede entrar en el examen de los defectos señalados en las dos notas (complementaria la segunda de la primera) de 10 de octubre y 2 de diciembre de 1977, empezando por la previa cuestión de si debido a que no ha sido inscrito el título como se había acordado en el recurso gubernativo, por haberse extendido una nueva nota con defectos no señalados, debió haberse procedido antes de su extensión a dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 105, 106, 433, 3, y 434, 1, del Reglamento Hipotecario.

El artículo 127 del Reglamento Hipotecario, al replantear la posibilidad de un nuevo recurso gubernativo, en relación al título ya calificado, da origen a una serie de cuestiones formales que la legislación hipotecaria en concreto no ha regulado, pero que indudablemente, por tratarse de recomenzar de nuevo el procedimiento, habrá que atenerse a las mismas soluciones contenidas en el Reglamento para la tramitación del recurso gubernativo y estimar, por tanto, que el interesado (que ha sufrido la no inscripción de su título, pese a la solución favorable del recurso), tiene derecho a que, conforme al artículo 105, el Registrador, al ejercitar su función calificadora dentro de los treinta días que señala el artículo 97, le manifieste el nuevo defecto que impide la inscripción por si quiere retirar el documento y subsanar la falta, e igualmente podrá dentro del plazo en que habrá que entender prorrogado el primitivo asiento de presentación (sesenta días, a partir de la fecha en que se hubiere recibido en el Registro el traslado de la Resolución), presentar los documentos que estime oportunos para tratar de subsanar el nuevo defecto, pues de no ser así quedaría el interesado en total indefensión y el recurso gubernativo ya resuelto habría sido prácticamente inútil; criterio que han hecho suyo los Registradores al haber aceptado la recepción de los nuevos documentos presentados por el interesado para subsanar los nuevos defectos señalados, y que han tenido a la vista para la redacción de la tercera nota, que es complementaria de la segunda.

El primero de los nuevos defectos señalados hace referencia a si aparece o no acreditado que la Asamblea extraordinaria se convocó expresamente para tratar del acto contenido en la escritura calificada, dada la exigencia del artículo 22 del Reglamento de Régimen Interior de la Entidad vendedora.

Uno de los más principales derechos que tiene todo asociado es el de poder asistir e intervenir con su presencia a través de la discusión y el correspondiente derecho de voto en la formación del acuerdo, expresión de la voluntad social, y de ahí las garantías que la legislación en general para cualquier tipo de persona social y los Estatutos en particular establecen, al objeto de que tales derechos no se vean conculcados o ignorados, y por eso se preocupan de que la convocatoria y el orden del día de la Junta tenga la necesaria publicidad para que llegue a conocimiento de todos los socios y la información suficiente sobre los asuntos a tratar, sin que, por otra parte, haya de ser esta información indicada en sus menores

detalles, pues, como ha declarado nuestro más Alto Tribunal, la finalidad de la convocatoria es la de que puedan tener noticia sumaria de los asuntos sobre los que debe recaer su aprobación o ratificación y bastando con que el orden del día detalle la materia con el pormenor suficiente para que con conocimiento de causa y libertad no mermada por la ignorancia o improvisación puedan utilizar en forma adecuada su derecho de información.

En el supuesto de este recurso se encuentra plenamente justificado el punto controvertido, dado el contenido de la certificación expedida por el Secretario de la Entidad compareciente, en donde sucintamente aparece declarado lo que va a constituir el objeto de la reunión convocada (autorización y delegaciones de facultades en el Presidente de la Entidad para formalización del crédito de hasta 500 millones de pesetas, en negociación para la liquidación de la Ciudad de los Periodistas), que informaba a los asociados de la importancia económica del acuerdo que se pretendía adoptar, dándose de esta forma cumplimiento a lo establecido en los artículos 22 y 23 del Reglamento de Régimen Interior, y sin que hubiera sido necesaria la presentación en el Registro por reiterativa de la declaración suscrita por el Presidente que completaba la anterior certificación.

El segundo defecto (falta de justificación del «quorum» de asistencia en la Junta celebrada) se encuentra disipado a la vista de la certificación expedida por el Secretario de la Asociación, de donde resulta que la sesión se convocó por la Junta Directiva y se celebró en segunda convocatoria, por lo que al haber sido adoptado el acuerdo por la unanimidad de los socios que asistieron, se ha dado cumplimiento a lo ordenado en el artículo 62, 5, del Decreto de 9 de noviembre de 1972, sobre Régimen de las Organizaciones Profesionales Sindicales, que remite a las normas estatutarias (artículo 22 del Reglamento de Régimen Interior) cuando se trata de segunda convocatoria, y según el carácter del acuerdo.

El tercero de los defectos plantea la cuestión de la aplicabilidad al caso debatido en los artículos 23, 2, y 30, 2, del Reglamento General Económico-Administrativo Sindical de 17 de julio de 1973, y, en consecuencia, de la necesidad o no de la autorización del en esa fecha Ministro de Relaciones Sindicales para la validez del acto.

Dentro de la profusa normativa sindical aparecen claramente diferenciados, de una parte, los Sindicatos, así como los Organismos sindicales dotados de personalidad jurídica, que tienen el carácter de Corporaciones de derecho público (artículo 115, 1, del Reglamento General de Sindicatos), y de otra, las Organizaciones Profesionales sindicales (y entre ellas la Asociación de la Prensa), caracterizadas por su origen voluntario, según las disposiciones vigentes (artículo 13 y siguientes de la Ley Sindical y 1.º y siguientes del Decreto de 9 de noviembre de 1972), por lo que hay que situarlas dentro de las personas jurídicas de derecho privado, que por razones circunstanciales pasaron del régimen asociativo general al especial sindical, sin que tal cambio coactivo implicara alteración de su naturaleza jurídica, tal como declaró la Resolución de 16 de septiembre de 1977, aunque se encuentren sometidas a la disciplina sindical.

De lo anteriormente expuesto se deduce que la autorización del Ministro

de Relaciones Sindicales exigida por el artículo 23, 2, del Reglamento Económico-Administrativo Sindical para los actos de disposición superiores a cinco millones de pesetas tenía un claro fundamento en el supuesto de Sindicatos y Organismos sindicales asimilados, dada la naturaleza jurídica de derecho público de estos Entes, pero no resulta aplicable a las Asociaciones sindicales con su propio e independiente patrimonio, y por eso el Decreto de 9 de noviembre de 1972 no establece en ninguna de sus normas la necesidad de la mencionada autorización, y se limita a remitirse en el artículo 97, 2, a lo que establezcan las normas estatutarias de cada Entidad, y sin que la declaración general contenida en el artículo 1.º de la Orden Ministerial de 17 de julio de 1973 pueda derogar lo establecido por una norma de rango superior, como es el Decreto de 1972, que regula en forma especial lo relativo a esta materia.

Por último, en cuanto al cuarto defecto, y por los mismos razonamientos que sirven de fundamento a la no estimación del tercero, hay que entender que no es aplicable (dada su naturaleza jurídica privada) a las Asociaciones sindicales la exigencia de subasta pública establecida en el artículo 61, 3, de la Ley Sindical y 72, 2, del Reglamento de 1973, que se refería solamente a aquellos Organismos sindicales que por su carácter de Corporaciones de derecho público tenían sus bienes una condición cuasi demanial, y que a raíz de los Decreto-Leyes de 8 de octubre de 1976 y 2 de junio de 1977 se han integrado dentro del patrimonio de la Administración Institucional de Servicios Socioprofesionales.

#### *Consideraciones críticas*

El contenido de la presente Resolución no es más que una continuación de otra anterior sobre el mismo tema que ya tuve ocasión de comentar en las páginas de esta Revista. Me estoy refiriendo a la Resolución de 16 de septiembre de 1977, «Boletín Oficial» de 11 de octubre de 1977, cuyo comentario crítico aparece en los Fascículos II y III, del año 1979, páginas 533 y siguientes. Allí se contaba una historia que en el fondo venía a paliar una grave negligencia notarial o quizá un error de enfoque y que es la causa —la triste causa— de que el problema se haya prolongado excesivamente, hasta tal punto que haya tenido que venir una segunda Resolución para resolver algo que no tenía más que una solución y que es distinta a la que se le da.

Como en esas historias que se cuentan por capítulos sucesivos y que al principio del mismo llevan un pequeño resumen de lo publicado antes, aquí se hace necesario ofrecer abreviadamente algo de lo que es el origen de lo que aquí se va a resolver.

Me voy a limitar en este resumen a contar los hechos tal y como figuran en los resultados y considerandos de la Resolución, pues lo que yo pueda saber por «otros medios» no puedo utilizarlo ni en pro ni en contra, ya que, como advertía antes, sigo fiel al principio de calificación que en su grandeza; sin embargo, queda limitado a los dos caminos que la legislación le permite transitar: el contenido de los títulos presentados y el propio del Registro. En el primero se comprende no sólo el título en que se basa la

inscripción, sino en los documentos complementarios. Y como de documentos complementarios se trata quiero destacar cómo en la última reforma del Reglamento Hipotecario al retocarse el artículo 428 del mismo se comete una especie de «atentado» a la práctica registral y, sobre todo, a la mecánica del recurso gubernativo que en su artículo 117 establece que sólo se tendrán en cuenta las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose de plano las peticiones basadas en otros *motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma*. Y la reforma reglamentaria autoriza e impone no hacer constar an el asiento de presentación —salvo que lo pida el presentante— la reseña de los documentos complementarios. Si el presentante —ignorante de que su título puede tener defectos— no ha tenido previsión de que en el asiento de presentación se hagan constar los documentos complementarios quedará a merced de la ética profesional del Registrador, pues la «verdad oficial» del Diario sólo revela la existencia de un título y no de unos documentos complementarios. Suponiendo, que es mucho suponer, que esos documentos complementarios se hayan perdido, ¿a quién se prestará más credibilidad? Creo que la medida ha sido desafortunada, aunque la motivara el tratar de reducir el contenido de la presentación. No tuvo el legislador la previsión de alterar los modelos que acompañan al reglamento, lo cual provocará ciertas confusiones.

Pero vamos ya con el resumen de la historia del caso. La Asociación de la Prensa de Madrid otorga en 26 de julio de 1976 una escritura de venta con pacto de retro durante dos años a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, calificando el Notario autorizante de la escritura a la Asociación de la Prensa como una institución reconocida como de «beneficencia particular» por Real Orden de 10 febrero de 1905 e inscrita en el Registro público correspondiente del Ministerio de la Gobernación. Se presenta dicha escritura al Registro competente y, de palabra, se le hacen saber al presentante los defectos que la misma tiene, ante los cuales se retira la misma y se vuelve a presentar con una certificación del Jefe de la Sección de Actividades de la Dirección General de Política Interior del Ministerio de la Gobernación, dando fe de que la Asociación de la Prensa no está inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones de dicho Ministerio; otra certificación del Secretario del Registro Central de Entidades Sindicales, acreditativa de que la Asociación de la Prensa y su Federación Nacional quedan vinculadas a la Organización Sindical. Complementariamente se presentan otros documentos que pueden omitirse por no ser decisivos.

La calificación era clara, pues si en la escritura se decía que la Asociación de la Prensa era una institución de Beneficencia particular y esto no se acreditaba, había que decirlo en la nota, pues es un evidente defecto subsanable. Tampoco, parece ser, que se acreditaba que la Junta era extraordinaria, el «quorum» de asistencia y la intervención del Censor de dicha Asociación. Como los documentos complementarios que se acompañan posteriormente a la instancia no son subsanatorios de los defectos advertidos y «modifican» el elemento subjetivo de la relación jurídica formalizada en la escritura que se califica y alteran su personalidad, no se tienen en cuenta para la calificación.

De esta forma llegamos a la Resolución de 16 de septiembre de 1977 en base de razones procesales o de economía procesal, en vez de devolver el expediente para su calificación, entiende que es correcto que se considere a la Asociación de la Prensa como una Organización Profesional Sindical excluida de la Ley de Asociaciones y sujeta a la inscripción en el Registro de Entidades Sindicales. Igualmente, dicha Resolución entiende innecesario el «quorum» de asistencia, califica a la Junta de extraordinaria y al provocarse el cambio de «status» ha desaparecido la figura del Censor. Y con una breve referencia a las llamadas «cláusulas de estilo» y la afirmación de que no hubo cambio de personalidad entiende inscribible la escritura cuestionada.

Y así llegamos a la Resolución actual de 21 de septiembre de 1978 (un año después) en la que los Registradores al presentarse a inscripción la escritura cuestionada con los documentos complementarios hacen uso de la facultad que les concede el artículo 127 del Reglamento Hipotecario y extienden nueva nota calificadora que es una prolongación de la otra que abre el nuevo recurso y en el cual la Dirección revoca la nota y entiende inscribible la escritura cuestionada. Aunque podrían desmenuzarse los comentarios, creo que dos son los puntos fundamentales a dilucidar: la aplicación del artículo 127 del Reglamento Hipotecario y la personalidad de la parte vendedora.

#### A) *Amplitud de la función calificadora*

En la función calificadora que la Ley atribuye al Registrador para que sólo tengan acceso al Registro los títulos que sean válidos y cumplan las formalidades señaladas en la norma, pueden distinguirse dos fases que la doctrina no tiene en cuenta al tratar de la función, y sin embargo, las destacan cuando del recurso gubernativo se trata.

- a) La primera fase está en esa imposición que se hace al Registrador al concederle el poder de calificación para que decida, con plena libertad y sin coacción de ninguna clase, sobre la petición de inscripción. Es un requisito imprescindible que establecen los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y que complementan otros de la misma y singularmente el 97 del Reglamento Hipotecario, aparte de otros. La calificación es personalísima, lo fue siempre y ningún artículo reglamentario pudo derogar, en ella no puede dudar el Registrador ni siquiera ejercer el derecho de consulta y se hace bajo su exclusiva responsabilidad.
- b) La segunda fase, casi patológica, surge cuando levantaba la parte que pretende la inscripción contra la apreciación del criterio registral ofrece la posibilidad de una rectificación al funcionario calificador, conforme a lo que dispone el artículo 116 del Reglamento Hipotecario en esa especie de recurso de «reposición» de vía estrecha que el artículo parece formular. Pero aún hay más oportunidades para el Registrador en «completar» su calificación conforme a lo que dispone

el artículo 127 sometiéndose a la posible corrección disciplinaria si procediere, según los casos, en aquellos supuestos en que se le presente de nuevo el documento o se acuerde su inscripción en el Recurso gubernativo.

Esta segunda fase es la que tiene su aplicación en el presente recurso y en el segundo de los casos citados que, inevitablemente, guarda relación con el anterior. No insisto en lo que dispone el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, pues no hace mucho en esta misma Revista (A. D. Civil y en el comentario a la Resolución de 27 de septiembre de 1978, fascículo I, páginas 172 y siguientes) traté de un caso en el que tenía cierta aplicación, y yo creo que traté de demostrar que había que ampliar los términos legales para no asimilar el caso de que sea el mismo Registrador el que en «reposición» se allane, que otro distinto en el que hay que concederle la facultad de rectificar la calificación, sobre todo pensando en el principio de responsabilidad, que viene a ser el mismo argumento que debe utilizarse para defender la amplitud con que debe interpretarse el artículo 127: la imposición de una inscripción por la Dirección General puede liberar al Registrador de su responsabilidad.

El caso del artículo 127 del Reglamento Hipotecario es el que surge en el presente recurso y sobre el cual hay que hacer las consideraciones críticas. La parte que interpone el recurso, desconociendo la especialidad del mismo que otorga caracteres propios a esta forma de aplicar el Derecho, se hace cruces de que pueda ser aplicado un precepto como el del artículo 127 y que se permita al Registrador, aún a riesgo de incurrir en corrección disciplinaria, para que en forma extraordinaria emitir nuevos juicios calificativos y alegar defectos que con anterioridad no había señalado. Pone, como argumento importante, el caso del artículo 66 de la Ley Hipotecaria frente a la ejecutoria judicial, y yo recuerdo que en uno de mis primeros artículos, y sobre todo en mi ensayo sobre la calificación registral, ya defendí esa posibilidad de calificación que parece poner en interrogante el que interpone el recurso.

Los Registradores de la Propiedad alegaron, con indudable acierto, que la excepción de cosa juzgada es un término reservado para la jurisdicción ordinaria, pero no para las actuaciones de jurisdicción voluntaria (artículo 408 de la LEC) de las que parece participar el recurso gubernativo. Por supuesto querer reducir lo dispuesto en el artículo 127 al caso de cambio de Registrador en el supuesto de recurso de «reposición» es negar el carácter excepcional del supuesto que otorga, sin distinción sea el mismo Registrador u otro diferente, la facultad de ampliar su calificación. No olvidemos que el 116, al contemplar los dos casos sólo permite al Registrador calificador «allanarse» a la petición de la otra parte, y aquí excepcionalmente se le permite rectificar su calificación. Que esto es así, el segundo considerando de la Resolución lo confirma, aunque no se den unas razones poderosas para su defensa. Sería anómalo e injusto que esta facultad excepcional que se concede al Registrador pudiera repetirla indefinidamente, es decir, abusase de ella, pues la calificación que debe emitir exige los defectos del título y los que surjan del Registro y salvo aquellos casos excepcionales en que por la aportación de documentos complementarios o



porque los mismos provoquen situaciones diferentes (como en el caso presente) el artículo 127 debe ser entendido con restricciones. Claro que su fundamento, ya lo hemos apuntado, es que con la alegación de nuevos defectos, sin aceptar la Resolución, se sigue manteniendo la responsabilidad del Registrador, sin trasladarla a la Dirección General al ordenar una inscripción cancelación o anotación improcedente registralmente.

A pesar de que los considerandos tercero y cuarto se dedican a justificar que los Registradores al calificar de nuevo cumplieron con lo dispuesto en los artículos 105, 106, 433,2 y 434,1 del Reglamento (es decir, manifestación del nuevo defecto a los interesados), es lo cierto que no fue así, ya que los mismos Registradores en su informe establecen «que la nota extendida en virtud del ejercicio de tal facultad, al no ordenarse en el artículo 127, poner los defectos en conocimiento previo del interesado ni requerirse para su ejercicio petición de éste, ha de formularse en base de los documentos en que se basó la Resolución, porque el expresado precepto no abre proceso alguno de alegaciones». Resulta, por ello, extraño que la Dirección dé por cumplidos los artículos complementarios al decir que «criterio que han hecho suyo los Registradores al haber aceptado la recepción de los nuevos documentos presentados por el interesado para subsanar los nuevos defectos señalados, y que han tenido a la vista para la redacción de la tercera nota, que es complementaria de la segunda».

Es muy difícil averiguar las razones que la Dirección tiene para dar por cumplido un requisito legal que parece tener vigencia a pesar de la terminología empleada por el artículo 127 del R. H. La excepción que este artículo ofrece no creo que pueda extenderse a dejar incumplidos los otros artículos, ya que la misma, entendida en ese sentido, se convertiría de excepcional en privilegiada. En el fondo el no atacar de plano el incumplimiento de esos preceptos se basa en que si así se hiciera no podrían tenerse en cuenta los documentos que se aceptan para fundar una solución contraria a la que inicialmente presumían los Registradores iba a desembocar el recurso. En este punto de motivos e intenciones es mejor no penetrar y aceptar, en este caso concreto, la doctrina pronunciada sin que la misma pueda ser generalizada a más casos que el contemplado.

#### B) *Personalidad de la parte vendedora*

Este problema era el tema de fondo que no llega a resolverse más que de una forma indirecta descargando toda la fuerza de la Resolución en la actuación registral, sin querer reconocer, más que en una forma indirecta, la poco acertada intervención notarial que con su inicial calificación de la Asociación de la Prensa como Asociación Benéfica particular da pie a todo lo que viene después. Yo creo que la situación puede compararse con lo que llamamos «causa» del negocio jurídico, y aquí la causa fue esa errónea apreciación notarial que por un conjunto de circunstancias llegó a poner a salvo esa penosa responsabilidad que la dación de fe de conocimiento y aseveración de capacidad impone como servidumbre al funcionario público revestido del poder de dar fe.

La Resolución de 16 de septiembre de 1977 viene a resolver el problema

de la personalidad de la Asociación de la Prensa que de ser una Asociación Benéfica particular, como afirmó el Notario, pasa a ser una Organización Profesional Sindical, como un documento complementario demostró. Y aquí es donde reside todo el gran drama de esta resolución, pues si el Notario da fe de que una persona, regida por determinadas normas, tiene personalidad y capacidad para su actuación y luego resulta que esa afirmación no es cierta, porque se rige por otras, lo procedente es otorgar una nueva escritura en la cual, sopesando la normativa aplicable, se llegue a una documentación perfecta que pueda tener acceso al Registro. Se me hace muy difícil comprender cómo a lo contenido en una escritura pública puede oponérsele un documento —que pudiendo ser público no es escritura— y que no reúne los requisitos desvirtuadores y los complementarios del artículo 1.219 del C. civil.

Encuadrada la Asociación de la Prensa en el campo de las Entidades u Organizaciones profesionales sindicales en base de la Resolución de la Dirección, los Registradores no tuvieron más remedio que reaccionar para oponer a la inscripción esa serie de defectos que la nueva situación creaba y que, a su juicio, eran aplicables. También creo que en mi comentario de aquella Resolución había apuntado la necesidad de cumplir una serie de requisitos entre los cuales figuraba la celebración previa de subasta. A la vista de las nuevas decisiones, los Registradores califican la documentación presentada y entienden que no se justifica la convocatoria de la Junta General, que no se acredita el «quorum» de asistencia de la misma, que no existe autorización del Ministro de Relaciones Sindicales y que no se ha celebrado la subasta correspondiente. Como posteriormente a esa primera nota se extiende otra en la que uno a uno se van rechazando los documentos presentados.

La Resolución afronta la nota y va destruyendo, unas veces con acierto y otras con oportunidad histórica, los diferentes problemas para que logre borrarse de la mente del intérprete esa tremenda actuación notarial a la que sólo se alude en el último considerando de la Resolución de 16 de septiembre de 1977 en la que parece advertírsele al Notario autorizante para que «no omita circunstancias esenciales o de interés, aunque puedan luego ser completadas con otros documentos». Lo que sucede es que el considerando afirma luego que no hubo error de apreciación ni ningún cambio subjetivo del compareciente. La afirmación, a mi entender, se hace gratuita, ya que no parece, en principio, ser lo mismo estar sometida una Asociación a la legislación general de Asociaciones que a las normas sindicales. La cosa es totalmente distinta, lo que sucede es que al fedatario de turno todo esto se le pasó y luego se quiso arreglar y se arregló, afortunadamente, por supuesto. Pero la norma es la norma y el caso concreto, el caso concreto.

Por supuesto que la Dirección entiende que se justificó debidamente la convocatoria, el «quorum» de la Junta General que se celebró en segunda convocatoria por unanimidad, la no necesidad de la autorización del Ministro de Relaciones Sindicales y la innecesidad de la subasta pública. Quizá estos considerandos, referidos a los dos últimos aspectos, sean los más trabajados, pues en ellos y con base de las alegaciones del recurrente se distingue entre los Organismos Sindicales y las Organizaciones profesionales

sindicales, ya que estas últimas, al no ser Corporaciones de derecho público, sus bienes no tienen la condición de demaniales. Incluso en apoyo de esta última referencia a la subasta se utiliza el criterio del rango de las normas jurídicas, tan abandonado durante muchos años en el campo de la elaboración y promulgación de normas) de que un Decreto de noviembre de 1972 debe prevalecer sobre una Orden de 17 de julio de 1973.

El tema que, para ser juzgado con objetividad, exige una retroacción de situaciones y normas que ya estaban en período de modificación o desmantelamiento cuando el supuesto se plantea (Ley de 1 de abril de 1977 y Decretos de 22 de abril y 2 de junio de 1977...) sigue girando sobre un tema que inexplicamente transforma la comparecencia de una persona jurídica en otra nueva y distinta a pesar de que el fedatario de turno, cumpliendo con el requisito del artículo 167, asevera que tiene la capacidad para la celebración del acto de que se trate. Bueno, asevera la capacidad de aquella, no de la nueva entidad resultante y de la normativa que la regula, pues en vez de otorgarse una nueva escritura, que hubiera sido lo procedente, por las razones que sean se aplicó la solución de una documentación complementaria de la que por una serie de interpretaciones viene a deducirse una capacidad de actuación que el Notario no había podido aseverar, ya que desconocía todo lo que con posterioridad a su acto documental acació. Y la pregunta se hace necesaria: ¿Cabe que por medio de una documentación complementaria se varíe la situación normativa de una persona jurídica y se haga valer el juicio de capacidad a la nueva situación creada?

Y es que, en el fondo, lo que no se ha querido afrontar en todo este conjunto de situaciones es la aplicación de los artículos 21 y 22 de la Ley Hipotecaria y el temido artículo 146 del Reglamento Notarial a través del otorgamiento de un acta subsanatoria y la indemnización correspondiente.

## DERECHO MERCANTIL

*A través del correctivo de la autocontratación se trata de delimitar los poderes del representante para evitar un perjuicio a los intereses de su representado, sin la aprobación o consentimiento de este último.*

*Nuestra Ley no prohíbe la existencia de un Consejo de Administración con dos miembros sin que, por el contrario, la presupone, dados los términos de los artículos 73 de la misma; 102 h), del Reglamento del Registro Mercantil, y principio general de la autonomía de la voluntad sancionado en el artículo 1.225 del Código Civil. (Resolución de 9 de mayo de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 17 de junio de 1978.)*

*Hechos.*—Por escritura autorizada por el Notario recurrente el 9 de agosto de 1976, don Julián de la Cruz Toledo y su esposa, doña María Alberta Campo Garrido, constituyendo la sociedad «Bodegas Cruz Campo, S. A.», interviniendo ambos en su propio nombre y derecho, y haciéndolo además el señor De la Cruz como Administrador único o Gerente de la Entidad «Fomento de Negocios, S. A.» (FOMENSA), cargo para el que fue designado por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Luis Sanz Suárez, el 11 de enero de 1974, que fue inscrita en el Registro Mercantil.

Presentada en el Registro Mercantil de Logroño primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el documento que precede en este Registro, se deniega por los siguientes defectos:

1.º Existe autocontratación, porque don Julián de la Cruz Toledo comparece por sí y en representación de la Sociedad «Fomento de Negocios, Sociedad Anónima», como Administrador único, y, al no acompañarse la escritura de 11 de enero de 1974, en la que se le designa para tal cargo, no consta que en éste se le facultara para autocontratar.

2.º El artículo 7.º de los Estatutos que admite el Consejo con dos únicos miembros, y el acuerdo de designar el Consejo en esta forma —dos únicos Consejeros, que por cierto son esposos— están en oposición con lo dispuesto en los artículos 71 y 73 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas y el artículo 102, b), del Reglamento del Registro Mercantil, porque el Consejo con dos únicos miembros equivaldría a la organización de una administración mancomunada y no solidaria, prohibida en nuestra Ley, con actuación conjunta, unánime y simultánea de sus Administradores. Por tanto, con dos únicos miembros, desaparece la característica fundamental del Consejo de Administración, que es la de la administración conjunta y por mayoría, y le serían inaplicables las normas sobre constitución y funcionamiento y adopción de acuerdos. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1960. Ambos defectos son insubsanables».

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que, según su criterio, la constitución de una Sociedad no es propiamente un contrato, y ésta es también la tesis mantenida por gran parte de la doctrina, por lo que, si no existe contrato, no puede hablarse tampoco de autocontratación; que en la escritura calificada se testimoniaron parcial y brevemente, pero en forma suficiente, los particulares pertinentes de la escritura fundacional de «Fomento de Negocios, S. A.», así como la de nombramiento de Administrador, de 11 de enero de 1974; que si a pesar de ello el Registrador considera indispensable el testimonio íntegro de esta última escritura, la nota debería de ser de suspensión y la calificación de la falta de subsanable, y con mayor razón teniendo en cuenta que una hipotética extralimitación de facultades del Administrador único sería también subsanable por acuerdo de la Junta General; que en cuanto al segundo defecto señalado en la nota cabe alegar que los artículos 71 y 73 de la Ley de Sociedades Anónimas y el 102, h), del Reglamento del Registro Mercantil no fijan número mínimo de miembros para el Consejo, por lo que es admisible cualquier pluralidad; que en el mismo sentido se manifiesta la mayoría de la doctrina, y que la Sentencia de 20 de abril de 1960, que se cita en la nota, es poco explícita y no tiene el sentido general que se le quiera dar, sin que el supuesto que contempla coincida exactamente con el del caso que nos ocupa.

El Registrador dictó acuerdo, manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: que es indudable que nuestro derecho positivo vigente califica, por definición, a la Sociedad como un contrato (artículo 1.665 del Código Civil), reiterando tal calificación en los artículos 1.668, 1.676, 1.679,

1.692 y otros del mismo Cuerpo legal; que en el mismo sentido se manifiesta el Código de Comercio (artículos 116, 117, 119 y 121) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto anterior como posterior a la Ley de Sociedades Anónimas (sentencias de 22 de abril de 1958, 3 de diciembre de 1959, 24 de junio de 1960 y 11 de diciembre de 1965, entre otras); que el defecto señalado es insubsanable por estar viciadas de nulidad las declaraciones de voluntad emitidas, a tenor del artículo 4.º del Código Civil; que en relación al segundo de los defectos, y a pesar de la elasticidad de los artículos 71 y siguientes de la Ley, del contenido de los mismos se deduce claramente la intención del legislador de excluir el sistema de administración en régimen de pura mancomunidad, deduciéndose asimismo que la esencia del sistema de administración por Consejo radica precisamente en la colegialidad o adopción de acuerdos por mayoría, hasta el punto de que las disposiciones legales serían de imposible aplicación en la hipótesis de que, integrado el Consejo por dos únicos miembros, fuera necesaria la actuación unánime (así el artículo 73, 2; artículos 77 y 79); que el artículo 78 de la Ley establece, con carácter imperativo, el régimen de mayoría para la constitución del Consejo y la adopción de acuerdos, régimen absolutamente inviable en la hipótesis de dos únicos Consejeros; que es indudable que la expresión «varias personas» del artículo 73 de la Ley se refiere a la existencia de más de dos, pues habitualmente el término «varios» se utiliza para expresar pluralidades superiores a dos seres; que la Sentencia de 20 de abril de 1960 adopta como uno de los fundamentos del fallo «la imposibilidad de alcanzar la mayoría exigida por la Ley», lo que hace innecesarias otras consideraciones.

Y la Dirección General confirma únicamente el primero de los defectos incluidos en la nota, en base a la siguiente doctrina.

*Doctrina.*—Son dos las cuestiones a examinar en este recurso: una primera, relativa a la posible existencia de una autocontratación al constituirse la Sociedad, y la segunda, que hace referencia a si puede crearse un Consejo de Administración compuesto únicamente por dos miembros.

En cuanto a la primera cuestión, es de observar que si uno de los futuros socios comparece en la escritura de constitución de la nueva Sociedad no sólo en nombre propio, sino también en representación de una Sociedad, en la que su objeto social es crear Sociedades o participar en las ya creadas, mediante aportación de capital o de servicios de asesoramiento, y, como Administrador único, se encuentra facultado para estos actos, por estar dentro del giro y tráfico de la Empresa —artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas—, es indudable que se produce una situación en la que puede existir una contradicción de intereses y el consiguiente peligro de que se vea afectada la Entidad representada por una actuación abusiva de quien obra en nombre de intereses diversos, lo que hace necesario el conocimiento y la autorización de dicha Entidad, pues de lo contrario se estaría ante un supuesto de autocontratación, no permitido en nuestro derecho.

No parece oportuno examinar la naturaleza jurídica del acto de constitución de una Sociedad, ya que, a efectos de este recurso, es totalmente indiferente el que tal acto sea o no un contrato, pues no cabe encuadrar

la figura de la autocontratación en tan pequeño campo, y que no puede aplicarse, por tanto, a otro tipo de negocio jurídico, ya que no hay que olvidar que, al emitirse por una misma persona dos declaraciones de voluntad, una en nombre propio y otra en nombre ajeno, se está ante un juego de intereses, y que lo que se trata, a través del correctivo de la autocontratación, es el de delimitar los poderes del representante para evitar un perjuicio a los intereses de su representado, sin la aprobación o consentimiento de este último.

En cuanto al segundo de los defectos, no deja de resultar un tanto extraño la posible existencia de un Consejo de Administración compuesto únicamente por dos miembros, dadas las dificultades con que ha de tropezar para su constitución y funcionamiento, que podría llevar a una paralización de la Sociedad por falta de funcionamiento de este órgano social y, aunque pudiera soslayarse alguno de los inconvenientes apuntados, verbigracia pactando en los Estatutos la concesión de voto dirimente, en caso de empate, al Presidente, siempre resultará difícil cumplir la norma de constitución del Consejo —artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas— cuando uno de los dos componentes no quiera aceptar la propuesta del que tiene voto de calidad.

No obstante los inconvenientes prácticos señalados, no hay duda que nuestra Ley no prohíbe la existencia de un Consejo de Administración de este tipo, sino que, por el contrario, la presupone, dados los términos de los artículos 73 de la misma y del 102, h), del Reglamento del Registro Mercantil, lo que unido al principio general de autonomía de la voluntad, sancionado en el artículo 1.255 del Código Civil, fundamental en esta materia, obligan a no tomar en consideración el defecto discutido.

### *Consideraciones críticas*

La presente Resolución aborda dos temas importantes en materia de constitución de sociedades anónimas, cuales son el problema de la figura de la autocontratación y la posibilidad o no de que un Consejo de Administración esté formado por dos miembros solamente. Cuestiones ambas que se resuelven con distinto criterio por la misma, ya que frente al problema de la autocontratación se da la razón al registrador calificador y respecto a la formación del Consejo de Administración se quita la razón al mismo y se permite su existencia. De ambas cuestiones y por el orden enumerado vamos a tratar en el presente comentario.

#### *A) Problema de la autocontratación*

El conflicto de intereses que lleva consigo la figura de la autocontratación es el decisivo para fijar cuándo debe admitirse excepcionalmente la figura y cuándo debe rechazarse. Sólo acudiendo al mismo podría aceptarse un principio general y unas excepciones. Nada tiene que ver —y en esto la doctrina de la Dirección tiene mucho que alabar— el que la naturaleza de la constitución social sea o no un contrato, pues la figura genérica de

la autocontratación se aplica sustancialmente al negocio jurídico y, de ahí, que reducirla al campo del contrato sea empequeñecer la misma. Díez PICAZO («La representación en el Derecho Privado», Civitas, 1979) al hablar de los supuestos típicos de autocontratación reafirma esta idea apuntada, ya que considera que la figura exige cuando menos un negocio o acto jurídico que sea de estructura bilateral, ya que no es posible cuando el negocio sea exclusivamente unilateral. En los negocios en los que hay más de dos partes, y en general en los negocios plurilaterales, un supuesto análogo al de la autocontratación se produce cuando son realizadas por una misma persona las declaraciones de voluntad de dos o más partes, pero no de todas. Piénsese, cita el autor, el contrato de sociedad firmado por cinco contratantes, en el cual una persona comparece en su propio nombre o derecho y al mismo tiempo en representación de otros dos interesados.

El autor anteriormente citado, utilizando el sereno estudio de Castán, señala como dicho autor al enfocar el problema de la posición jurisprudencial respecto del autocontrato decía que después de una inicial sentencia en que dicho Tribunal se mostraba poco propicio a la admisión de los llamados contratos consigo mismo (S. 6 marzo 1909), rectifica para admitir el principio de la autocontratación cuando no medie colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontratante, debiendo interpretarse las excepciones al principio de validez en forma estricta y nunca extensiva. Y siguiendo esa línea, cita las Sentencias de 5 noviembre de 1956, 27 octubre de 1966, 21 febrero de 1968, etc. Para este autor, de la jurisprudencia citada, se desprenden dos requisitos de validez de la autocontratación: cuando existe una manifestación de voluntad del «dominus negotii» en virtud de la cual este último admite la autocontratación y cuando se da una total inexistencia de incompatibilidad de intereses entre representante y «dominus negotii» con plena exclusión de la posibilidad o riesgo de abuso o conflicto.

Trasladando todo este aspecto constructivo de la autocontratación en base de la cita de esa obra casi reciente, podemos señalar a modo de comentario crítico los siguientes puntos:

a) No es posible alegar, como lo hace el Notario recurrente, que el tema de la autocontratación no se da en el campo de la constitución de una sociedad, ya que dicho acto no es un contrato. Muchas veces me he lamentado de que sólo dominando la «parte general» del Derecho se llega a una plena concepción jurídica de las instituciones y en esta alegación se desconoce o se excluye la teoría general del negocio jurídico. Pero lo malo no es la alegación que hace el funcionario que da fe, sino la réplica que hace el funcionario calificador que insiste en la idea de contrato para configurar la constitución social como un contrato. Menos mal que la Dirección General, velando por esos conocimientos de la Parte General del Derecho, aclara que la figura de la autocontratación tiene un campo de actuación más amplio que el propio de la contratación. Y contra ello no cabe ni siquiera la alegación de la terminología (argumento que afortunadamente no se utiliza por recurrente y calificador) «auto-contratación», ya que no hay que olvidar la figura mercantil, que podría aplicarse en este caso, de la autoentrada del comisionista (artículo 267 del Código de Comercio).

b) Que uno de los requisitos que parece exigir la doctrina y la jurisprudencia para admitir el supuesto de autocontratación es el de la ausencia de incompatibilidad de intereses. Quizá centrandó el problema del interés exclusivamente en lo económico, siempre he citado el ejemplo que ponía LA RICA al hablar de la posibilidad de la inscripción del derecho de opción pactado en una escritura de poder, ya que al reunir necesariamente los requisitos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario y especialmente el señalamiento de un precio, desaparece la incompatibilidad de intereses o peligro de lesión presente o futura, de los derechos de una de las partes, que es el freno que la Dirección General puso a la admisión de la figura (Resoluciones de 22 de diciembre de 1922 y 30 mayo 1930, 26 de septiembre de 1951 y 30 junio 1956).

Quizá por ello en principio no vea esa contradicción de intereses en forma muy clara, pues no cabe duda que en base del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas el Administrador único se encuentra facultado para los actos de crear sociedades, mediante la aportación de capital o de servicios de asesoramiento, por estar comprendidos dentro del giro o tráfico de la Empresa. Pero, claro está, sin poseer más datos que los escuetos de los antecedentes, de la decisión registral que precisa que la escritura de constitución de la Sociedad en la que se nombra Administrador único no consta que éste esté facultado para contratar en forma de autocontrato y por la defectuosa forma en que el Notario hace defensa del problema de la autocontratación, tengo que resignarme a aceptar esa «posibilidad» de contradicción de intereses de que habla la Dirección General en su segundo considerando, con el consiguiente peligro de que se vea afectado la Entidad representada por una actuación abusiva de quien obra en nombre de intereses diversos, lo que hace necesario el conocimiento y la autorización de dicha Entidad.

c) El requisito del consentimiento del «dominus negotii» es otro de los argumentos que la Dirección impone para justificar la validez del autocontrato y aquí, por lo que dice el considerando citado, no existe, como hemos visto.

#### B) *Formación del Consejo de Administración*

Para la nota calificadora, el artículo 7 de los Estatutos que establece que el Consejo de Administración se constituye con dos miembros solamente viola lo dispuesto en los artículos 71 y 73 de la Ley de Sociedades Anónimas y 103 b) del Reglamento del Registro Mercantil, ya que ello equivaldría a una administración mancomunada y no solidaria. En defensa de ello se desarrolla dicha idea señalando aquellos supuestos legales en los que la actuación «por mayoría» se hacía imposible. Por supuesto, el recurrente señala que la Ley no especifica número mínimo de miembros para el Consejo y, de ahí, que sea admisible cualquier pluralidad.

La Dirección General, en el caso que ofrece el defecto, da la razón al Notario, entiende que la Ley de Sociedades Anónimas lo presupone en los artículos 73 y siguientes de la misma y en el 102 del Reglamento Mercantil y que aquí juega, en todo caso, el artículo 1.255 del C. civil con su libertad



de estipulación, siendo solucionables los problemas que se ofrecen por la calificación a través de la concesión de un voto dirimente a favor del Presidente en caso de empate.

GARRIGUE Y URÍA, en sus conocidos comentarios a los artículos 71 y 73, no plantean el problema del número de Consejeros que pueden ser varios si forman Consejo de Administración, exigiéndose solamente que la designación se haya hecho de suerte que las facultades de administración hayan de ejercitarse «conjuntamente». Si, por el contrario, las facultades administrativas se encomiendan «solidariamente» a los distintos administradores, entonces no hay razón para entender constituido el Consejo de Administración por lo mismo que en tal caso la administración deja de ser colectiva. Quizá es esto lo que quiso decir el Registrador en su nota, pero de la lectura de la misma parece todo lo contrario.

MANUEL DE LA CÁMARA («Estudios de Derecho Mercantil»); después de abundar en la idea de la mancomunidad, solidaridad y la conjunción, se fija en el supuesto que plantea la Sentencia de 20 de abril de 1960 (citada por el Registrador en su nota calificadora), de la que parece desprenderse que no es admisible que el número mínimo de miembros del Consejo sea dos, pues, en tal hipótesis, los acuerdos no podrían adoptarse por mayoría.

En la disyuntiva que ofrecen los textos legales y las opiniones vistas hay que inclinarse por la solución contraria a la que la Dirección da, pues sus razones no son suficientemente fuertes para basar su decisión. Es bien cierto que ni el artículo 71, ni el 73 de la Ley, ni siquiera el 103, h) del Reglamento del Registro Mercantil apoyan una solución negativa a que el Consejo de Administración lo formen solamente dos miembros, pero tanto esos artículos como el 1.255 del Código civil que se invoca en base de una interpretación no aislada de preceptos —defecto en que parece incurrir tanto el Notario como la Dirección—, sino conjunta de los mismos nos debe llevar a una solución contraria, ya que aceptando la admisión de un Consejo de Administración con dos miembros se hace dificultoso, y prácticamente imposible, el funcionamiento del mismo por mayorías que es la esencia del funcionamiento «conjunto» de que parte la Ley, y así, su artículo 78, se vería sin posibilidades de cumplimiento. La solución que da la Dirección de un voto dirimente de calidad a favor del Presidente hace tránsito al principio de solidaridad, que se aparta del nombramiento conjunto regido por el criterio de mayorías que parece ser la base esencial o el principio fundamental de que parte la Ley de Sociedades Anónimas.

Es por ello incomprensible la postura de la Dirección, salvo que a su través quiera impartir razones por mitad al funcionario autorizante de la escritura y al que ejercita la facultad calificadora, pero por lo dicho ninguno de los dos merecía ninguna consideración a la vista de esas argumentaciones que hacen en torno al problema de la autocontratación.

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### LA DISTINCION DE UN PACTO DE ELEVACION DE LA RENTA Y UNA CLAUSULA DE INCREMENTO UNILATERAL DE UN ARRENDAMIENTO URBANO

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1980)*

SUMARIO: 1. Cláusula contractual en un contrato de arrendamiento de local de negocio y las decisiones judiciales de los Tribunales.—2. El alcance legal del sistema de actualización de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente.—3. El fundamento de la doctrina jurisprudencial sobre la «ecuación prórroga-renta».—4. La distinción entre una cláusula de elevación de renta y una cláusula de incremento unilateral.

#### *1. Cláusula contractual en un contrato de arrendamiento de local de negocio y las decisiones judiciales de los Tribunales.*

En el contrato de arrendamiento de un local de negocio celebrado el 25 de febrero de 1970 (por tanto, regido por la LAU vigente), el propietario del local establece en el documento escrito una cláusula tercera, en la que expresa: «El precio pactado de treinta mil pesetas mensuales sólo regirá el primer año; a partir del inicio del segundo, o sucesivos, se incrementará el mismo a voluntad del propietario con un tres por cien anual que, en los sucesivos servirá también para calcular los aumentos, o bien se aumentará de conformidad al incremento del coste de la vida, según índices publicados por el Instituto Nacional de Estadística».

Después de transcurridos varios años y pagados los incrementos de renta por el arrendatario, no obstante, éste demanda al arrendador para que le devuelva la cantidad de trescientas ochenta y ocho mil setecientas cuarenta y dos pesetas como exceso del pago por dichos incrementos de la renta al considerar nula la cláusula tercera del contrato de arrendamiento. Una vez admitida la demanda y emplazado el demandado por el Juez de Primer Instancia, éste dicta sentencia el 27 de abril de 1977 y declara nula dicha cláusula tercera del contrato de arrendamiento del local de negocio y, en su consecuencia, procede a condenar al demandado, o propietario, para que reintegre al demandante, o arrendatario, la citada suma de trescientas

ochenta y ocho mil setecientas cuarenta y tres pesetas, importe de las cantidades satisfechas por incrementos de las rentas producidas al amparo de dicha cláusula y, asimismo, declarar que en lo sucesivo, la renta será la fijada en el contrato citado, de treinta mil pesetas mensuales, sin perjuicio de los incrementos legales que puedan producirse.

El propietario y arrendador interpone recurso de apelación contra esta sentencia de primera instancia ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, la cual dicta sentencia el 18 de mayo de 1978 y revoca, en parte, la sentencia apelada para dar lugar, también, en parte, a la demanda; en cuanto a la cláusula del contrato confirma su nulidad al no ser un válido sistema de actualización de la renta convenida por las partes, por lo que se condena al demandado para que reintegre al actor la cantidad satisfecha como aumento de renta en lo que excedió de treinta mil pesetas, más diez y ocho mil quinientas sesenta y cuatro mensuales, que constituye la renta que vincula a las partes sin perjuicio de los aumentos legales.

Entonces, el arrendatario, al no quedar satisfecho con la sentencia de la Audiencia, por no confirmarle el reintegro de los incrementos ya pagados, es cuando interpone ante el Tribunal Supremo recurso de casación por infracción de ley, el cual, en Sentencia de 13 de febrero de 1980, declara no haber lugar a él, al mantener y confirmar las decisiones de la Audiencia, en base a los considerandos siguientes:

«CONSIDERANDO: que la vigente legislación especial de arrendamientos urbanos, inspirada en el principio dispositivo, a diferencia de los textos derogados, como esta Sala (Sentencia de veintitrés de abril de mil novecientos sesenta y tres), acoge el básico postulado de la autonomía de la voluntad contractual en punto a la fijación de la renta (artículo noventa y siete) y autoriza el pacto de su aumento (artículos noventa y ocho), pero dada la subsistencia del precepto imperativo sobre el beneficio de la prórroga para el arrendatario según ordena el artículo cincuenta y siete, el convenio sobre incremento de la merced arrendaticia que por sus términos abusivos quiebre la ecuación entre los conceptos de prórroga y renta, constantemente aludida por la doctrina jurisprudencial como uno de los pilares en que se asienta la normativa, tendrá la significación de un acto realizado en fraude, nulo como tal según el artículo noveno por constituir medio para eludir el cumplimiento de una regla cogente, en cuanto hace demasiado oneroso, convirtiéndole en ilusorio el ejercicio de aquel derecho potestativo que al locatario asiste como irrenunciable por disposición del artículo sexto, razón por la cual sin desconocer que, según se ha hecho notar, en la amplia dicción del artículo cien, párrafo primero, con su referencia a cualquier «sistema de actualización» paccionado, pueden entenderse comprendidas no sólo las denominadas cláusulas de estabilización, de naturaleza bilateral y conmutativa, a todas luces válidas en función de la equivalencia de las prestaciones, sino también las de elevación de renta que por su cuantía y desarrollo no pueden tenerse por excesivas, ya que el precepto citado no contiene una mención concreta y limitada de las primeras a diferencia de lo que puede observarse en otras disposiciones legales (artículo doscientos diecinueve, número tercero, del Reglamento Hipotecario y Ley cuatrocientas sesenta y una, párrafo tercero, del Fuero de

Navarra), interpretación en cierto modo avalada por el tenor literal del Decreto Ley de 17 de noviembre de 1975 y los Reales Decretos Leyes de 8 de octubre de 1976, 4 de enero de 1978 y 29 de diciembre de 1979, al limitar el *quantum* de los incrementos de las rentas en los arrendamientos urbanos en situación de prórroga legal «que sean procedentes por pacto expreso de las partes», es lo cierto que la jurisprudencia mantiene el criterio de que, por el contrario de las propias cláusulas estabilizadoras, incuestionablemente equitativas dada su intrínseca bilateralidad para prever y corregir el desequilibrio patrimonial ocasionado por la alteración monetaria, sea de signo inflacionista o deflacionista, los pactos de elevación de renta, fijando un incremento progresivo y constante, carecen de validez, por entrañar de hecho la conculcación de la norma de derecho necesario sobre la prórroga del contrato y de la prohibitiva de su renuncia (SS. 24 junio 1971, 25 enero, 23 abril y 16 junio 1973, 9 febrero y 23 diciembre 1974, 28 octubre y 28 noviembre 1975, 31 marzo y 2 diciembre 1977), pero ello no descarta que venga permitido ponderar, en razón de las circunstancias del caso singular contemplado, los pagos realizados por el arrendatario como actos que responden a un acuerdo sobre aumento de renta que se independiza, cobrando propia sustantividad de la cláusula con el estigma de ilicitud por la que se estipula la elevación periódica e indefinida del precio del arrendamiento, si el incremento así obtenido responde a pautas de equidad y no puede ser conceptualizado de anormal o abusivo, susceptible de censura con base en el artículo noveno de la Ley.»

«CONSIDERANDO: que ajustándose a esa doctrina la sentencia impugnada resuelve, confirmando en este aspecto la pronunciada en el primer grado jurisdiccional, que la cláusula tercera del contrato de 25 de febrero de 1970, de arrendamiento de una nave industrial, en la que se conviene que la renta pactada de treinta mil pesetas mensuales experimentaría a partir del segundo año un incremento del tres por ciento anual, que en los sucesivos servirá también para calcular los aumentos, o bien se aumentará de conformidad al incremento del coste de la vida, está viciada de ilicitud por cuanto comporta una elevación escalonada e indefinida que vulnera el derecho de prórroga concedido por la Ley al arrendatario, pues su ejercicio habría de resultarle antieconómico por excesiva onerosidad, siguiéndose de ello la nulidad de lo pactado en orden a la elevación constante de la merced arrendaticia, unilateral en sus efectos por faltarle las notas de reciprocidad y conmutatividad y estar establecida en exclusivo beneficio del arrendador; si bien matiza la tesis en el sentido de que la ineficacia consiguiente, con toda la significación que le es propia una vez que el arrendatario declaró su negativa al pago de la renta incrementada, no le impide valorar las contraprestaciones ya realizadas reiteradamente y sin protesta como expresión de un acuerdo sobre elevación del precio del arrendamiento, lo que le lleva a concluir que «no es nula la renta novada, sino sólo el aumento que en lo sucesivo pudiera pretenderse, por lo que, en definitiva será renta exigible la pactada de treinta mil pesetas mensuales con más el incremento aceptado y ya satisfecho de dieciocho mil quinientas sesenta y cuatro pesetas por igual periodo, sin perjuicio del reintegro de lo percibido por el arrendador con exceso.»

Esta Sentencia de 13 de febrero de 1980 presenta un gran interés para el jurista que sigue atento a la interpretación y enjuiciamiento que realiza el Tribunal Supremo sobre el «sistema de actualización» pactado por las partes en sus contratos de arrendamiento urbano, según se acoge por la normativa vigente (art. 100, párrafo primero, *in fine*).

Precisamente, en el caso de autos, se dilucida y distingue sobre una de las modalidades que constituye este sistema de actualización, cual es la producida por el «acuerdo de las partes» sobre el «aumento o reducción» de la renta (art. 98 LAU) o, también, denominadas «cláusulas de elevación de renta». Ahora bien, después de que el Tribunal Supremo reconozca estas cláusulas, *in genere*, y de que las caracterice por sus límites cuantitativos. —«que por su cuantía y desarrollo no puedan tenerse por excesivas»— y las declare como válidas, *in concreto*, para el caso de autos, la cláusula de elevación de renta establecida en el contrato la confirma como nula, dado que «está viciada de ilicitud».

El Tribunal Supremo basa este vicio de ilicitud de la cláusula en dos fundamentos legales: 1.º Porque comporta una elevación escalonada e indefinida que vulnera el derecho de prórroga del arrendatario (art. 57 LAU), precepto imperativo que no puede ser violado directamente ni indirectamente por un acto en fraude a la Ley (art. 9 LAU), como sería con el cometido por un incremento abusivo y oneroso que haría ilusorio el derecho irrenunciable, según tiene declarado ya su doctrina de la «ecuación prórroga-renta»; 2.º Porque la cláusula contractual es «unilateral en sus efectos por faltarle las notas de reciprocidad y conmutatividad y estar establecida en exclusivo beneficio del arrendador».

En realidad, este último fundamento legal es suficiente para que la cláusula de elevación de la renta sea considerada como nula, mientras que el primero depende de la prueba del fraude, de la intencionalidad manifiesta o deducible de un incremento excesivo de la renta, criterio cuantitativo y de hecho, por tanto más problemático. Así, en el caso de autos, el incremento de la renta era tan sólo de un «tres por ciento anual» o según el «coste de la vida», es decir, incrementos por debajo de los índices económicos de estos últimos años, donde la inflación causa verdaderos daños e injusticias patrimoniales al rebajar drásticamente el poder adquisitivo del dinero. Cuando la rentabilidad del dinero está llegando, al igual que el índice de inflación, al dieciocho y veinte por ciento (1), no parece un fundamento serio contra un arrendatario el que un tres por ciento le suponga un impedimento para ejercitar su derecho de prórroga y sea considerado como un fraude a la Ley realizado por el arrendador; que el incremento del contrato de autos sea considerado como «abusivo», «oneroso» o «antieconómico» para el arrendatario, me parece ponerse de espaldas contra la realidad.

A mi modesto juicio, no debió ser el fundamento cuantitativo de pactar

---

(1) Resolución 21 marzo 1979 sobre «Precios de consumo: índices oficiales». Cfr. ARANZADI, Colección legislativa (1979), núm. 957. «Sistema de índices de precios de consumo. Conjunto nacional. Viviendas de alquiler», donde se detallan los porcentajes de elevación siguientes: para el año 1976 (94,7 hasta 104,1); para el año 1977 (105,4 hasta 119,9), y para el año 1978 (121,3 hasta 133,6).

la actualización de la renta el que debió invalidar la cláusula contractual; hubiera bastado el argumento que se alega finalmente, de que el incremento de la renta se deja al arbitrio del arrendador o propietario, como acto o pacto contra ley.

De aquí que esta Sentencia plantea tres cuestiones importantes: a) La del alcance legal del «sistema de actualización» de la LAU vigente; b) La del fundamento de la doctrina jurisprudencial sobre la «ecuación prórroga-renta»; d) La referente a los criterios de distinción entre las cláusulas de elevación de renta y una cláusula de incremento unilateral.

## 2. *El alcance legal del sistema de actualización de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente.*

En esta Sentencia del Tribunal Supremo se reconoce como la legislación vigente de arrendamientos urbanos, en materia de renta, se inspira en el principio dispositivo para establecer sus normas, a diferencia de los textos anteriores derogados, por lo que acoge el postulado básico de la autonomía de la voluntad contractual que se encuentra plasmado en el artículo 97, el cual, dice que «la renta de las viviendas y locales de negocio que se arrienden después de la entrada en vigor de esta Ley, será la que libremente estipulen las partes aun cuando hubieren sido ocupados con anterioridad a esta fecha».

En base a este reconocimiento de la autonomía de las partes también permite el pacto de aumento de la renta, según se concreta en el artículo 98 de la LAU, el cual manifiesta expresamente que «la renta» de las viviendas y locales de negocio a que se refieren los artículos anteriores podrá ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes».

El Tribunal Supremo también reconoce dentro de la amplia dicción del artículo 100, párrafo primero de la LAU, al referirse a cualquier «sistema de actualización pactado, a las denominadas cláusulas de estabilización y, también, a las cláusulas de elevación de renta. Su criterio interpretativo es que dichas cláusulas de estabilización, por ser de naturaleza bilateral y conmutativa, en función de la equivalencia de sus prestaciones, son válidas; igualmente, reconoce que lo son las cláusulas de elevación de renta.

El Tribunal Supremo advierte cómo el párrafo primero, *in fine*, del artículo 100 de la LAU, no contiene una mención concreta y limitada de dichas cláusulas estabilizadoras a diferencia de lo que puede observarse en otras disposiciones legales, como ocurre a propósito de los préstamos hipotecarios (art. 219, párrafo tercero del Reglamento Hipotecario), en donde los índices económicos que pueden elegir las partes son los que se refieren al valor «trigo», «oro» o «nivel de vida»; en cambio, no procede algún límite para las cláusulas de estabilización establecidas respecto al precio de una opción de compra (Libro 461, párrafo tercero, de la Compilación foral de Derecho civil de Navarra). Sin embargo, un determinado control para la actualización de la renta pactada por las partes, se ha impuesto en estos últimos cinco años, al no poder sufrir elevaciones que excedan el 80 por 100 de la variación porcentual experimentada en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de revisión por el índice nacional general

del sistema de «índices de precios al consumo» que elabora el Instituto Nacional de Estadística (Real Decreto de 17 noviembre 1975 y Reales Decretos Leyes de 8 octubre 1976, 4 enero 1978 y 29 diciembre 1979) (2). Este criterio legal, sin duda, ha llevado al Tribunal Supremo a sancionar una cierta moderación para las cláusulas actualizadoras que no sean plenamente bilaterales y conmutativas en sus efectos y materialmente a considerar que «por su cuantía y desarrollo no puedan tenerse por excesivas», concretamente para las llamadas cláusulas de elevación de renta.

En cuanto al caso de autos, el Tribunal Supremo confirma que la cláusula tercera del contrato de arrendamiento de un local de negocio (una nave industrial), que establecía una renta pactada de treinta mil pesetas mensuales, en el año 1970, y que a partir del segundo año experimentaría un incremento del tres por ciento anual, o bien se aumentaría de conformidad al incremento del coste de la vida, «está viciada de ilicitud por cuanto comporta una elevación escalonada e indefinida que vulnera el derecho de prórroga concedido por la Ley al arrendatario, pues su ejercicio habría de resultarle antieconómico por excesiva onerosidad, siguiéndose de ello la nulidad de lo pactado en orden a la elevación constante de la merced arrendaticia». Este primer argumento de la Sentencia de 13 de febrero de 1980 está basado en razonamientos puramente cuantitativos y abstractos; se refiere a un «incremento abusivo» y «oneroso», de «elevación escalonada e indefinida» y de «elevación constante», sin considerar que, realmente, se trataba de un tres por cien o de un incremento conforme al coste de la vida. Este puro argumento cuantitativo y abstracto debe de analizarse, porque sirve a la sentencia para confirmar su doctrina de la «ecuación prórroga-renta», fundamento normativo sobre el que se basará para declarar el fraude a la Ley (art. 9 LAU) y sancionar su ilicitud y nulidad.

### 3. *El fundamento de la doctrina jurisprudencial sobre la «ecuación prórroga-renta».*

Antes de pasar al examen concreto de esta particular y coyuntural doctrina jurisprudencial, séame permitido declarar, una vez más, mi particular disgusto por el empleo de analogías y similitudes terminológicas del ámbito de las ciencias naturales o exactas para las ciencias humanísticas y, en especial, para las relaciones personales en la ciencia del Derecho, sobre todo por llevarnos a conclusiones puramente formales y deshumanizadas, al quedar ligados a deducciones forzosas tan en contradicción con el ejercicio del libre albedrío del hombre, decisión última de su responsabilidad individual y social.

Quando se invoca como fundamento de la responsabilidad de una persona la doctrina jurisprudencial de la «ecuación prórroga-renta» para un contrato de arrendamiento urbano no cabe hacerlo de una manera abstracta,

---

(2) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *Limitaciones legales a posibles aumentos de las rentas urbanas*, en «Revista de Derecho Privado» (julio-agosto 1978), páginas 583 y ss.; RAFOLS ESTEVE, *El control de alquileres como medida de la política de viviendas*, en «Información Comercial Española», 548 (abril 1979), págs. 129 y ss.

ya que comporta un fraude a la Ley, por lo que habrá que referirse a cada caso particular para sopesar si se da efectivamente ese exceso cuantitativo de la renta de un modo intencional a fin de que el arrendatario no pueda ejercitar prácticamente el ejercicio de su derecho de prórroga o, por el contrario, simplemente, ha tratado de incrementar la cuantía de su renta ante la enorme inflación que destruye su poder adquisitivo eliminando su conmutabilidad y equivalencia iniciales.

En principio, según las normas comunes, las partes contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1.255 Código civil). También, las propias normas especiales de arrendamientos urbanos permiten que la renta de las viviendas y locales de negocio se estipule libremente por las partes (art. 97 LAU), y que dicha renta podrá ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes (artículo 98 LAU). Del mismo modo, son reconocidos para el caso de autos por la presente Sentencia.

Ahora bien, en el caso concreto de esta Sentencia, la cláusula tercera del contrato de arrendamiento era una cláusula de elevación de la renta a partir «del segundo año o sucesivos», por lo que el Tribunal Supremo considera la cláusula viciada de ilicitud, ya que esta «elevación escalonada e indefinida» vulnera el derecho de prórroga. A esta nota de inconcreción temporal, se añade la del «ejercicio antieconómico por excesiva onerosidad» de los índices de incremento de la renta, el de un «tres por ciento» anual o el de «coste de la vida». A pesar de la ecuanimidad en la elección de los índices, la Sentencia concluye que «su ejercicio habría de resultar antieconómico por excesiva onerosidad, siguiéndose de ello la nulidad de lo pactado en orden a la elevación constante de la merced arrendaticia».

El argumento cuantitativo, puramente económico, de la «elevación constante e indefinida» es aquí más formal que real, más abstracto que concreto, válido para un sistema normativo arrendaticio como el anterior en el que quedaban bloqueadas las rentas del contrato, y cualquier elevación de ellas actuaba como un medio de presión económica y de fraude para llevar al ánimo del arrendatario a que abandonase o renunciase a la prórroga del mismo. En cambio, en el ordenamiento positivo vigente de arrendamientos urbanos para que el fraude pueda darse desde este exclusivo aspecto económico, la renta habrá de alcanzar una cuantía muy elevada o especulativa en el momento de ejercitar el arrendatario la prórroga que no es, precisamente, la de un tres por ciento o la que se conforma a los índices oficiales del coste de la vida.

Si no queremos ponernos de espaldas a la realidad habrá que sopesar debidamente los intereses patrimoniales de las partes, inicial y posteriormente, y considerar el acontecer de las graves alteraciones monetarias acaecidas que, desde fuera, destruyen el equilibrio patrimonial establecido por las partes, sobre todo, cuando hay inflación, que causa graves daños a los acreedores, que ven reintegrado su dinero con menor poder adquisitivo; de aquí que, al aplicar la llamada «ecuación prórroga-renta» se hace necesario



atender cuidadosamente a este aspecto monetario en función del arrendador para decidir sobre si la renta pactada es excesiva, onerosa o abusiva. En estos últimos años existe una manipulación del dinero en el sentido de aumentar excesiva y gravemente la masa monetaria sin contrapartida con el producto interior bruto (3), por lo que tiene que ser, precisamente, el poder judicial el que ponga coto a los desmanes del poder ejecutivo en materia de equidad patrimonial, contribuyendo a una justicia distributiva más racional y a una justicia conmutativa del caso concreto real.

Ahora bien, en el caso de autos, si bien este argumento económico que da paso a la aplicación de la doctrina de la «ecuación prórroga-renta» parece el fundamental para declarar la ilicitud y nulidad de la cláusula tercera del contrato, a decir verdad, tampoco fue el exclusivo; además, se argumenta que la cláusula es unilateral en sus efectos por faltarle las notas de reciprocidad y conmutatividad y estar establecida en exclusivo beneficio del arrendador».

A mi modesto juicio, éste es el argumento auténtico, la base jurídica y normativa fundamental por la que la cláusula tercera del contrato de autos es nula, según se va a analizar.

#### 4. *La distinción entre una cláusula de elevación de renta y una cláusula de incremento unilateral.*

Según queda expuesto, la normativa arrendaticia vigente admite expresamente, en su artículo 98, que la renta de las viviendas y locales de negocio pueda ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes.

En principio, pues, es lícito y válido que las partes contratantes establezcan un aumento posterior de la renta. Ahora bien, ¿se trata de cualquier aumento?, ¿hasta qué límites? y ¿en qué condiciones?

La Sentencia de 3 de febrero de 1980 solamente nos dice de un modo lacónico que las cláusulas de elevación de la renta son válidas cuando «por su cuantía y desarrollo no puedan tenerse por excesivas»; se trata, pues, de una cuestión de hecho, de arbitrio del Tribunal, pero que ha de ser lógica y racional con la coyuntura económica y patrimonial de las partes y sus intereses. El que una renta se incremente en un tres por ciento desde el año 1970 al año 1980, como en el caso de autos, cuando en los mercados oficiales va desde el 4 por 100 hasta el 12 por 100, no parece equitativo su consideración de excesivo, oneroso o abusivo. El argumento económico exclusivamente no vuelve a mostrarse aquí como suficiente para tacharlo de ilícito.

Ahora bien, desde el aspecto normativo, el aumento de la renta ha de ser «por acuerdo de las partes» (art. 98 LAU) y no basta para que haya acuerdo el que conste por escrito en un contrato. El «acuerdo» se refiere a que las cláusulas y condiciones también habrán de ser conforme a la ley (art. 1.255 Código civil), una voluntad determinada para que produzca unos

(3) Para los economistas, los medios de pago de inmediata disposición crecen en un año el 20 por 100 y el producto interior bruto (bienes y servicios) sólo aumenta el 1,5 por 100. Cfr. *Inflación y medios de pago*, en «El Economista», 4.708 (9 febrero 1980), pág. 3.

efectos jurídicos concretos, tal como se prescriben o facultan por el ordenamiento positivo, puesto que, al ser contrarios a las normas imperativas y prohibitivas resultarán nulos, a no ser que la ley declare otro efecto (art. 6.3 Código civil).

En la cláusula tercera del contrato de arrendamiento urbano que habían celebrado las partes no podía haber acuerdo entre ellas porque una quedaba sometida a la otra, contrariamente a lo que prescribe la ley (art. 1.256 Código civil, al haberse dispuesto que la renta «se incrementará a voluntad del propietario». Este «exclusivo beneficio del arrendador», al que finalmente se refirió la Sentencia de 13 de febrero de 1980, es, precisamente, donde radica el acto contra ley que provoca la nulidad de la cláusula pactada, o mejor, impuesta por una de las partes en su favor. No puede olvidarse, que con base al artículo 1.256 del Código civil. «la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». El carácter necesario de esta norma de Derecho común es la que marca justamente los límites materiales en que ha de moverse tanto la autonomía de la voluntad de las partes en sus relaciones contractuales, como el ámbito de libertad que tienen para el aumento de la renta en su relación jurídica concreta.

Cuando las partes acuerdan una elevación de la renta de su contrato, su ejecución o cumplimiento no podrá resultar según el exclusivo arbitrio del arrendador con menoscabo de las facultades que también tiene el arrendatario para poder pedir su disminución, en base al propio artículo 98 de la LAU; si se limitan estas facultades haciéndolas imposibles, el acuerdo resultará nulo por contrariar también este precepto del ordenamiento jurídico.

En base a una economía procesal y en cuanto a una mayor certeza interpretativa del «sistema de actualización» (art. 100, párrafo primero, LAU), como del «aumento de la renta» (art. 98 LAU), hubiera bastado sancionar la violación de los preceptos materiales de Derecho común (arts. 1.256 y 6.3 del Código civil) sin necesidad de recurrir o alegar argumentos exclusivamente formales y dubitativos, como en el caso de autos, en cuanto a la «doctrina de la ecuación prórroga-renta», puesto que la prueba del fraude ha de resultar evidentemente demostrada por un exceso económico resultante del caso de autos, de lo contrario, tal fundamento puede quedar convertido en uno «obiter dicta».

En definitiva, la distinción entre las cláusulas o pactos de elevación de renta válidos o nulos tiene dos aspectos fundamentales: uno cuantitativo y otro cualitativo.

La base cuantitativa o de elevación de la renta, en cuanto fundamento de su licitud o ilicitud, es muy relativa; se trata de una cuestión de hecho a valorar por el juzgador según los intereses en juego y las circunstancias de cada caso; estamos ante una labor de prudencia y equidad.

En el aspecto cualitativo correspondiente al fundamento jurídico en que se basan las partes para modelar su relación jurídica (consentimiento, causa, objeto y forma) habrá de ser respetado el carácter preceptivo del ordenamiento jurídico, al igual que los deberes de su conducta respecto a su

cumplimiento; de aquí que el pacto, las cláusulas o condiciones no podrán ser contrarias a las leyes, la moral o al orden público.

En el caso de autos, el pacto de elevación de renta se dejó al arbitrio del arrendador o propietario del local de negocio, al manifestarse «se incrementará el mismo a voluntad del propietario», contrariando, así, una de las normas fundamentales del cumplimiento de los contratos (art. 1.256 Código civil) y otra particular del propio ordenamiento especial de arrendamientos urbanos (art. 98 LAU), al impedir unilateralmente el acuerdo de la disminución de la renta.

JOSÉ BONET CORREA

## II. SENTENCIAS

A cargo de José BONET CORREA, Jesús DIEZ DEL CORRAL, Pedro ELIZALDE AYMERICH, Gabriel GARCIA CANTERO y José PERÉ Y RALUY.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. Derecho de la persona

1. *Tercería de dominio: simulación absoluta de compraventa de acciones para defraudar a Hacienda: prueba de presunciones:* De los hechos probados es lógico inferir la inexistencia de precio, tanto por las circunstancias personales de la tercerista —casada con el ejecutado, primero bajo el régimen de la comunidad foral aragonesa y luego bajo el de separación, en el que se acordó que el marido continuara siendo propietario de las acciones, que luego vendió a su esposa—, como por la ausencia de toda justificación de una entrega real y efectiva del precio fijado —por importe de 604.495 pesetas— y de la inversión dada al dinero que se dice recibido por el vendedor; por lo cual procede declarar simulada con simulación absoluta, o inexistente, la referida enajenación, por deducirse así conforme a las reglas del criterio humano, pues se trata de un negocio que tiene una apariencia contraria a la realidad y que es inexistente por faltar la causa, al ser simulado el precio, hecho con la finalidad de sustraer un bien patrimonial a la perseguibilidad de un tercero, como lo es la Hacienda, legítima acreedora por razón del impuesto sobre la renta de las Personas Físicas. (Sentencia de 26 de junio de 1979; ha lugar.)

Los negocios simulados para sustraer bienes a la acción de los acreedores son numerosos y los Tribunales no vacilan en declarar su inexistencia, aunque en el presente caso ambas sentencias de instancia son favorables a la existencia y validez del negocio. V. abundante casuística jurisprudencial en DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid, 1967), p. 349).

#### 2. Obligaciones y contratos

1. *Reclamación de cantidad: mora del deudor: indemnización de daños y perjuicios por deterioro del signo monetario:* Los temas de fondo que se presentan en este recurso de casación ante el Tribunal Supremo son tres, cuyos cuatro motivos se amparan en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: a) El primero, referente a la fecha de la cual se ha de partir para reclamar los intereses devengados, según el

convenio pactado entre las partes. b) El segundo, la procedencia de una indemnización de daños y perjuicios, por retraso en el pago del principal que sea equivalente al deterioro del signo monetario en el período transcurrido entre la reclamación de la deuda en acto de conciliación y la fecha en que se realice el pago. c) El tercero, la pretensión referente a la adición al inventario de bienes relictos, el valor de una casa.

La primera pretensión es desestimada, ya que los intereses han venido siendo satisfechos por los demandados. En el motivo segundo se falta a la claridad exigida por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los recursos de casación, lo cual, por sí solo, es causa de desestimación, pues se alega confusamente la aplicación indebida de los artículos 1.170, 1.753 y 1.754 del Código civil y del artículo 312 del Código de Comercio y la violación del artículo 1.101 del Código civil, o sea, que se pide de una parte la inaplicación de un precepto genérico referido al pago y de los referentes a la devolución del préstamo y, de otra parte, la aplicación de los preceptos referentes al incumplimiento por mora del deudor, para razonar en el desarrollo del motivo que la indemnización de daños y perjuicios, por el retraso en el pago de la cantidad principal, debe de consistir en el *quantum* del deterioro del signo monetario desde la fecha de la reclamación, acto de conciliación, hasta la del pago; sin tener en cuenta, en primer lugar, que no fueron aquellos que se dicen indebidamente aplicados los artículos que aplicó la instancia, la cual, se concretó a estudiar, con notable acierto, la posibilidad de aplicar la «cláusula *rebus sic stantibus*», cuando no fue pactada y, en segundo lugar, que el Código civil en su artículo 1.108 prescribe un tratamiento específico para la mora del deudor en el caso de no mediar pacto expreso, cual es el pago del interés legal, sin dar lugar por ello a la actualización del valor de la moneda y, puesto que se fija en el contrato la suma y moneda en que ha de pagarse el principal y ha de aplicarse el artículo 312 del Código de comercio, que dice, para el caso del préstamo, que el daño o el beneficio de la cotización en el momento del pago, de la moneda convenida, ha de ser de cuenta del acreedor. Que hay que desestimar el tercer motivo del recurso por la dubitativa forma en que está planteado. (Sentencia de 27 de octubre de 1977.)

NOTA.—Dado que los intereses pactados entre las partes por la deuda de un millón de pesetas eran pagados a la acreedora por los deudores, la cuestión principal se centra en la indemnización de daños y perjuicios que, además, se pide por el retraso en el pago de la cantidad principal al haberse deteriorado el signo monetario desde la fecha de la reclamación hasta el momento posterior del pago.

El Tribunal Supremo, en esta Sentencia de 27 de octubre de 1977, deniega dicha indemnización de daños y perjuicios en base a que el artículo 1.108 del Código civil prescribe un «tratamiento específico» cuando deviene la mora del deudor por una cantidad de dinero, por lo que dicha indemnización resulta el pago del interés legal, de no mediar pacto expreso.

En el caso de autos, al haberse pactado expresamente los intereses resultaría que estos equivaldrían a la indemnización de daños y perjuicios en que consisten legalmente, pero la Sentencia no lo acaba de aclarar suficientemente. Más confusa es su decisión cuando concluye, «sin dar lugar por ello a la actualización del valor de la moneda», ya que la parte acreedora no había pretendido la actualización del valor de la moneda

respecto de la suma o cantidad debida, sino que lo que pretendía era le abonasen, además, el monto o cuantía del deterioro del signo monetario, es decir, el daño sufrido por su devaluación consistente en la diferencia de su poder adquisitivo desde la fecha de la reclamación del millón de pesetas hasta el momento de su pago.

La Sentencia invoca y aplica su tradicional y constante doctrina, según la cual «la indemnización, por causa de mora en el incumplimiento de obligaciones dinerarias o de pago de cantidad, requiere la existencia de una obligación constituida y que el obligado deje de cumplirla, en cuyo caso la indemnización de daños y perjuicios queda sustituida por el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, por el interés legal» (Sentencias 30 octubre 1884, 24 noviembre 1894, 19 junio 1903, 19 febrero 1906, 28 enero 1919, 17 octubre 1922, 4 octubre 1930, 13 marzo y 20 diciembre 1954, 29 mayo 1957, 2 octubre 1958, 15 abril, 5 mayo y 20 noviembre 1959, 25 noviembre 1970 y 25 junio 1976).

Los Códigos civiles europeos (BGB alemán, § 288; Código civil suizo, artículo 106; Código civil italiano, artículo 1.224; Código civil griego, artículo 345; Código civil francés, artículo 1.153; Código civil portugués, artículo 720), bien inicialmente o ya reformados con posterioridad, además de imponer los intereses moratorios, en cuanto «indemnización de mínimo», han admitido la prueba de «un mayor daño», que es ocasionado al acreedor por culpa del deudor, siendo confirmado por la jurisprudencia en los casos de desvalorizaciones monetarias (cfr. ASCARELLI, *Svalutazione e resarcimento del danno di mora*, ahora en «*Studi giuridici sulla moneta*». Milano, 1952, págs. 163 ss.; PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Mora do deudor*, en Boletim do Ministerio da Justiça, 48 (1955), págs. 5 ss.; CARBONNIER, *Droit civil. 4. Les obligations*, 7.<sup>a</sup> ed. París, 1972, págs. 262 ss.; VON MAYDELL, *Geldschuld und Geldwert. Die Bedeutung von Änderungen des Geldwertes für die Geldschulden*. München, 1974, págs. 137 ss.; BONET CORREA, *la indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXXII-2/3 [1979], págs. 371 ss.).

Al proclamar el párrafo primero del artículo 1.108<sup>o</sup> del Código civil español que «si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal», no preveyó textualmente la posibilidad de indemnizar un mayor daño ocasionado durante el período de mora.

En la doctrina española, MANRESA (*Comentarios al Código civil*, 5.<sup>a</sup> ed. revisada por Moreno Mocholi, VIII, Madrid, 1958, pág. 244) y CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil español*, nueva ed. de Cossío y Gullón, II, Madrid, 1959, pág. 33) ponen de relieve el carácter excepcional y legal de esta norma, mientras que LACRUZ, LUNA y DELGADO (*Elementos de Derecho civil. II-I. Derecho de obligaciones*, Barcelona, 1977, pág. 127) la califican de solución injusta por la diferencia que hoy existe entre la tasa de intereses y porque el precepto prescinde de cualquier distinción entre culpa y dolo, cuando se prolongue el impago con la única intención de causar daño al acreedor y lo consiga. Ultimamente, CANO (*La mora*. Madrid, 1978, págs. 107 y 112), también opina que sus consecuencias son injustas cuando el interés no llegue a cubrir la totalidad de la lesión causada, por eso considera, al igual que LARENZ (*Lehrbuch der Schuldrechts. Allgemeiner Teil, I-I*, München-Berlin, 1953, pág. 198), como una «indemnización de mínimo» la prescrita por el artículo 1.108, o sea, solamente la referida a los intereses legales; ante las desvalorizaciones monetarias advierte cómo pueden reducir el valor expectante del precio que recibirá el acreedor; sin embargo, también confirma que el Tribunal Supremo no las considera como lesión o daño infringido a éste, en cuanto no las hace indemnizables.

A nuestro juicio, hay que sostener la indemnización del «mayor daño», con la vieja Sentencia de 19 de junio de 1903, si queda probado, y opinar con LACRUZ, LUNA y DELGADO (*Op. cit.*, pág. 127), que se puede intentar una

indemnización del mayor daño, bien sobre la base de la culpa extracontractual (artículo 1.902 Código civil) o bien por el abuso de su derecho (artículo 7, núm. 2 Código civil), según cree el profesor ANDRADE (*Teoria geral das obrigações*, Leções do curso, 1951-1952, núm. 72, Lisboa), para el Derecho portugués.

JOSÉ BONET CORREA.

2. *Comisión liquidadora de suspensión de pagos. Responsabilidad frente al suspenso. Derecho catalán.*—Dicha comisión actúa en representación del deudor, por tanto su responsabilidad se proyecta como una relación encuadrable en los límites del mandato; ello determina que la rescisión por lesión «ultra dimidium» sólo proceda cuando concurra mala fe demostrada y declarada, que sea causante de la misma, sin que, en todo caso, la aprobación de sus cuentas por el deudor acarree la absolución de los compradores.

*Perjuicio o lesión. Su medida.*—Es un presupuesto de la liquidación, perfectamente lógico, medir el perjuicio sufrido por quien pudo vender a más precio y vendió a menos, con el consiguiente beneficio de los compradores.

*Obligaciones solidarias. Régimen del Código Civil.*—La regla establecida en el artículo 1.137 no es absoluta. Aparte de la solidaridad impuesta por la ley en multitud de casos (artículos 145, 1.084, 1.731, 1.890, 1.591, entre otros), la jurisprudencia ha templado el rigor de la interpretación literal del referido artículo, señalando que para apreciar la solidaridad no es necesario emplear la frase de rigor, bastando que se deduzca de la naturaleza del vínculo especial que una a los contratantes, como en los casos de asunción acumulativa o de identidad de origen e indivisibilidad de la obligación; tales criterios son aplicables al caso de autos, en que la finca se vende a tres compradores en forma indivisa, por un precio único, pagado en forma no individualizada e incluso una parte de él mediante la entrega de una letra de cambio aceptada solidariamente por los tres.

*Escrito de réplica. Contenido.*—Se respetan los términos del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al pedir el demandante como alternativa la indemnización a metálico del daño producido por la lesión sufrida, en cuyo caso la petición suplementaria de los frutos que la cosa hubiera producido equivale a los intereses legales de la cantidad líquida que se fije desde la fecha de la Sentencia. (Sentencia de 30 de junio de 1979; no ha lugar.)

3. *Tercería de mejor derecho.*—La terminante disposición del artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe admitir la tercería de mejor derecho una vez realizado el pago al acreedor ejecutante, por lo que hay que decretar la nulidad de todas las actuaciones procesales practicadas a partir de la presentación de la demanda de tercería interpuesta por el Estado, pues ésta no debió admitirse, como ya declararon las Sentencias de 24 de abril de 1883 y de 21 de marzo de 1890, y ante tal norma imperativa y de orden procesal es evidente la aplicación del número 3 del artículo 6 del Código civil, que sanciona la falta con la nulidad de pleno derecho. (Sentencia de 11 de junio de 1979; ha lugar.)

4. *Aceptación de una donación de dinero en acta judicial. Error de hecho en la apreciación de la prueba.*—No hay tal error al tomar la Sala como fecha de la aceptación la del acta judicial y no la de unos documentos notariales posteriores, ya que del texto de éstos bien se advierte que su finalidad no era otra que la de ratificar una expresión de voluntad ya manifestada en el acta aludida, aparte de que la Sentencia tuvo en cuenta esos documentos y los valoró debidamente, lo que les priva de autenticidad en casación.

*Valor probatorio de los documentos notariales.*—La Sala concede a estos documentos el valor y eficacia que indica el artículo 1.218 del Código civil, adecuado al supuesto y en todo caso no preferente a las demás pruebas.

*Error de derecho en la apreciación de la prueba.*—No pueden prosperar las infracciones que se denuncian de los artículos 1.225, 1.226, 1.232 y 1.239 del Código civil, ya que los documentos que se citan como probatorios del error son o declaraciones sumariales de las partes habidas en diligencias penales o el propio documento privado de donación, ninguno de los cuales patentiza el denunciado error, a los que no se puede dar la cualidad de confesión extrajudicial y que han sido valorados por la Sala según su prudente arbitrio y en relación con los otros datos probatorios.

*Intimidación.*—La existencia de intimidación invalidante del consentimiento es cuestión de hecho, atribuida a la Sala de instancia y censurable en casación por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*Aceptación por escrito de la donación. Revocación por ingratitud.*—La afirmación del recurrente de que la aceptación no tuvo lugar hasta una fecha posterior —de modo que así no habría transcurrido el plazo de prescripción de un año que marca el artículo 652 Código civil, para la acción de revocación de la donación por ingratitud del donatario— no puede prosperar porque la aceptación por escrito que exige el Código se da en una solicitud dirigida al Juez para que en su presencia reconozca el donante su firma al pie del escrito de donación, con lo que se muestra como tal donatario al poner así de manifiesto y por escrito su voluntad indudable de aceptar la donación, y esta conclusión no pugna con la doctrina jurisprudencial alegada por el recurrente.

*Interpretación sociológica de la ley.*—Esta interpretación del artículo 632 Código civil se ajusta a una lógica de lo razonable, al criterio finalista contenido como última «ratio» en el artículo 3.1 Código civil, que si atendía a la naturaleza gratuita del contrato y a evitar, en beneficio del donante, generosidades precipitadas, hoy ha de atender también, una vez superada la ética en cierto modo temeroso y paternalista del Código, al beneficio del donatario, a quien no se puede obligar a recibir nada sin su consentimiento, lo que está más de acuerdo con la realidad social actual. (Sentencia de 6 de abril de 1979; no ha lugar.)

5. *Compraventa de parcela para edificar. Incumplimiento. Interpretación del contrato.*—No se infringe el artículo 1.281 C. c. en su primer párrafo porque se niegue que el término «solar» que aparece en el contrato deba entenderse en su sentido técnico-jurídico, y se llegue a la conclusión



de que fue utilizado por los contratantes en el sentido usual de terreno apto materialmente para soportar una edificación, partiendo de que lo importante para resolver sobre el incumplimiento no es la intención con la que el demandante adquirió el terreno, sino el cúmulo de deberes que los demandados vendedores asumieron frente al actor comprador. (Sentencia de 24 de abril de 1980; no ha lugar.)

6. *Ineficacia, según el Tribunal Supremo, de la cláusula contractual por la que somete un arriendo de Derecho común a la LAU.*—Si lo arrendado es una superficie de terreno sin edificar y aunque se autorice al arrendatario para que realice en ella ciertas construcciones, ello no puede cambiar la naturaleza del contrato, que ha de determinarse por lo que sea objeto del arrendamiento en la fecha en que se firmó y para que la legislación aplicable sea la LAU tienen que arrendarse edificaciones según el artículo 1 de dicha Ley. No procede estimar el recurso basado en la no aplicación del artículo 1.255 y 1.091 del C. c., ya que lo que se invoca con la cita de dichos artículos es la libertad de contratación y la fuerza obligatoria de lo convenido haciendo alusión a la cláusula contractual en que se dice que el contrato queda sometido «por la voluntad de las partes, si no lo estuviera por imperio de la Ley, al régimen previsto en el artículo 3.º, párrafo 2, de la LAU», sin tener en cuenta que la materia relativa a la normativa aplicable a un determinado contrato es de orden superior a la disponibilidad de las partes contratantes y ha de determinarse, sea cual sea la voluntad manifestada por aquélla, partiendo del esquema legal e institucional a que responda el instrumento de que se trate. (Sentencia de 7 de junio de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—Resulta verdaderamente sorprendente que la jurisprudencia, defensora ferviente del principio de libertad de contratación, del concepto casi absoluto de la propiedad, y que tiende a considerar a la LAU como una norma de excepción, en cuanto coarta los derechos de los propietarios de inmuebles, niegue la libertad de contratación cuando las partes desean someter un contrato regido por el principio de libertad de pacto por el régimen normado de la LAU. Que, cuando un contrato de arriendo por su naturaleza encaja dentro de las previsiones de la Ley arrendaticia, no puedan las partes someter el mismo a un régimen que se halla en contradicción con las reglas pertenecientes al «ius cogens» de la LAU y que, por ello, un arriendo típico de vivienda o de local de negocio no puede someterse por la voluntad de las partes al régimen arrendaticio del C. c. es algo lógico y que viene impuesto por la normativa clara y concluyente de la LAU. Pero que quienes contratan un arriendo que no encaja en «ex lege» en la normativa de esta última Ley, no puedan someterlo a la misma al amparo de la libertad de pacto que reconoce el Código civil a los que conciertan contratos. No sometidos a una Ley que excluya tal libertad, es una conclusión en verdad sorprendente, sorpresa que no lo es menos porque ya en alguna ocasión anterior se haya mantenido tan aventurada doctrina. Los artículos 1.091 y 1.255 del Código civil tan acertada cuan infructuosamente alegados como motivos de casación son de una claridad meridiana. Si tratándose de un arriendo de «derecho común» las partes pueden establecer los pactos que estimen convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, era imperativa la necesidad de reconocer el pacto de sumisión a la LAU que por supuesto no va contra ninguna ley, ni contra la moral ni contra el orden público; tampoco puede sostenerse que semejante pacto vaya contra la equidad o haya de estimarse fruto de la posición dominante en que se halle una de las partes, ya que es notorio que dicha

posición dominante la tienen en la actualidad los arrendadores y no los arrendatarios. Y no se diga que la doctrina del T. S. puede tener en su apoyo un argumento de analogía —ciertamente muy remoto— deducido de algún precepto como el del artículo 1.317 del C. c., ya que, semejante precepto, verdaderamente bochornoso, que prohíbe la sumisión de los otorgantes de capitulaciones matrimoniales de Derecho común, a «los fueros y costumbres de las regiones forales», por su carácter de odiosa restricción de la libertad de pacto y brutal ataque a las instituciones llamadas forales, en modo alguno es susceptible de aplicación analógica; ello aparte de que es de esperar que el citado artículo 1.317 C. c. no tenga ya larga vida, pues la norma en él contenida no aparece recogida en el proyecto de ley de «Modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» en 14 Septiembre 1979.

J. P. R.

7. *Rescisión de contrato de arriendo por incumplimiento, por el arrendador de la obligación de entrega de la cosa objeto del arriendo.*—Incumplida por el arrendador su obligación de entrega de la cosa objeto del arriendo, condición necesaria e indispensable, a fin de procurar al arrendatario el uso y goce pacífico de la misma durante todo el tiempo que el arriendo tenga lugar, es correcto declarar rescindido el contrato de arriendo con la indemnización al arrendatario de los daños y perjuicios derivados de la falta de entrega.

*Casación. Documento auténtico.*—Sólo cabe admitir, como auténticos, a efectos de casación, aquellos documentos que, además de su legitimidad de origen y fehaciencia de su contenido, por sí solos, y sin necesidad de ningún otro elemento probatorio ni de interpretaciones o deducciones que de ellos puedan derivarse, hagan prueba plena y aparezca de los mismos, de manera clara, expresa y terminante, el error denunciado. (Sentencia de 14 de abril de 1979; no ha lugar.)

8. *Naturaleza del arriendo. Legitimación del administrador judicial para el ejercicio de la acción de desahucio.*—Según tiene declarado la jurisprudencia, el arrendamiento es un acto de administración, salvo que se trate de arrendamiento inscribible, y de lo dispuesto en los artículos 1.097, 1.098 y 1.021 de la L. E. Civ., claramente se infiere que el administrador judicial de la testamentaría puede dar por sí mismo las fincas en arriendo en los casos a que se refiere el citado artículo 1.021 y por ello puede también ejercitar las acciones que procedan en orden al cumplimiento y resolución de tales contratos. (Sentencia de 19 de junio de 1979; no ha lugar.) (Sentencia dictada en recurso de revisión.)

9. *Indemnizaciones a arrendatarios derivadas de la aplicación de la Ley del Suelo.*—El artículo 73 apartado 3 de la LAU no establece, con carácter exhaustivo, los criterios estimativos a conjugar para fijar la indemnización que regula, como lo demuestra el que expresamente preceptúa, se puedan tener en cuenta, cuantas circunstancias se consideren oportunas, no habiendo duplicidad de conceptos cuando se concede lo que es importe mínimo de la indemnización y al propio tiempo se tienen en cuenta otros factores cuya aplicación no prohíbe la norma legal, por lo que no procede excluir de la indemnización fijada en la sentencia impugnada las sumas «referentes a primas de traspaso satisfechas al concertarse los contratos extinguidos».

*Jurisdicción competentes para fijar las indemnizaciones a arrendatarios por aplicación de la Ley del Suelo.*—Las Sentencias de 8 mayo 1973, 24 diciembre 1975 y 6 marzo 1972 de la Sala IV del T. S. establecieron la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las pretensiones indemnizatorias articuladas con base en el apartado 3 del artículo 149 de la Ley del Suelo y las Sentencias de la Sala I del T. S. de 25 enero 1974, 18 junio y 20 diciembre 1975, admiten, sin ninguna condicionalidad, la competencia de la jurisdicción ordinaria para resolver sobre el tema conclusión que además se impone en el supuesto en que el precepto legal haciendo concreta referencia a derechos de índole puramente privada, como son los derivados de un contrato de arrendamiento, establece una indemnización a cargo del favorecido por su extinción, pero sin reglar el procedimiento para hacerlo efectiva, es decir, que ni atribuye el conocimiento y decisión del asunto por razón de materia a órgano o autoridad distinto de la jurisdicción ordinaria, ni existe atribución jurisdiccional con carácter exclusivo y de preferencia por disposición expresa de la Ley, requisitos de necesaria concurrencia para que prospere la alegación de incompetencia de jurisdicción.

*Casación. Fundamentación de los recursos basados en incompetencia o en procedimiento inadecuado.*—Según reiterada jurisprudencia, deben basarse en el núm. 6 del artículo 1.692 de la L. E. Civ. los recursos cuando se alegue que la competencia funcional corresponde a órgano judicial distinto del que entendió en la materia, pero cuando se alegue error en el procedimiento seguido ante la jurisdicción competente, el recurso debe ampararse en el número 1.º del indicado artículo. (Sentencia de 8 de mayo de 1979; no ha lugar.)

10. *Derecho de retorno arrendaticio. Elección por el inquilino de vivienda de mayor superficie.*—La elección de vivienda por el inquilino no se ajusta a las normas que la regulan, si la vivienda elegida tiene notoriamente mayor extensión superficial, pues como se ha dicho en S. del T. S. de 5 febrero 1964, el art. 88 de la LAU no es pieza aislada dentro de la referida Ley y ha de ajustarse en su ejercicio a las limitaciones del artículo 86, según claramente establece este artículo y confirman los 83 y 85 que se refieren, siempre a extensión superficial igual o inferior, pero no superior, pues en tal caso no sólo se faltaría a la analogía y proporcionalidad que informan el derecho de retorno, sino que la única sanción establecida contra el arrendador por el artículo 88 que es la de no poder elevar la renta a que en otro caso tendría derecho, resultaría agravada con la privación de parte del nuevo local sin la contraprestación adecuada.

*Daños y perjuicios, necesidad de demostrar su existencia.*—Es reiterada la jurisprudencia de la Sala I del T. S. en el sentido de que la indemnización de daños y perjuicios no va ineludiblemente ligada al incumplimiento contractual y que es preciso demostrar la existencia real de aquéllos.

«*Reformatio in peius*».—No puede reformarse el fallo de la sentencia de la Audiencia en perjuicio del recurrente.

*Casación por infracción de ley. Se da contra el fallo, no contra los considerandos.*—El recurso de casación, por infracción de ley o de doctrina legal, exige que la infracción concorra en la parte dispositiva de la sentencia,

siendo ineficaz, según reiterada jurisprudencia, combatir los considerandos que no constituyen premisa obligada o antecedente necesario del fallo. (Sentencia de 16 de mayo de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—Claro es que la doctrina expuesta sobre la «*reformatio in peius*» hay que entenderla referida al supuesto en que la parte adversa no ha recurrido a su vez, sirviendo de base al pronunciamiento de la Audiencia adverso al recurrente. En cuanto a la doctrina sobre necesidad de la demostración de la existencia real de perjuicios es correcta en su formación general, pero hay que reconocer que en la práctica de muchos de nuestros Tribunales se muestran criterios muy rígidos sobre la prueba de la existencia de daños y perjuicios y determinación de su cuantía, con lo que se favorece en la práctica el incumplimiento de los contratos y se introduce un factor desmoralizador en nuestro comercio jurídico.

11. *Autorización contractual a arrendatario de obras de adaptación del local al destino del mismo. Alcance de la autorización limitada a las que se hagan inicialmente.*—Si por el contrato de arrendamiento el arrendatario adquiere el derecho al uso de la cosa tal y como le fue entregada, sin que le venga permitida por un acto de propia autoridad, deshacer o alterar lo que antes existía, si con ello se modifica la configuración de los locales arrendados, claro está que, equivaliendo el consentimiento del arrendador para la ejecución de las obras a la dejación de una facultad privativa del dominio y, por consiguiente, de su derecho para resolver el contrato, precisa, para surtir efecto, que conste de manera inequívoca, sin que sea lícito deducirla de expresiones de dudosa significación, razones que avalan la declaración jurisprudencial en punto a que la autorización otorgada al celebrarse el contrato no tiene vigencia indefinida y para cualquier obra, ya que ello supondría una renuncia, sin contraprestación suficiente, de los derechos dominicales sobre la finca arrendada, que podría alterar a su arbitrio y sin límites, el arrendatario, sino que se circunscribe a las obras de instalación o puesta en marcha y a lo más a las realizadas en tiempo inmediato a la vigencia del contrato, dado que tales declaraciones han de interpretarse en el sentido de la menor onerosidad en la transmisión y aplicando el principio de que se cede siempre lo menos. En el caso enjuiciado, la primitiva disposición de la finca arrendada, con sus plantas sin divisiones y, por tanto, precisadas de obras de adaptación de cuantioso volumen, no permite argumentar que, por virtud de tal situación inicial «en estructura», el arrendatario venía facultado para realizar, en todo tiempo, cuantas obras modificativas de la configuración pudieran convenirle.

«*Forma*» y «*configuración*».—No cabe establecer una distinción semántica categórica entre «*forma*» y «*estructura*», siendo así que la primera acepción de este vocablo corresponde cabalmente a la distribución y orden de las partes de un edificio, razón gramatical poderosa que ha llevado a la Sala I del T. S. a establecer una sinonimia entre ambas palabras referentes las dos a la configuración, fuera de aquellos casos en que, por lógica exigencia de los términos en que se ha plasmado la autorización del arrendador, es obligado ceñir la expresión estructura al aspecto meramente arquitectónico de los elementos esenciales sustentadores del edificio. «*Configuración*» es la

disposición de las partes que constituyen la cosa arrendada y le dan su específica figura de manera peculiar.

*Consentimiento de obras. Conocimiento no equivale a consentimiento.*—La simple noticia o la percepción de haberse operado el cambio en la configuración de la cosa arrendada en modo alguno entraña un acto volitivo de querer o consentir, según tiene declarado la jurisprudencia con reiteración. (Sentencia de 25 de junio de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—La doctrina de esta sentencia, en cuanto al limitado alcance, en el tiempo de las autorizaciones de obras de adaptación del local al destino que dará al mismo el arrendatario, viene siendo repetida hasta la saciedad por la jurisprudencia, siempre en la línea de mantener y reforzar los derechos dominicales; si la doctrina ya resulta en líneas generales discutible, lo es mucho más en supuestos que ofrecen matices tan especiales como el contemplado en el proceso que dio lugar a la sentencia objeto de esta nota; el arrendador cedió en arriendo un local sin dividir ni compartimentar concediendo carta blanca al arrendatario para que la distribuyera en función de las necesidades de su negocio; el locatario le dio una determinada configuración y tiempo después, sin duda por razón de las necesidades de su negocio, y sin que conste que con ello se perjudicara en lo más mínimo al arrendador, al que en principio parece había de resultar indiferente la configuración interna de un local que al cederlo carecía de toda distribución interior, modificó la distribución inicial, lo que aprovecha el arrendador para ejercitar una acción de resolución contractual, cuyo fundamento no se ve nada claro y que, por otra parte, debió tropezar con la doctrina que manda repeler el abuso de derecho. Si recordamos que éste consiste en la utilización subjetiva u objetivamente anómala del derecho, bien sea con el exclusivo ánimo de perjudicar o realizado una actuación sin base seria y racional, sino de tipo antisocial, parece claro que, en estos supuestos como mínimo por aplicación de la doctrina del abuso del derecho, debieran ser repelidas las demandas.

12. *Proceso arrendaticio de la LAU. Recurso interpuesto sin cumplir la obligación de acreditar el pago o consignación de rentas.*—Al no acreditarse por el recurrente de apelación el pago o consignación de las rentas adeudadas al tiempo de interponerse el recurso, que lo fue el último día hábil para ello, el Juez de 1.ª Instancia debió rechazar dicha pretensión, puesto que no cabía ya subsanar dicho defecto, bien pagando, consignando o acreditando que se había pagado, porque lo había de ser fuera ya del plazo para recurrir, no siendo competente el Juzgado de 1.ª Instancia para conceder nuevo plazo ni prorrogar el señalado por la ley en términos categóricos, sin que tal criterio pueda significar una excesiva rigurosidad, ya que, si bien el criterio propugnado por el recurrente hubiese beneficiado los derechos del arrendatario, no hubiera dejado de perjudicar los derechos del arrendador, tan digno de protección como los de aquél, al conculcar un terminante precepto legal. (Sentencia de 27 de junio de 1979; no ha lugar.)

*Arriendo de industria. Calificación.*—Si el negocio de bar o taberna venía siendo explotado por la arredadora antes del arrendamiento a la demandada y ésta lo siguió explotando sin interrupción, después de celebrado el contrato y con el local se entregaron mostrador, estanterías, mesas, sillas, tazas, medidas, cocina y otros enseres propios de bar, ello revela que la intención de las partes fue arrendar una industria, pues los elementos entregados han

de considerarse suficientes, desde el momento que la industria no cesó en su funcionamiento, sin que frente a ellos tenga relevancia el hecho de que la arrendataria comprase a la actora los envases de madera y haya comprado nuevos elementos para la industria si no se prueba, al mismo tiempo que tales envases y elementos eran necesarios para su funcionamiento.

*Facultades del órgano de casación en materia de interpretación de contratos.* Conforme constante jurisprudencia, la interpretación de los contratos es, en principio, facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer, en casación, salvo cuando se evidencia, por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. Civ., que infringe notoriamente—dada su propia indeterminación— alguna de las normas de hermenéutica contractual o se demuestra, en forma precisa, establecida en el número 7.º, el error del juzgador. (Sentencia de 8 de junio de 1979; no ha lugar.)

13. *Renuncia de derechos. Requisitos.*—Es doctrina jurisprudencial reiterada que, para que las renunciaciones de derechos produzcan efecto, es indispensable que se expresen en forma clara, explícita y terminante, sin que sea lícito deducirlas de palabras de dudosa interpretación, ni de párrafos fragmentarios de un documento. La circunstancia de hacer constar, en un contrato, la facultad del arrendatario para dar por terminado el arriendo y la forma en que debía hacerlo, no supone la renuncia del arrendador al derecho que le confiere el artículo 1.569, causa 4.ª, para desahuciar al arrendatario por expiración del término contractual.

*Arriendo impuesto al arrendador por tiempo indefinido. Es contrario a la naturaleza del arriendo.*—La imposición al arrendador de la duración indefinida del arriendo es contraria a la naturaleza de éste, ya que, según el artículo 1.543, la cesión arrendaticia ha de ser por tiempo determinado.

*Requerimiento previo al desahucio. Realizado al director general de la sociedad arrendataria.*—Aunque la arrendataria sea una sociedad, tiene su representación en la persona física que, según sus estatutos, haya sido designada para ello, siendo correcto el realizado notarialmente a la sociedad y llevada a efecto en la persona de su director general.

*Ámbito del juicio de desahucio.*—Si bien constante jurisprudencia tiene declarado que el juicio de desahucio, por su naturaleza concreta y sumaria, excluye normalmente la posibilidad de que en él se discutan y declaren derechos más o menos controvertibles, sin que quepa dentro de sus estrechos límites, resolver sobre otras cuestiones, como puede serlo la preferencia y validez de los títulos esgrimidos por ambas partes que, por su ambigüedad, excedan de las simples y sencillas del arrendamiento, no lo es menos que se permite la proposición y discusión, dentro del mismo, de cuestiones que, relacionadas con el derecho del arrendador para que la finca se desaloje o el del arrendatario, para oponerse válida y eficazmente al desahucio, estén tan íntimamente relacionadas con el arrendamiento de que se trate, o afecten a los derechos y obligaciones del mismo derivadas que sean determinantes de la relación del proceso y aparezcan vinculadas a la relación contractual que se trata de rescindir, con el ejercicio de su peculiar acción, constituyendo supuesto indeclinable de la resolución a que pudiera haber lugar. (Sentencia de 7 de junio de 1979; no ha lugar.)

14. *Litis consorcio pasivo necesario. Requisitos.*—Cuando el actor no ha incluido a todos los sujetos de la relación material controvertida es posible oponer con éxito la «exceptio plurium litis consortium» e incluso puede ser apreciada de oficio la viciosa integridad del contradictorio, pero para ello es indispensable que el omitido aparezca interesado en la relación debatida.

*Doctrina de los propios actos. Alcance.*—La confesión prestada por el administrador de la entidad demandada y la interposición por ésta de un interdicto de recobrar la posesión son hechos que no pueden ignorarse en el juicio declarativo, pues no lo consienten el rigor y la seriedad de toda contienda forense y el principio «adversus factum suum quis venire non potest».

*Proceso interdictal. Extensión de sus efectos.*—Este proceso sumario tiene un ámbito limitado y específica naturaleza, limitado estrictamente a la posesión de mero hecho, con exclusión de toda controversia sobre el dominio u otro derecho o calificación del título aducido por el poseedor, temas que requieren para su planteamiento y decisión los cauces del proceso declarativo.

*Documentos auténticos. A efectos del recurso de casación.*—No tienen esta condición las actuaciones judiciales.

*Contrato de concesión o distribución. Naturaleza.*—Se trata de un negocio atípico, de naturaleza mixta, como ha sido calificado por esta Sala de Sentencias de 29 de octubre de 1955 y 14 de noviembre de 1970, y tiene como elemento natural la cláusula de exclusividad, pacto de limitación de concurrencia que es susceptible de ser incorporado a diversos contratos.

*Contrato de concesión o distribución. Extinción.*—Su extinción se opera por transcurso del tiempo pactado, no siendo aceptable que, en defecto de estipulación expresa, su duración sea ilimitada, sino que las posibles soluciones son: fijar un tiempo máximo de vigencia (Ley francesa de 14 de octubre de 1943) o permitir la denuncia «ad nutum», autorizando a las partes para separarse del contrato, sin más que dar el preaviso en el término pactado, en el establecido por los usos o en un término adecuado a la naturaleza del suministro (artículo 1.569 del Código civil italiano, citado por la Sentencia de 14 de febrero de 1963). La facultad de desistimiento unilateral para evitar la prolongación «sine die» de los pactos de exclusiva se funda en el «intuitu personae», que juega en los contratos de distribución, y en la repercusión que puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia de uno de los contratantes en el patrimonio del otro; tesis defendida también acudiendo análogicamente a la denunciabilidad de las relaciones contractuales indefinidas en su duración (artículos 224 y 302 del Código de Comercio). (Sentencia de 21 de abril de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—Los hechos a que se refiere la sentencia reseñada son especialmente complejos, así como la tramitación procesal, todavía no concluida con este recurso de casación.

En 1959 la entidad «E. V. S. A.» otorgó un contrato, denominado como de representación mercantil, en favor de don P. V., por el cual éste quedaba designado «concesionario exclusivo para la distribución» de cierta bebida en la provincia de Murcia. El contrato fue incorporado, con asentimiento de

la entidad otorgante, al acervo de la sociedad regular colectiva en que se integraba la otra parte contratante.

Alterado fundamentalmente el régimen de explotación del producto, en 1976 «E. V. S. A.» requiere notarialmente el concesionario para que cese en su actividad de distribución, resolviéndose, por tanto, el contrato de 1959, medida contestada por el concordante interponiendo interdicto para recobrar la posesión de sus derechos como concesionario. El interdicto no prosperó en primera instancia, pero sí en apelación ante la Audiencia Provincial de Murcia, encontrándose pendiente del recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto. Iniciado el correspondiente proceso declarativo ordinario, el Juzgado de Primera Instancia declaró resuelto el contrato de distribución desde 1975, decisión confirmada por la Audiencia Territorial y ahora recurrida en casación.

Aunque no es objeto de la sentencia reseñada, llama la atención que la Audiencia Provincial admitiese el interdicto relativo a la posesión de un derecho puramente obligacional, cuya posibilidad se discute por la doctrina. El estado de la cuestión puede verse en L. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Madrid, 1978.

15. *Desahucio de cantera por no uso por parte del arrendatario. Características peculiares de la explotación que justifican la desestimación del desahucio.*—Sin desconocer la doctrina sentada en la importante sentencia de 23 junio 1959 (y en las que en ella se citan), relativas al desahucio del arrendatario de una cantera por no uso de la cosa arrendada y sin que ello suponga cambiar la jurisprudencia de la Sala I del T. S., hay que desestimar el recurso contra la sentencia absolutoria, dadas las circunstancias siguientes: a) A raíz del antiguo contrato de 1899, que empezó rigiendo la relación arrendaticia, se desarrolló la explotación de la cantera que duró un período de tiempo no determinado del que quedan las huellas de edificaciones en ruina y que quedó interrumpida, no por desistimiento de la explotación por la sociedad arrendataria, sino por imperativo de la modernización del sistema de fabricación que supuso la modificación de la trituración y cocido de la piedra «in situ» por su transporte a fábrica para ser trituradas y transformadas por maquinaria y hornos de mayor rendimiento en ellos instalados. b) De los años que siguieron a 1952 —fecha de la que hay que partir para el cómputo del abandono, pues la propiedad convino la continuación del arrendamiento con la sola modificación de incrementar lo que siempre fue una muy precaria renta, aunque no se haya producido la saca de piedras, tampoco la demandada ha abandonado la cantera, pues empeñada en la ampliación de su negocio, ha tenido que cubrir las exigencias legales siempre lentas impuestas por la legislación minera y relativas a la ampliación de industria y dentro de la documentación que ha tenido que presentar para satisfacer esas exigencias oficiales, siempre ha constado la cantera de que se trata en los autos. c) Al tratarse de Sociedad explotadora de varias concesiones no puede ser obligada a la explotación, simultánea, de todas ellas, sino que debe estimarse autorizada para concentrar su trabajo temporalmente en una de las concesiones, sin que ello suponga abandono de las otras y más si en los proyectos de explotación sucesiva, la parte demandada se encuentra ya cerca de la parcela a que se refieren los autos, o sea, que la no extracción de piedras no es debida a un abandono de la explotación, sino a una postergación, en el orden del tiempo, dentro del plazo de vigencia



del contrato de arrendamiento, postergación que, por otra parte, en nada perjudica a la actora. (Sentencia de 16 de junio de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—Sorprendente doctrina la de esta sentencia por la liberalidad con la que interpreta la obligación de uso del arrendatario, en relación a lo que es corriente en la doctrina del T. S. en la materia; sería muy satisfactorio que persistiera esa tónica liberalizadora.

J. P. R.

16. *Exclusión de la LAU de los arriendos «ad meliorandum» o «ad edificandum».*—Según ha declarado la Sala I del T. S., en diversas Sentencias —3 julio 1941, 17 mayo 1958, 13 junio 1961, 14 octubre 1969 y 11 mayo 1970— el pacto por el cual el arrendatario y, en su caso, el subarrendatario, por derivación de aquél, se obliga a construir en el terreno objeto del contrato edificaciones cuya propiedad pasará al arrendador a la expiración del término convenido, demuestra que el precio del arrendamiento se integra no sólo por el que específicamente se hubiera pactado, sino muy esencialmente por el valor de las obras que constituyen el factor económico decisivo de la relación contractual y causa determinante que condujo a su celebración, produciendo, en consecuencia, aquella naturaleza contractual atípica el efecto de exclusión del régimen especial de la LAU. Si la contraprestación del vínculo arrendaticio durante el plazo contractual consiste no sólo en el pago de la merced convenida, sino que también en consideración a los desembolsos tenidos que hacer para ejecutar las obras, se aprecia claramente que los contratantes quisieron señalar una renta módica que, unida a la amortización del capital invertido por el arrendatario dentro del plazo de vigencia estipulado del contrato, representase el justo precio del vínculo arrendaticio, y si vencido el plazo convenido se decretase la prórroga forzosa sin alteración de ninguna de las cláusulas del contrato, surgiría, de una parte, la imposibilidad de mantener el pacto de «locatio rerum» ya consumado y, de otra parte, se rompería el equilibrio de las prestaciones si, terminado el plazo convenido, continuase la posesión arrendaticia mediante el cumplimiento parcial de las obligaciones contractuales.

*Efecto de la percepción de rentas por el arrendador con posterioridad al plazo contractual de vigencia del contrato.*—Semejante percepción no determina continuidad de los vínculos arrendaticios de que se trata, al efectuarse por la entidad arrendadora con alegación de haber terminado el plazo de ocupación, con reserva de las acciones oportunas y, por tanto, siendo tal percepción de rentas mera equivalencia o contraprestación por la persistencia en la ocupación.

*Ámbito del juicio de desahucio.*—Según reiterada jurisprudencia, aunque el juicio de desahucio no admite, de ordinario, el examen de otras cuestiones que las referentes al derecho del arrendador para desalojar de la finca al arrendatario, y de éste a permanecer en ella, siendo las demás extrañas a tal procedimiento y propias del juicio declarativo que corresponde; sin embargo, no es tan absoluta esta doctrina que no impida aquilatar bien la eficacia legal del título arrendaticio que sirva de base a la acción y es permisible la proposición y discusión, dentro del juicio de desahucio, de cuestiones que afectantes a los indicados derechos de las

partes, estén íntimamente relacionados con el vínculo arrendaticio de que se trate y que afecten, de manera directa, a los derechos y obligaciones de él derivados, por la razón de que si quedan excluidos de la esfera de acción del desahucio las relaciones jurídicas que, por razón de su complejidad, no permitan discernir claramente los elementos de juicio que han de concurrir en el ejercicio de aquella singular acción, precisando su planteamiento en el juicio ordinario, es en tanto no se trate del título invocado por el actor —legitimación activa— y los que atañen al demandado como incurso en la causa de lanzamiento alegada —legitimación pasiva—, toda vez que la complejidad de cuestiones que produce la incompatibilidad con los trámites estrictos del juicio de desahucio no es la que crean las partes como argumentos defensivos, sino lo que surge de la naturaleza del contrato de que dimane el desahucio.

*Desahucio de establecimiento mercantil. Competencia objetiva.*—El desahucio de establecimiento mercantil está atribuido a la competencia de los Juzgados de 1.ª Instancia no sólo en el supuesto de que aquél exista, al otorgarse el arrendamiento, sino en el caso de que, por pacto establecido, deba ser destinada la cosa dada en arrendamiento, a un negocio industrial. (Sentencia de 26 de marzo de 1979; ha lugar.)

NOTA.—Es reiteradísima la doctrina de la Sala I del T. S. que excluye totalmente del ámbito de la LAU los arriendos del tipo del contemplado en el caso de autos en que se faculta u obliga al arrendatario a edificar o realizar construcciones parciales en el objeto del arriendo, con la general contrapartida de una renta inferior a la que se hubiera atribuido al arriendo de no existir esa facultad obligación del arrendatario de edificar o de mejorar la cosa arrendada. La jurisprudencia ha entendido, y en ello ha acertado, que no sería lógico someter la relación arrendaticia al régimen ordinario del arriendo de local de negocio, pues ello daría lugar a que, una vez expirado el plazo, normalmente largo, del contrato, se iniciara un período de prórroga forzosa en la que los módulos índices o criterios de revalorización de la renta operarían sobre bases inferiores a las normas. Pero tratando de orillar el escollo que supondría la inclusión del arriendo en el artículo 1.º de la LAU, ha incidido en otro peor, que es el de afirmar la exclusión de tales arriendos del campo de la LAU, con lo cual el arrendatario que ha invertido capital —a beneficio del arrendador— en el local arrendado, edificándolo o mejorándolo, será de peor suerte que el arrendatario normal (que no aporta mejora alguna y sí sólo desgaste al objeto del arriendo), ya que se le niega el beneficio de prórroga forzosa una vez expirado el plazo contractual. Con ello, la Sala I sigue marginando la norma del artículo 3.º, 2, de la LAU, que incluye en la misma, aunque sometido a un régimen especial, los arriendos de locales de negocio con ciertos elementos accesorios o con *cláusulas especiales* que los diferencien de los típicos arriendos de local de negocio; la citada norma contempla claramente arriendos complejos en que el componente, arriendo de local, es el predominante y a los que somete a un régimen especial basado en la concesión al arrendatario del beneficio de prórroga forzosa, pero con un régimen de revalorización de rentas fijado en la disposición transitoria 13 de la propia LAU, que ofrece la suficiente elasticidad para adaptarse a la compleja realidad de tales arriendos. Es indiscutible que esa tercera vía, además de tener una clara base legal, es la que de modo más justo satisface los intereses de las partes y es sensible que se siga desaprovechando una norma tan útil para supuestos como el examinado.

17. *Arrendamientos rústicos. Falta de notificación, por el arrendatario, de su voluntad de prorrogar el contrato.*—Según reiterada jurisprudencia, incumplida por el arrendatario la obligación de preaviso que le impone el artículo 10, número, 4 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 abril 1959, queda expedito el ejercicio, por el arrendador, de la acción de desahucio del artículo 28, causa 1.ª, del indicado Reglamento, siendo intrascendente que el arrendador haya expresado o no su voluntad contraria a la prórroga, porque esta manifestación de voluntad, unida al compromiso de cultivo directo, sólo es preciso para enervar el derecho del arrendatario a la prórroga. (Sentencia de 30 de abril de 1979; no ha lugar.)

18. *Incongruencia «ultra petita».*—La incongruencia por exceso que se denuncia, al achacar al fallo una doble condena al pago de intereses con yuxtaposición de los bancarios y de los legales, no puede prosperar, ya que existe aquí una conformidad esencial entre el «petitum» de la demanda y reconvención y la sentencia combatida, la cual hace clara distinción entre las cantidades que la sociedad ha tenido que desembolsar (gastos e interés bancarios pactados) por razón de ciertas operaciones crediticias, y la remuneración debida a la Compañía (intereses legales) al verse privada indebidamente de las sumas dinerarias retiradas por los socios.

*Indemnización de daños y perjuicios. Sociedad mercantil irregular.*—El deber de separar el menoscabo económico en que el daño consiste abarca la disminución efectiva del patrimonio y la ganancia perdida (artículo 1.106 Código civil), esto es, el daño positivo y el lucro frustrado, aspectos y elementos de la materia resarcible también operantes en el campo de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad irregular de que se trata —y cuya calificación no puede discutirse en casación—, pues a pesar de que no existe disposición especial de remisión, han de aplicarse por analogía los artículos 144 y 256-2.º del Código de comercio y 1.726 del Código civil.

*Cobro de lo indebido.*—Para que pueda aplicarse el pago o cobro de lo indebido es requisito esencial que haya error por parte del «solvens».

*Enriquecimiento sin causa.*—El principio general de que nadie debe enriquecerse torticeramente en daño de otro no puede alegarse cuando la atribución patrimonial descansa evidentemente en una causa justificativa, cual es la relación obligacional dimanante de un convenio válido.

*Error de hecho en la apreciación de la prueba.*—Carecen de autenticidad a efectos de la casación los antecedentes documentales examinados por el Tribunal de Instancia, aparte de que documento invocado no patentiza el error de hecho. (Sentencia de 24 de mayo de 1979; no ha lugar.)

19. *Responsabilidad civil derivada de un delito. Sobresimiento por muerte del presunto culpable. Transmisión a los herederos.*—Si bien la responsabilidad penal se declaró extinguida por la concurrencia de la circunstancia 1.ª del artículo 112 C. p., la responsabilidad civil, aunque no se hubiera llegado en el orden del tiempo a su valoración penal, se transmite a los herederos del causante material de los actos que dieron lugar al perjuicio, y se exigirá con sujeción a las reglas del Derecho civil.

*Prescripción extintiva. Aplicabilidad del artículo 1.968, párrafo 2.º C. c.*—La sentencia de 12 marzo 1934 dice que la responsabilidad civil procedente de delito no encaja en el artículo 1.968, párrafo 2.º, que se refiere sólo a la nacida de los artículos 1.902 y 1.903, abundando en el mismo sentido las Sentencias de 30 abril 1959, 5 julio 1961 y la muy expresiva de 4 julio 1970; pero sobre esta cuestión no se pronuncia la Sala; no obstante, ser uno de los apoyos de la instancia, por no haber sido planteado en el recurso.

«*Dies a quo*».—El recurrente considera aplicable el plazo de prescripción de un año, pero ha de estimarse errónea la apreciación en cuanto a la fecha a partir de la cual se ha de computar el plazo, que no ha de ser aquélla en la que se dictó por la jurisdicción penal el auto de sobreseimiento, sino la de entrega del título ejecutivo que facilita al interesado la opción de afrontar la vía ejecutiva o la ordinaria, o de compatibilizar ambas, la segunda de forma subsidiaria, por la diferencia, hasta obtener el resarcimiento que la parte perjudicada crea adecuado. (Sentencia de 2 de julio de 1979; no ha lugar.)

Problema interesante el que, a efectos meramente teóricos, ha suscitado esta sentencia. La doctrina está de acuerdo en que el plazo del artículo 1.968 no afecta a la responsabilidad civil delictual, a excepción de los delitos de calumnia e injuria. Como dice LACRUZ (*Elementos*, I, Barcelona, 1974, páginas 300 s.), tampoco tiene norma propia, pues si el artículo 1.092 C. c. remite al Código penal, a su vez el artículo 117 de éste reenvía al C. c., por lo cual habrá de aplicarse el plazo general de quince años del artículo 1.964 (en la sentencia aquí extractada se dice de forma algo velada «el [plazo] más amplio de la extinción de las acciones de resarcimiento»), sin que se vea la razón para tan extrema diferencia con la responsabilidad aquilina. El propio autor en otro lugar (op. cit., II-1, Barcelona, 1977, pág. 236) apunta que el plazo de prescripción de la acción de resarcimiento no se extenderá nunca más allá del de la del delito.

G. G. C.

20. *Culpa extracontractual. Daños causados al Estado por accidente ocasionado a guardia civil. Importe de las retribuciones devengadas durante la baja. Inexistencia de la cosa juzgada.*—Ninguna de las dos sentencias en que acabaron las actuaciones penales pronunciaron fallo sobre indemnización al Estado por los perjuicios sufridos por el mismo en su condición de tercero por el acto culposo y, en consecuencia, aparte de la no coincidencia de los tres requisitos de identidad de personas, cosas y causa de pedir para que la cosa juzgada se produzca, es evidente que no habiendo la Sala penal entrado a decidir sobre la indemnización pedida, no se produjo la cosa juzgada.

*Concurrencia de los requisitos de la responsabilidad civil.*—Tanto el artículo 104 L. E. Criminal como el artículo 1.902 C. c. establecen el derecho del tercero a ser indemnizado siempre que entre el hecho causante y el perjuicio exista una relación de causalidad, relación que en el caso presente es clara y sin lugar a dudas. (Sentencia de 25 de abril de 1979; ha lugar.)

Los hechos consistieron en el atropello de un guardia civil de la Agrupación de Tráfico por el conductor de un vehículo, quien fue condenado como autor de una falta a una multa y a las accesorias. En juicio posterior,

el abogado del Estado reclamó el importe de las retribuciones abonadas por el Estado a la víctima mientras estuvo de baja. Parece que se trata de un perjuicio distinto del inicialmente enjuiciado, causado a tercero por el atrápello, apto para engendrar responsabilidad civil del autor de aquél, probablemente no cubierto por el seguro.

G. G. C.

21. *Responsabilidad por daños materiales y morales derivados de accidente de circulación. Prescripción. «Dies a quo»*.—Se trata de una reclamación conjunta, con una sola y única finalidad, cual es la de resarcirse de los daños materiales y morales ocasionados a los recurridos por muerte de una y lesiones de otra de sus dos hijas, dirigida contra las mismas personas y entidades; por consiguiente, la diligencia judicial en que se fijó la cantidad que podían reclamar, es una declaración a la que iba unida la posibilidad de ejercitar la acción dentro del año a partir de su fecha, tanto para reclamar la cantidad señalada en el uto ejecutivo como para la que los actores estimaban ser la procedente; posibilidad de ejercicio que se consolidó con la reclamación extrajudicial a la recurrente y con el acto de conciliación previo a la demanda.

*Pendencia de la acción por la tramitación de diligencias penales*.—Si bien es cierto que la acción para exigir responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de culpa o negligencia del artículo 1.902 C. c. prescribe por el transcurso de un año desde que el agraviado lo supo, también lo es que la prescripción se cuenta desde el día en que la acción pudo ejercitarse, lo que civilmente no pudo hacerse en tanto estuvo pendiente la tramitación de las diligencias penales. (Sentencia de 20 de abril de 1979; no ha lugar.)

### 3. Derechos reales

1. *Acción reivindicatoria. Prueba del dominio*.—El párrafo 2.º del artículo 348 C. c. se refiere a la acción que corresponde a todo propietario, contra el tenedor o poseedor de la cosa de su propiedad, para reivindicarla, pero no da normas para justificar su dominio, por lo que ha de estarse a las reglas generales en orden a la apreciación probatoria, y si en uso de esa facultad se da, o no, por probado el dominio, sin perjuicio de que las partes puedan combatir el resultado al que haya llegado el juzgador por la vía correspondiente, nunca podrá alegarse que el precepto ha sido violado.

*Prescripción inmemorial*.—En el presente caso de la prueba practicada apreciada en su conjunto, y con atención especial al inventario municipal de bienes de 1792, puesto en relación con antecedentes y otros documentos, que califica de antiguos, así como de las apreciaciones recogidas en reconocimiento judicial y pericial, y de las declaraciones unánimes de los testigos, se tiene por acreditado el derecho de propiedad del Ayuntamiento por usucapión o prescripción inmemorial que no se desvirtúa por ninguna otra prueba.

*Propiedad de las riberas. Falta de prueba*.—Conforme al artículo 339, número 1.º, C. c., las riberas de los ríos son bienes de dominio público, pero la sentencia recurrida no enmarca como de riberas las tierras que integran las parcelas cuyo dominio se declara a favor del Ayuntamiento, pues la

prueba pericial y las demás pruebas contradicen su inclusión en el expediente administrativo de deslinde en el que se apoya el Patrimonio Forestal del Estado, sin que la Administración intente prueba alguna para ratificar la certeza de la atribución patrimonial del terreno que como riberas se comprende.

*Ley de 18 octubre 1941.*—Esta Ley fue dictada para la paulatina repoblación de las riberas de nuestros cursos de agua, y se limita a establecer el procedimiento a seguir cuando fuera presentada reclamación a la estimación de la ribera tras la práctica del correspondiente deslinde, el que para nada prejuzga el resultado al que por vía judicial se llegue cuando la reclamación se realiza ante los Tribunales civiles, que son los únicos competentes para conocer las cuestiones que sobre propiedad se suscitan. (Sentencia de 10 de abril de 1979; no ha lugar.)

En materia de prueba del dominio, v. la doctrina general recogida en CASTÁN, II, 1<sup>ª</sup>, págs. 177 ss. La singularidad del presente caso radica en darse por probado el dominio por la usucapión inmemorial que se sitúa con anterioridad casi de dos siglos. En esta hipótesis puede suscitarse la cuestión que algunas sentencias plantean de la prueba del «dominio actual». En este punto parece razonable la opinión de ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, I, pág. 280, en el sentido de que no hace falta probar ser dueño ahora, sino que basta probar que se adquirió el dominio, el cual se presume que se sigue teniendo hasta prueba en contra. Esto último es lo que declara la sentencia extractada en el primer considerando.

G. G. C.

2. *Propiedad horizontal. Estatutos dictados unilateralmente por el constructor. Requisitos.*—Los Estatutos de la Comunidad dictados unilateralmente por los constructores en la escritura de obra nueva no pueden tener trascendencia en cuanto a tercero hasta su inscripción en el Registro, y si ésta se produce cuando ya no eran aquéllos los únicos dueños del inmueble, resultan incumplidas las condiciones prescritas por el artículo 5.º, párrafo 2.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, siendo procedente declarar su nulidad.

*Estatutos de la Comunidad. Inexistencia.*—Procede decretar la inexistencia de los Estatutos formalizados por quienes, cuando fueron dados a conocer, no podían ya imponerlos a los que, desde fecha anterior, eran ya copropietarios. (Sentencia de 16 de abril de 1979; no ha lugar.)

3. *Interpretación de los contratos.*—Constituye doctrina jurisprudencial reiterada la de que ha de ser mantenido en casación el resultado interpretativo obtenido por el Tribunal «a quo», salvo que se trate de una exégesis desorbitada o arbitraria en pugna con la lógica y el sentido de los textos o cláusulas objeto de examen.

*Propiedad horizontal. Desafectación de elementos comunes.*—A diferencia de los elementos comunes por naturaleza, hay otros susceptibles de transformarse en partes privativas, siempre que la decisión comunitaria manifestada con la inexcusable unanimidad acuerde su desafectación definitiva, alterando el título constitutivo, según así lo autoriza el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 Código civil y del artículo 396 del mismo Código, y lo tiene declarado la jurisprudencia, conforme a lo preve-

nido por los artículos 5.º, último párrafo, 11 y 16, regla primera, de la ley especial.

*Modificación de la cuota.*—La licitud de tal decisión no desaparece por la circunstancia de que no se hubieran recogido todas las especificaciones que la norma indica, por cuanto el reajuste en los coeficientes de la cuota de participación del recurrente puede ser pretendido en cualquier momento, si acaso la invocación altera en ese punto la situación precedente.

*Título para la transmisión de la propiedad.*—La violación denunciada del artículo 609 Código civil por cuanto, según el recurrente, se han adquirido unos elementos comunes, sin título bastante, no puede prosperar, pues ha mediado un verdadero negocio jurídico de índole dispositiva por parte de la Junta de propietarios con indudable concurrencia de todos sus requisitos, aparte de que ésta es una cuestión nueva no examinable en casación.

*Legitimación registral.*—La presunción de exactitud del Registro, proclamada en el artículo 38 Ley Hipotecaria, como «*iuris tantum*» que es, queda destruida con la demostración de que su contenido no concuerda con la realidad. (Sentencia de 6 de junio de 1979; no ha lugar.)

4. *Error de hecho en la apreciación de la prueba. Documentos auténticos.* No puede ser calificado como auténtico a los efectos de la casación el documento que no haga prueba plena por sí solo sobre el hecho discutido, sin necesidad de acudir a ningún otro elemento probatorio o a interpretaciones o deducciones que del mismo puedan hacerse, y que de manera clara, expresa y manifiesta no demuestre el error denunciado.

*Régimen de la propiedad en Derecho canónico.*—Si en este Derecho se puede atribuir la propiedad a entes inmateriales, como lo son las distintas advocaciones de la Virgen, entre las que se encuentra la Virgen del Castellar, ha de entenderse en Derecho civil que tales bienes con ese destino, que generalmente tienen su origen en alguna donación, pertenecen a la Iglesia Católica y dentro de ésta a la Parroquia donde la advocación mariana, a la que la donación se haya dedicado para el servicio del culto a la misma, radique.

*Cuestión nueva.*—No pueden examinarse en casación cuestiones nuevas no planteadas en forma ni discutidas en la instancia.

*Falta de aceptación de la donación. Usucapión.*—Es irrelevante la supuesta falta de aceptación en escritura pública, pues la sentencia recurrida afirma —y ello no ha sido desvirtuado— que la Parroquia poseyó la casa en litigio, a título de dueña, desde 1772 a 1970, pública, pacífica e ininterrumpidamente, lo que motiva que, aunque no se cumplieran todos los requisitos para la validez de la donación, existe justo título de dominio a los efectos de la usucapión.

*Acción reivindicatoria.*—Para el éxito de toda acción reivindicatoria es preciso acreditar los requisitos de justo título de dominio, identidad de la cosa objeto de la reivindicación y su posesión por el demandado, requisitos que la sentencia declara concurren, siendo ésta una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde a la Sala de instancia.

*Situación de posesión por una ermitaña.*—Es un hecho probado que la madre del recurrente habitó el inmueble discutido desde 1935 hasta que falleció en 1970, y que esa ocupación o posesión no lo fue en concepto de

dueña, sino que lo era en contraprestación a sus servicios de ermitaña de la Virgen del Castellar, de lo que deriva que, aunque no exista realmente una relación arrendaticia o laboral, en una amplia concepción de la locación de servicios, cabe asimilar a éste la relación de aquélla con la Parroquia, pues la verdad es que el disfrute de la vivienda lo era en pago de los que prestaba como ermitaña, por lo que al cesar en este cargo por fallecimiento era obligado el desalojo de la casa por el demandado, poniéndola a disposición de la Parroquia propietaria, por aplicación del artículo 1.587 Código civil. (Sentencia de 4 de junio de 1979; no ha lugar.)

5. *Derecho de retorno arrendaticio. Contradicción de normas.*—Es clara la contradicción entre los artículos 82, 88 y 94 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y el artículo 15 del Reglamento Hipotecario, en cuanto éste viene a establecer una limitación al derecho de retorno no anotado en el Registro, convirtiéndolo en ineficaz frente al subadquiriente hipotecario del artículo 34 Ley Hipotecaria y, en definitiva, a sancionar un modo de extinción del contrato de arrendamiento —según el antiguo y no aplicable aforismo «venta mata renta»— contra el claro mandato del artículo 94 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que impone a todo propietario, aunque cambie la persona del titular, a respetar como tal arrendador el contrato de arrendamiento suspendido por las obras.

*Contradicción entre normas aplicables.*—La solución del conflicto es la no aplicación de la disposición de menor rango —en este caso el Reglamento Hipotecario—, dado el mandato de los artículos 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.º del Código civil, y conforme al principio y norma constitucional de la división de poderes del Estado, criterio que ya fue insinuado, aunque quedara en «obiter dictum» por las Sentencias de 29 de marzo de 1968 y 8 y 20 de marzo de 1970, precisamente en un supuesto de Derecho de retorno.

*Venta del piso sujeto a derecho de retorno.*—La Ley de Arrendamientos Urbanos no configura ninguna prohibición de enajenar el piso, sino que incluso ha previsto, en garantía de los interesados, la hipótesis de transmisión a un tercero, bien que sujetando a éste a la carga de la obligación de reserva por la disposición legal de su artículo 94.

*Venta del piso sujeto a derecho de retorno.*—El hecho de que la venta se haya efectuado en un tercero, sin mencionar el derecho de retorno existente, no puede dar lugar a nulidad del contrato por causa ilícita, ni por contravención de norma legal, y al haberlo así entendido la Sala de instancia ha de prosperar la infracción que se denuncia del artículo 348 Código civil, en cuanto no existe aquí ninguna limitación a la titularidad dominical.

*Tercero hipotecario. Buena fe.*—También ha de prosperar la inaplicación que se denuncia de los artículos 32 y 34 Ley Hipotecaria, por desconocer la Sala el principio de fe pública registral y ordenar la cancelación del asiento de propiedad del comprador, a pesar de la buena fe indiscutida de éste, bien que el comprador debe respetar la posesión arrendaticia del titular del derecho de retorno, ya que el artículo 34 Ley Hipotecaria no puede amparar el despojo de un derecho integrante, pero separable en su disfrute, del de propiedad, ni el alcance de la pública registral llega hasta el punto



de extenderse a la posesión arrendaticia, legalmente adquirida y conservada por un tercero civil. (Sentencia de 19 de mayo de 1979; ha lugar).

#### 4. Derechos de familia

1. *Alimentos provisionales. Error de hecho en la apreciación de la prueba.* No pueden aducirse a estos efectos documentos que ya han sido tenidos en cuenta por la Sala de instancia al establecer su juicio valorativo para fijar el «quantum» alimenticio, pues, según reiterada doctrina de esta Sala, no tienen por ello el carácter de documentos auténticos a efectos de casación.

*Posibilidad de ejercer un oficio.*—Si ciertamente el artículo 152 Código civil previene que cese la obligación de dar alimentos cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, es igualmente exacto, según ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala en Sentencias de 31 de diciembre de 1942 y 9 de diciembre de 1972, que tal ejercicio no ha de entenderse, cual pretende el recurrente, como mera capacidad subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias.

*Reclamación efectuada por la esposa e hijos.*—El artículo 143 Código civil, al tratar de los obligados al pago de los alimentos no hace distinción alguna, entre los ascendientes, respecto del padre y de la madre y, por tanto, ambos son conjuntamente responsables respecto de los hijos, pero esto no impide que el cónyuge reclame alimentos para él y por los hijos comunes cuando no tenga medios económicos para atenderlos y precise aquella ayuda del consorte al que se reclamen. (Sentencia de 10 de julio de 1979; no ha lugar.)

2. *Venta de pisos por constructor. Consentimiento «uxoris». Prueba de presunciones.*—Es lógica la deducción hecha por la Sala de que cuando el marido se dedica a una profesión en la que la actividad habitual es la construcción de pisos y venta de los mismos se supone dado el consentimiento «uxoris» para dichas ventas, y con mayor razón cuando en los locales construidos se anuncia su venta.

*Artículo 1.413 Código civil. Consentimiento tácito.*—No puede prosperar la violación denunciada del artículo 1.413, puesto que presupuesto de dicha disposición legal es la falta de consentimiento y existiendo éste la venta efectuada es válida y la disposición ha sido rectamente aplicada. (Sentencia de 12 de mayo de 1979; no ha lugar.)

#### 5. Derecho de sucesiones

1. *Interpretación de testamento. Doctrina general.*—El principio tradicional de que «en los testamentos se interpreta más plenamente las voluntades de los testadores» (D. 50, 17, 12: *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*) y el consiguiente inexcusable respeto a lo querido por el causante, se traduce en la exigencia de ceñirse a las expresiones utilizadas por el disponente, según ya estableciera nuestro Derecho histórico

(«las palabras del fazedor del testamento deben ser entendidas llanamente, así como ellas suenan, e non deve el juzgador partir del entendimiento dellas»: P. 7,33,5), y ordena el artículo 675 C. c. «expresión recopilada de preceptos del Derecho patrio» (Sentencia 11 febrero 1943); es en razón de esa supremacía que ha de concederse a la voluntad del único autor de la declaración, acentuando su carácter subjetivo, que a los vocablos empleados ha de atribuírseles el sentido que parezca más adecuado a la situación, ideas y hábitos del testador, en definitiva a sus circunstancias personales, tal como ya indicó el citado texto del Derecho castellano («...ca entonces deve ser entendida su palabra según acostumbraba a entenderla») y lo ha declarado esta Sala (Sentencias 8 julio 1940, 5 junio 1942, 1.º junio 1946 y 6 febrero 1958), conjugando armónicamente el elemento literal con el lógico, sistemático y teleológico como procedimientos interpretativos y acudiendo incluso a circunstancias exteriores al testamento (los llamados medios extrínsecos e extratestamentarios) utilizables, en cuanto hechos significativos dimanantes del testador, como medios de interpretar para hallar la voluntad real del *de cuius*, si bien partiendo de las propias declaraciones del documento testamentario por imperativo del artículo 675 y del carácter formal o solemne (*forma dat esse rei*: artículo 687) que el testamento reviste (Sentencias de 8 julio 1940, 1.º junio 1946, 3 junio 1947, 18 diciembre 1953, 8 marzo 1956 y 5 octubre 1970), tesis que sobre estar recibida por la jurisprudencia se ofrece a todas luces convincente, pues según señala la doctrina científica, el testamento, como declaración de voluntad constitutiva de un negocio jurídico, se produce teniendo como fundamento una constelación de antecedentes fácticos contemplados por el causante en el momento de expresar la disposición.

*Legado de finca urbana. Interpretación.*—El legado favoreciendo «a su primo hermano don Juan S. P. y a su hijo don Juan S. C., por mitad y proindiviso entre ellos» con «la casa números 45 y 47 de la calle Mayor de Santa Coloma de Gramanet», ha de interpretarse con arreglo a los siguientes datos de indudable relieve en trance de averiguar la intención verdadera de la *de cuius*: 1.º La casa objeto de la manda figura en el Registro como perteneciente a la finca núm. 89 compuesta por tal edificio y una porción de terreno o solar de algo más de 900 metros cuadrados de superficie, sito en la parte zaguera de la construcción. 2.º Tal finca se halla identificada en la actualidad mediante tres números de policía, el 43 bis correspondiente al solar, y 45 y 47 para el cuerpo edificado. 3.º La testadora diversificó claramente en vida los respectivos destinos de la casa y del solar, pues mientras que la primera la cedió en arrendamiento, el segundo lo dedicó a huerto propio, con excepción de un cobertizo que alquiló a persona ajena al debate. 4.º No sólo independizó la causante en vida el aprovechamiento y destino de la casa y el solar, sino que también en el orden físico afirmó la sustantividad de una y otro como predios independientes, separando la porción de terreno del edificio mediante un muro de ladrillo rematado por red de alambre. 5.º Ninguno de los arrendatarios de la casa números 45 y 47, según designación actual, ha poseído ni utilizado el solar sito en la parte posterior, pues los inmuebles carecen de comunicación entre sí y el terreno en debate

da a la vía pública, con la que tiene un frente de más de siete metros. 6.º Los demandantes y recurrentes han hecho pago del impuesto general sucesorio tan sólo por la casa núms. 45 y 47, mientras que la demandada y recurrida lo hizo por el referido solar señalado a efectos administrativos con el núm. 43 bis. De todo ello se deduce que es indudablemente correcta la labor interpretativa acometida por el Tribunal de instancia en cuanto concluye que el legado en discusión alcanza al edificio con sus dependencias y no a dicho terreno posterior, separado por instalación divisoria y poseído inmediatamente para su cultivo por la testadora, ateniéndose rigurosamente a la *voluntas testatoris* que ha indagado certeramente sirviéndose de criterios intrínsecos (literal, sistemático y finalista) y extrínsecos, para concluir que ese terreno no se halla incluido en ninguna de las mandas y por tanto se integra en la masa herencial a recibir por la recurrida, hija adoptiva de la testadora. (Sentencia de 5 de junio de 1979; no ha lugar.)

Notable sentencia por la profundidad de su análisis y amplia exposición de la doctrina general sobre interpretación del negocio *mortis causa* (Ponente Jaime Castro García). Aunque la solución del caso es contraria a la adoptada en Sentencia de 18 junio 1979, no hay contradicción entre ambas, sino diverso resultado interpretativo de los elementos fácticos subyacentes. La valoración de estos últimos conduce a entender que ya en vida la causante había realizado un acto de individualización configurando como fincas distintas las que son objeto de debate, mediante la asignación de diferente destino económico completada con el acto material de separación. Sobre individualización de inmuebles, *Vide* últimamente GARCÍA CANTERO, en *Castán*, II, 1<sup>ª</sup>, págs. 161 ss. La admisión de los llamados medios intrínsecos de interpretación del testamento no suscita hoy graves discrepancias en la doctrina ni en la jurisprudencia, alineándose esta sentencia con la doctrina reiterada mantenida en las de 8 julio 1940, 3 junio 1942 y 6 noviembre 1962, entre otras. Cf. sobre el tema LACRUZ y SANCHEO-REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, I, págs. 477 ss.

G. G. C.

2. *Interpretación de testamento.*—Han de prosperar las infracciones que se denuncian de los artículos 675 y 912 del Código civil, pues el testamento reconoce a favor de los descendientes de doña Petra el derecho de sustitución de ésta en la institución hereditaria establecida a favor de la misma sobre la mitad del remanente de los bienes del testador, y omitió ordenar que a doña Petra acreciera la porción de herencia a que fueron llamados los hijos que pudiera tener y no tuvo la otra hermana doña Manuela, ni le atribuyó a ésta otra cosa que el usufructo vitalicio de una mitad, por lo que su intención fue reservar la porción vacante por muerte de doña Manuela, a falta de hijos, a los que resultaran herederos legítimos del testador a la muerte de ésta.

*Pruebas extrínsecas.*—Esta interpretación testamentaria fue estimada siempre sin contradicción por cuantos estuvieron interesados en la sucesión de que se trate, a lo largo de escalonadas actuaciones en las más diversas épocas, circunstancias claras de carácter extrínseco al testamento mismo que, como autoriza la jurisprudencia, constituyen a definir, respetando el texto de la disposición testamentaria, la verdadera voluntad del testador.

*Derecho de acrecer. Fundamento.*—Tiene como único fundamento reconocido por la jurisprudencia la voluntad presunta del testador, y por ello ha de ser admitido no sólo en los casos de porción vacante a que alude el artículo 982 y en algunos otros supuestos que resultan de otros artículos complementarios, sino también en el de que sea nula la disposición testamentaria en favor de uno de los herederos conjuntos cuando tiene su apoyo en la interpretación en la voluntad del causante.

*Derecho de acrecer.*—Ha de rechazarse en el caso de autos en el que la voluntad del testador no lo admite.

*Derecho de acrecer. Conjunción de llamamiento.*—Es requisito inexcusable para que surja ese derecho la conjunción de llamamientos del número 1.º del artículo 982, que aquí no se da, pues el contenido de la cláusula sexta del testamento fue en favor de su hermana doña Petra, sustituible por sus descendientes (personas determinadas) en cuanto a una mitad, y en cuanto a la otra mitad a favor de los hijos que pudiera tener su hermana doña Manuela (indeterminados y, desde luego, al firmar el causante su testamento, sin que pudieran estimarse personas). (Sentencia de 8 de mayo de 1979; ha lugar.)

3. *Entrega de legados. Casa construida sobre dos fincas registrales independientes. Interpretación de testamentos.*—Se denuncia la violación del artículo 675, párrafo 1.º, C. c., por entender que al interpretar el juzgador de instancia los legados otorgados por los padres de la actora y demandado en sus respectivos testamentos únicamente por su literalidad, olvidó que aparecía claramente manifestada la voluntad de los testadores, contraria a dicha interpretación literal; y basta un meditado examen de ambos testamentos, legados y planos de edificación del inmueble, construido totalmente sobre la parte de ambos solares que da a la calle de Anselmo Clavé, sin que por tanto haya paso distinto al de la entrada del inmueble para llegar a la parte posterior de los solares, y la existencia de una tapia que cierra el jardín, así como las declaraciones a fines fiscales y de planos, para concluir que en la voluntad de los causantes edificio y solares constituyen un todo único e indivisible sobre cuya totalidad se instituye el legado de ambos, y no habiéndolo entendido así la Sala de Instancia ha cometido la violación denunciada. (Sentencia de 18 de junio de 1979; ha lugar.)

Hay aquí dos problemas que conviene deslindar. De una parte se trata de dos legados de cosa ganancial sobre mitades indivisas que se disponen por ambos padres en favor de uno de sus hijos. De otra hay un problema de individualización de finca urbana que, como acto jurídico autónomo, no precisa que vaya acompañado de las complementarias operaciones de agrupación registral de fincas (el matrimonio adquirió dos solares contiguos que siguieron figurando como fincas independientes en el Registro), sin que tampoco se hiciera la declaración de obra nueva respecto de la vivienda construida sobre aquéllas. La interpretación jurisprudencial es plenamente de aceptar.

G. G. C.

4. *Usufructo vitalicio con prohibición de disponer. Venta por el usufructuario de un bien concreto.*—Toda la cuestión discutida consiste en si será

posible, con ciertas garantías, la venta de uno de los bienes usufructados, que tiene su origen en un testamento en el que el testador establece un usufructo vitalicio sobre la mitad en bloque de su herencia en favor de su sobrino, incapacitado por enfermedad mental y sometido a tutela, añadiendo que bajo ningún pretexto lo que su sobrino usufructúe no podrá, mientras viva, ser enajenado, ni aun con autorización judicial ni del Consejo de Familia, «pues es la voluntad del testador que su dicho sobrino tenga mientras viva los medios necesarios para una decorosa subsistencia».

*Cuestiones nuevas.*—Tienen vedado su acceso a la casación a tenor de lo dispuesto en el número 5 del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*Posición de los nudos propietarios.*—Es insostenible la teoría de que los instituidos nudos propietarios, indeterminados, presuntos y eventuales, dependiendo su institución de la serie de factores que el testamento indica, son auténticos herederos con una condición resolutoria, cuando la realidad es que no pasan de tener una simple expectativa.

*Venta de un bien usufructuado.*—En modo alguno puede entenderse que constituya un contrato sobre la herencia futura, pues no es más que la sustitución de unos bienes por otros de los que integran el vigente usufructo y donde no se trata de suplir la voluntad de los nudos propietarios, sino de determinar el alcance de las facultades del usufructuario.

*Usufructo de disposición.*—La obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada no tiene en nuestro ordenamiento el carácter absoluto de la fórmula clásica de la definición de Paulo o de los Códigos francés o italiano de 1865, pues el artículo 467 admite la posibilidad de excepción, cuando lo autorice la ley directamente o el título de su constitución —aquí el testamento.

*Interpretación literal y finalista del testamento.*—Si la primera parte del artículo 675 Código civil respaldaría la tesis literalista del recurrente, no hay que olvidar el resto del precepto y especialmente que en caso de duda debe observarse lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento y la duda existe, pues el testador se ha preocupado de justificar la prohibición de disponer que impuso, por lo que hay que buscar esa intención que deberá prevalecer sobre el estricto tenor literal.

*Interpretación objetiva de la voluntad del testador.*—No se trata de bienes determinados usufructuados, sino de los que integran una mitad de la herencia, en bloque, como una universalidad, de modo que unos bienes pueden ser sustituidos por otros para ocupar el lugar de los anteriores, en virtud del principio básico de la subrogación real y sin que la «universitas» como tal quede alterada, por lo que la venta no altera la forma y sustancia de la cosa, entendida como el destino económico, comprensivo del valor y del destino de los bienes, que mejoran ostensiblemente con la sustitución proyectada, con la garantía de la subasta pública, el conocimiento judicial y la intervención del Ministerio Fiscal.

*Integración subjetiva de la voluntad testamentaria.*—Si la finalidad de la prohibición de enajenar fue asegurar al incapacitado los medios de una decorosa subsistencia, de modo similar a lo que sucede con el denominado

en la doctrina alemana y en la nuestra «usufructo de sustento», esta finalidad quebraría prohibiendo la venta proyectada, la cual permitirá aquel decoro en el subsistir, vendiendo un bien que renta 800 pesetas mensuales (que no permite efectuar las reparaciones necesarias del inmueble y obligan al incapacitado a litigar como pobre) y por el que, según la sentencia recurrida (y ello no ha sido discutido), se pueden obtener por lo menos diez millones, cuya inversión adecuada hará posible el cumplimiento de la auténtica voluntad del testador. (Sentencia de 13 de junio de 1979; no ha lugar.)

## II. DERECHO MERCANTIL

1. *Rendición de cuentas. Comisión delegada de junta de acreedores de suspensión de pagos.*—Habiendo quedado firme la declaración de la sentencia recurrida, en orden a que no se ha probado que los demandados hayan rendido cuentas de la administración que se les confirió, es llano que están obligados a rendirlas por así disponerlo de manera expresa y terminante el artículo 1.720 C. c., sin que sea adecuado obstáculo al cumplimiento de esta obligación el tiempo transcurrido, y el no disponer de antecedentes, libros y documentos, circunstancia que, en todo caso, podrá entrañar mayor o menor facilidad en la liquidación a practicar, pero en modo alguno les exime de llevarla a cabo. (Sentencia de 6 de abril de 1979; no ha lugar.)

## III. DERECHO PROCESAL

1. *Ambito del poder «ad litem». Inserción en el mismo de facultades no estrictamente procesales. Posible extralimitación del mandatario y convalidación de lo actuado por él.*—No hay obstáculo a que en un poder «ad litem», cuyo ámbito no puede ser restringido en contra de lo dispuesto en las leyes rituarías, le sean concedidas al representante atribuciones que, aun no siendo propiamente procesales, guarden relación con posibles litigios, como acontece con los requerimientos que constituyen antecedente o presupuesto para la viabilidad de algunas acciones de desahucio —artículo 1.566 «in fine» del C. c.—. Si en la escritura de apoderamiento causídico, el arrendador facultó al representante a dirigir requerimientos y notificaciones, es eficaz el que hizo el mandatario invocando al representado con la más rotunda «contemplatio domini», pero aunque se entendiera que había habido extralimitación del apoderado al realizar la manifestación referida, siempre sería incuestionable la ratificación del «dominus» a los efectos de los artículos 1.259 y 1.727 C. c., con el alcance que a la convalidación ha de ser atribuido en lo tocante a la retroacción de la eficacia del acto negocial a la fecha en que se produjo, según ha declarado la jurisprudencia. (Sentencia de 10 de mayo de 1979; no ha lugar.)

2. *Demanda defectuosa. Confusión y vaguedad en la exposición fáctica.*—La falta absoluta de concreción determina la existencia de una confusión y vaguedad en la exposición fáctica de la demanda que supone carecer de los elementos suficientes para una resolución precisa y congruente, lo cual

repercute en los pedimentos formulados, no permitiendo otro pronunciamiento que el absolutorio.

*Incongruencia. Sentencia absolutoria.*—No puede tacharse de incongruente la sentencia que absuelve de la demanda, aunque lo haga por razón de defectos procesales y sin entrar en el fondo del asunto. (Sentencia de 17 de abril de 1979; no ha lugar.)

3. *Apreciación de las pruebas. Libertad del juzgador.*—No hay norma que obligue al juzgador a dar valor preferente a una prueba sobre otra, en particular la de confesión, dado el principio de libre apreciación judicial vigente en nuestro sistema, siendo correcto el proceder de la Sala de Instancia, que, sin hacer una apreciación conjunta de la prueba, basó su decisión en la testifical, tan válida y eficaz como las demás, apreciándola de modo crítico al analizar sus matices y circunstancias y obteniendo una conclusión que ha de mantenerse, por no ser incorrecta ni arbitraria, ni estar, en un sentido profundo, en pugna con la confesión antes aludida.

*Valoración de las pruebas. Criterios.*—No es lícito al recurrente acusar al juzgador de supervalorar un elemento probatorio y subestimar otros, no dándole el valor que señala el Código civil respecto a los documentos, porque lo que en realidad pretende es sustituir al criterio de la Sala de Instancia por el de aquél, sin demostrar que el primero sea contrario a las leyes de la lógica. (Sentencia de 25 de junio de 1979; no ha lugar.)

*Ejecución de sentencia arbitral extranjera. Orden público.*—El orden público constituye un límite a la aplicación del Convenio de Ginebra de 24 de septiembre de 1923, debiendo incluirse en aquel principio las normas de derecho procesal, por lo que procede examinar la forma en que el arbitraje se desarrolló, no apareciendo cumplido el precepto del contrato de retrocesiones que exige que los árbitros sean designados uno por cada parte y que tengan el carácter de directores de Compañías de Seguros. (Auto de 29 de enero de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—Se trataba de la ejecución de una sentencia arbitral definitiva dictada en Lisboa por el Tribunal de lo Civil, sección 3.ª, como consecuencia de la nacionalización de las Compañías de Seguros con sede en Portugal.

4. *Ejecución de sentencia. Recurso de casación.*—La ley establece dos excepciones por las cuales pueden ser objeto de recurso de casación los autos dictados en procesos ejecutorios, que son: cuando en ellos se resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia o cuando se provea en contradicción con lo ejecutoriado, pues, en ambos casos, se produce una extralimitación o exceso de poder en las acciones ejecutivas realizadas para su cumplimiento, infringiendo así lo decidido en la parte dispositiva de la sentencia.

*Ejecución de sentencia. Obliga a los mandantes de quién intervino con anuencia de aquéllos en el proceso.*—Aunque la parte dispositiva de la sentencia sólo aluda como obligado al cumplimiento del contrato, a una determinada persona, si ésta intervino en el proceso por sí y en representación

de unos familiares de quienes tenía conferido mandato expreso, tales familiares están obligados a cumplir la entrega ordenada en la sentencia.

*Orden de asistencia técnica de un perito en el trámite de ejecución.*—La orden —dada en ejecución de sentencia— de asistencia técnica de un perito a la diligencia de entrega de unos locales comerciales no contradice lo dispuesto en la sentencia, pues, aparte de no aparecer cuál fuese la intervención que había de tener dicho perito, ha de tenerse en cuenta que, si los locales comerciales no aparecen determinados ni delimitados, es necesaria la asistencia técnica pericial para señalar, sobre el terreno, la extensión superficial y metros de fachada que cada local ha de tener, intervención pericial cuya necesidad se advierte de los propios términos de los contratos de compraventa de tales locales. (Sentencia de 17 de mayo de 1979; no ha lugar.)

5. *Ambito del juicio de desahucio.*—Si bien constante jurisprudencia tiene declarado que el juicio de desahucio, por su naturaleza concreta y sumaria, excluye la posibilidad de que en él se discutan derechos más o menos controvertidos, sin que en sus estrechos límites quepa resolver cuestiones que no afecten al derecho del arrendador para desalojar la finca o el del arrendatario para permanecer en ella, la propia Sala I del T. S. tiene declarado que tal doctrina no puede servir de base para que el demandado, a pretexto de supuestos estados o situaciones carentes de adecuado título, logre privar a quien lo ostenta de la protección que la ley le confiere, obligándole a que acuda al juicio ordinario. Si lo que se discute es lo referente a la expiración del término contractual de un arrendamiento regulado por la ley común, tal cuestión no ofrece complejidad alguna.

*Interpretación de contratos. Facultades del órgano «a quo» y del T. S.*—Según doctrina reiterada de la Sala I del T. S., es facultad privativa del Tribunal de Instancia la interpretación y determinación de la naturaleza de los contratos y su criterio ha de prevalecer en casación, siendo rechazable únicamente cuando resultare ilógica por su evidente infracción de las reglas de hermenéutica contenida en los artículos 1.281 y siguientes del C. c. (Sentencia de 22 de junio de 1979; no ha lugar.)

6. *Desahucio por precario. Competencia. No cabe casación.*—Excepto cuando el arrendamiento tenga por objeto un establecimiento fabril o mercantil o finca rústica cuya renta anual exceda de 2.500 pesetas, los Jueces de Distrito son los competentes para conocer de los juicios de desahucio, cualquiera que sea la causa en que la demanda se funde, conforme al artículo 1.562 de la L. E. Civ. modificada por la ley de 23 julio 1966, es decir, que son los competentes para conocer de los juicios de desahucio por precario por lo que, contra las sentencias que en éstos se dicten, cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial respectiva —ap. d) del artículo 2 ley 20 junio 1968—, pero sin que, en ningún caso, contra la sentencia de apelación pueda entablarse recurso de casación, tanto por infracción de ley, como por quebrantamiento de forma. (Sentencia de 10 de mayo de 1979; no ha lugar.)

7. *Tercería de mejor derecho. Relativa al excedente obtenido del bien ejecutado, una vez pagado el acreedor ejecutante. Improcedencia.*—No pro-



cede una reclamación por prelación de créditos interpuestos por el trámite de tercería de mejor derecho en un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, dirigida a que se declare aquella preferencia sobre el excedente del bien ejecutado, una vez efectuado el pago del acreedor hipotecario, pues equivaldría a convertir un proceso singular en uno universal o de ejecución colectiva, sin las garantías de éste.

*Infracción de norma procesal. Nulidad.*—Infringido el artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prohíbe admitir la tercería de mejor derecho una vez realizado el pago al acreedor ejecutante, es necesario declarar la nulidad de todas las actuaciones procesales practicadas después, en aplicación del número 3 del artículo 6 del Código civil, que sanciona la falta con la nulidad de pleno derecho. (Sentencia de 11 de junio de 1979; ha lugar.)

NOTA.—La declaración de improcedencia de la tercería de mejor derecho hace que el Tribunal Supremo no entre a examinar la cuestión planteada en instancia, el alcance de la preferencia que se atribuye a los créditos Tributarios por los artículos 71 y 73 de la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963. Sobre esta materia y con una completa referencia al requisito temporal de las tercerías, aunque respecto al supuesto contrario al de la Sentencia, es decir, cuando son interpuestas contra el Estado, véase M. MARTÍN TIMÓN, *Embargos y tercerías de la Hacienda Pública*, Instituto de Estudios Fiscales, 1978, especialmente págs. 50 y sig.

8. *Recurso de casación. Documentos auténticos.*—Los dos contratos básicos sobre los que gira la «litis», que han sido amplia y exhaustivamente examinados e interpretados por el juzgador de instancia, no tienen la cualidad de documentos auténticos a efectos del número 7, artículo 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*Cuestiones nuevas. Exclusión de la casación.*—La posible liberalidad, como causa del contrato origen del pleito, no planteada en fase de instancia constituye una cuestión nueva incurso en la causa de inadmisión 5.ª del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 10 de julio de 1979; no ha lugar.)

9. *Impugnación en casación de la eficacia de la prueba. Apreciación conjunta.*—Según reiterada doctrina jurisprudencial, no cabe impugnar, en casación, la eficacia de una prueba determinante, cuando se aprecia en combinación con otras por la Sala sentenciadora, supuesto que se da cuando la sentencia recurrida no concede pleno valor probatorio a la fotocopia de un documento privado, cuyo original no se aportó al proceso, sino que, por el contrario, proclama expresamente que dicha fotocopia como tal, y por sí sola, carece de valor demostrativo y ante su inidoneidad a tal efecto examina y aprecia la prueba testifical que relaciona, llegando a la conclusión de que es indiscutible la existencia de un documento privado y con ello a la de que el negocio jurídico que implica una determinada escritura de compraventa encaja en el pacto de fiducia «cum creditore».

*Desestimación de motivos de casación por defectos formales.*—Deben desestimarse los motivos: a) que suponen el planteamiento de cuestiones nuevas; b) que se dirigen a combatir un razonamiento de la sentencia que no

constituye premisa determinante de fallo recurrido; c) que no respetan los hechos declarados probados en la resolución recurrida, y d) que plantean el tema de la interpretación de un negocio jurídico sin alegar la infracción de las normas de los artículos 1.281 a 1.289 C. c. (Sentencia de 8 de mayo de 1979; no ha lugar.)

10. *Interpretación de documentos. Cauce procesal para su planteamiento, en casación.*—El alcance interpretativo asignado a los documentos privados estudiados por el juzgador de instancia sólo es susceptible de plantearse en casación con base en el número 1 artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con expresa cita del módulo interpretativo que se pretendiese infringido, no por el cauce del número 7 del mismo artículo, como error de derecho.

*Cuestiones nuevas. Exclusión del recurso de casación.*—Las cuestiones nuevas no son acogibles en casación, desde el momento que, en este recurso, es fundamental que sus alegaciones y razonamientos se refieran a lo que se haya concretamente debatido en el pleito.

*Imposición de costas. Cauces para su examen en el recurso de casación.*— Cuando la imposición de costas emane no de venir impuestas por una norma legal establecida al respecto, sino de la apreciación de aspectos de hecho que, objetivamente, no conduzcan a estimar la existencia de culpabilidad civil o tengan su base en la mera apreciación de temeridad o mala fe, sin condicionante razonadora fáctica de que derivar, puede ser revisable en casación, planteada con base en el número 1 del artículo 1.692 LEC, dado que se trata de una apreciación judicial; no sucede lo mismo cuando la imposición de costas provenga de manifestaciones fácticas de las que se deduzca culpabilidad civil, que deberá ser atacada por la vía del número 7 del mismo artículo. (Sentencia de 4 de abril de 1979; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 3.000,— pesetas  
Extranjero, 3.500,— pesetas  
Número suelto: España, 1.000,— pesetas  
Extranjero, 1.250,— pesetas