

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LV ○ Marzo-Abril 1979 ○ Núm. 531

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. Pedro Cabello de la Sota.
D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezero.
D. José Poveda Murcia.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléfono 411 26 28

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

I. S. B. N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

Imprenta SAN JOSE.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«El desahucio administrativo», por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	317
«El derecho de transmisión en la sucesión paccionada aragonesa», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	335
«La hipoteca cambiaria de constitución unilateral», por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ	347
«El artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas», por EMILIANO CANO FERNÁNDEZ	393

VIDA JURIDICA:

«Centenario de la Ley de Propiedad Intelectual», por CATALINO RAMÍ- REZ RAMÍREZ	427
---	-----

JURISPRUDENCIA:

I. Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	433
--	-----

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA y FRANCISCO CASTRO LUCINI	449
2. Jurisprudencia mercantil, por R. SÁNCHEZ DE FRUTOS	482
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GON- ZÁLEZ SALINAS	490
4. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	503

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central.	509
---	-----

LIBROS:

«El latifundio. Propiedad y explotación, siglos XVIII-XX», de MIGUEL ARTOLA, JAIME CONTRERAS y ANTONIO MIGUEL BERNAL, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	519
«Contribution à une nouvelle politique foncière», de RENÉ GROUSSARD y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	524
«Discurso preliminar del Proyecto de Código Civil francés», de JEAN ETIENNE MARIE PORTALIS, por JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ	529
«Grundbuch, Grundsück, Grenzo», de DAVID HEINRICH RICHTER, MANFRED BENDER y FRANK SIMMERDING, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ ...	533

REVISTAS:

II. Noticias de revistas	541
---------------------------------	-----

ESTUDIOS

El desahucio administrativo^(*)

SUMARIO: I. *Nociones generales*: 1. Concepto.—2. Naturaleza jurídica: a) El desahucio administrativo es un procedimiento administrativo. b) Es un procedimiento ejecutivo. c) El objeto específico es el lanzamiento.—3. Regulación.—II. *Requisitos*: 1. Requisitos subjetivos: a) Órgano administrativo: competencia. b) Interesados.—2. Requisitos objetivos: a) Extinción de los derechos constituidos sobre bienes de dominio público o comunales. b) Expropiación. c) Inclusión de fincas en el Registro Municipal de Solares. d) Extinción de contratos de arrendamiento y cualesquiera otros derechos personales constituidos en fincas propiedad de la entidad municipal a favor de sus funcionarios por relación de empleo. e) Extinción de contratos de viviendas de protección oficial.—3. Requisitos de la actividad: a) Lugar. b) Tiempo. c) Presupuestos.—III. *Procedimiento*: 1. Idea general.—2. Incumplimiento del requerimiento de desalojo: a) Requerimiento. b) Transcurso del plazo para desalojar. c) Pago o consignación. d) Requerimiento de desalojo. e) Incumplimiento del requerimiento.—3. Aprecibimiento: a) Competencia. b) Contenido. c) Plazo.—4. Lanzamiento.—IV. *Efectos*: 1. Efectos jurídico-procesales.—2. Efectos jurídico-materiales.—3. Efectos económicos.

I. NOCIONES GENERALES

1. CONCEPTO

La realización de lo dispuesto en un acto administrativo, la ejecución forzosa de lo en él mandado, puede comportar el lanzamiento de quienes ocupan ciertos bienes. En cuanto los actos administrativos son inmedia-

(*) El presente trabajo es un capítulo del libro *El procedimiento administrativo municipal*, que acaba de aparecer, editado por «El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados».

Se han utilizado las abreviaturas siguientes:

LAU = Ley de Arrendamientos Urbanos.

LJ = Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956.

LPA = Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, revisada por Ley 164/1963, de 2 de diciembre.

LRL = Ley de Régimen Local.

LS = Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

RB = Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales.

RE = Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa.

RDU = *Revista de Derecho Urbanístico*.

ROF = Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales.

RRS = Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, aprobado por Decreto de 5 de marzo de 1964.

S = Sentencia de las Salas 3.ª, 4.ª y 5.ª del Tribunal Supremo.

tamente ejecutivos (art. 101, LPA; art. 361, LRL; art. 292, ROF) y la propia Administración pública puede proceder a la ejecución forzosa (artículo 102, LPA), es obvio que cuando ésta comporte el desalojo o la expulsión de las personas que ocupan ciertos bienes, el lanzamiento será verificado por los agentes de la Administración.

Si los ocupantes no proceden al desalojo voluntario, la Administración pública podrá utilizar los medios que autoriza la Ley (art. 104, LPA). Concretamente, cuando así lo autoricen las leyes, la «multa coercitiva» (artículo 107, LPA) y la «compulsión directa sobre las personas» (artículo 108, LPA) (1).

El Ordenamiento jurídico-administrativo regula un procedimiento administrativo de ejecución con esta finalidad específica del lanzamiento de los ocupantes de un bien que deben desalojarle. En los supuestos expresamente previstos, la vía de ejecución consistente en el lanzamiento se llevará a cabo a través de este procedimiento administrativo especial de ejecución.

2. NATURALEZA JURÍDICA

a) *El desahucio administrativo es un procedimiento administrativo.*

A diferencia del desahucio civil, en el que interviene el órgano de la Jurisdicción ordinaria, como tal órgano jurisdiccional imparcial y supraordenado a las partes, en el desahucio administrativo es la propia Administración la que actúa, como titular del interés público. Estamos ante un procedimiento administrativo, sujeto al Derecho administrativo, en el que la Administración ejerce sus prerrogativas (2). El carácter administrativo se consagra en el artículo 109, RB, al decir: «La competencia y el procedimiento para disponer el desahucio, fijar la indemnización y llevar a cabo el lanzamiento tendrán carácter administrativo y sumario, y la competencia exclusiva de las Corporaciones locales impedirá la intervención de otros Organismos que no fueren los previstos en el presente Título, así como la admisión de acciones o recursos por los Tribunales ordinarios». Y en el artículo 41, RRS, al decir que el «desahucio y lanzamiento... tendrán carácter administrativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 54 del Reglamento de Expropiación Forzosa». Así, S. de 24 de abril de 1969.

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1975, I, págs. 359 y ss., consideran el desahucio como una variedad de la compulsión directa.

(2) Se han destacado las diferencias entre el desahucio civil y el administrativo por RODRÍGUEZ MORO: *Los bienes de las Corporaciones locales*, Publicaciones Abella, Madrid, 1969, págs. 359 y ss.

b) *Es un procedimiento ejecutivo.*

Las prerrogativas que ejerce la Administración en el procedimiento de desahucio son de ejecución. Presuponiendo un acto administrativo investido de fuerza ejecutiva, la Administración trata de llevarle a efecto, contra o sin la voluntad del obligado. No termina en una declaración de voluntad, sino en un hacer: el desalojo material de las personas que ocupaban unos bienes (3).

c) *El objeto específico es el lanzamiento.*

La nota diferencial de este procedimiento ejecutivo viene dada por la finalidad que con el mismo se persigue. Lo que define el procedimiento no es la resolución de unos derechos de arrendamiento o cualesquiera otros, como a veces se ha señalado (4). La extinción de los derechos —públicos o privados— en virtud de los cuales se ocupan los bienes es un presupuesto del procedimiento ejecutivo de desahucio. No obstante, dada la regulación del desahucio en nuestro Ordenamiento jurídico, a lo que constituye el procedimiento propiamente se incorpora algo que no lo es, por ser un presupuesto del mismo, como es la fijación de la indemnización.

3. REGULACIÓN

El desahucio administrativo en la Administración local se regula en los artículos 107 a 125 del RB (5). Ahora bien, existen otras normas reguladoras del desahucio en supuestos especiales, como los que regula la legislación urbanística (6).

El Decreto de 10 de octubre de 1958, dictado en ejecución de la Disposición final primera, apartado 3, para señalar los procedimientos especiales que por razón de la materia continuarían vigentes, en su ar-

(3) LÓPEZ JACOISTE: «La nueva ordenación de solares», *Anuario de Derecho civil*, julio-septiembre 1948, pág. 1045; SOTO NIETO: «El desahucio administrativo tras la reforma de la Ley del Suelo», *RDU*, núm. 52 (1977), págs. 15 y ss.

(4) Así, una S. de 11 de junio de 1975, al decir que «el desahucio, aunque sea de naturaleza administrativa, es siempre acto resolutorio del contrato y recuperatorio de la posesión, en tanto que el puro lanzamiento se limita a una medida de ejecución material». CHOROT, LLISSET y ARROYO en *Ley del Suelo*, Publicaciones Abella, Madrid, 1977, pág. 525, señalan que «la definitiva extinción de los arrendamientos se efectuará mediante el desahucio administrativo».

(5) Un excelente estudio sistematizado de los mismos en RODRÍGUEZ MORO: *Los bienes de las Corporaciones locales*, cit., págs. 357 y ss.

(6) A los que se ha referido especialmente SOTO NIETO en *El desahucio administrativo*, cit. Me remito a mis *Comentarios a la Ley del Suelo*, 3.ª ed., Madrid, 1977, comentario al artículo 161.

título 1.º, apartado 27, incluyó «el desahucio administrativo», por lo que —como dice la S. de 25 de junio de 1966— sólo es posible acudir supletoriamente a las normas genéricas del procedimiento administrativo (7). Como la LPA es, en todo caso, supletoria de las normas que regulan el procedimiento administrativo de las Corporaciones locales (art. 1.º, 4, LPA), es evidente que la entrada en vigor de la misma en ningún caso afectó a las normas reguladoras del desahucio administrativo en la esfera local.

II. REQUISITOS

1. REQUISITOS SUBJETIVOS

a) *Órgano administrativo: competencia.*

La competencia corresponde a la Corporación local respectiva (artículo 109, RB), esto es, a aquella que es titular de los bienes de dominio público o de propiedad privada, o en cuyo término municipal se encuentran los bienes. Cualquiera que sea la causa legitimadora del desahucio es competencia municipal, incluso en el supuesto de desahucio de viviendas de protección oficial propiedad del Municipio (art. 125, RB) (8).

Ahora bien, dentro del Municipio, ¿cuál es el órgano competente en cada caso? Es indudable que el Ordenamiento jurídico puede exigir que el acto administrativo legitimador del desahucio o para fijar la indemnización que ha de abonarse a los ocupantes proceda del Ayuntamiento

(7) GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la LPA*, Madrid, 1977, comentario al artículo 108.

(8) CHOROT, LLISSET y ARROYO: *La Ley del Suelo*, cit., pág. 527; SOTO NIETO: *El desahucio administrativo*, cit., pág. 18.

Parece indudable que también debe aplicarse esta regla general cuando la causa legitimadora del desahucio es la expropiación forzosa. Pues es cierto que el artículo 53, RE, dispone: «Cumplido, cuando proceda, el requisito anterior, el Gobernador civil o la autoridad a quien corresponda notificará a los ocupantes de la finca expropiada el plazo en que deben desalojarla de acuerdo con las circunstancias y respetando en cualquier caso los plazos mínimos señalados en la Ley de Arrendamientos Urbanos y demás disposiciones legales». Pero ello no supone que siempre y en todo caso deba aplicarse esta norma, siendo competencia exclusiva del Gobernador civil el acuerdo de lanzamiento. Pues el artículo 108, apartados 2 y 3, RB, disponen: «2. Se entenderán comprendidas en el supuesto anterior las expropiaciones que tengan por objeto alguno de los enunciados por los artículos 129, 145 y 287 de la Ley, o la nueva instalación, mejora o ampliación de servicios propios a cargo de la Entidad. 3. Los titulares de los derechos de ocupación extinguidos serán desahuciados conforme a las normas del presente Título». Luego si se permite el desahucio «conforme a las normas del presente Título» (Título II del RB), habrá que estar a las normas de competencia del desahucio administrativo que en él se regulan.

en pleno o incluso de órganos no municipales, sino estatales (así, Jurado provincial de expropiación). Pero esto no supone que, cumplidos los presupuestos exigidos en cada caso, no tenga competencia el Alcalde para decidir por sí el lanzamiento. Así lo declara con carácter general la S. de 24 de abril de 1967 (Ponente: MOUZO VÁZQUEZ) al declarar que «la alegación de que el acuerdo iniciando el desahucio administrativo debió ser adoptado por el Ayuntamiento en pleno o por la Comisión permanente y no por el Alcalde también carece de fundamento, pues ni del citado artículo 112 del Reglamento de Bienes ni de ningún otro de sus preceptos sobre esta materia se desprende la pretendida incompetencia de los Alcaldes para tomar los aludidos acuerdos, la que debe entenderse le viene atribuida por el artículo 116, apartado i), de la Ley de Régimen Local, que faculta al Alcalde, como Presidente del Ayuntamiento y Jefe de la Administración municipal, para dictar las disposiciones que exija el mejor cumplimiento de los servicios y ejercer todas las demás facultades de gobierno y administración del Municipio, no reservadas expresamente al Ayuntamiento pleno o a la Comisión permanente, entre las que no figuran las providencias de iniciación del trámite de desahucio administrativo (arts. 121 y 122 de la Ley citada)».

Es cierto que el artículo 119, 2, RB, limita la competencia «del Presidente de la Corporación para apercibir de lanzamiento», mientras que el propio y artículos anteriores se refieren a «la Corporación». Ahora bien, dado el objeto del desahucio administrativo, aquel apercibimiento constituye el acto básico.

b) *Interesados.*

a') *Legitimación activa.*

En alguno de los supuestos de desahucio administrativo es indudable la existencia de titulares de derechos o intereses directos legitimados para instar el desahucio. Así, en los de inclusión de una finca en el Registro de Solares estarán legitimados el adquirente del solar o su propietario originario, según los casos (art. 161, LS) (9).

b') *Legitimación pasiva.*

Aplicando la norma general del artículo 23, b), LPA, al desahucio administrativo, es incuestionable la legitimación pasiva de los ocupantes del inmueble. El procedimiento deberá seguirse precisamente frente a las personas a las que hay que desalojar (10).

(9) Cfr. comentario a este artículo en mis *Comentarios a la LS*. cit.

(10) GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la LPA*, cit., comentario al artículo 108.

2. REQUISITOS OBJETIVOS

Si el artículo 108, 1, LPA, establece con carácter general que la compulsión directa sobre las personas únicamente será admisible «en los casos en que la Ley expresamente lo autorice», es evidente que el desahucio administrativo únicamente procederá en los supuestos en que así se prevea expresamente. En la esfera local estos supuestos son (11):

a) *Extinción de los derechos constituidos sobre bienes de dominio público o comunales.*

Así lo dispone el artículo 107, RB. Para que sea admisible el desahucio administrativo es necesario, pues, que se trate de bienes de dominio público o comunales. Si el derecho o relación se hubiesen constituido sobre bienes patrimoniales, no se aplicará este precepto (v. gr., Ss. de 30 de noviembre de 1960 y de 25 de abril de 1963) (12); pero siempre será posible la expropiación, según el artículo 123, RB, a que después nos referiremos.

El artículo 107, RB, dispone que «se efectuará... previa indemnización o sin ella, según proceda, con arreglo a derecho». Lo que plantea el problema de cuándo procede la indemnización y si ha de ser previa al lanzamiento.

En cuanto a lo primero parece incuestionable que cuando la extinción del derecho tiene lugar por lo que podemos considerar vida natural del derecho (v. gr., expiración del plazo), no procede indemnización alguna. La indemnización únicamente procederá cuando la extinción del derecho se produce como consecuencia del ejercicio de una potestad legítima, pero anormalmente (v. gr., revocación del acto antes de la expiración del plazo) (13).

En cuanto a lo segundo, el texto del precepto no deja lugar a dudas al exigir «previa indemnización». No obstante, se ha considerado que,

(11) RODRÍGUEZ MORO: *Los bienes de las Corporaciones locales*, cit., págs. 363 y ss. La jurisprudencia ha destacado que únicamente se dará en los casos legalmente autorizados y cuando se den estrictamente todos los requisitos exigidos (así, S. de 11 de junio de 1975).

(12) GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la LJ*, Madrid, 1978, comentario al artículo 2.º

(13) Se ha estimado que la indemnización se fijará con arreglo a los criterios de la legislación expropiatoria, así como con arreglo al procedimiento en ella previsto para la indemnización de daños y perjuicios (arts. 120 y ss., LE; arts. 133 y ss., RE). Así, RODRÍGUEZ MORO: *Los bienes de las Corporaciones locales*, citado, páginas 369 y ss. No obstante, si, como parece desprenderse del texto del artículo 107, RB, la indemnización ha de ser previa, ha de adaptarse aquel procedimiento general a esta circunstancia.

pese al sentido gramatical, no puede supeditarse el desahucio para recuperar la posesión, por ejemplo, de una vía pública, hasta que no se fije definitivamente la indemnización y se haga efectiva (14).

b) *Expropiación.*

a') *Expropiación de derechos sobre bienes de la Entidad local.*

El artículo 123, 1, RB, prevé la expropiación de derechos de arrendamiento y cualesquiera otros personales relativos a la ocupación de bienes de propios. En este supuesto—dice el artículo 123, 2, RB—«será título suficiente para la expropiación el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento pleno o la Diputación provincial, previo expediente en el que se acredite la necesidad del predio, local o vivienda para ser destinado a alguno de los objetos a que se refiere el párrafo anterior».

b') *Expropiación de fincas rústicas y urbanas.*

Como la expropiación forzosa produce la extinción de los arrendamientos y de cualesquiera otros derechos relativos a la posesión y ocupación de los bienes expropiados (así lo dice el art. 52, 1, que reitera el artículo 108, 1, RB) (15), procederá el lanzamiento de los ocupantes.

c) *Inclusión de fincas en el Registro Municipal de Solares.*

La inclusión de una finca en el Registro Municipal de Solares legitimará para el desahucio administrativo de los ocupantes en los casos siguientes (16):

a') Cuando se opere la enajenación de una finca incluida en el Registro Municipal de Solares por alguno de los procedimientos siguientes:

(14) Así, RODRÍGUEZ MORO: *Los bienes de las Corporaciones locales*, cit., páginas 366 y ss.

(15) Así lo ha reconocido la Jurisprudencia (v. gr., Ss. de 4 de enero de 1958, 25 de marzo y 3 de octubre de 1963, 14 de diciembre de 1964 y 24 de abril de 1967).

(16) GONZÁLEZ PÉREZ: *El Registro Municipal de Solares*, Madrid, 1965, páginas 160 y ss., y *Comentarios a la LS*, cit., comentario al artículo 161; SOTO NIETO: *El desahucio administrativo*, cit., págs. 57 y ss.; MARTÍN BLANCO: «Dictamen sobre el procedimiento a seguir para el desahucio de los locatarios de las fincas urbanas incluidas en el Registro Municipal de Solares», *RDU*, núm. 2 (1967), págs. 71 y ss.; HIDALGO: *Solares y edificación forzosa*, Madrid, 1965, págs. 244 y ss.; SAURA: «El desahucio administrativo como medio para el logro de los planes urbanísticos», *RDU*, núm. 22 (1971), págs. 37 y ss.

- por venta directa (art. 158);
- por enajenación forzosa, bien por el procedimiento del artículo 159 o por el especial del artículo 4.º de la Ley de 21 de julio de 1962;
- por enajenación del propietario a un tercero en los supuestos de exclusión de enajenación forzosa.

b') Cuando el propietario de finca incluida en el Registro de Solares, antes de existir solicitud de adquisición por un tercero, se proponga acometer o terminar la edificación y obtuviere la correspondiente licencia de obras. En este supuesto, según el apartado 2 del artículo 161, LS, «producirá el mismo efecto de otorgamiento de la licencia, aunque la solicitare transcurrido el plazo dispuesto por los artículos 142 y 143». No basta la licencia para el derribo; es necesario obtener licencia de edificación. No obsta a la ejecutividad la interposición de recursos, salvo que en el procedimiento correspondiente se hubiese acordado la suspensión. Ahora bien, tanto en uno como en otro supuesto «deberá mediar un acto formal que, valorando el alcance jurídico y la adecuación de hecho de esos dos actos (la inclusión en el Registro y la venta forzosa o el otorgamiento de la licencia), pronuncie la extinción del derecho y sirva de fundamento jurídico a la ejecución, como exige el artículo 100, LPA, según la normativa de la acción de oficio para pasar a las vías de ejecución material, ya que no se trata aquí de una general limitación de derechos *ope legis*, sino de una privación singular cuando concurren los requisitos previstos». Así, S. de 11 de junio de 1975 (Ponente: GABALDÓN).

d) *Extinción de contratos de arrendamiento y cualesquiera otros derechos personales constituidos en fincas propiedad de la entidad municipal a favor de sus funcionarios por relación de empleo.*

El artículo 124, 1, reconoce a las Corporaciones locales la potestad de «resolver, por sí y en vía administrativa», estos contratos, sin que proceda «indemnización alguna» (art. 124, 2, RB).

Para que pueda procederse al desahucio y lanzamiento con arreglo a las normas del Título II del RB es necesario, por tanto, que concurren los requisitos siguientes:

— Que la finca sea «pertenencia» del Municipio. Esto es, que sea propiedad del mismo. Parece, no obstante, que será asimismo aplicable este procedimiento cuando el Municipio tuviese sobre la finca otro derecho real (v. gr., usufructo) que legitimara para otorgar el contrato de arrendamiento.

— Que el contrato en virtud del cual se ocupara la finca se hubiese otorgado por razón de empleo (17).

e) *Extinción de contratos de viviendas de protección oficial.*

En la regulación de viviendas de protección oficial se arbitran unos procedimientos administrativos para la resolución de los contratos y lanzamiento de los ocupantes (18). El artículo 125, RB, reconoce a las Corporaciones locales esta potestad de resolución de los contratos «en los mismos casos y formas previstos para los del Instituto Nacional de la Vivienda». Por tanto, cuando un Municipio sea propietario de una vivienda de protección oficial gozará de aquella prerrogativa.

3. REQUISITOS DE LA ACTIVIDAD

a) *Lugar.*

Dado el carácter ejecutivo del procedimiento tendrá lugar en la misma finca. Cuando los ocupantes no cumplan la orden de desalojo y trans-

(17) El artículo 124, RB, se limita a reconocer la posibilidad de utilizar un procedimiento administrativo, sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria, siempre que se den los supuestos de extinción de los contratos. A los mismos se refiere el artículo 76, RB.

(18) Una S. de 10 de febrero de 1977 (Ponente: VIDAL Y GUTIÉRREZ), refiriéndose a los mismos, sienta esta doctrina: «No es posible con arreglo a la legalidad vigente en la época que se dictaron los acuerdos recurridos y que ha quedado citada promover el mencionado procedimiento de desahucio administrativo en el caso de viviendas construidas con protección del Estado, cualquiera que fuese el régimen a que estuviesen sometidas, por causa consistente en no dedicar la vivienda de que se trate a residencia habitual y permanente del titular (sea beneficiario, propietario o arrendatario), ya que para tal concreto supuesto es de aplicación lo establecido en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto de 3 de junio de 1965, a tenor de los cuales lo procedente en la vía administrativa es acordar la descalificación de la vivienda, con las consecuencias previstas en los párrafos 2 y 3 del artículo 98 del Reglamento de 24 de junio de 1955, y si no aceptara el interesado el requerimiento que le fuera hecho, para que solicite la descalificación, extender la correspondiente acta de infracción, que con las diligencias previas instruidas con anterioridad para comprobar la existencia de la causa motivadora de la descalificación serán remitidas a la Dirección General a efectos de decretar la instrucción del expediente sancionador con arreglo al Decreto de 18 de febrero de 1960. En definitiva, al no haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto de 3 de junio de 1965 lo que suponer haber prescindido de manera total del procedimiento establecido al efecto, procede de conformidad con lo dispuesto en el número 1, apartado c), del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo la estimación del presente contencioso, y ello sin perjuicio de las facultades que pudieran asistirle a la Administración para su actuación como consecuencia de la existencia por parte del recurrente de la causa sexta del artículo 52 de la Ley de Viviendas de Renta Limitada de 1954».

curran los plazos previstos, la compulsión física para lograr la ejecución forzosa se realizará en el mismo inmueble.

b) *Tiempo.*

El artículo 53, RE, dispone que se respetarán «en cualquier caso los plazos mínimos señalados en la LAU y demás disposiciones legales». Y el artículo 115, 4, RB, dice que se «advertirá al titular de la ocupación, y en su persona a todos los que les afecte, que deben desalojar la finca en el plazo de cinco meses, a contar desde la notificación». Lo que ha planteado el problema de los plazos en los distintos supuestos, en especial respecto del desahucio de los ocupantes de las fincas incluidas en el Registro Municipal de Solares.

Parece que deben distinguirse los siguientes supuestos:

a') *Plazo de cinco meses que establece el artículo 115, RB.*

Parece que regirá con carácter general en tanto no se prevea otro plazo especial en la regulación del supuesto específico. Por tanto, salvo en los supuestos que se enumeran a continuación—en que regirá, en cada caso, el que determina la norma aplicable—, habrá que estar a las normas del artículo 15, 4, RB, y, por tanto, será necesario que transcurra el plazo de cinco meses a contar desde el día siguiente al de la notificación del requerimiento a que se refiere el apartado 1 del propio artículo con la advertencia del desalojo.

b') *Plazos mínimos de la LAU, según el artículo 53, RE.*

La norma del artículo 53, RE, se aplicará en los siguientes casos:

a'') *Expropiación.*

Por supuesto, siempre que la causa legitimadora del desahucio administrativo sea la expropiación forzosa, tanto en el supuesto del artículo 123, 1, RB, como en el del artículo 108, RB, se aplicará el artículo 53, RE, al disponer que se respeten «*en cualquier caso* los plazos mínimos señalados en la LAU y demás disposiciones legales». Si es ésta una norma de la legislación expropiatoria, parece evidente su aplicación siempre que el desalojo de los ocupantes sea consecuencia de la expropiación, no sólo cuando se trate de la expropiación de la finca que ocupan, sino cuando se trate de la expropiación de los derechos en relación con la finca propiedad de la entidad expropiante.

b'') *Inclusión de fincas en el Registro de Solares.*

Cuando se trate del desahucio de los ocupantes de una finca incluida en el Registro Municipal de Solares también se aplica la norma del artículo 53, RE, al que remite el artículo 41, RRS (19). No se aplica, por tanto, el plazo de cinco meses que fija el artículo 115, apartado 5, RB, porque:

a''') El artículo 41, RRS, remite al artículo 53, RE, que impone respetar «los plazos mínimos señalados por la LAU y demás disposiciones legales».

b''') Que aun cuando en esta referencia a las «demás disposiciones legales» pudieran incluirse los preceptos del RB, no hay que olvidar que éste es de rango inferior y fecha anterior a la LAU, tesis que parece corroborada por la Circular de la Dirección General de Urbanismo de 28 de mayo de 1965.

c''') Que dentro de la LAU el precepto que guarda más analogía con el supuesto del artículo 161, LS, es el artículo 114, 9, sobre lanzamiento en los supuestos de expropiación forzosa, previa la indemnización a los inquilinos o arrendatarios. En este supuesto el artículo 114, 9, LAU, dice que el lanzamiento «tendrá lugar previo apercibimiento por plazo que nunca será inferior al de dos meses».

c') *Extinción de contratos de arrendamiento de viviendas de protección estatal.*

El artículo 125, RB, remite a los «casos y forma previstos para los del Instituto Nacional de la Vivienda». Habrá que estar, por tanto, a la normativa sobre viviendas de protección estatal (Ss. de 30 de octubre de 1965, 22 de febrero de 1967 y 10 de febrero de 1977).

d') *Extinción de contratos de funcionarios que ocupen fincas por razón de empleo.*

Parece aplicable asimismo la norma sobre extinción de contratos de arrendamiento de viviendas de protección oficial.

c) . *Presupuestos.*

a') *Pago o depósito de la indemnización.*

Cuando proceda la indemnización con arreglo a Derecho, ésta será previa. Así lo dispone el artículo 107, RB, con carácter general. Y así

(19) Así, MARTÍN BLANCO: *Dictamen sobre el procedimiento a seguir para el desahucio*, cit., págs. 79 y ss.; SOTO NIETO: *El desahucio administrativo*, cit., página 70, y mi trabajo *Comentarios a la LS*, cit., comentario al artículo 161.

se establece especialmente respecto de alguna de las causas legitimadoras del desahucio administrativo, como cuando se trate del desalojo de los ocupantes de una finca incluida en el Registro Municipal de Solares. El artículo 161, 3, *in fine*, LS, dice que «en cualquier caso el pago o depósito de la indemnización será previo al desalojo», con lo que se acogió una de las direcciones jurisprudenciales sobre el tema (v. gr., Ss. de 11 de junio de 1975 y 25 de mayo de 1976), rechazando otra (20).

b') *Apercibimiento*.

Dado el carácter ejecutivo del procedimiento es necesario que previamente se aperciba a los ocupantes para poder proceder al lanzamiento forzoso. Así lo impone el artículo 102, LPA, aplicable a todos los procedimientos de ejecución, y lo establece el artículo 118, 2, RB.

III. PROCEDIMIENTO

1. IDEA GENERAL

El procedimiento ejecutivo de desahucio se concreta en el lanzamiento. Presupone a su vez un procedimiento administrativo declarativo en el que se ha dictado un acto de la Administración pública sujeto al Derecho, investido de fuerza obligatoria y ejecutiva. Este procedimiento es de naturaleza distinta del procedimiento de desahucio, aunque existe entre ellos la relación que existe entre todo procedimiento de ejecución y aquel en que se dictó el acto que se trata de ejecutar (21).

Asimismo no integran el procedimiento de ejecución los trámites en cada caso previstos para fijar la indemnización cuando proceda con arreglo a Derecho. Así, los regulados con carácter general en los artículos 115 y 116, RB, o los previstos en el procedimiento especial correspondiente, como en el procedimiento expropiatorio, cuando sea éste la causa legitimadora del desahucio.

El procedimiento ejecutivo de desahucio parte, pues, de la existencia del acto administrativo cuya ejecución comporta el desalojo del inmueble y, en su caso, la fijación de la indemnización. Parte asimismo de la existencia de un período voluntario de cumplimiento de desalojar el inmueble. Y sólo cuando éste ha transcurrido es cuando tendrá lugar el

(20) MENDIZÁBAL ALLENDE: «Vivienda y Registro Municipal de Solares», conferencia pronunciada en ICADE el 24 de mayo de 1972. Me remito a mis *Comentarios a la LS*, cit., comentario al artículo 161.

(21) Con las consiguientes repercusiones en el procedimiento de ejecución de la anulación del primero.

apercibimiento que dejará abierta la vía de la ejecución forzosa, que es el apercibimiento que prevé el artículo 102, LPA.

No obstante, en la exposición que se hace a continuación del procedimiento de desahucio se incluyen también los trámites previstos en el RB para el cumplimiento voluntario del deber de desalojo.

2. INCUMPLIMIENTO DEL REQUERIMIENTO DE DESALOJO

Como se ha señalado, el incumplimiento por parte de los ocupantes del deber de desalojo no es una fase del procedimiento ejecutivo de desahucio, sino presupuesto del mismo. No obstante, se regula en el Título II del RB, en el que se establecen los trámites siguientes (22):

a) *Requerimiento.*

El requerimiento al titular de la ocupación y, en su persona, a todos los que les afecte, para que desalojen la finca, se hará cuando hubiese que fijarse la indemnización por el procedimiento ordinario, al mismo tiempo que se les requiere para que formulen proposición sobre la cuantía de aquélla y plazo necesario para desalojar (art. 115, 1, RB). Si no procediese la indemnización o estuviese ya fijada—así, en el procedimiento expropiatorio—el requerimiento se limitará a lo primero.

Pero en todo caso será necesario el requerimiento previo (23).

(22) RODRÍGUEZ MORO: *Los bienes de las Corporaciones locales*, cit., páginas 408 y ss.

(23) En S. de 24 de abril de 1967 (Ponente: MOUZO VÁZQUEZ) se dice: «Tratándose de la expropiación de un local arrendado, el artículo 44 de la LE dispone que se haga efectiva la indemnización al arrendatario conforme a lo prevenido en la LAU, entonces vigente, en cuyo artículo 73 se dispone que se fijará aquélla teniendo en cuenta el precio medio en traspaso de locales destinados al mismo negocio del arrendatario sitos en la misma zona comercial en que se hallare, así como también la existencia o inexistencia en la expresada zona de locales desalquilados y adecuados al referido negocio, además de cuantas circunstancias se consideren oportunas; que el importe de la indemnización no será nunca inferior al satisfecho por el interesado por el traslado del local que ocupa, extremo éste al que no se ha referido el recurrente, como tampoco ha acreditado el precio medio que rija para el traspaso de locales análogos en la zona de que se trata, por lo que el Jurado entendió que la indemnización al expropiado debía calcularse a base de la diferencia entre el alquiler del local actual—6.150 pesetas anuales—y otro nuevo que estima en 25.000 pesetas anuales, diferencia cifrada en 18.440 pesetas que fija el Jurado por el expresado concepto de indemnización por desocupación del local, estimación ésta que coincide con la seguida por el Tribunal Supremo para casos análogos de expropiación de locales de negocios en las Ss. de 16 de junio de 1961, 15 de mayo, 6 de junio y 10 de diciembre de 1964, en las que entendió que el suplemento de renta entre el local actual y el que tendría que buscarse para proseguir el negocio debía capitalizarse al menos al 10 por 100».

b) *Transcurso del plazo sin desalojar.*

En el plazo en cada caso previsto los ocupantes deberán desalojar el inmueble (24).

c) *Pago o consignación.*

El artículo 118, RB, establece que, una vez agotado el plazo para desocupar el inmueble sin que se efectúe, se depositará la indemnización o cantidades a que se refiere el artículo 117, 2, «en la Caja de la Entidad local o en la General de Depósitos» (25).

d) *Requerimiento de desalojo.*

Una vez verificado el depósito se requerirá al interesado para que desaloje el inmueble en el plazo de diez días (art. 118, 2, RB).

e) *Incumplimiento del requerimiento.*

Si se incumple el nuevo requerimiento previsto en el artículo 118, 2, RB, es cuando comienza propiamente el procedimiento de ejecución.

3. APERCIBIMIENTO

El apercibimiento previo a la ejecución forzosa—a que se refiere el artículo 102, LPA—se regula en el procedimiento de desahucio administrativo en el artículo 119, RB. Son requisitos del mismo los siguientes:

(24) El artículo 117, RB, dispone: «1. Fijado el importe de la indemnización, los arrendatarios y, en general, los titulares de derechos personales relativos a la ocupación del predio, vivienda o local de negocio deberán desalojarlos dentro del término que reste hasta el vencimiento del plazo a que se refiere el párrafo 4 del artículo 115. 2. Transcurrido dicho término sin que se hubiere fijado el importe de la indemnización, la Corporación podrá también ejecutar el desahucio, previa consignación en la Caja de la Entidad local o en la General de Depósitos de la cantidad respectiva con arreglo a las siguientes normas: a) En las viviendas, la equivalencia de un año de alquiler, más una cantidad igual al importe de un mes de renta, según el promedio de los últimos tres años, por cada anualidad o fracción de vigencia del contrato, incrementado todo ello con el 3 por 100 de afectación; y b) si se tratare de local de negocio se duplicarán los porcentajes anteriores, y como resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran originarse se depositará otra cantidad que no exceda del doble ni sea inferior a lo que resulte por el derecho arrendaticio. 3. Los ocupantes que carezcan de derecho a indemnización deberán desalojar el predio, vivienda o local de negocio, previo requerimiento, en el mismo plazo que señala el párrafo 4 del artículo 115».

(25) El artículo 118, 3, RB, dispone: «En caso de que la indemnización se hubiera fijado por avenencia, el incumplimiento del plazo de desalojo producirá la resolución de la misma».

a) *Competencia.*

El artículo 119, 2, RB, dice que «el Presidente de la Corporación le apercibirá de lanzamiento». Si hasta este momento del procedimiento el RB se ha referido a la Corporación local, ahora se refiere concretamente a su Presidente. Será, por tanto, el Alcalde del Ayuntamiento el órgano competente para acordar el apercibimiento (26).

b) *Contenido.*

Como apercibimiento que dejará abierta la ejecución forzosa deberá limitarse a conminar a los ocupantes del inmueble para que lo desalojen en el plazo de cinco días (se entenderán hábiles), con indicación de que si no lo hacen en este plazo se procederá al lanzamiento (art. 119, 2, RB). Sin la expresión de esta advertencia el apercibimiento no será válido.

(26) Aun cuando será válido si se hiciera por la Corporación en pleno. Cfr., *ut supra*, apartado II, 1, S. de 24 de abril de 1967.

En S. de 25 de abril de 1974 se acepta un considerando de la aplada en que se dice: «Que prosiguiendo, como era indispensable, el examen de todas las actuaciones posteriores a dichos acuerdos, este Tribunal aprecia una importante infracción procesal, cuyos efectos no pueden por menos que ser de trascendencia jurídica, no sólo para el recurrente, sino para todos los demás inquilinos que no recurrieron; el Ayuntamiento, estimando que tal acuerdo era, desde luego, ejecutivo, se decidió a decretar y llevar a cabo el desahucio y desalojo de los inquilinos, sin que previamente se hubiera fijado la cifra de las indemnizaciones correspondientes a cada uno y sin que, por tanto, éstos hubieran sido indemnizados; infringiéndose así las normas contenidas en el artículo 143, 1, de la Ley del Suelo, y 101, 1, 20 y 41 del Reglamento, de cuyo examen individualizado y conjunto se deduce, sin lugar a dudas, la imposibilidad legal de llevarse a cabo una medida tan grave, sin previa indemnización a cada inquilino, en la cuantía establecida por la LAU, previamente establecida por el mismo Ayuntamiento, oídos todos los interesados—propietarios e inquilinos—o, en su caso, por el Jurado Provincial de Expropiación; insuficiente de todo punto la oferta hecha notarialmente por el propietario, que los inquilinos no aceptaron; pues, aunque las normas citadas no lo establecieran, es principio de nuestro Derecho y hasta norma de rango constitucional que nadie puede ser expropiado de sus derechos sin previa indemnización; tal infracción procesal y sustantiva, de naturaleza trascendente, lleva consigo la nulidad de dicho desalojo; nulidad que a estas alturas y dado el hecho consumado ya no puede desembocar en otra cosa que en la indemnización individualizada de cada uno de los lesionados con tan precipitada medida; bien entendido que, además de esa que pudiéramos llamar indemnización normal, los lesionados tendrían derecho a exigir a la Corporación otra supletoria, por las vías judiciales ordinarias, si estiman haber sufrido superiores daños; por lo pronto, y para repararlo, el Ayuntamiento está ahora obligado a proceder con la máxima diligencia a la fijación de las cifras correspondientes, y a procurar que cuanto antes dichos inquilinos sean resarcidos, mediante la incoación de un sumario expediente para determinar la valoración de tales derechos anteriormente existentes sobre el inmueble demolido» (art. 20, 2, del Reglamento).

c) *Plazo.*

El apercibimiento está sujeto a unos plazos de ineludible cumplimiento. No podrá adoptarse antes del transcurso de ocho días desde que expiró el plazo de los diez días siguientes al requerimiento a que se refiere el artículo 118, 2, RB (art. 119, 2, RB). Es necesario que, transcurrido este plazo de diez días sin que se hubiera desalojado el inmueble, transcurran otros ocho días. Es éste un plazo mínimo. No se prevé plazo máximo. En todo caso, aun cuando se fijara un plazo máximo, la infracción no determinará la invalidez del apercibimiento, según la norma general del artículo 49, LPA. A diferencia del plazo mínimo del artículo 119, 2, RB, que sí constituye un requisito de validez.

4. LANZAMIENTO

«El día fijado para el lanzamiento—dice el artículo 119, 3, RB—la Corporación lo ejecutará por sus propios medios, a cuyo efecto bastará la orden escrita del Presidente, de la que se entregará copia al interesado.» En consecuencia, transcurridos los cinco días desde el apercibimiento sin que los ocupantes hubiesen desalojado el inmueble, el Alcalde dictará orden decretando el lanzamiento. Los agentes del Ayuntamiento notificarán la orden a los ocupantes. Y si éstos se resisten al cumplimiento de la orden, se utilizará la compulsión directa sobre las personas. El artículo 107, RB, se refiere al «ejercicio de sus facultades coercitivas».

Según el artículo 59, RE, el Gobernador civil prestará el auxilio de la fuerza pública para efectuar el lanzamiento.

IV. EFECTOS

1. EFECTOS JURÍDICO-PROCESALES

A efectos de las garantías procesales se impone distinguir entre el acto administrativo legitimador de la ejecución y los actos que integran el procedimiento de ejecución.

Es indudable, aplicando principios generales, que si se consiente el acto administrativo definitivo legitimador de la ejecución, al impugnarse los actos de ejecución no podrán plantearse las infracciones del Ordenamiento jurídico en que hubiese podido incurrir aquél (27).

(27) Me remito a mis *Comentarios a la LPA*, comentario al artículo 113, y *Comentarios a la LJ*, cit., comentario al artículo 37. En este sentido ha de interpretarse la S. de 21 de noviembre de 1966.

Frente a los actos de ejecución únicamente es admisible la impugnación basada en las infracciones en que hubiesen podido incurrir éstos, abstracción hecha de las infracciones del acto legitimador. El artículo 121, RB, dispone: «Las reclamaciones que hubieren de deducirse por los ocupantes frente a los actos de la Corporación que afecten al procedimiento, se tramitarán en vía administrativa y serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo, con arreglo a la Ley de Régimen Local». Y así lo ha reconocido la S. de 25 de mayo de 1976.

Como previo al contencioso-administrativo debe interponerse el recurso de reposición, según el artículo 52, LJ (así, S. de 27 de abril de 1974).

Los recursos no suspenderán la ejecución en aplicación de los principios generales (art. 116, LPA; art. 122, LJ) (28).

2. EFECTOS JURÍDICO-MATERIALES

Siendo un procedimiento de ejecución, sus efectos no serán otros que la realización material de lo dispuesto en el acto ordenando el desalojo, quedando el inmueble libre de ocupantes.

3. EFECTOS ECONÓMICOS

El artículo 120, RB—estableciendo regla análoga a la del artículo 106, LPA—, dispone que los gastos a que dé lugar el lanzamiento o depósito serán de cuenta del desahuciado. Y el apartado 2 del artículo dispone: «La Corporación retendrá los bienes que considere suficientes para atender al pago de los gastos de ejecución del desahucio y podrá enajenarlos por el procedimiento de apremio» (29).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

Catedrático de Derecho administrativo

(28) Cfr. comentarios a estos artículos en obras citadas en nota anterior. Y en este libro, parte especial, Título segundo, capítulo segundo.

(29) SOTO NIETO: *El desahucio administrativo*, cit., pág. 72; RODRÍGUEZ MORO: *Los bienes de las Corporaciones locales*, cit., pág. 411.

El derecho de transmisión en la sucesión paccionada aragonesa

SUMARIO: 1. El derecho de transmisión en la institución de heredero *post mortem*.—2. El derecho de transmisión en la institución de heredero de presente.—3. Caso de pluralidad de descendientes.—4. Falta de descendientes.

1. EL DERECHO DE TRANSMISIÓN EN LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO «POST MORTEM» *

Es muy frecuente que en las escrituras de institución de heredero, a objeto de que el patrimonio familiar permanezca en la casa, se prevea el supuesto de la premoriencia del favorecido, tanto en el caso de que éste fallezca sin hijos o con descendencia que muera antes de poder testar o sin hacerlo, con fórmulas que suelen ser más o menos del tenor de las que a continuación se transcriben: «Fallecido el heredero sin dejar sucesión han de poder los instituyentes o el que de ellos sobreviva nombrar heredero a quien le plazca, pero si aquél fallece sin disponer y dejando sucesión podrán los instituyentes hacer el indicado nombramiento en unión de la esposa del heredero fallecido, si se conservase viuda, y, de lo contrario, por sí solos, en favor de uno de los nietos, hijos del matrimonio de que se trate, aquel o aquella que mejor le parezca y con las condiciones que tengan a bien imponerle sin perjuicio de los derechos que competan a doña...» (la esposa del heredero premuerto). O bien más escuetamente: «Fallecido el heredero sin descendencia que de sus bienes disponga, los de esta institución revertirán a los instituyentes o sobreviviente de

(*) Artículo 105 de la Compilación aragonesa: «1. Salvo lo establecido en el pacto sucesorio, el favorecido por un ascendiente que premuera a éste, dejando descendientes legítimos, transmite a ellos su derecho. 2. Si tales descendientes fueren varios, podrá el instituyente designar a uno de ellos como heredero o encomendar la designación a fiduciarios, si no lo hubiese hecho ya el primer favorecido».

ellos, o, en su defecto, a...» (otro hijo, otro heredero que nombrará en su día la Junta de Parientes).

Es claro que en tales casos habrá que atenerse a las cláusulas contractuales respecto al destino de los bienes hereditarios, y, por ello, de manera correcta, el artículo 105 de la Compilación aragonesa, enmendando la dicción que habían recogido los Anteproyectos de los juriconsultos aragoneses (arts. 64 y 60), comienza dejando a salvo, en la normación que pauta, «lo establecido en el pacto sucesorio», meridiana expresión de que nos encontramos ante una norma de naturaleza dispositiva.

Ha hecho notar ROCA SASTRE que aunque el instituido no pueda negociar su titularidad de heredero contractual, se acepta, en cambio, la transmisión hereditaria, incluso cuando medie una condición suspensiva distinta de la premoriencia, como resulta de las sentencias de 13 de febrero de 1892 y 27 de octubre de 1894, que acogen la doctrina de Derecho intermedio basada en los textos del *Corpus* que distinguieron con nitidez según que el derecho condicional procediese de contrato o de testamento. «Ello se debe a que en materia testamentaria la delación no tiene lugar hasta que la condición se cumple, de manera que si alguien fallece antes de dicho cumplimiento no puede transmitir lo que aún no ha adquirido. En el contrato, en cambio, en lugar de semejante juego de delación y aceptación posterior, hay vinculación simultánea y en un mismo plano, aunque medie una condición suspensiva. Precisamente por esta razón se considera que en el heredamiento con gravamen fideicomisario no cabe detraer la cuarta trebeliánica, pues ésta constituye un estímulo para la aceptación de la herencia, y en el heredamiento la aceptación ya existe desde el momento en que media vinculación contractual» (1).

En el nombramiento de heredero para después de los días de los heredantes no hay, como es sabido, adquisición actual sobre los bienes que componen el patrimonio hereditario, sino que el nombrado adquiere tan sólo la condición de heredero contractual irrevocable y, por ende, su derecho a suceder al instituyente en los términos contemplados en el contrato sucesorio.

Se pregunta PALÁ si este derecho a suceder será ¿una expectativa, un derecho eventual o un derecho condicional? ¿Un derecho al título de heredero o un derecho sobre los bienes del instituyente? ¿Un derecho *in re* o un *ius ad rem*? Para él el derecho del instituido no es un derecho actual, ni un derecho sobre cosas o sobre una universalidad (*universum ius defuncti*), ni un derecho eventual o condicional, sino un derecho a la adquisición de una herencia, adquisición que tendrá lugar cuando se

(1) ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, II, Barcelona, 1948, pág. 568.

den todos los demás supuestos o circunstancias legales o convencionales; precisamente por esto, aunque tal derecho expectante a la adquisición de la herencia es personalísimo, inalienable e intransmisible, se convierte en efectivo y actual si el heredero o sus descendientes (derecho de representación o sustitución tácita) viven al tiempo de la apertura de la sucesión del instituyente (2).

No es éste, sin embargo, el parecer unánime de la doctrina anterior a la Compilación. COSTA sostuvo que la institución no causa todos sus efectos hasta el momento del fallecimiento de los padres instituyentes, y que, por tanto, si el instituido fallece antes, la institución pierde todo su valor aunque haya dejado descendientes (3). SOLANO, por su parte, considera que si la institución se hace para después de los días de los instituyentes, aunque algunos ven en ello una condición no lo es en realidad, porque el suceso a que se subordina necesariamente ha de venir (término); en consecuencia, desde el momento de la institución contractual el instituido hereda diferido a la muerte de los instituyentes y, si hereda, puede transmitir por su fallecimiento (4).

Conformar el derecho del nombrado heredero *post mortem* como un derecho sujeto a condición o a término revestía el mayor interés porque en el primer supuesto, premuerto el instituido, no habría tránsito a sus descendientes (art. 759 del Código Civil), mientras que en el segundo tal circunstancia no impediría la adquisición patrimonial de éstos (artículos 799 y 805 del Código Civil). Pero ambas soluciones, aunque jurídicamente intachables, pugnaban con la raíz y finalidad mismas de la institución contractual de heredero, consistentes en la perpetuación de la casa en el seno de la familia, pues mediante una se marginaban a los naturales continuadores en la hacienda familiar (los hijos del heredero premuerto), mientras que a través de la otra se podía dar entrada a extraños en la sucesión, por lo que no debe extrañar que la doctrina más calificada rehuyese las dos vías y aceptase como hecho incuestionable la transmisión de los derechos del instituido a sus descendientes en caso de premoriencia de aquél.

Así lo hacía PALÁ, según se vio; BATALLA, para quien la institución de heredero para después de los días del instituyente debe quedar sin efecto cuando sobreviva el instituyente al instituido, *si éste muere sin*

(2) PALÁ MEDIANO: «Los señores mayores en la familia altoaragonesa», en *Segunda semana de Derecho aragonés*, Jaca, 1943, págs. 150 y ss.

(3) COSTA: *Derecho consuetudinario y economía popular en España*, I (Alto Aragón), Barcelona, 1902, pág. 92.

(4) SOLANO: «Mi contribución respecto a la sucesión contractual en el Alto Aragón», en *Anuario de Derecho aragonés*, 1944, pág. 336.

descendencia (5), y en particular, SAPENA, que explicaba su posición con las siguientes palabras:

«No son conformes estas dos últimas opiniones (se refiere a la consideración del derecho del heredero como sujeto a condición o a término) al sentir del pueblo, elemento interno y fundamental de la costumbre que da vida al instituto y por la cual debe ser interpretado el heredamiento a falta de normas claras establecidas por las partes. Según la conciencia popular, al *hacer herederos* para después de la muerte se ordena irrevocablemente la transmisión de la herencia en tal día en favor del hijo designado o de quien en la familia ocupe por propio derecho su lugar, esto es, en favor de sus descendientes y no de otra persona. Luego ni cabe que el heredero fallecido antes de tal fecha transmita sus derechos a extraños ni tampoco que quede ineficaz la institución del mismo cuando sus descendientes a los instituyentes sobrevivieren. Trátese de un derecho a la adquisición de la herencia que para que ésta se produzca precisa la sobrevivencia del heredero o de sus descendientes respecto a los heredantes—tesis que reputamos más acertada—o de un derecho sujeto a tal condición, lo cierto es que su plena efectividad de tal hecho depende y que, por tanto, los derechos del instituido se transmiten a sus descendientes, pero no a otras personas» (6).

Lo cierto es que contemplado con frialdad jurídica el nombramiento de heredero para después de los días de los instituyentes, difícilmente cabe catalogar su especial *status* jurídico como la de un titular de derecho bajo condición, o sometido a término, aunque se ponga todo el énfasis del análisis en el hecho de que el favorecido ha de sobrevivir al heredante para que se consume el resultado perseguido. No se trata de una auténtica *condicio facti*, porque el referido hecho no viene impuesto por la voluntad privada, sino exigido por la norma (en la época que se considera, la consuetudinaria), para que puedan producirse los peculiares efectos perseguidos por la institución contractual (7), circunstancia que determinaría el que tan sólo pudiera hablarse de *condicio iuris* o simple requisito para la eficacia del negocio; tampoco de un genuino término, ya que el heredado no adquiere derecho sobre los bienes hereditarios en el momento del otorgamiento del contrato sucesorio, quedando suspen-

(5) BATALLA: «Disponibilidad de los bienes en Aragón cuando existen reservas a favor de los instituyentes o usufructos de viudedad», en *Anuario de Derecho aragonés*, 1944, pág. 363.

(6) SAPENA: «El pacto sucesorio en el Alto Aragón», en *Revista de Derecho privado*, 1954, págs. 752-753.

(7) Cfr. nuestro trabajo «Naturaleza jurídica y efectos de la obligación que nace de la promesa del hecho ajeno», en *Revista de Derecho privado*, 1974, páginas 667-674.

dida tan sólo la exigibilidad o ejercicio del tal derecho, cual ocurre en los verdaderos supuestos de negocios sometidos a plazo.

La sobrevivencia del instituido al instituyente no puede conformarse de otra manera que no sea la de una *condicio iuris* que se integra en el supuesto de hecho de la norma como un requisito para su eficacia. Por ello, aun sin utilizar esta terminología, tiene razón PALÁ cuando afirma que el derecho del heredero es un derecho a la adquisición de una herencia, adquisición que tendrá lugar cuando se den los demás supuestos o circunstancias legales o convencionales.

Pero con constatar esto, que a nosotros nos parece indubitable, el problema no queda resuelto, porque de lo que se trata es de que premuerto el favorecido asuman sus descendientes su posición jurídica, a fin de que se cumplan los objetivos y funciones que informan a la figura en estudio, y semejante resultado no se logra con la simple proclamación de que la sobrevivencia del heredero es *condicio iuris* de la institución contractual del mismo. Claro que siempre cabría la posición maximalista de considerar que la *condicio iuris* consiste indistintamente en la supervivencia del instituido o en que haya dejado descendencia, pero semejante construcción tropezaría con insalvables obstáculos dogmáticos, tanto desde el ángulo de la naturaleza contractual del mecanismo en consideración, al no poderse hablar de disyuntiva, pues lo que hay es un tránsito de titularidad, como desde el que proviene de la elemental e inmutable conformación del fenómeno sucesorio en general.

Porque lo que parece no puede plantear interrogante alguna es que si muerto el instituido sus descendientes adquieren los derechos que a él le correspondían, estamos frente a un supuesto de transmisión, de cambio de titulares, que, por definición, no cabe atribuir a la voluntad negociada de los interesados en cuanto se parte precisamente de la falta de previsión al respecto por los otorgantes, ni es posible reconducir el supuesto de hecho de la norma reguladora, ya que el mismo no puede rebasar el marco transmisivo que las partes han delimitado en el momento de celebrar el contrato de institución de heredero.

Aunque animados, pues, tanto PALÁ como SOPENA, de las más sanas intenciones, y aunque deseosos ambos de dotar a la institución de la virtualidad precisa para alcanzar su precioso cometido de mantener los bienes de la casa en el seno de la familia, sus puntos de vista, sociológica e históricamente correctos, carecían del preciso asidero jurídico para un adecuado mantenimiento y defensa, hasta el extremo de que de haber querido buscar basamento jurídicamente idóneo para apoyar su tesis no habrían tenido otro remedio que acudir al recurso del derecho condicional o a término, lo que, por instinto y acertado encuadre de la figura, rechazaban.

Con los elementos en juego y con los condicionamientos y exigencias del instituto no había solución adecuadamente aceptable al conflicto planteado, por lo que se imponía el tratamiento del supuesto a escala legal y la formulación de una regla jurídica que delimitase y resolviese la situación de acuerdo a la esencia y vivencia de la misma.

Es lo que ha hecho la Compilación al disponer en su artículo 105 que si otra cosa no se ha convenido, la premoriencia del favorecido supone la transmisión de su derecho a los descendientes legítimos que haya dejado. Con tal normación ya no hay necesidad de recurrir a los insostenibles enfoques del contrato sometido a condición o a término, ni hace falta fantasear una transmisión donde, en principio, se contempla otra cosa, sino que es la propia ley la que ordena la transferencia del derecho, obviando, lógicamente, toda cuestión al respecto.

Ya la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña había anticipado la correcta solución en este punto, como en tantos otros, al establecer en su artículo 79 que «salvo pacto expreso en contrario en el propio heredamiento, el heredero, cuando premuera al heredante, transmitirá a sus hijos, sean o no del matrimonio en cuya consideración se haya otorgado el heredamiento y en el modo y forma en que sean sus herederos, su derecho o cualidad de heredero contractual». Y en esta misma línea, que, como se ha visto, ha aceptado la Compilación aragonesa, también ha coincidido la Compilación del Derecho civil foral de Navarra al normar en su ley 180 que «si el instituido en pacto sucesorio premuriese al instituyente dejando descendencia legítima, transmite a ésta su derecho».

2. EL DERECHO DE TRANSMISIÓN EN LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO DE PRESENTE

Sabido es que la institución de presente el favorecido adquiere no sólo la cualidad personal de heredero, sino además la titularidad de los derechos correspondientes a los heredantes, por lo que, salvo que exista pacto de reversión, a su muerte los derechos adquiridos mediante la institución contractual pasarán a sus herederos en los mismos términos con que él los ostentaba.

Tratándose del dominio lo normal es que, reservándose el instituyente el usufructo de los bienes, pase a corresponder al heredero la nuda propiedad de los mismos, derecho éste actual y perfecto que se transmitirá *mortis causa* a los herederos de su titular, si otra cosa no se hubiese dispuesto en el contrato sucesorio, sin que al respecto se necesite la precisión del artículo 105 de la Compilación, ya que, como dice SAPENA,

esto es consecuencia clara de lo que los instituyentes pretendieron, amoldándose a la costumbre del país, hacer dueño al heredero, quedando ellos como meros amos usufructuarios (8). Y tal cosa ocurrirá no sólo respecto a los bienes cuyo dominio nudo hubiese adquirido el heredero en el momento en que tuvo lugar la institución, sino también en relación a todos cuantos otros vaya adquiriendo en lo sucesivo por su condición de tal mientras el pacto sucesorio mantenga su efectividad y vigencia.

Decimos que, aparentemente, la norma resulta innecesaria en este supuesto, dado que los bienes presentes pasan inmediatamente en nuda propiedad al favorecido y deben seguir, por ende, la misma suerte hereditaria que las otras titularidades integradas en su patrimonio. Pero si se consideran las cosas con una mayor profundidad y con la vista puesta en el objetivo que persigue el precepto, cónsono con la esencia y finalidad de la sucesión contractual, consistente en que sea heredero de la casa el hijo designado o quien, en su momento, ocupe en el grupo familiar la posición de éste por derecho propio, se comprende que la pauta establecida en el párrafo primero del artículo 105 de la Compilación sirva, deba servir también, para el nombramiento de heredero de presente.

En efecto, de no existir pacto de reversión, en cuanto el nombrado heredero ostenta la condición de titular de los derechos, podría disponer *mortis causa* de los mismos, respetando la legítima, a favor de quien le pareciere. Semejante posibilidad, admisible teóricamente dado que a aquél corresponde el *ius disponendi* y en cuanto en el ejercicio de éste por vía de acto de última voluntad mal puede coadyuvar o prestar su consentimiento el instituyente, sería susceptible de dar al traste con la finalidad última de la institución de mantener la totalidad de los bienes de la casa en el seno de la familia, ya que cabría designar heredero a un extraño.

Es en base a esta circunstancia y a este real peligro que la aparente improcedencia del precepto en estudio en el caso de nombramiento de heredero de presente resulta no ser tal, pues en este supuesto lo que persigue el legislador es que, premuerto el favorecido, los derechos actuales que sobre los bienes hereditarios le corresponden no puedan pasar a persona distinta de sus descendientes legítimos. Igual que en la otra hipótesis antes considerada, aunque allí lo único transmitido era el derecho a adquirir la herencia, aquí se ordena una sucesión especial o necesaria que tiene lugar, *ministerio legis*, siempre que el favorecido no sobreviva al heredante y deje descendencia legítima.

(8) SAPENA: *El pacto sucesorio...*, loc. cit., pág. 753.

5. CASO DE PLURALIDAD DE DESCENDIENTES

Hasta aquí el operativo *ipso iure* de transmisión de los derechos del heredero estaba contemplado y explicado para el supuesto de que el mismo hubiese dejado un solo descendiente. Pero puede suceder, y de hecho será la hipótesis más corriente, que el favorecido que premuera al instituyente tenga varios hijos, en cuyo caso se impone la oportuna previsión legal en un régimen sucesorio como el aragonés centrado en el principio del heredero único.

Si el nombrado heredero hubiese, a su vez, designado sucesor el problema no existiría, pues será a éste a quien corresponderá el acervo hereditario, aunque en este caso su adquisición no tendrá origen legal, sino voluntario (testamento o pacto sucesorio); mas puede ocurrir que no haya tenido lugar semejante previsión, y es entonces cuando el legislador, con la vista puesta en la finalidad a que atiende la sucesión paccionada, ordena que «podrá el instituyente designar a uno de ellos (de los descendientes) como heredero, o encomendar la designación a fiduciarios» (artículo 105, 2).

Obsérvese que el precepto no distingue si el favorecido premuerto fue nombrado heredero para después de los días de los heredantes o de presente, y, sin embargo, pensamos que la diferencia reviste el mayor interés, porque mientras en la segunda modalidad tiene sentido hablar de designación de heredero por parte del instituido respecto a los bienes objeto de la institución (ya que se ha hecho *in actu* dueño de los mismos y puede, en consecuencia, disponer *mortis causa* de los mismos en favor de uno u otro de sus hijos), en la primera, por el contrario, no puede hablarse, *stricto sensu*, de semejante disposición en cuanto los bienes objeto de la institución sólo los va a adquirir el heredado a la muerte de los instituyentes.

En esto la Compilación aragonesa ha seguido el precedente instaurado por la catalana, la cual en su artículo 79 ha previsto que «si los hijos herederos del heredero premuerto abintestato fueren varios, el heredante podrá elegir en escritura pública irrevocable o en testamento a uno de estos hijos o descendientes legítimos del hijo premuerto como sustituto en el heredamiento».

Distinta y, a nuestro entender, más correcta ha sido la regulación de la hipótesis planteada en la reciente Compilación del Derecho civil foral de Navarra, ya que su ley 180 ha distinguido en la designación como heredero de alguno de los descendientes legítimos del favorecido premuerto, según que la institución contractual de éste se haya hecho para des-

pués de los días de los heredantes o bien como nombramiento hereditario de presente. En tal sentido dispone la citada ley 180: «Si fueran varios los descendientes legítimos y el nombramiento de heredero se hubiese hecho sin transmisión actual de bienes, la designación del que haya de subrogarse en los derechos del instituido corresponderá a los instituyentes o sobreviviente de éstos y, en su defecto, a los parientes mayores; pero si el nombramiento se hubiese hecho con transmisión actual de bienes, podrá el instituido hacer esta designación; si falleciere sin hacerla, tal facultad corresponderá a los instituyentes o, en su defecto, a los parientes mayores».

4. FALTA DE DESCENDIENTES

Todavía cabe contemplar la hipótesis última de que el nombrado contractualmente heredero premuera al heredante y no deje descendencia legítima. ¿Adquirirán sus herederos algún derecho en relación a los bienes objeto de la institución? GARCÍA-ARANGO considera que *a sensu contrario* podría deducirse del precepto legal «que en este último caso no se dará el derecho de transmisión a favor de los posibles herederos abintestato (o testamentarios) del instituido, al menos en cuanto a los bienes del instituyente», pero que, en cualquier caso, en cuanto «estas interpretaciones *a sensu contrario* son siempre muy peligrosas, sería de desear que el supuesto se regulase con precisión (él se estaba refiriendo al art. 60 del Anteproyecto de Compilación preparado por la Comisión de jurisperitos aragoneses en julio de 1963), dada la importancia que pueda tener el problema» (9).

En realidad, no existe la dificultad que pretende ver el autor citado. Para que el derecho de transmisión opere la norma exige, como uno de los elementos integrantes de su supuesto de hecho, que el instituido premuerto haya dejado uno o varios descendientes legítimos. Si tal cosa no ocurre no es que *a sensu contrario* no se dé el derecho de transmisión a favor de los herederos testamentarios o abintestato del favorecido, sino que ni siquiera cabe contemplar la aplicación o no del precepto en razón de que no se han conformado los presupuestos del mismo.

Y es lógico que así sea en cuanto el nombramiento de heredero tiene por norte mantener la intangibilidad patrimonial de la casa mediante el tránsito de titularidades de padres a hijos, personas éstas las únicas que,

(9) GARCÍA-ARANGO: «Notas sobre sucesión contractual en el Derecho del Alto Aragón», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1967, pág. 1329.

por llamada de la sangre, pueden sentir lo que la conservación, permanencia y fortalecimiento de la casa significan para el grupo familiar.

SAPENA, que escribía antes de la promulgación de la Compilación, dice que, tratándose de heredamientos *post mortem*, fallecido el heredero sin descendencia en vida de ambos padres, cada uno recobra la titularidad de sus propios bienes, pero que si vive uno solo de ellos, éste adquiere la de ambas herencias; mientras que, en caso de heredamiento de presente, si el heredero que premuere y no deja descendientes ha nombrado sucesores, adquieren éstos la nuda propiedad de los bienes existentes, aunque no el derecho a suceder a los instituyentes ni ningún otro sobre los bienes que los mismos lograren en lo sucesivo. Tan sólo en el caso de que el favorecido fallezca sin descendencia y sin disposición alguna es cuando queda sin efecto el heredamiento y recobran los instituyentes el pleno dominio de todos los bienes objeto del mismo (10).

Hoy, a la vista del artículo 105 de la Compilación, no pueden sostenerse estas conclusiones. Tanto si el nombramiento de heredero es para después de los días de los heredantes como si es de presente, la muerte de aquél sin descendencia legítima en vida de éstos provoca la extinción e ineficacia (para el futuro, se entiende) de la institución contractual de heredero, y, en ambos casos, la situación de los instituyentes en relación a los bienes objeto de la misma se presenta de forma similar.

En el primer caso conservarán la plena propiedad de los bienes, ya que por sobrevivir al instituido no ha tenido lugar la pérdida de la misma. En el segundo, transmitida, de ordinario, al heredero la nuda propiedad y reservado el usufructo por los heredantes, la premoriencia de aquél determinará que éstos recobren la propiedad plena, sin que el hecho de que el heredero haya designado sucesor tenga trascendencia alguna, pues la nuda propiedad de los bienes de la casa no pasará a él, sino que retornará a los instituyentes al no haberse integrado el supuesto de hecho, por la falta de descendencia legítima, que el artículo 105 contempla para que pueda tener lugar la transmisión *mortis causa* de los derechos habidos en virtud del nombramiento paccionado de heredero, siempre, claro está, que otra cosa no se haya dispuesto en el pacto sucesorio.

Sólo la Compilación catalana ha previsto el supuesto aquí considerado y lo ha normado en forma cónsona con lo que líneas arriba se dice. Dispone, al respecto, el párrafo segundo del artículo 79 de la misma: «Quedará resuelto el heredamiento cuando el heredero premuera al here-

(10) SAPENA: *El pacto sucesorio* ., *loc. cit.*, págs. 753-754.

dante sin dejar hijos o si, dejándolos, ninguno de ellos fuera heredero de aquél. Sin embargo, salvo pacto en contrario, subsistirán los derechos establecidos en las mismas capitulaciones matrimoniales en favor del con-
sorte del heredero premuerto, o de otras personas, si bien el usufructo
universal que pueda corresponder a aquél sobre los bienes relictos por
los heredantes, quedará, al fallecimiento de éstos, reducido a la mitad».

ANGEL CRISTÓBAL MONTES

Profesor Extraordinario de la Universidad
de Zaragoza

La hipoteca cambiaria de constitución unilateral

SUMARIO: I. *Preliminar.*—II. *La hipoteca constituida por acto unilateral:* 1. La figura.—2. Antecedentes necesarios.—3. La reforma hipotecaria de 1944-46.—4. Visión actual del problema.—5. Efectos de la hipoteca constituida unilateralmente.—6. Tratamiento tributario.—7. Remisión.—III. *La llamada hipoteca cambiaria, en especial en su modalidad de constitución unilateral:* 1. La hipoteca cambiaria.—2. Su régimen en nuestro Derecho positivo.—3. Constitución de la hipoteca cambiaria.—4. Doctrina de la Dirección General de los Registros.—5. Naturaleza jurídica.—6. Transmisión del crédito hipotecario.—7. La aceptación de la hipoteca cambiaria constituida unilateralmente.—8. El requerimiento a que se refiere el párrafo segundo del artículo 141 de la Ley Hipotecaria.—9. Conclusiones sobre los dos apartados precedentes.—10. Ejecución y cancelación de la hipoteca cambiaria.—IV. *Conclusiones generales.*

I. PRELIMINAR

1. Con este trabajo pretendemos abordar los principales problemas que plantea una figura muy particular, desde luego no frecuente pero acaso no privada de interés práctico: la hipoteca cambiaria constituida en forma unilateral.

No faltan exposiciones doctrinales sobre la hipoteca unilateral. Tampoco las que se refieren a la hipoteca cambiaria, genéricamente considerada. Pero entendemos que la combinación entre una y otra modalidad da lugar a situaciones especiales, dignas de atención. La hipoteca constituida por la sola voluntad del dueño de la cosa hipotecada y además en garantía de un crédito incorporado a letra de cambio determina la necesidad de interpretar las escasas reglas jurídicas aplicables y de colmar los vacíos que inevitablemente dejan.

Con el fin de dar mayor realismo y sentido práctico a la exposición, la articulamos imaginando que por el tomador de una letra de cambio garantizada con hipoteca unilateral se nos han formulado preguntas acer-

ca del momento de constitución de la garantía, sobre la efectividad de ésta—por la sola posesión de la cambial—, en torno a las posibles ventajas fiscales, sobre la viabilidad del endoso y precauciones a adoptar en caso de efectuarlo y, en fin, sobre la ejecución de la garantía.

De ahí el apartado de «conclusiones» que cierra este estudio

2. Son numerosas las clasificaciones elaboradas sobre el concepto de hipoteca, pero ahora nos interesan las basadas en el criterio que se refiere a su fase constitutiva o de nacimiento, y en el relativo a la conexión entre hipoteca y crédito garantizado.

En base al primero de estos criterios la hipoteca puede ser *voluntaria* o *legal*. La voluntaria, a su vez, puede ser producto de constitución *unilateral* o *bilateral*. Estos términos vienen explícitamente formulados en los artículos 137 y 138 de la Ley Hipotecaria, y, en lo que a nuestro tema atañe, conviene observar que el último de los dos preceptos citados, aun constituyendo una regla meramente clasificatoria y sin contenido normativo, esboza una interesante anticipación de lo que viene a ser principio técnico fundamental en materia de hipoteca de constitución unilateral, esto es, la idea de que con la sola disposición del dueño de la cosa hipotecada el gravamen se halla establecido ya. En efecto, el mentado artículo 138 dice que las hipotecas voluntarias son las «convenidas entre las partes o *impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan*».

Por lo que se refiere al segundo de los criterios de clasificación, se distingue doctrinalmente entre las *hipotecas normales u ordinarias* y las llamadas *excepcionales o de seguridad*, que son las constituidas en garantía de obligaciones que adolecen de alguna incertidumbre, bien en cuanto a su existencia, bien en cuanto a la determinación de su titular o de su cuantía.

Fruto de la combinación de estas dos clasificaciones es la figura a que ahora queremos acercarnos. Y a fin de mejor llegar a ella exponremos en primer lugar los rasgos fundamentales de la hipoteca constituida unilateralmente, para luego pasar al análisis de este tipo de hipoteca en su modalidad cambiaria.

II. LA HIPOTECA CONSTITUIDA POR ACTO UNILATERAL

1. *La figura*

La forma tradicional y típica de constitución de la hipoteca es el acuerdo entre las partes, materializado en el correspondiente negocio bilateral.

Pero desde antiguo se conoce también, por iniciativa de la doctrina y legislación alemanas, otra modalidad diferente, en la que la hipoteca es fruto de la exclusiva decisión y disposición del propietario de la cosa gravada.

2. *Antecedentes necesarios*

Por lo que respecta a nuestro Derecho—ya que cualquier otra consideración teórica sería aquí inoportuna—es menester recoger las vacilaciones que con anterioridad a la reforma de 1944-46 se suscitaban en torno a la admisibilidad de una genuina constitución unilateral de hipoteca, es decir, de la tesis de que el simple acto del dueño implica ya la existencia del gravamen. Estas dudas se producían a pesar de que los términos del antiguo artículo 138 de la Ley eran prácticamente los mismos que los de la vigente.

El problema, explica SANZ FERNÁNDEZ (1), tenía su origen en una excesiva sujeción al Código Civil, que, como es sabido, sienta como requisitos fundamentales para la constitución del derecho real de hipoteca el contrato y la inscripción en el Registro. En la llamada hipoteca unilateral—de acuerdo con este pensamiento—la falta de concurrencia de consentimientos (arts. 1.261 y 1.262 del Código) excluía la existencia de un contrato de hipoteca perfecto y conducía a calificar el supuesto como una mera oferta de contrato, que había de perfeccionarse únicamente cuando fuera aceptada, surtiendo sus efectos, por tanto, sólo desde la aceptación.

A este modo de razonar respondió la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1915, muy conocida en esta materia, pues constituye el único pronunciamiento jurisdiccional al respecto con anterioridad a la reforma de 1944-46. También ha contribuido a su celebridad el hecho de haber sido unánimemente criticada por cuantos autores se han ocupado del tema.

En síntesis, el asunto planteado era el siguiente:

El dueño de dos fincas había constituido sobre ellas «hipoteca de seguridad» (no está claro si era para la seguridad de una obligación futura o en garantía de cuenta corriente de crédito) en favor del Banco de España. La inscripción se había practicado en virtud de escritura otorgada unilateralmente por el dueño, sin que constase haber sido aceptada.

Así las cosas, una Comunidad religiosa, acreedora personal con escritura pública de reconocimiento de deuda, obtuvo anotación preventiva de embargo sobre las fincas en cuestión.

(1) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 403.

Después de anotado el embargo, el dueño de las fincas había endosado al Banco varias letras, cuyo impago determinó que aquél procediera contra las fincas hipotecadas.

La Comunidad religiosa interpuso tercería de mejor derecho.

La tercería fue desestimada en la instancia, y por ello la Comunidad acreedora interpuso el correspondiente recurso de casación, al amparo de dos motivos. Por un lado, la nulidad de la hipoteca, que a todo esto había sido aceptada por el Banco (durante el pleito promovido por la recurrente). En segundo lugar, se alegó la preferencia del crédito escriturado sobre el posterior del Banco, invocándose como infringidos los artículos 33 y 44 de la Hipotecaria (arts. 33 y 44 actuales, igualmente).

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, manifestando en primer lugar que no había sido propósito de la Ley Hipotecaria—entonces vigente—modificar principio tan fundamental como el de que toda convención, para ser válida, eficaz y subsistente, ha de reunir, dada la razón y espíritu en que se informan los artículos 1.261 y 1.262 del Código Civil, *la solemnidad de la aceptación común de quienes estipulen*. Añadía también la sentencia que el contrato de préstamo cuya validez se impugna no puede producir, sin el consentimiento de la persona que ha de prestarlo, efecto legal alguno. Decía asimismo que el préstamo mutuo oneroso no puede apreciarse dentro del concepto de las «convenciones unilaterales» (*sic*). Por fin, concluía que «si es cierto que la prioridad de una inscripción en el Registro consagra en principio la validez del título inscrito, en tanto es admisible esta doctrina en cuanto ese mismo título no carezca en su origen de eficacia jurídica». En el fallo venía a decirse, por tanto, que la hipoteca inscrita por acto unilateral carece en absoluto de eficacia jurídica antes de su aceptación, y ni siquiera obtiene «rango» o prioridad por el hecho de su ingreso en el Registro.

El principal reproche que puede merecer, y mereció de hecho esta sentencia (2), era el de que sufre una notoria confusión entre el contrato de préstamo—cuya bilateralidad acertadamente defiende—y la hipoteca constituida en garantía de la obligación que de aquél nace. Y, en lo que se refiere a la hipoteca en sí, se incurre en cierta tautología, pues lo que resulta incontestable para el *contrato de hipoteca*—la necesidad de concurrencia de dos consentimientos—puede no serlo (y efectivamente no lo es, como luego lo mostró la posterior evolución legislativa) en el caso de la hipoteca de constitución unilateral. Y, en rigor, de lo que se trataba era de perfilar las peculiaridades de esta última modalidad de hipoteca, que, aunque de forma excesivamente lacónica, se hallaba ya consagrada en el artículo 138 de la Ley Hipotecaria vigente a la sazón.

(2) SANZ FERNÁNDEZ, *loc. cit.* nota anterior.

JERÓNIMO GONZÁLEZ (3) fue muy contundente en el enjuiciamiento de esta sentencia. Considerando el problema planteado por ella desde un punto de vista exclusivamente registral, comenzaba manifestando que la inscripción del acto unilateral constituye una simple aplicación del llamado *consentimiento formal*. Su pensamiento es éste. La existencia del derecho de hipoteca, como toda adquisición *inter vivos*, exige necesariamente un acto bilateral. Si el título que se inscribe es un acto unilateral —y éste es nuestro caso— se produce una inscripción imperfecta, cuyo desenlace y eficacia dependerá de que el acuerdo de transferencia—fuera del Registro—tenga o no lugar. Si lo ha habido, la inscripción concuerda con la realidad jurídica. En caso contrario, si el llamado a hacerlo no ha prestado su aceptación, estaremos en presencia de una verdadera inexactitud. Según el mismo autor, mientras la aceptación no haya completado la adquisición del derecho, el dueño podrá obtener la cancelación de la inscripción, pero entre tanto el asiento producirá, además de los efectos derivados de los artículos 41 y 34 de la Ley Hipotecaria—de la entonces vigente (4)—, los que resultan del principio de prioridad, pues aunque el derecho sólo nace con la concurrencia de voluntades, encuentra en el asiento de presentación un punto fijo sobre el que más tarde se puede apoyar la inscripción y el derecho ya definitivamente establecido por el consentimiento del adquirente.

Más radical todavía es la crítica de CHAMORRO (5), que después de calificar a la sentencia de «tan ayuna de técnica como peligrosa para el crédito inmobiliario, al que la constitución unilateral de hipoteca puede prestar, y presta, gran servicio» (6), desmonta el criterio sustentado por el Alto Tribunal al afirmar que la inscripción unilateralmente constituida es perfectamente posible, como manifestación del llamado principio de consentimiento formal, aun negando sustantividad al acto unilateral inscrito. Esta conclusión es obligada, dice el mismo autor, si se admite la creación unilateral de la hipoteca, cosa que considera admisible en nuestro Derecho, a pesar de que la apoyatura positiva que brindaba el artículo 138 de la Ley vigente cuando él escribía era infinitamente menor

(3) *Principios hipotecarios*, Madrid, 1931, págs. 218 y ss.

(4) Correspondientes a los artículos 38 y 34 de la Ley actual.

(5) «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1943, págs. 7-48 y 123-166; concretamente, 25-27, 46-47 y 163.

(6) Página 26. Con anterioridad, después de haber esbozado los problemas registrales y sustantivos de esta modalidad hipotecaria, había afirmado: «La trascendencia práctica de la solución que se dé a este interesante problema doctrinal es considerable. La constitución unilateral, como condición previa o para facilitar la concesión de créditos por parte de entidades bancarias especialmente, ha llegado a convertirse en una modalidad corriente de creación de la garantía hipotecaria, a la que ha de afectar de modo directo el criterio que se adopte» (pág. 8).

que la que proporciona el correlativo precepto actual en relación con el artículo 141.

De entre las interesantes consideraciones que hace este autor destacamos, como muy atinada en cuanto al fondo del asunto—que a nuestro juicio consiste en hacer compatibles los principios registrales con la adecuada protección de los intereses y expectativas de terceros—, aquella que dice: «Probablemente, ni nuestro Tribunal Supremo habría resuelto lo mismo de haberse tratado en el caso de autos de una tercería interpuesta por un titular de una segunda hipoteca; y probablemente tampoco hubiera llegado siquiera a intentarse la tercería, que al fin prosperó, de haberse tratado en la primera inscripción, no de una hipoteca «de seguridad», sino de una hipoteca ordinaria, en garantía de una deuda ya existente al tiempo de la constitución unilateral del gravamen» (7).

Ponemos de relieve estas palabras por la especial relación que tienen con la hipoteca cambiaria, y precisamente para puntualizar un detalle muy importante, que va implícito en las palabras de CHAMORRO, pero que podría inducir a confusión. Nos referimos a la utilización de la expresión «hipoteca de seguridad», concepto doctrinal en el que tienen cabida algunas de las modalidades hipotecarias sobre las que el autor se muestra más dubitativo (las constituidas en garantía de créditos todavía no existentes), pero en el que también se encuadran otros supuestos en que *el crédito existe ya* cuando la voluntad unilateral de hipotecar se manifiesta. Uno de estos últimos supuestos puede ser el constituido por la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, que es la figura que nos ocupa.

MORELL Y TERRY (8) discrepa también del criterio del Supremo, diciendo entre otras cosas que «aun no dando valor a la aceptación tácita del Banco al reclamar, los terceros sabían que al llegar esa aceptación, más o menos tarde, los efectos se retrotraían a la fecha de la inscripción, y la hipoteca, que ya se conocía y envolvía una amenaza de preferencia de derechos, había de adquirir plena eficacia legal y producir perjuicio a todo tercero con derecho no preferente».

En realidad, la opinión de todos estos autores no era sino reflejo del criterio que venía sustentando al respecto la Dirección General de los Registros, criterio que—como dice CHAMORRO (9)—se ha de situar en el punto más extremo de la interpretación trascendente del artículo 139 (antiguo): el derecho real de hipoteca nace desde el mismo momento de la

(7) Página 46.

(8) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1918, tomo IV, páginas 179 y ss.

(9) *Op. cit.*, pág. 24.

inscripción del acto unilateral constitutivo y sin necesidad de la aceptación del favorecido.

El pensamiento del Centro directivo se había iniciado en la Resolución de 25 de junio de 1877, que declaró inscribible una escritura de hipoteca unilateralmente otorgada, manifestando que el artículo 112 del Reglamento (entonces vigente) «no estableció una excepción de los principios generales de la Ley, como equivocadamente supone el Registrador, sino que se limitó a aplicar el consignado en el artículo 138 a ciertos casos particulares». Hay que señalar que el artículo 112 que se mencionaba decía que «cuando se constituya una hipoteca a favor del Estado, de Corporaciones civiles o entidades colectivas, sin constar en la escritura su aceptación, se verificará la inscripción, pero sin perjuicio de que después de aprobada la hipoteca o fianza por la autoridad o funcionario a quien corresponda se haga constar esta circunstancia por medio de nota marginal».

De ninguna manera se podría decir que la posibilidad de inscribir la hipoteca constituida unilateralmente quedó configurada por aquel entonces como un supuesto más de aplicación del llamado «consentimiento formal». Pero, como agudamente puntualiza CHAMORRO (10), la apelación a tal principio era totalmente innecesaria, existiendo como existía el artículo 138 de la Ley, que llegaba más lejos que donde iba la Dirección General, pues en definitiva permitía considerar que el derecho de hipoteca *quedaba creado* por el acto unilateral del dueño, que es mucho más que decir, simplemente, *que el título podía inscribirse*.

Esta doctrina registral se reprodujo en las Resoluciones de 29 de diciembre de 1880, 27 de agosto de 1883, 27 de octubre de 1892, 31 de agosto y 28 de noviembre de 1893, 6 de septiembre de 1912 y 31 de julio de 1928. Esta última, en frase expresiva, decía que «es innegable que las doctrinas dominantes sobre la suficiencia de un acuerdo de voluntades o de una declaración unilateral para provocar un asiento en el Registro han sido recogidas en el artículo 138 del citado Cuerpo legal, a cuyo tenor las hipotecas pueden ser impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan».

Volvemos a observar, en estas palabras, la confusión que denunciaba CHAMORRO, pues una cosa es que el título sea inscribible y otra es que por su simple inscripción exista la hipoteca.

Pero en todo caso, y como dice el mismo autor (11), «la cuestión más vidriosa de las que plantea la hipoteca unilateral, que es la de su estabilidad, entre las partes y ante terceros, surge precisamente después de su inscripción o nacimiento a la vida registral, único objetivo del pro-

(10) *Op. cit.*, pág. 22.

(11) *Op. cit.*, págs. 24-25.

cedimiento—no contencioso—a que ponen término las Resoluciones del Centro directivo». Para añadir más abajo: «Lo interesante era saber si el dueño de la finca y los terceros—y en qué casos—pueden o no exigir esa cancelación del asiento de hipoteca unilateral (que, según la interpretación del artículo 138 de la Ley por la Dirección, daba lugar al nacimiento del derecho real desde el momento de la inscripción); es decir, si, independientemente de su eficacia constitutiva, la situación creada es de firmeza idéntica a la de una hipoteca convencional, o puede ser eliminada—y por quién—con mayor facilidad» (12).

La doctrina intentó resolver el problema mediante el recurso a la llamada teoría de la «hipoteca condicional». En GALINDO Y ESCOSURA, BARRACHINA, ARAGONÉS, MORELL Y TERRY y CAMPUZANO (13) se observa el denominador común de considerar que el Código Civil no altera la doctrina fundamental (deducida de la Ley Hipotecaria) de que la hipoteca voluntaria nace del contrato o del acto unilateral de disposición del dueño que, como manifestación de su libertad, puede gravar su finca en uso de un derecho indisputable. Sin embargo, y por el juego del principio doctrinal adoptado en la calificación de la figura, la tendencia preponderante era la de sujetar la *producción de efectos* de la hipoteca—sin perjuicio de su *validez* originaria—a que la condición (la aceptación) se produjese o no se produjese. Así GALINDO Y ESCOSURA (14)

Sólo GAYOSO se mostró conforme con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (15).

Pero la teoría de la «hipoteca condicional» mereció luego justificados ataques.

CHAMORRO, por ejemplo, sostiene que «decir que una “aceptación” necesaria sólo “condiciona” un negocio de disposición *inter vivos* no es posible». La «condición»—simple determinación accesorio de la voluntad—no forma parte del «supuesto de hecho» del negocio, y, en cambio, la «aceptación»—lo mismo que la oferta—es «parte integrante» del negocio jurídico contrato; es necesaria para su existencia. Aun aplicando el nombre de condición a la aceptación de herencia, pese a su inferior categoría frente al negocio dispositivo *mortis causa*, sería, como dice JERÓNIMO GONZÁLEZ, una «monstruosidad jurídica» (16).

Cossío, por su parte, afirma: «No creemos que dado el tenor de los mismos (se refiere a los dos párrafos del actual art. 141) quepa mantener

(12) *Loc. cit.*

(13) Nos remitimos al resumen que de la opinión de estos autores hace CHAMORRO, *op. cit.*, págs. 27-32.

(14) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1891, tomo III, página 321.

(15) *Nociones de legislación hipotecaria*, Madrid, 1918, tomo I, págs. 162 y ss.

(16) CHAMORRO, *op. cit.*, pág. 30.

la tesis tan extendida un tiempo de la hipoteca condicionada suspensivamente a la aceptación del beneficiario, ni siquiera en la modalidad imprecisa que ve en dicha aceptación una *conditio iuris*, porque una de dos, o se exige el acuerdo, en cuyo caso hasta que medie la aceptación no quedará la hipoteca válidamente constituida, ya que dicha aceptación no significaría una condición, sino un requisito esencial del acto constitutivo, o es preciso, y ello parece lo conforme con la letra de la Ley, admitir que la hipoteca nace por la sola virtud del acto unilateral» (17).

Por estos motivos, los autores más modernos—por ahora nos referimos a quienes escriben antes de la reforma de 1944—acuden a otras explicaciones de la figura que estamos contemplando. Por ejemplo, PÉREZ Y ALGUER (18) y GIMÉNEZ ARNÁU (19) se inclinan por una fórmula semejante a la «reserva de rango» germánica, que se transforma en auténtica hipoteca en cuanto acepte aquel a cuyo favor se reservó. Sólo ROCA SASTRE, en edición de la época (20), considera que la hipoteca queda perfeccionada con la aceptación del acreedor, pero entendiéndose con ello que la hipoteca debe reputarse perfectamente constituida desde el acto dispositivo del propietario; y configura la aceptación como una *conditio iuris*, lo mismo que en las donaciones y disposiciones *mortis causa*, simple «requisito complementador de un acto dispositivo ya operado». Esta es la tesis contra la que, como hemos visto, se manifestó Cossío.

Pero la posición más avanzada, y acaso también la más argumentada, fue la de CHAMORRO, cuyo trabajo, creemos, debió pesar mucho a la hora de la reforma de 1944-46.

Este autor se muestra decididamente partidario de la tesis de que la *constitución* de la hipoteca es fruto, en este caso, de un negocio unilateral de disposición. Por tanto, de que la hipoteca existe por virtud del acto unilateral del dueño, sin necesidad de su aceptación por el favorecido.

Analiza CHAMORRO los obstáculos que se oponen a la admisión de su teoría. Por un lado, el principio *nemo nolenti adquiri potest* (nadie puede adquirir si no quiere), que descarta con acierto acudiendo al mandato legal, apto por naturaleza para romper con la referida regla en casos singulares. «La creación de un derecho de adquisición sin la intervención del favorecido—dice—es tan poco anómala, que cuando la ley los crea suele hacerlo directamente.» Para añadir más abajo: «La constitución de

(17) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Barcelona, 1956, págs. 323-324.

(18) *Notas a M. WOLFF, Derecho de cosas*, trad. esp., Barcelona, 1936, páginas 213 y 238.

(19) *Tratado de Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1941, tomo II, págs. 76 y ss.

(20) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1941, tomo III, páginas 186 y ss.

una hipoteca voluntaria por acto unilateral no es más ni menos anómala que la de cualquier hipoteca legal, y ambas guardan exactamente el mismo respeto a la regla que impide adquirir sin la voluntad del favorecido... Y si para nuestro legislador hipotecario fue un dogma que, salvo en su origen forzoso, no hubiera ninguna diferencia entre ambas especies de hipotecas, ¿no es indudable que bajo el segundo inciso del artículo 138 (antiguo) de la Ley quiso recoger la *modalidad unilateral*, admitida con la mayor naturalidad para las legales?» (21).

Pero CHAMORRO considera que el mayor obstáculo para admitir una constitución «voluntaria» por acto unilateral procede de otro campo: es la necesidad de la «causa», como requisito esencial del negocio jurídico por el que se atribuye un derecho a otra persona. Mas, con argumentos que creemos convincentes, llega a la conclusión de que esta exigencia tiene una excepción, explicable y justificada según sus razonamientos en los derechos de garantía, entre los que se cuenta la hipoteca. En concreto, dice: «La causa del negocio de constitución de hipoteca, como la de todo negocio causal, está dentro del mismo, es un “elemento del negocio”, y no es otra cosa que el fin inmediato perseguido por el constituyente o constituyentes del negocio que se atribuye: “asegurar el cobro del crédito”; que el titular pueda “cobrarse”. Posteriormente, después de analizar las relaciones entre el derecho real de garantía y la obligación garantizada, y una vez examinado el momento en que el acreedor hipotecario ve «pagado» su crédito, llega a las siguientes conclusiones:

«Desde el punto de vista negocial no es, por tanto, indispensable la intervención del acreedor en el acto de constitución de la hipoteca: porque no pudiendo tener más “causa” que un posible pago futuro, por propia definición legal, no hace falta “convenio” alguno para la fijación del fin, y porque a pesar de ser un negocio “con finalidad de pago”, no es tampoco un “pago actual”, ni se opera todavía la extinción del crédito asegurado.»

«Y si desde el punto de vista dispositivo tampoco existe el menor obstáculo, por conceder la hipoteca, como hemos dicho, un simple derecho real “de adquisición”, ¿por qué ver una anomalía en la admisión por la ley de la modalidad unilateral de su creación?» (22).

Termina CHAMORRO su trabajo con ponderaciones de las ventajas que a su entender supondría la admisión de la constitución unilateral de la hipoteca—otorgando «efectos sustantivos» al acto, según su tesis—, como instrumento muy apto para fomentar el crédito inmobiliario sin lesión de

(21) *Op. cit.*, págs. 155-156.

(22) *Op. cit.*, págs. 157-164.

los intereses legítimos y de las expectativas razonables de terceros. Y dice, ya al final, recapitulando su idea sobre la situación del acreedor en la hipoteca constituida unilateralmente:

«Cuando se trata de una hipoteca ordinaria, constituida en garantía de un crédito realmente existente, no habrá medio de postergar el derecho del acreedor titular de la hipoteca, y ha de reconocerse que no existen razones de verdadera justicia para que deba ocurrir de otra forma.»

«Es con motivo de la hipoteca “de seguridad” en garantía de un crédito futuro, constituida por acto unilateral, cuando el problema se agudiza, siendo casi exclusivamente el caso que en la práctica se discute» (23).

Merece destacarse, una vez más, que las palabras de este autor son tanto más concluyentes si se considera que las emitió antes de la última Ley Hipotecaria. También hay que poner de relieve—por la posible relación que pudiera establecerse con el caso de la hipoteca cambiaria—que la única reserva que muestra el autor es para con la hipoteca de seguridad en *garantía de un crédito futuro*; es decir, no cualquier tipo de hipoteca de seguridad, sino esa precisamente. Y, con todo, hay que observar que incluso tratándose de un crédito futuro sostiene CHAMORRO que la hipoteca existe, de forma que los acreedores no hipotecarios del dueño no tendrán acción directa contra el titular de la hipoteca anteriormente constituida por acto unilateral, aunque sí pueda asistirles, mediante la acción subrogatoria, la facultad de exigir la cancelación, dando por renunciada, en nombre del dueño, la obtención futura del crédito asegurado (24). Es decir, la única quiebra se produciría, según CHAMORRO, si el crédito garantizado no llega a nacer o los acreedores del dueño no lo dejan nacer.

3. *La reforma hipotecaria de 1944-46*

Si hemos hecho esta exposición ha sido porque consideramos que el análisis de la situación anterior a la última reforma es decisivo para comprender el alcance que ésta quiso revestir en este punto y el significado que hoy tiene (reconocido por la doctrina) la llamada hipoteca de constitución unilateral.

Los textos fundamentales son los artículos 138 y 141 de la Ley Hipotecaria.

El primero dice: «*Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se*

(23) *Op. cit.*, págs. 164-165.

(24) *Op. cit.*, pág. 166.

establezcan, y sólo podrán constituir las quienes tengan la libre disposición de aquéllos o, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes».

Y el artículo 141 establece:

«En las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro, por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la misma.»

«Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó.»

Concuerda con este precepto el artículo 237 del Reglamento Hipotecario, según el cual «en el requerimiento prescrito por el párrafo segundo del artículo 141 de la Ley se determinará expresamente que, transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación de la hipoteca, podrá cancelarla el dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó». Y añade: «Para practicar la cancelación será preciso el otorgamiento por el dueño de la finca de la correspondiente escritura cancelatoria».

4. *Visión actual del problema*

Las vacilaciones mostradas durante la etapa anterior han desaparecido prácticamente después de la reforma, por lo que hoy casi se puede hablar de una doctrina unánime en la materia.

Sirva de refrendo la tajante opinión de ROCA SASTRE en su última edición (25):

«Este problema de la posibilidad de este modo de producirse la hipoteca ha recibido en dicho artículo 141 de la Ley Hipotecaria explícita confirmación, si bien antes el artículo 38 (debe querer decir 138) de la propia Ley previó el supuesto de modo afirmativo, pero sin desarrollarlo» (26).

En otro lugar: «Con el robustecimiento conceptual de la hipoteca de constitución unilateral obtuvo la misma pleno reconocimiento, en la reforma hipotecaria 1944-46, entre nosotros» (27).

(25) *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo IV, 1.º (Barcelona, 1968).

(26) Página 591.

(27) Página 592.

Y en un tercero: «El artículo 141 no adopta la mecánica del consentimiento formal, ni la de la reserva de rango, como tampoco la figura de la constitución condicionada de hipoteca, sino que explícitamente ve en la imposición de hipoteca por disposición del dueño *un acto unilateral, constitutivo por sí mismo del derecho real de hipoteca*, si bien para que éste sea adquirido por el acreedor precisa su aceptación, retrotrayéndose los efectos de esta aceptación al tiempo de la inscripción del acto unilateral del dueño. Esta es la *solución preceptiva* del problema en nuestro Derecho» (28).

Afirmaciones tan contundentes tienen su apoyo en el casi unánime parecer de los autores en torno a este tema.

Ya SANZ FERNÁNDEZ, en su temprano comentario a la reforma (29), y refiriéndose al artículo 139 de la Ley de 1946, que corresponde al 141 actual, dijo: «En este sentido la Ley Hipotecaria complementa el Código Civil: a la regulación de la constitución de la hipoteca por contrato que en éste se establece se añade la constitución por acto unilateral del dueño de los bienes». Más adelante: «El negocio jurídico unilateral de constitución de hipoteca produce por sí plenos efectos como limitación del dominio del deudor; pero para que la hipoteca ingrese efectivamente en el patrimonio del acreedor es indispensable su aceptación». Y por fin: «El acto constitutivo de la hipoteca es, pues, un acto unilateral que se registrará por los principios propios del Derecho civil...» (30).

Cossío, que como hemos visto impugna la tesis de la hipoteca condicionada, dominante antes de la reforma, se muestra no menos seguro. Dice: «... En efecto, lo que aquí interesa resolver es si la hipoteca nace desde el primer momento, como consecuencia de la constitución unilateral, y en qué medida puede el constituyente cancelarla por su sola voluntad, previamente al acto de aceptación de la persona a cuyo favor fue constituida. Ambos problemas encuentran una *solución positiva* en los párrafos transcritos del artículo 141». Y más abajo, después de haber analizado los argumentos de CHAMORRO en defensa de su tesis—la que, como vemos, ha prosperado tras la reforma—, dice Cossío: «... En realidad estimamos, aparte de los inteligentes argumentos utilizados para evitar tales escollos por el autor citado, que una cosa es que la hipoteca—gravamen sobre una finca—se constituya unilateralmente con plena validez y otra que se adquiera por su destinatario sin mediación de su propia voluntad. Lo que ocurre aquí es que se separa el acto dispositivo de constitución del acto adquisitivo. *Sin necesidad de aceptación queda la hipoteca válidamente constituida, pero sólo mediante la aceptación es*

(28) Página 604.

(29) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, págs. 401 y ss.

(30) Páginas 402, 403 y 404, respectivamente.

adquirido el derecho por el acreedor hipotecario. A lo sumo podemos afirmar que esta hipoteca se halla resolutoriamamente condicionada a la aceptación dentro del plazo legal por la persona a cuyo favor se constituye» (31).

Del mismo criterio es DE CASSO (32), que afirma que la reforma ha aclarado las dudas, incluso de la jurisprudencia, en cuanto al alcance retroactivo de la aceptación hecha por el favorecido, y que se adhiere al parecer de COSSÍO.

También considera resuelta la cuestión CASTÁN (33): «En la actualidad, la Ley Hipotecaria vigente ha desenvuelto, en el artículo 141, el precepto del artículo 138, de tal modo que ya no ofrecen duda la posibilidad, la configuración y los efectos de la hipoteca establecida por disposición unilateral del dueño de los bienes gravados».

En el mismo sentido, ESPÍN (34) distingue entre la constitución de la hipoteca—por el solo consentimiento del constituyente—y la adquisición del derecho real mediante la aceptación del acreedor. La retroacción de efectos—ex art. 141, párrafo 2.º—hará que la hipoteca haya de considerarse como si hubiese existido *ab initio*.

Que nosotros sepamos, el único autor posterior a la reforma de 1944-46 que discrepa del parecer común es ALBADALEJO (35), que disiente en lo que se refiere a la explicación doctrinal del supuesto—pues él se inclina por la tesis de la reserva de rango por rechazar radicalmente la figura de los derechos sin sujeto—, si bien debe advertirse que a efectos prácticos la divergencia es inoperante, pues admitiendo la interpretación de ALBADALEJO, en conexión con el sentido indiscutible del mandato legal, se debe concluir que la posición del beneficiario, antes de la aceptación, es tan favorable como si se sigue la tesis dominante, que es la del «negocio dispositivo unilateral que provoca la *constitución* de la hipoteca». En efecto, ALBADALEJO (36) reprocha a los defensores de esta teoría porque quizá no han apreciado exactamente—dice—que «una cosa es que la inscripción sea constitutiva para la hipoteca, lo cual es exacto, pero sólo quiere decir que sin inscripción no habrá todavía hipoteca, y otra cosa es que la inscripción tenga tanta fuerza que haya necesariamente de hacer nacer y de manifestar la existencia de un derecho de hipoteca, lo cual es

(31) *Instituciones...*, cit., págs. 323-324.

(32) *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.ª ed., Madrid, 1951, páginas 660-661.

(33) *Derecho civil español común y foral*, 10.ª ed., II, 2 (Madrid, 1965), páginas 851-852.

(34) *Manual de Derecho civil español*, 4.ª ed., vol. II (Madrid, 1974), páginas 457-458.

(35) «La hipoteca unilateral», en *Anuario de Derecho civil*, 1950, págs. 55-85.

(36) *Op. cit.*, pág. 84.

ya inexacto, porque ni siempre la inscripción basta para que nazca la hipoteca, ni la existencia de inscripción impide que la hipoteca se haya extinguido ya. Ciertamente—añade—la inscripción es un importante factor del que se precisa para que la hipoteca nazca, pero no el único. Lo cual muestra como verdadero que en tanto falten esos otros factores, aunque haya ya inscripción, no habrá, sin embargo, todavía hipoteca constituida». Pero, en definitiva, los efectos prácticos—sin tratar en absoluto de minimizar la importancia de un planteamiento dogmático del problema—no se alejan mucho de los de la teoría dominante, pues ALBADALEJO viene a concluir que «la anotación de esa aceptación (la del acreedor) tendrá efectos retroactivos, por lo cual se considerará nacida la hipoteca desde la inscripción» (37). El único efecto práctico digno de atención—de seguir la tesis de ALBADALEJO—sería (aunque no creemos que el caso se dé) en relación con la hipoteca cambiaría precisamente. Trataremos del problema más adelante.

ROCA SASTRE (38), sin embargo, impugna el planteamiento de ALBADALEJO mediante la simple invocación del artículo 141 de la Ley, en relación con el 138. Y dice: «Con esto basta para refutarla (la tesis combatida) en el orden positivo, que es en el que nos encontramos. En contra de la postura adoptada por el legislador, no puede alegarse como irregularidad el que se halle en contradicción con la tesis de la imposibilidad de los derechos sin sujeto, puesto que esta imposibilidad es discutible, ya que cabe admitir situaciones jurídicas especiales de interinidad cuya configuración conduce a resultados análogos...» (39).

De ahí que el mismo Roca se atreva a concluir—y creemos que puede hacerlo, pues es pensamiento dominante—que «no cabe duda, pues, que en nuestro sistema, antes y después de la Ley Hipotecaria vigente, el acto unilateral de imposición de hipoteca por disposición del dueño de la cosa gravada, tiene el valor de un *acto de disposición, quedando creada la hipoteca desde el mismo momento de su inscripción*. Con ello nuestro sistema no sigue el criterio germánico del consentimiento formal, sino el latino de un acto sustantivo o material de constitución de hipoteca, pendiente en cuanto a su adquisición y, por ende, en su plena efectividad, de la aceptación del acreedor» (40).

(37) *Op. cit.*, pág. 85.

(38) *Derecho Hipotecario*, cit., pág. 607.

(39) Lo que sucede es que ALBADALEJO rechaza la existencia de esas situaciones jurídicas interinas (*La hipoteca unilateral*, cit., pág. 68), circunstancia que hace que las posturas sean irreconciliables, pues existe una discrepancia de origen o de fondo.

(40) *Derecho Hipotecario*, cit., pág. 607.

5. *Efectos de la hipoteca constituida unilateralmente*

Una vez perfilada la verdadera naturaleza de la hipoteca de constitución unilateral, de acuerdo con la orientación del Derecho vigente, los efectos que de ella derivan pueden ser deducidos con facilidad. Ahora nos interesan los producidos antes de mediar la aceptación del legitimado para hacerlo.

Siguiendo el resumen que expone SANZ FERNÁNDEZ (41)—mera aplicación de los principios que antes hemos expuesto—podemos distinguir los siguientes aspectos:

a) Aspecto accesorio o de garantía de la hipoteca. Si al constituirse la hipoteca existe ya la obligación, la garantía es plena y absoluta. En caso contrario no existirá hipoteca hasta que la obligación nazca, con lo que viene a equipararse a la constituida en garantía de obligaciones futuras. La existencia de la obligación, cuando nazca, se hará constar por nota marginal. No será precisa ésta, desde luego, cuando en el acto constitutivo de la hipoteca el deudor haga constar la existencia anterior de la obligación.

b) Aspecto activo de la hipoteca. Mientras no se produzca la aceptación, el acreedor no podrá hacer uso de la llamada acción de devastación, ni ceder el crédito hipotecario, ni ejercitar la acción hipotecaria.

c) Aspecto registral:

Prioridad.—La prelación de la hipoteca tendrá lugar desde la fecha de la inscripción. Se trata de una consecuencia de la retroacción «a la fecha de la constitución» (art. 141), si bien hay que hacer notar que en rigor esta consecuencia deriva de la energía constitutiva del acto jurídico unilateral más que de una verdadera fuerza retroactiva de la aceptación.

Legitimación.—La presunción del artículo 38 es perfectamente aplicable. En la nueva Ley la presunción ha de jugar en los términos que resultan del Registro, es decir, en el sentido de existir una hipoteca que puede aceptarse o no, pero que mientras no lo sea expresamente no puede reputarse incluida en el patrimonio del acreedor. De ahí la nueva fórmula en punto a la cancelación, de que luego hablaremos.

Fe pública registral.—Surte efectos desde la fecha de la inscripción. Aunque se ataque el contenido del Registro antes de la aceptación del acreedor, *éste puede invocar el artículo 34 con sólo aceptar la hipoteca*

(41) *Comentarios...*, cit., págs. 405-406.

constituida a su favor. El titular extrarregistral que se dirija contra la persona a cuyo favor se constituyó la hipoteca verá enervada su acción cuando la aceptación recaiga.

ROCA SASTRE, en el mismo sentido, opina que entre la inscripción y la aceptación «la hipoteca *pesa como gravamen o carga* sobre la finca hipotecada»... que «queda bajo el amparo de los principios del sistema»... y que «goza, con su inscripción, del correspondiente rango hipotecario, o sea, de la ventaja que proporciona el principio de prioridad (42).

También en este punto se trata de doctrina dominante, por lo que omitimos la cita de otras autoridades.

6. *Tratamiento tributario*

1. En 1962 se ocupó de esta cuestión, con carácter monográfico, PUIG SALELLAS (43).

En breves términos, el problema consiste en determinar si la hipoteca unilateralmente constituida se halla sujeta a los mismos gravámenes impositivos que la hipoteca «normal» o si, por el contrario, su particularidad sustantiva determina, en conformidad con las leyes fiscales, otro tratamiento tributario.

No es pequeña la importancia práctica de este tema. En efecto, la eventual conclusión de que la hipoteca unilateral no está sujeta a los impuestos característicos de la hipoteca ordinaria *constituiría indudable aliciente en pro de aquélla*.

El punto de partida, a nivel de principios de exacción tributaria, es el de que la constitución de hipoteca es un acto típicamente susceptible de un «impuesto de tráfico» o «sobre el tráfico», por cuanto que el hecho imponible determina la transferencia y paralela adquisición de un derecho de carácter patrimonial.

En concreto, y por referirnos a la legalidad fiscal vigente cuando PUIG SALELLAS escribía, debemos mencionar dos textos.

Por un lado, la *Ley de los impuestos de Derechos Reales y sobre transmisiones de bienes, caudal relicto y sobre los bienes de las personas jurídicas*, texto refundido de 21 de marzo de 1958, cuyo artículo 2.º rezaba:

«Están sujetos al Impuesto de Derechos Reales:
Con relación a bienes inmuebles:

.....

(42) *Derecho Hipotecario*, cit., págs. 608-609.

(43) «La hipoteca unilateral pendiente de aceptación y el Impuesto de Derechos Reales», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962, págs. 781-795.

II. La constitución, reconocimiento, modificación, subrogación, transmisión y extinción, por cualquier título, de derechos reales sobre bienes inmuebles u otros derechos reales...

.....

Con relación a bienes muebles e inmuebles:

XV. La constitución, reconocimiento, modificación, postposición si mediere precio, prórroga expresa, subrogación, cesión e extinción de derecho de hipoteca, ya sea en garantía de préstamos, de la gestión de funcionarios públicos o contratistas con el Estado, del precio aplazado de las ventas o de cualquier otra obligación.»

Por otra parte, el *Reglamento para la aplicación de la Ley de los impuestos de Derechos Reales y sobre transmisión de bienes*, de 15 de enero de 1959, reproducía literalmente en su artículo 5.º, epígrafe «con relación a bienes muebles e inmuebles», apartado XV, el texto de los correlativos epígrafe y apartado de la Ley.

Un autor clásico en la materia, BAS Y RIVAS (44), se había planteado en términos correctos el problema de la hipoteca unilateral.

Decía:

«Según los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento, la hipoteca se puede *constituir* por disposición del dueño de los bienes y se podrá *cancelar* a petición del mismo dueño si no se aceptara y transcurrido determinado plazo; pero en ese caso de hipoteca unilateral, ¿quién es la persona obligada al pago del impuesto? ¿Ha de entenderse que la aceptación por parte del acreedor supone una condición suspensiva que, hasta que no se cumpla, permite aplazar la liquidación? Parece que así debiera ser. Lo indudable es que la hipoteca queda válidamente constituida desde el momento en que se inscribe, aunque *no sea eficaz* mientras que no se acepte, según afirma DE LA RICA» (45).

A continuación, BAS Y RIVAS formula un razonamiento que, además de ser contradictorio con el que después expone, creemos que no encuentra fundamento alguno. En efecto, añade:

«El artículo 59 del Reglamento, como persona obligada al pago, en el caso de la constitución, nos señala al acreedor, ya que, en definitiva, es la persona a cuyo favor se reconoce, transmite o declara. No hace falta que acepte para que, según la interpretación legal del precepto, se considere obligada a tributar.

Este criterio nos parece insostenible, pues puede conducir con facilidad a la paradoja de que una persona se vea obligada a satisfacer un impuesto por razón de un acto que, aunque potencialmente le beneficie, puede no haber querido.

(44) *Impuestos de Derechos Reales y sobre transmisiones de bienes*, 2.ª ed., I (Madrid, 1960), págs. 336-337.

(45) Los subrayados son del autor.

El propio BAS Y RIVAS parece percatarse de que su apreciación no es de recibo, pues concluye:

«En la práctica será muy difícil el supuesto de la no aceptación; pero si algún caso se diera, parece muy fuerte esa obligación de tributar, y *parece también que lo equitativo sería no exigir el impuesto hasta que la hipoteca fuera aceptada*; pero lo dificulta la propia Ley hipotecaria, que no permite la inscripción sin pagar el impuesto y, sin embargo, autoriza la práctica de aquélla, dada la naturaleza jurídica del derecho, sin la previa aceptación.»

Con independencia del juicio de valor expresado en las palabras que nosotros hemos subrayado, debe observarse que la objeción final de BAS Y RIVAS, que parece conducir a la conclusión de que la hipoteca unilateral tributa, adolece de la petición de principio de que dicho acto merece la condición tributaria de «acto sujeto».

2. PUIG SALELLAS, en el trabajo antes citado, sostiene la tesis de que la hipoteca constituida unilateralmente no estaba sujeta al impuesto de Derechos Reales.

Sus conclusiones nos parecen tanto más sólidas a la luz de la legalidad tributaria posterior a su obra.

En efecto, la *Ley General Tributaria* de 28 de diciembre de 1963, al enumerar y definir en su artículo 26 las diversas clases de tributos (tasas, contribuciones especiales e impuestos), dice con relación a estos últimos (1. c.):

«Son impuestos los tributos exigidos sin contraprestación, cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos de naturaleza jurídica o económica, que ponen de manifiesto la capacidad contributiva *del sujeto pasivo*, como consecuencia de la posesión de un patrimonio, la *circulación de los bienes* o la adquisición o gasto de la renta.»

Es menester poner de relieve dos extremos: 1) Que el devengo del impuesto está en relación con la participación de un «sujeto pasivo», cuya identidad especifican los textos fiscales reglamentarios; y 2) que los llamados impuestos de tráfico quedan descritos con la expresión «la circulación de los bienes», que implica—obvio es decirlo—transmisión y *adquisición*.

Por su parte, el *Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, de 6 de abril de 1967, califica como transmisiones patrimoniales *inter vivos* (art. 54, 2.º):

«La constitución, reconocimiento, modificación, prórroga, transmisión y extinción por contrato, acto jurídico o administrativo de toda clase de derechos reales.»

En el caso de la hipoteca unilateral podría suponerse que su mera constitución determina la sujeción al impuesto de que tratamos, en interpretación literal del texto transcrito.

Pero creemos desechable esta conclusión por los siguientes motivos:

a) Porque en la pura constitución de la hipoteca unilateral no hay «tráfico» («circulación de bienes», en palabras de la Ley General Tributaria) mientras la hipoteca no sea aceptada por su destinatario o beneficiario. Descartadas interpretaciones más artificiosas, como la de la condición suspensiva, esto es, aun admitiendo con la doctrina hipotecaria más moderna que la hipoteca como gravamen «se constituye» por la sola voluntad del dueño del bien, nadie puede discutir que la adquisición del derecho real no se produce hasta que el beneficiario manifiesta explícitamente su aceptación.

La afirmación de que el hecho imponible implica transmisión se encuentra reconocida dentro de los «principios generales» de los impuestos sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, puesto que el artículo 9.º del correspondiente Texto Refundido remite el juego de la condición suspensiva, del término, del fideicomiso o de cualquier otra limitación a «toda *adquisición de bienes*», no a un acto puramente demostrativo de la voluntad de transmitirlos, como sería el de constitución unilateral de hipoteca.

No menos expresivo es el artículo 3.º (también incluido entre los «principios generales») al decir en su apartado 1:

«El Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados gravará las *transmisiones patrimoniales* “inter vivos”, el aumento real del valor. .»

O cuando en el apartado 2 insiste:

«El Impuesto se exigirá:

a) Por las *transmisiones* “inter vivos” de toda clase de bienes .. y de derechos, acciones y obligaciones...»

b) También constituye argumento, a nuestro juicio, el hecho de que el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales, de acuerdo con el apartado c) del artículo 67 del Texto Refundido, sea la persona *a cuyo favor se realicen* los actos de constitución, reconocimiento, modificación, prórroga y extinción de derechos reales.

Nos parece evidente que la mera constitución unilateral de hipoteca no sólo no determina la adquisición de derecho por parte del eventual beneficiario, sino que tampoco permite decir que se ha practicado acto alguno «a su favor». Creemos fuera de toda duda que cuando el Texto

Refundido utiliza esta última expresión lo hace con el pensamiento puesto en un caso normal de efectiva adquisición de un derecho, reveladora de verdaderos «tráfico» o «circulación de bienes», que son la base de la «filosofía» del tributo.

Un comentarista de la vigente legislación tributaria (46) dedica unas pocas palabras al problema que venimos planteando y se remite al criterio de BAS Y RIVAS en cuanto sustentó la tesis de que lo equitativo sería que se suspendiera el pago del impuesto hasta su aceptación, pero reconociendo también la dificultad de que la Ley Hipotecaria no permite la inscripción sin el pago del impuesto.

En nuestra opinión, esta objeción no es tal, dado que puede sostenerse con fundamento que la constitución unilateral de hipoteca *no es acto sujeto al impuesto*, en cuyo caso bastaría la declaración en este sentido de la Oficina liquidadora para que la inscripción pudiera practicarse con toda regularidad.

Tampoco constituye argumento en favor de la tesis de sujeción al impuesto la retroacción prevista en el inciso final del párrafo primero del artículo 141 de la Ley Hipotecaria, pues aunque en efecto dicha retroacción se da cuando la persona en cuyo favor se estableció la hipoteca la acepta, este hecho de la aceptación es una mera hipótesis de carácter sustantivo en el momento en que la hipoteca se constituye e intenta inscribir, y puede ser que nunca se produzca.

3. Debemos referirnos, en fin, a otro problema que PUIG SALELLAS plantea. Es el relativo al tratamiento fiscal de la «cancelación» de la hipoteca, instada por el constituyente cuando el beneficiario ha rechazado la hipoteca establecida en su favor o guardado silencio durante el plazo de dos meses siguientes al requerimiento formulado al efecto (art. 141, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria). Un posible razonamiento sería: si la hipoteca *nació*, su eliminación registral es una verdadera cancelación sujeta al impuesto.

PUIG SALELLAS descarta la tesis de la sujeción al tributo con razones que creemos muy poderosas y que, en definitiva, arrancan de la propia argumentación utilizada para concluir que el acto de constitución de la hipoteca tampoco está sujeto (47).

Pero es posible que en un futuro inmediato la cuestión pierda todo significado, puesto que en el proyecto de ley del Impuesto sobre Trans-

(46) VELASCO ALONSO: *Los Impuestos Generales sobre Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales*, II (Jaén, 1977), pág. 241.

(47) *Op. cit.*, págs. 786-787.

misiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (48) la extinción de los derechos reales no se incluye entre las transmisiones patrimoniales sujetas al impuesto [art. 3.º, 1, A) y B)].

4. En relación con este tema, en el que en definitiva está en juego un posible objetivo de ahorro tributario, conviene señalar que—según tenemos noticia—las dudas acerca del régimen fiscal de la constitución unilateral de hipoteca se han suscitado sobre todo en casos de hipoteca sobre buque, en garantía de créditos concedidos por entidades bancarias.

Pues bien, este problema se halla hoy resuelto por virtud de dos recientes sentencias de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, *que declaran la no sujeción al impuesto de transmisiones patrimoniales de la hipoteca—incluida la bilateral—constituida sobre buques y en garantía de créditos bancarios*. Con lo que la posible particularidad de la hipoteca unilateral en materia tributaria deja de tener significado práctico *en este caso concreto*. No, desde luego, en todos los demás.

Las sentencias a que nos referimos son de 27 de mayo y 15 de diciembre de 1977. El supuesto de hecho es idéntico en ambas, por lo que las citas las hacemos sobre la segunda.

La Naviera X había constituido hipoteca sobre un buque, en garantía de un préstamo otorgado por varias entidades bancarias. Presentada la escritura en la Abogacía del Estado, se practicó liquidación por el impuesto sobre transmisiones patrimoniales, por el concepto de «préstamos» (número 12 de la Tarifa correspondiente), al tipo impositivo del 1,9 por 100. La Naviera promovió reclamación económico-administrativa contra dicha liquidación, que fue confirmada por el Tribunal Provincial de Vizcaya y en alzada por el Central. Formulado recurso contencioso-administrativo, la Sala de Vizcaya de esta jurisdicción lo desestimó, confirmando el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central. La Naviera interpuso el oportuno recurso de apelación ante el Tribunal Supremo.

La cuestión se planteaba en términos muy claros: consistía en decidir si el buque debe tener la consideración de bien inmueble a efectos del impuesto de transmisiones patrimoniales, por la caracterización que como bien de aquella naturaleza establece el artículo 1.º de la Ley de hipoteca naval, o si, por el contrario, dicha ficción no surte efecto en la aplicación del citado impuesto, cuyo Texto Refundido, artículo 62.1, indica que estarán sujetos al mismo los préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles, como supuesto excepcional a la regla de no sujeción de los préstamos cuando constituyan actos habituales del tráfico de las empresas.

El Tribunal Supremo estimó la apelación interpuesta y, en consecuencia, anuló los actos administrativos impugnados, ordenando que se

(48) *Boletín Oficial de las Cortes*, día 20 de julio de 1978 (núm. 131), pág. 2844.

En este proyecto, por otra parte, se mantienen casi intactos los textos que en el actual Texto Refundido abonan la teoría de la no sujeción del acto de constitución.

En efecto, en el artículo 2.º, 1, A), se afirma que el Impuesto se exigirá «por las transmisiones patrimoniales de bienes y derechos...».

Y el artículo 4.º reza: «Estará obligado al pago del Impuesto, a título de contribuyente, cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario, el adquirente de los bienes o la persona en cuyo favor se constituya el derecho».

girase nueva liquidación por el Impuesto de Tráfico de Empresas. Reproducimos parte de sus considerandos:

«... la expresada Ley de hipoteca naval, al privar de su naturaleza mueble al buque, atribuyéndole la de la inmueble, lo hizo a fin de poder constituir una garantía real no posesoria sobre el buque, compatibilizando la garantía del acreedor con la finalidad comercial propia de la navegación marítima al quedar el buque en posesión del propietario, y para conseguirlo, como el Código Civil dispone que la hipoteca ha de recaer sobre bienes inmuebles (art. 1.874 y concordante de la Ley Hipotecaria), atribuyó este carácter al buque mercante, mediante una ficción legal que no tiene otro alcance en nuestro ordenamiento jurídico, como resulta del propio texto legal, según el que “pueden ser objeto de hipoteca los buques mercantes”, y señala que “para este solo efecto se considerarán tales buques como bienes inmuebles, entendiéndose modificado en este sentido el artículo 585 del vigente Código de Comercio” (art. 1), y conforme a este precepto del Código mercantil para todos los efectos del derecho sobre los que no se hiciere modificación o restricción “seguirán los buques su condición de bienes muebles”, por lo que la atribución del carácter inmueble al buque mercante constituye una norma excepcional que no puede ser interpretada extensivamente ni aplicarse a supuestos distintos según doctrina común, hoy recibida por el Código Civil en su artículo 4, número 2, texto del 1974, al disponer que las leyes excepcionales no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.»

«... que el carácter de bien mueble del buque, salvo el supuesto de su hipoteca, no resulta contradicho por la Resolución de la Dirección General de los Registros de 9 de abril de 1965, al exigir el consentimiento uxorio para hipotecarlo cuando el buque tenga carácter ganancial, pues en virtud de la exigencia del artículo 1.415 del Código Civil reformado en 1958 ese consentimiento se precisa para los actos dispositivos sobre inmuebles, por lo que precisamente a efectos de constitución de su hipoteca, al ser aplicable el singular precepto de la Ley de 1893, es exigible tal consentimiento, consideraciones que explícitamente se contienen en dicha resolución señalando el carácter de bien mueble a los restantes efectos del buque.»

«... que si del examen de la norma singular que atribuye carácter inmobiliario al buque pasamos a la normativa fiscal, y en concreto al impuesto de transmisiones patrimoniales que se aplica por la Administración, el artículo 10 de su Texto Refundido expresamente se remite al Código Civil o, en su defecto, al Derecho administrativo “para la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto por razón de su distinta naturaleza, destino, uso o aplicación”, y conforme al Código Civil es clara la calificación del buque como bien mueble (arts. 333 y 334), razón por la que el artículo 62.1 del Texto Refundido del impuesto de litis no puede según esta disposición interpretativa ser comprender a los buques cuando se refiere a los préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles, pues conforme al citado artículo 10 los buques tendrán la caracterización que les atribuye el Código Civil, al que expresa y directamente se remite, a este efecto calificador, habiendo sido ya sustentado este criterio por la Sala al denegar a un buque la exención fiscal de este mismo impuesto contenida en su artículo 65, número 40, en favor de la constitución, modificación, transmisión y extinción de derechos reales impuestos sobre bienes inmuebles situados en el extranjero... (Sentencia de 6 de octubre de 1972).».

7. *Remisión*

Los demás extremos relativos a esta forma hipotecaria serán objeto de consideración—por evitar reiteraciones—al tratar de la hipoteca unilateral en garantía de letras de cambio.

III. LA LLAMADA HIPOTECA CAMBIARIA, EN ESPECIAL EN SU MODALIDAD DE CONSTITUCION UNILATERAL

1. *La hipoteca cambiaria*

El concepto de «hipoteca cambiaria» es de neta acuñación doctrinal. En primer lugar, porque su admisión por el legislador fue producto de las sugerencias de los autores, a instancias de las reales necesidades del tráfico. En segundo término, porque no existe como figura específica en nuestro Derecho, sino que se halla embebida—y aun diríamos que oscurecida—dentro de la modalidad especial de las hipotecas constituidas «para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador», reguladas por los artículos 154 a 156 de la Ley Hipotecaria.

La hipoteca cambiaria es la establecida «en garantía de la efectividad de letras de cambio», según breve pero suficiente definición de ROCA SASTRE (49). Dicho en otros términos, asegura una obligación incorporada a una o varias cambiales.

Constituye una forma de «hipoteca de seguridad», porque, como corresponde a la ley que gobierna la transmisión o circulación de la letra de cambio (por endoso), el titular del derecho se halla o puede hallarse indeterminado, pues no es otro que el tenedor «actual» del efecto garantizado.

2. *Su régimen en nuestro Derecho positivo*

Prescindiendo de un análisis de antecedentes, que no vendría a cuento, lo primero que cabe destacar es que la configuración y regulación legal de las «hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador», tal y como se encuentran en nuestra Ley Hipotecaria, parecen referirse a todo menos a la hipoteca cambiaria.

En efecto, el régimen de los artículos 154 a 156 está orientado a la hipoteca en garantía de títulos-valores, sí, pero de títulos de serie o masa,

(49) *Derecho Hipotecario*, ed. cit., tomo IV, 2, págs. 778 y ss.

y señaladamente de *obligaciones a la orden*, producto de una *emisión*. Nada de lo establecido sobre la constitución de la hipoteca, la cesión del derecho o la cancelación de aquélla, nos recuerda a la peculiar forma de girarse, circular y perder su eficacia una letra de cambio.

Sin embargo, la amplitud del término «títulos transmisibles por endoso», y el nada despreciable argumento que brinda el artículo 7.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (al decir que estos derechos podrán constituirse en garantía de letras de cambio, con *los requisitos que establecen los artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria*), inducen a la conclusión de que la hipoteca cambiaria tiene carta de naturaleza en nuestro ordenamiento (50).

No está exenta de dificultades, desde luego, la figura que contemplamos. En un artículo de la Redacción de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, de 1941 (51), se plantean, con ocasión del comentario a una sentencia del Tribunal de Casación italiano, los problemas específicos que suscita esta forma de hipoteca: las letras aseguradas no se distinguen en la práctica de las otras; las renovadas no contienen los elementos de identificación indispensables según la reglamentación hipotecaria; el retorno o regreso plantea problemas que no se reflejan en el documento de giro; el deudor cambiario no es pura y exclusivamente el librado; la cancelación de la hipoteca exigirá la destrucción irreparable de la misma, etc. ROCA SASTRE, en la última edición de su *Derecho Hipotecario*, se ocupa de analizar cada una de estas dificultades (52).

Pero la indiscutible tolerancia que a este respecto manifiesta nuestro Derecho positivo vigente, unida sin duda al interés práctico que la figura puede revestir (53), hacen que la doctrina española se pronuncie en favor de la posibilidad de la hipoteca cambiaria (54).

Mas sentada esta admisibilidad, que la práctica se encarga de confirmar, queremos dejar constancia de que es precisamente el parcial enfoque que a la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso da nuestra Ley Hipotecaria lo que determina la existencia de notables lagunas normativas cuando se trata de aplicar su régimen al caso con-

(50) Vid. argumentos de ROCA, *op. cit.* en nota anterior, págs. 767 y 782-784. En el primer lugar afirma que en el artículo 154 de la Ley debe incluirse *primordialmente* la letra de cambio.

(51) Páginas 777-780.

(52) Páginas 765-782.

(53) Vid. ROCA SASTRE: «Variaciones sobre la hipoteca cambiaria», en *Estudios con motivo del Centenario de la Ley del Notariado*, Sección Tercera (Estudios jurídicos varios), I, págs. 237-264, sobre todo apartado 5: «Ventajas prácticas de la hipoteca por letras de cambio» (págs. 249-251).

(54) Vid. GUIMERÁ PERAZA: «Hipoteca de máximo en garantía del pago de letras de cambio», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1954, págs. 139-152; SAPENA: «Hipoteca cambiaria», en *Revista de Derecho mercantil*, 1956, págs. 249 y ss., y ROCA SASTRE, *op. cit.* últimamente, IV, 2, pág. 783.

creto de la letra de cambio. Vacío cuya suplencia, como dice el propio ROCA SASTRE, «constituye el cometido propio de la jurisprudencia y de la doctrina» (55).

3. Constitución de la hipoteca cambiaria

Lo primero que cabe preguntarse es si la hipoteca cambiaria puede constituirse unilateralmente.

Bastará, para la contestación afirmativa de esta pregunta, la observación de que nada hay que de forma expresa o implícita lo impida. En efecto, la interpretación conjunta de los artículos 138 y 141 de la Ley Hipotecaria conduce a la conclusión de que *toda hipoteca voluntaria* puede ser consecuencia de un acto unilateral de constitución.

Pero hay que advertir, además, que el «tipo» en que la hipoteca cambiaria se inscribe—esto es, el de la constituida en garantía de títulos endosables o al portador—es especialmente apto para dicha forma de constitución, hasta tal punto que en algunas de sus versiones es difícil pensar en la posibilidad de que pudiera ser de otro modo. Refiriéndose a la hipoteca en garantía de títulos, en general, COSSÍO (56) dice: «Estas hipotecas pueden constituirse, y ello será lo único posible en las que garantizan títulos al portador, mediante acto unilateral». Más tajante todavía es DE CASSO (57), para quien «estas hipotecas se constituyen unilateralmente, por no existir todavía el acreedor (o acreedores), que, además, pueden cambiar muy fácilmente». El primer término de la argumentación no es convincente en el caso de la letra, pues sí es conocida la identidad del tomador; pero lo es el segundo, que, combinado con el proceso ordinario de obtención de créditos bancarios, por ejemplo, hace de esta modalidad de constitución hipotecaria una fórmula, no ya sólo posible, sino muy aconsejable en la práctica.

La constitución de esta clase de hipotecas deberá hacerse por medio de escritura pública, que se inscribirá en el Registro competente. En dicha escritura se harán constar, además de las circunstancias generales, las relativas al número y valor de las cambiales, su identificación y la fecha o fechas de vencimiento. Así se deduce, *mutatis mutandis*, del ar-

(55) *Op. cit.* nota anterior, pág. 781. En otro lugar de la misma obra (página 767) había dicho este autor: «.. Pero la hipoteca cambiaria es cosa posible en nuestro sistema y, por tanto, *no hay más remedio que efectuar aquella adaptación* (a las peculiaridades de la letra de cambio), que ha olvidado hacer la Ley». Y vuelve a insistir (pág. 770): «... la hipoteca cambiaria la admite nuestra legislación, pero se halla huérfana de regulación específica en ella».

(56) *Instituciones* ..., cit., pág. 325.

(57) *Derecho hipotecario o del Registro*..., cit., pág. 673.

título 154 de la Ley, que es preciso adaptar a las peculiaridades de la letra, pues su texto se contrae al supuesto de *obligaciones*, como antes hemos denunciado.

Aunque el último inciso del párrafo segundo del referido artículo *ordena* que se haga constar, cuando se trata de títulos al portador, «que queda constituida la hipoteca a favor de los tenedores presentes o futuros de las obligaciones», es claro que será *conveniente* hacerlo también en el caso de títulos a la orden, como es la letra.

ROCA SASTRE (58) afirma: «Como en estas hipotecas el crédito garantido lo está a través del título-valor en el que va incorporado, hay que prescindir de si este título-valor es nominativo, endosable o al portador. Claro que si el título es nominativo o endosable podrá hacerse constar el nombre del que sea propietario del mismo al tiempo de constituirse la hipoteca, pero ello no es necesario. Por consiguiente, la hipoteca se establece a favor de quien sea en cualquier momento titular o propietario de los títulos objeto de la misma». VALLET DE GOYTISOLO (59) también opina que debería autorizarse su constitución a favor del que sea tenedor de la letra al exigirse su efectividad. Aunque induce a pensar así la propia naturaleza de la letra de cambio, creada para pasar de una mano a otra, parece aconsejable la identificación del primer tenedor, a la luz del artículo 141.

Debe entenderse, por otro lado, que no es aplicable al caso de la letra de cambio la disposición contenida en el párrafo tercero del artículo 154 de la Ley, que exige la constancia, *en los títulos*, de la fecha y Notario autorizante de la escritura, así como los datos de la inscripción. Lo estimamos así porque esta prevención tiene sentido cuando se trata de «obligaciones»—que como venimos diciendo es el caso en que está pensando la Ley—, pero no cuando la garantía recae sobre cambiales. Por otro lado, como dice ROCA SASTRE (60), dicha constancia podría encontrar un obstáculo en el artículo 444 del Código de Comercio.

(58) *Op. cit.* últimamente, pág. 766. En el mismo sentido, SAPENA, *op. cit.*, página 258.

(59) «Introducción al estudio de la hipoteca inmobiliaria y la prenda sin desplazamiento», en *Revista de Derecho privado*, 1953, pág. 539.

(60) *Op. cit.*, pág. 770. Es digno de señalarse que el criterio a que acabamos de referirnos no es el que el mismo Roca había manifestado en su trabajo *Variaciones sobre la hipoteca cambiaria*, *cit.*, pág. 259, pues dijo allí que «esas notas —las del párrafo tercero del artículo 154— deben extenderse en el ejemplar de la letra de cambio que contenga la aceptación del librado...». Añadía, sin embargo, que su falta no habría de originar la inexistencia de la hipoteca (págs. 259-260). SAPENA, *op. cit.*, pág. 261, entiende que el párrafo tercero del artículo 154 no es aplicable a la hipoteca cambiaria, pero estima aconsejable que el Notario extienda una nota al dorso de la letra, expresiva de la constitución de la hipoteca.

4. *Doctrina de la Dirección General de los Registros*

El modo característico en que se plantean en la práctica este y otros tantos problemas registrales hace que no exista «jurisprudencia» propiamente dicha sobre la hipoteca cambiaria. Pero sí hay, en cambio, una reciente doctrina de la Dirección General de los Registros, a la que a continuación nos referimos.

Dos Resoluciones muy próximas entre sí (de 25 y 26 de octubre de 1973) pueden ser representativas del pensamiento del Centro Directivo.

La primera versaba sobre una hipoteca voluntaria constituida en garantía del pago a sus vencimientos de ciertas letras de cambio que se relacionaban, aceptadas por el hipotecante y libradas por el acreedor.

Presentada en el Registro primera copia de la escritura, fue calificada con nota en la que se denegaba la inscripción, entre otros motivos: «Porque constituyéndose hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso, no se cumplen los requisitos prescritos en los artículos 154 de la Ley Hipotecaria y 247 de su Reglamento, es decir, ser talonarios y tener doble matriz...».

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente de la Audiencia se manifestó, en cuanto a este punto, contrario al parecer del Registrador.

La Dirección General confirmó—también en lo que a este extremo se refiere—el criterio del auto apelado. Por tanto, se rechazaban los argumentos invocados por el Registrador contra la inscribibilidad de la hipoteca del caso.

Más significativa es, sin duda, la Resolución de 26 de octubre de 1973, que desarrolló toda una doctrina sobre la hipoteca cambiaria.

Se trataba de un supuesto semejante al anterior, con nota del Registrador denegatoria de la inscripción solicitada. Decía la nota: «Denegada la inscripción del título que precede, por el defecto, que se estima insubsanable, de no aparecer admitida y regulada en nuestro Derecho la llamada hipoteca cambiaria, por cuanto las letras de cambio son títulos de naturaleza diferente a las obligaciones endosables a que se contrae el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, y no reunir los requisitos exigidos imperativamente por dicho precepto y el artículo 247 de su Reglamento, entre los cuales se destaca la necesidad de que, siendo talonarios, tengan doble matriz, una de las cuales habrá de quedar depositada en este Registro de la Propiedad».

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador.

En alzada, la Dirección General confirmó—en lo que a este extremo atañe—el auto apelado. Y sentó la siguiente doctrina:

«Considerando que la cuestión central planteada en la nota de calificación obliga a resolver en primer término si cabe encuadrar en la práctica de nuestro ordenamiento jurídico la hipoteca constituida en garantía de letras de cambio, no obstante aparecer explícitamente reconocida su admisibilidad, con posibilidad hasta ahora meramente teórica, en los artículos 150 y 154 de la Ley Hipotecaria y en el 7 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.

Considerando que indudablemente este tipo de hipoteca ofrece, dentro de las hipotecas en garantía de títulos de crédito, especiales peculiaridades debidas a las características del mismo crédito garantizado, puestas de relieve en diversas resoluciones de este Centro, como pueden ser, entre otras, y sólo a título de ejemplo, la indeterminación del acreedor hipotecario, que no resulta de los libros registrales, y que será el tenedor legítimo de la letra en el itinerario de los sucesivos endosos que hayan podido realizarse, o a través de las incidencias derivadas de la renovación de la cambial; o, por último, las que pueden presentarse en la fase de ejecución, y, en general, una falta de evidencia si no se ha matizado o regulado bien la garantía, que puede inducir a error a los terceros y tenedores de las citadas letras de cambio.

Considerando que, por todo lo expuesto, no es extraño que hayan sido vistos con cautela y disfavor por esta Dirección General los contados casos en que se han planteado en recurso gubernativo su inscribibilidad, sin perjuicio de, no obstante, reconocer, también en un plano de mayor generalidad, como ya declaró la Resolución de 16 de junio de 1936, lo conveniente que fuera facilitar la constitución de estas hipotecas en atención a las exigencias del tráfico mercantil, con una prudente flexibilidad. «porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias, y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y grave daño en la economía nacional».

Considerando, por tanto, que siempre que no se produzca una infracción de las normas legales y, por otra parte, resulten salvaguardados los principios hipotecarios—lo que no sucedía en los casos examinados por este Centro con anterioridad a este expediente—, no debe haber obstáculo para que, en principio, pueda inscribirse una hipoteca que aparece reconocida en el ordenamiento legislativo, aunque de manera incompleta e insuficiente, ya que esta deficiencia legal puede ser en varios aspectos eficazmente suplida por la actuación de Notarios y Registradores, que, como órganos cualificados, contribuyen así al desarrollo del Derecho a través de su actividad creadora y calificadora, al configurar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes, en mayor o menor grado, de regulación legal.

Considerando que examinado ya el defecto de carácter general de la nota procede pasar al examen de los más particularizados, a saber: a) La necesidad de dar cumplimiento al depósito en el Registro del librotalonario, mencionado evidentemente para otro supuesto, más general, en el artículo 154 de la Ley; b) la no inscribibilidad del pacto que establece el vencimiento anticipado de la hipoteca, si se deja de satisfacer una de las letras de cambio; y c) la posibilidad de que en este caso concreto pueda ser ejercitado el procedimiento judicial sumario del artículo 129 de la Ley Hipotecaria.

Considerando que aun cuando el artículo 154 de la Ley Hipotecaria establece para la constitución de hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, que éstos habrán de ser talonarios, no hay duda que tal exigencia no cabe respecto de las letras de cambio, dados los términos del artículo 444 del Código de Comercio, así como

tampoco cabe el hacer constar los restantes requisitos de identificación como la serie, amortización, etc., ya que la incompatibilidad entre ambos textos legales es tan manifiesta que claramente indica que el artículo 154 de la Ley se refiere exclusivamente a los títulos al portador y no ha podido comprender dentro de su contexto a las letras de cambio, pese a resultar mencionadas, y, en su consecuencia, lo que cabe hacer por vía de analogía, para suplir esta falta de regulación, es reseñar en la escritura de constitución los datos y circunstancias que vengan a individualizar e identificar las cambiales, tal como se ha hecho en el documento calificado, y, a su vez, en cada una de las letras de cambio expresar sucintamente los datos de constitución de la hipoteca, bajo la fe notarial, para que de esta manera la identificación sea completa y quede formalmente conectada con el Registro.»

En relación con esta doctrina—y porque este autor la critica—procede ahora citar el parecer del más reciente comentarista de la legislación hipotecaria. Nos referimos a CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (61), que es el *único* autor contemporáneo que muestra reservas sobre la admisibilidad de la hipoteca cambiaria. Lo hace al comentar la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, y en concreto al referirse a los títulos susceptibles de esta garantía. Después de mencionar el párrafo segundo del artículo 154 de la Ley Hipotecaria y los párrafos 1 y 2 del artículo 247 de su Reglamento, como incompatibles con las características de la letra de cambio, CAMY aventura la inviabilidad de la hipoteca cambiaria en nuestro Derecho, y dice, respecto de la Resolución de 26 de octubre de 1973, que «sostiene una tesis muy digna de encomio desde el punto de vista del Derecho constituyente», pero «insostenible dentro del Derecho constituido».

Sin embargo, este parecer—como decíamos, único entre nuestros autores—no tiene a nuestro juicio ningún fundamento. La sola razón que invoca el autor es la de la incompatibilidad formal antes citada, pero su modo de pensar incurre a nuestro entender en una petición de principio. En efecto, la afirmación de que el artículo 154 de la Ley no se corresponde en toda su integridad con el modo de ser de la letra de cambio no es argumento para concluir que no cabe hipoteca en garantía de letra de cambio, sino que lo único que acredita es que ésta debe verse sometida a un régimen diferente; y en una materia que, por otra parte, no tiene ningún contenido sustantivo, sino sólo un significado formal, instrumental o de pura mecánica. Sobre la base de que nuestra Ley Hipotecaria admite genéricamente la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso, y puesto que la letra es uno de éstos, y no podemos distinguir donde la Ley no distingue, *ninguna razón sería hay para rechazar la llamada hipoteca cambiaria*. Lo único que será preciso, como

(61) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 2.ª ed., vol. VI (Pamplona, 1975), págs. 904 y ss.

antes hemos dicho, es colmar las lagunas legales en lo que a la letra de cambio se refiere. Y en este sentido no merece más que elogios el recurso que la Resolución mencionada hace al elemento integrador que es la *analogía*.

5. *Naturaleza jurídica*

Una breve consideración, ahora, sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca cambiaria. Este extremo merece ser citado porque de su análisis pueden deducirse, a nuestro juicio, interesantes conclusiones con vistas a la cobertura de las lagunas de que adolece el régimen positivo de esta institución.

La afirmación central es que *la garantía se concede para la cambial, no para la relación subyacente*. Así lo manifiestan sin vacilaciones los autores españoles que se han pronunciado sobre el tema (62).

Consecuencia obligada de esta premisa es que, puesto que el crédito cartular y el crédito causal pueden tener vigencias diferentes, «puede darse el caso que se extinga la relación cartular (con la relativa garantía por sí existente) mientras sobreviva el crédito causal (también con la relativa garantía por sí existente); así como puede acaecer que, debido a la autonomía de la relación cartular, ésta sobreviva, a la par que la conexa garantía, a favor del cesionario o tenedor sucesivos, mientras puede independientemente ser satisfecha la relación subyacente de la relación entre deudor y acreedor originario...» (63).

A nuestro entender, este principio tiene una importancia trascendental, pues permite sostener que la «abstracción» que caracteriza a la relación cartular se tiene que propagar, necesariamente, a los aspectos registrales que implica la garantía hipotecaria. Debe significar, en suma, que esos aspectos registrales no pueden contradecir el peculiar mecanismo de la letra de cambio; por ejemplo, poniendo trabas a su particular modo de circular o transmitirse, o desnaturalizando el principio de que acreedor cambiario es, en cada momento, el titular de la letra por el solo y exclusivo motivo de haberle sido válidamente endosada. En los siguientes apartados 6 y 7 haremos aplicaciones de esta fundamental idea.

(62) GUIMERÁ PERAZA lo dice implícitamente en *Hipoteca de máximo...*, páginas 142-144; SAPENA: *Hipoteca cambiaria*, cit., pág. 257, con referencia a la doctrina italiana, también pacífica en este punto, y ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., IV, pág. 783.

(63) ROCA SASTRE, *loc. cit.* últimamente.

6. *Transmisión del crédito hipotecario*

A pesar de que ha habido alguna opinión disidente (64), prevalece entre los autores la de la aplicabilidad al caso de la hipoteca cambiaria del artículo 150 de la Ley Hipotecaria, según el cual «cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar obligaciones (léase «títulos») transferibles por endoso o al portador, el derecho hipotecario se entenderá transferido, con la obligación o con el título, *sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro*». Este es el pensamiento de SAPENA (*op. cit.*, págs. 264-265, con argumentos decisivos), ROCA SASTRE (65), VALLET (66) y GUIMERÁ (67), si bien este último considera que es aconsejable la inclusión de la cláusula por la que el deudor renuncia expresamente al derecho a ser notificado en el caso de que se ceda el crédito hipotecario. Estimamos, sin embargo, que esta cautela es absolutamente innecesaria cuando la hipoteca se ha constituido *también* en favor de los sucesivos tenedores de la cambial.

Hemos subrayado las correspondientes palabras del artículo 150 de la Ley por la conexión que pueden tener, a nuestro juicio, con el problema que en seguida suscitaremos, relativo a la aceptación por parte del acreedor y al requerimiento que a tal efecto prevé el artículo 141.

7. *La aceptación de la hipoteca cambiaria constituida unilateralmente*

1. En este apartado y en el siguiente vamos a referirnos a dos extremos que, por así decirlo, nos colocan ya en el centro de los problemas prácticos más importantes que plantea la figura que venimos contemplando.

En efecto, la peculiaridad de la hipoteca unilateral, puesta en relación con el no menor particularismo de la hipoteca cambiaria, suscita interesantes cuestiones en punto a la aceptación del acreedor y al requerimiento que prevé el artículo 141, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria. Son dos capítulos, además, de especial interés para el acreedor,

(64) PÉREZ JOFRE, cuyo criterio cita GUIMERÁ PERAZA, *op. cit.*, pág. 146. Sin embargo, y como SAPENA pone de manifiesto (*Hipoteca cambiaria*, cit., pág. 256), la opinión de PÉREZ JOFRE no es significativa, pues este autor se refiere—al hacer su comentario—a una hipoteca en garantía de *obligación futura*: la hipoteca por la letra cuando se endose.

(65) *Variaciones ...*, cit., págs. 261-262.

(66) *Introducción al estudio...*, cit., pág. 538.

(67) *Hipoteca de máximo...*, cit., págs. 146-147.

pues de la contestación que se dé a algunos de los interrogantes que aquéllos plantean puede depender la estabilidad del derecho constituido en su favor y, por tanto, el significado de seguridad o tranquilidad que a todas luces busca dicho acreedor en esta fórmula de garantía.

Hay que poner de relieve que no abundan los pronunciamientos doctrinales en torno a estas cuestiones—por virtud de la especialidad del supuesto de hecho—, y que en algunos puntos concretos el silencio es total (68). Sin embargo, creemos que es posible formular soluciones, que no dudaríamos en calificar de «seguras», fruto de un proceso interpretativo de adaptación de las generalidades de cada una de las dos figuras que entran en juego al particularismo del caso planteado.

2. En primer lugar, la *aceptación del acreedor*.

Como hemos dicho con anterioridad, la hipoteca unilateral *se constituye* en el momento de la inscripción de la correspondiente declaración, pero el derecho *es adquirido* por el acreedor cuando éste *inscribe* (dado el carácter constitutivo de la hipoteca) su aceptación. Es éste un principio que unánimemente expresa la doctrina (69), si bien hay que puntualizar—observación válida de ahora en adelante—que este criterio viene manifestado dentro de la teoría de la hipoteca unilateral. Y dado que la exposición doctrinal de esta forma hipotecaria gira siempre alrededor del supuesto «normal», que es el de hipoteca ordinaria o de tráfico, no es atrevido opinar que los pronunciamientos deben acogerse con reservas o como sujetos a posibles excepciones; tal podría ser la de la hipoteca cambiaria, cuyos rasgos se apartan tanto de la hipoteca «típica» que la *ratio* de algunos preceptos «generales» no concuerda con el modo de ser y producirse y con el mecanismo propio de la letra de cambio. A veces, la adaptación es realmente imposible (70).

Es con base en estos razonamientos, sin duda, por lo que ALBADALEJO (71) sostiene la interesante teoría—no contradicha por nadie, acep-

(68) En el tratamiento doctrinal de estas figuras se aprecia un rasgo curioso, aunque explicable. Consiste en que los autores, al referirse a la hipoteca de constitución unilateral, se suelen limitar a decir que puede establecerse *también* en garantía de letras de cambio (hipoteca cambiaria). Y al tratar de esta última—en el capítulo de hipotecas de seguridad, y confundida casi siempre en el caso general de «títulos transmisibles por endoso o al portador»—, se limitan a su vez a manifestar que puede constituirse unilateralmente. No es frecuente hallar soluciones explícitas al caso combinado «hipoteca unilateral-en garantía de letras».

(69) Por todos, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, IV, 1, cit., pág. 609.

(70) Por ejemplo, y como antes hemos dicho, la doctrina da por bueno que no es aplicable a la letra de cambio la disposición del párrafo tercero del artículo 154 de la Ley Hipotecaria.

(71) *La hipoteca unilateral...*, cit., pág. 83. Dice ALBADALEJO: «En este caso, las consecuencias que en el otro produce la *registración de la aceptación*, las produce la *aceptación sola*, que tiene lugar *al adquirirse los títulos emitidos*» (el subrayado es nuestro).

tada por SAPENA (72) y parece que admitida por ROCA SASTRE (73)—según la cual *no es necesario registrar la aceptación a que se refiere el artículo 141 de la Ley Hipotecaria en el caso de las hipotecas constituidas en garantía de títulos-valores del artículo 154 de la misma Ley.*

Esta interpretación, aun reconociéndola discutible, tiene a nuestro juicio mucho fundamento. Es la propia naturaleza de los títulos—llamados por definición a circular, con la consiguiente indeterminabilidad del titular de los mismos—la que hace inviable el requerimiento a que se refiere el párrafo segundo del mismo artículo 141; y, decaída esta forma de intimación que el requerimiento constituye, no se ve el sentido de la necesidad de aceptación.

Planteada la cuestión en el terreno de los títulos endosables o al portador en general (esto es, incluida la letra de cambio, pero no sólo ella), la fórmula de la aceptación constituye un elemento *perturbador y absurdo.*

Es *perturbador* en el caso de títulos *emitidos en masa.* No es fácil de imaginar el supuesto de cientos o miles de obligacionistas, por ejemplo, acudiendo al Registro para hacer constar su aceptación de una hipoteca que, por principio, se constituyó unilateralmente en su favor por la entidad emisora; una aceptación, además, que debe darse por supuesta e implícita desde el momento mismo de la adquisición del título.

Y es *absurdo* si contemplamos la *ratio* o justificación del presunto mandato que impone la aceptación del acreedor cartular.

Hacemos hincapié en el adjetivo «presunto» porque—y ésta es una observación que a nuestro juicio escapa a todos los comentaristas—en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, si bien se mira, *no se dice que siempre es necesaria la aceptación*, sino que *la aceptación se hará constar en el Registro.* Es indudable que se debe reducir el precepto a aquellos casos en que la aceptación es imprescindible, pero de él no se puede extraer la conclusión de que *en todo caso lo es.* Dicho en otras palabras, el artículo 141 ha de ponerse en relación con los principios sustantivos—propios de cada modalidad y por ello acaso diferentes entre sí—, que serán los que digan cuándo es necesaria y cuándo no la aceptación.

Pero aunque quisiéramos dar al artículo 141 la mayor generalidad, es obvio que su mandato habría de interpretarse a la luz de las singulares características de cada tipo de hipoteca unilateral.

Reproduzcamos a estos efectos las palabras de SAPENA (74). Este autor, después de haber dicho que la garantía se establece en favor de los suce-

(72) *Hipoteca cambiaria...*, cit., pág. 259.

(73) *Variaciones...*, cit., pág. 256. Este autor invoca el argumento, no muy decisivo por sí solo, de que el artículo 154 no exige la constancia registral de la aceptación.

(74) *Hipoteca cambiaria...*, cit., pág. 259.

sivos endosatarios o tenedores legítimos, dice: «Consecuencia de esta indeterminación del acreedor es que no se precise acuerdo para la constitución de la hipoteca, que es de tipo unilateral (75), sin requerir tampoco la expresa aceptación posterior del acreedor para su perfección. No lo dice así nuestra Ley Hipotecaria respecto a la hipoteca en garantía de títulos valores, pero no otra cosa se deduce de sus normas, las mismas por lo que a este punto atañe para títulos endosables que para títulos al portador, y siendo en estos últimos imposible, por su propia esencia, obtener la aceptación del acreedor, para todos debe entenderse dispensado este requisito. Lo cual *no quiere decir tampoco que la aceptación no se produzca, sino que lo que no se exige es la aceptación expresa de la hipoteca como derecho independiente del derecho incorporado al título, y que tampoco se requiere la anotación registral de la aceptación como en el supuesto ordinario de hipoteca unilateral* (76). Pues *hay aceptación tácita del tomador en la primera entrega de la letra o bien puede verse, estimándola latente en el interregno, en el hecho de ejercitar la acción hipotecaria*. Pero lo cierto es que la hipoteca ha nacido, *que existe sin necesidad de requisito posterior alguno...*».

En efecto, el momento de ingreso del derecho de hipoteca en el acervo del acreedor no puede ser la constancia registral de la aceptación—en el caso de hipoteca en garantía registral de una letra representativa de un crédito *ya existente*—, sino la «*aceptación*» del título mismo. No en vano la propia Ley reduce sensiblemente—hasta en su propia terminología—el alcance del hecho registral, pues dice que la aceptación—producida de antemano, por hipótesis—«se hará constar» en el Registro. Y además, «por nota marginal»; esto es, mediante un asiento de carácter secundario.

Es preciso resaltar además que el artículo 150 establece que en el caso de títulos endosables o al portador «el derecho hipotecario se entenderá transferido con la obligación o con el título». Hay que tener en cuenta (en esto nadie discrepa) que el «derecho» propiamente dicho sólo está en manos del acreedor cuando éste ha aceptado. De forma que, tratándose de hipoteca de constitución unilateral (que es la modalidad normal, y en algunos casos obligada, dentro de la hipótesis de garantía de títulos), *parece* que el cedente tendría que haber hecho constar su aceptación en el Registro para poder transmitir su derecho hipotecario. Pero a todas luces esto no es así: la aceptación del primer tenedor va implícita en la recepción del título, y la de los sucesivos tenedores también.

Concuerda perfectamente con estas ideas, por otra parte, el hecho de que para la ejecución de los títulos a que nos estamos refiriendo (art. 154)

(75) En rigor hemos de decir que *puede* ser unilateral o que *de ordinario* lo es. Esta observación es nuestra.

(76) Los subrayados de este pasaje son nuestros.

baste el «*certificado de la inscripción de la hipoteca*». Y en el caso de las unilaterales, como es sabido, esta inscripción es la referente a la declaración del constituyente; nada más.

Por si fuera poco, del artículo 156 se deduce que no repugna a la Ley la idea de una hipoteca que se adquiere implícitamente con la adquisición del título, pues permite la cancelación de hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador cuando éstos no han sido «puestos en circulación». Nada se dice—y hubiera sido admisible, de haber seguido hasta el límite el juego de una rigurosa y expresa aceptación—para el caso de que los títulos, ya emitidos, no hubieran dado lugar a las correspondientes aceptaciones por parte de los titulares. Evidentemente, este argumento tiene fuerza, sobre todo, en relación con el requerimiento a que nos referiremos en el apartado siguiente. Para probar que en el caso de títulos-valores no tiene aplicación el párrafo segundo del artículo 141.

3. Pero es que aunque se negasen todas las anteriores afirmaciones, lo indudable es que el acreedor (quien en cada momento sea tenedor de la letra) *puede hacer constar su aceptación en el Registro*, produciendo ésta—por la propia naturaleza de la hipoteca unilateral, tal y como viene perfilada en la Ley vigente, en opinión de la mayoría de los autores—efectos que «se retrotraerán a la fecha de la constitución» de la hipoteca.

Quiere decir que *en cualquier momento* puede aceptar el acreedor (y en teoría todos o algunos de los varios posibles endosatarios), haciendo con ello que la garantía hipotecaria tenga plena e indiscutible vigencia, con todo el significado privilegiado que el derecho real confiere. Rigiendo como fecha de nacimiento de la garantía—eficaz *erga omnes*—la de la constitución unilateral en su día inscrita (77).

Aplicadas estas conclusiones al caso que nos ocupa, se puede asegurar que la situación del tenedor de las cambiales garantizadas con hipoteca es similar, en cuanto a las consecuencias y posibilidades prácticas, a la del acreedor hipotecario «típico» (el que ha convenido la hipoteca o la ha aceptado ya registralmente).

Mas no es sólo esto, sino que el hecho de que lo único que deba constar en el Registro sea «la aceptación» de la persona en cuyo favor se ha constituido la hipoteca (los sucesivos tenedores, en el caso de la cambiaria), exime de algunos rigores formales. Por ejemplo, y siguiendo la opinión de ROCA SASTRE (78), parece obligado aceptar que para que el Re-

(77) Este dato de la fecha no sólo tiene interés por lo que se refiere a la posible insolvencia y ejecución (singular o universal) del deudor—que sin duda es el aspecto más visible—, sino también en el caso de quiebra del acreedor aceptante (ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., IV, 1, pág. 611).

(78) *Derecho Hipotecario*, cit., IV, 1, pág. 610.

gistrador practique la nota marginal necesita que se le presente un documento público *del que resulte* que ya ha habido aceptación, pero sin que esto signifique que esta aceptación deba ser expresa y solemnemente formalizada.

También se deduce de forma incuestionable—por virtud de la simple aplicación de los principios generales—que la prueba y constancia de una posible aceptación tácita pueden resultar de una declaración judicial al respecto, en cuyo caso—dice ROCA SASTRE (79)—«presentada la ejecutoria en el Registro, no cabe duda de que deberá extenderse la procedente nota marginal». Sin embargo, este supuesto no tiene, a nuestro juicio, más significado que el puramente académico, pues no se ve la necesidad de recurrir a un procedimiento judicial si el acreedor puede, cuando quiera y sin necesidad de la colaboración del dueño de la cosa hipotecada, hacer constar su aceptación por vía de una simple declaración en tal sentido. Sólo vemos aplicación a esta fórmula en el caso de que sea un acreedor del acreedor—a través de la acción subrogatoria del art. 1.111—quien tenga interés en dejar constancia registral de la aceptación manifestada tácitamente por su deudor.

8. *El requerimiento a que se refiere el párrafo segundo del artículo 141*

1. Según se desprende de la simple lectura de este precepto, su párrafo segundo consagra un medio de «provocación» para que la persona en cuyo favor se estableció la hipoteca se manifieste aceptándola o rechazándola. El silencio después de transcurridos dos meses tiene el valor legal de una negativa, pues entonces se permite al dueño de la cosa hipotecada cancelar la hipoteca.

Traemos a colación este extremo por cuanto puede afectar a la situación del acreedor hipotecario-tenedor de las letras garantizadas. En efecto, en un terreno de mera hipótesis podría dudarse de la seguridad o confianza que puede albergar ese tenedor, si, como es normal, su identidad no es conocida por el constituyente de la hipoteca (nos referimos, desde luego, a un tenedor distinto del tomador).

El problema está íntimamente conectado, como es obvio, con el relativo a la necesidad o no necesidad de aceptación en el caso de la hipoteca cambiaria, pues es incuestionable que el requerimiento a que nos referimos no podrá surtir los efectos típicos que la Ley le asigna si la aceptación no se requiere. Con el fin de contemplar todas las hipótesis, vamos a suponer que la aceptación sí es necesaria, aunque, como hemos visto,

(79) *Loc. cit.* en nota anterior.

la opinión de los pocos autores que se han manifestado al respecto es la contraria.

A partir de esta premisa, ocioso es señalar que, en el peor de los casos, si se entendiese que el citado requerimiento tiene cabida también en el supuesto de hipoteca cambiaria, no habría lugar a temor alguno para el tomador de la letra que no la ha endosado, es decir, que continúa siendo su titular o tenedor, pues respecto a él no existe problema de identificación por parte del constituyente de la hipoteca.

ROCA SASTRE (80) tiene el acierto de tocar este tema, que omiten los demás autores que hemos consultado, planteando con carácter general el problema de las *notificaciones* y *citaciones* que deban hacerse al titular de la hipoteca cambiaria.

Este autor sólo se refiere, sin embargo, a notificaciones de carácter procesal, o previas al proceso, o que tienden a evitarlo. Por ejemplo, la citación al acreedor con ocasión de la ejecución de un crédito hipotecario anterior o preferente; o para impugnar la validez de la hipoteca o de su inscripción; o para proceder al pago, con vistas a obtener la cancelación; etcétera. A mayor abundamiento, deben incluirse en esta problemática los requerimientos de otro orden, como es el del artículo 141.

El problema estriba en la circunstancia de que el acreedor hipotecario no consta nominativamente en el Registro, y no es razonable que el interesado se vea obligado a localizar a la persona que en cada momento sea tenedor de la cambial.

ROCA se adhiere al criterio que al efecto adopta el Código italiano (el de hacer las notificaciones a quien, según el Registro, intervino como propietario de la letra al tiempo de constituirse la hipoteca o al endosatario ulterior que hubiere hecho constar en el Registro su condición de tal), pues, aunque cree que no es fórmula «del todo satisfactoria», se ve obligado a reconocer que es «la única racionalmente posible».

2. Pero debe observarse que esta doctrina, que no admite contradicción fundada, gira alrededor de la conveniencia o favor *del deudor*, pues de lo que se trata con su planteamiento es de exonerarle de la difícil —«imposible» en términos jurídicos— carga de identificar al tenedor «actual» de la cambial.

Sin embargo, la cuestión debe enfocarse también desde el punto de vista del tenedor mismo, pues es claro que un hipotético requerimiento formulado por el propietario constituyente de la hipoteca a persona distinta de la que en ese momento es titular legítimo de la cambial podría venir a significar, en suma, la cancelación de la hipoteca establecida. Bastaría con que el Registrador comprobase que, pasados dos meses a contar

(80) *Variaciones...*, cit., págs. 262-263.

del requerimiento—cuya práctica podría serle fácilmente acreditada por el constituyente—, el destinatario del mismo (o requerido) no ha hecho constar su aceptación en el Registro. Este silencio no tendría relevancia en el plano de las relaciones que podríamos llamar internas, pues por hipótesis el requerido no es el legitimado para aceptar—por no ser en ese momento tenedor de la letra—, mientras que el verdadero legitimado para aceptar no ha sido requerido. No obstante, la cancelación que en su caso se practicara surtiría todos sus *efectos publicitarios o registrales*, entre ellos el de otorgar a tercero la facultad de desconocer la presunta subsistencia (en el terreno civil) de la hipoteca cancelada y, en consecuencia, el de verse liberado de sus efectos.

El problema puede resolverse en un doble plano.

a) El primero consiste en entender que el requerimiento a que nos venimos refiriendo es *también* posible en el caso de la hipoteca cambiaria. En este supuesto, parece indiscutible que sólo será eficaz el requerimiento que se formule al tenedor de la letra, cuya identidad puede ser conocida por el constituyente de la hipoteca por dos motivos: o por ser el tomador mismo, o por tratarse de un endosatario que hubiere hecho llegar a conocimiento de aquél su condición de tal. No es más que el criterio seguido por el Código italiano, al que, como hemos visto, se adhiere ROCA SASTRE.

De esta solución, «única racionalmente posible», se deduce que el Registrador, para practicar la cancelación, deberá tener constancia de que el requerimiento se ha dirigido, precisamente, a quien en el momento de practicarlo era tenedor de la cambial.

De esta consideración se infiere, a su vez, que la situación óptima, sobre la que no cabe discusión alguna, es la del tomador que mantiene la titularidad del efecto hasta el momento de su vencimiento, pues aun en la tesis de que el requerimiento del artículo 141 de la Ley Hipotecaria es viable en la hipoteca cambiaria, nadie podrá dudar de que el Registrador exigirá, para la práctica de la cancelación, la prueba de haber requerido al primer tenedor de la letra, cuya identidad, por otra parte, conviene que conste—y constará de ordinario—en la inscripción de constitución del gravamen real.

En relación con los sucesivos tenedores, todo induce a sostener que el requerimiento a que nos referimos sólo puede producir sus efectos—el de servir de fundamento a la petición de cancelación, sobre todo—cuando el constituyente de la hipoteca acredite que se ha dirigido a quien en aquel instante era tenedor de la cambial. Otra cosa sería desnaturalizar el significado teórico y la justificación práctica del crédito inmobiliario en su modalidad cambiaria.

b) Mas estas razones nos conducen al planteamiento de otra pregunta más sugestiva, que es *la de si se juzga siquiera posible, en el caso de la hipoteca cambiaria, mantener la facultad de requerir a que se refiera el párrafo segundo del mencionado artículo 141.*

A este respecto, y en favor de una contestación negativa, militan los dos argumentos siguientes.

En primer lugar, los invocados por la doctrina—una doctrina que no es abundante, como hemos dicho, pero que no ha tenido contradictor alguno—para sostener que en el caso de la hipoteca cambiaria *no es necesaria la aceptación de la persona en cuyo favor se hubiere establecido* (el tenedor), si la constitución fue unilateral. Los argumentos esgrimidos en este sentido son muy dignos de consideración, pero pueden suscitar algún recelo (nada más que recelo, pues no existe ningún imperativo técnico que los desvirtúe), a la luz del principio que otorga carácter constitutivo a la constancia registral de la hipoteca. Ciertamente es que esta nota, en rigor, se predica respecto de la *constitución* del gravamen, que, como hemos venido afirmando, se produce por la simple inscripción de la declaración unilateral de voluntad, siendo la aceptación, solamente, el momento determinante de la *adquisición del derecho* por parte del acreedor. Esta consideración podría, como decíamos, descartar hasta el mero recelo. Pero en el intento de buscar posiciones *seguras*, vamos a suponer que la aceptación es requisito indispensable, incluso tratándose de la hipoteca cambiaria.

Sobre esta base, los argumentos en pro de la no necesidad de aceptación se convierten en razones todavía más poderosas y exentas de dudas si de lo que se trata es de defender que, aun siendo precisa la aceptación, no es aplicable al caso de la hipoteca cambiaria el contenido del repetido párrafo segundo del artículo 141.

Pero el argumento principal, a nuestro juicio, es el que se desprende del análisis de la *ratio* del mandato—en realidad, permisión—contenido en el referido párrafo.

Evidentemente, la justificación de la norma no es la de otorgar al constituyente de la hipoteca un medio para sustraerse a las consecuencias de su decisión constitutiva. Esta finalidad no concuerda con el hecho de que una simple expresión unilateral de voluntad—la aceptación del acreedor—baste para frustrar tal pretendido propósito legal. Lo que explica el precepto, por el contrario, es, como dice ROCA SASTRE (81), «la conveniencia de despejar situaciones interinas o de pendencia». Ahora bien, ¿dónde residen las interinidades o pendencias posibles que fundamentan esta justificación? Para contestar a esta pregunta es necesario par-

(81) *Derecho Hipotecario*, cit , IV, 1, pág. 612.

tir del hecho de que la figura de la hipoteca unilateral, en su modalidad típica—que no es precisamente la cambiaria—tiene especial sentido como medio de garantía de obligaciones futuras. No debe ser una mera casualidad el que esta última figura—la hipoteca en garantía de una obligación futura—venga prevista por la Ley en el artículo siguiente (el 142) a aquel en que se han sentado las líneas maestras de la hipoteca unilateral. Por otro lado, apoya a este argumento la práctica bancaria y notarial, que, como advierten los autores, se anticipó a la Ley (a la reforma de 1944-46) con la frecuente utilización de hipotecas unilaterales para asegurar posibles créditos futuros. Incluso la propia hipoteca cambiaria de constitución unilateral puede tener esta explicación práctica. Así lo ponía de relieve SAPENA (82) hace ya tiempo, al establecer la relación entre la letra de cambio y algunas instituciones típicamente mercantiles (bancarias) como cuenta corriente, apertura de crédito, descuento, etc. En el mismo sentido, GUIMERÁ (83), que al tratar de la hipoteca cambiaria alude expresamente a la posible indeterminación inicial del *quantum* de la obligación garantizada, que acaso sea desconocido al constituirse la hipoteca.

Pero todas estas consideraciones están vertidas en torno a una modalidad hipotecaria (la hipoteca de máximo) que no es la que se ofrece en el caso que nos hemos planteado como hipótesis de trabajo, pues en él la obligación está perfectamente determinada cuando se constituye el gravamen por disposición unilateral del dueño del bien hipotecado, y, además, es una obligación *nacida ya, no futura*.

Estas observaciones nos vuelven a remitir a la justificación del párrafo segundo del artículo 141, sobre el cual, en apreciación que creemos impecable, dice ROCA SASTRE en otro lugar: «... Al atribuir sustancia material y no meramente formal al acto de imposición unilateral de hipoteca, el legislador español se ha inspirado en principios distintos, o sea, en considerar que el hipotecante queda vinculado o, mejor dicho, sujeto a mantener el gravamen hipotecario, dejando la suerte de dicho acto a la voluntad del acreedor llamado a ser titular de la hipoteca; pero por razones empíricas encaminadas a evitar que la situación de hipoteca constituida pero sin aceptar se prolongue demasiado, sembrando inseguridad en perjuicio del dueño de los bienes o de posibles terceros, la ley concede a este dueño o propietario un medio para compeler al acreedor o que se decida por aceptar o rechazar la hipoteca, precipitando los acontecimientos y despejando la situación» (84).

(82) «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1952, págs. 925 y ss.

(83) *Hipoteca de máximo...*, cit., págs. 141-142.

(84) *Loc. cit.* en último lugar, pág. 614.

Mas en el caso de deuda ya existente no hay riesgo para el constituyente, ni lo hay para terceros, ni se da una situación que deba ser despejada.

No hay riesgo para el dueño de la cosa hipotecada, en el sentido jurídico del término, pues cuando constituyó el gravamen lo hacía en función de una obligación ya contraída, y sujeta, además, a un plazo perfectamente determinado, cual es el vencimiento de las cambiales. GUIMERÁ PERAZA (85) se refiere precisamente a este elemento-tiempo, en relación con la hipoteca cambiaria, y se remite al parecer de PÉREZ JOFRE, según el cual hay que distinguir entre letras giradas y aceptadas, pero no descontadas o negociadas, y la hipoteca constituida en garantía de obligaciones absolutamente futuras (*sic*), derivadas de letras aún no creadas. Prescindiendo de la corrección o incorrección técnica de este planteamiento —pues en el segundo caso no hay propiamente hipoteca cambiaria—, lo interesante es señalar que en lo que respecta al primero se soslaya fácilmente el problema de la duración del gravamen, pues «si es en garantía de una letra determinada... ya consta en la letra».

Tampoco hay riesgos para terceros, que saben cubierta una «porción de valor» de la cosa hipotecada en virtud de la perfecta determinación del *quantum* de la obligación asegurada y conocen la estricta fijación de un vencimiento concreto (el de la propia cambial).

Por tanto, no hay incertidumbre objetiva en la situación planteada, y de ahí que no sea preciso despejar ninguna incógnita, pues la identidad del deudor se conoce (es el librado); se halla identificado el dueño de la cosa hipotecada (caso de no ser la misma persona); también gozan de publicidad la cuantía de la deuda y su vencimiento; y, por fin, en lo que al acreedor respecta, su identidad no puede ser determinada de antemano, mas esta circunstancia no es obstáculo para el correcto funcionamiento de la garantía real, sino, todo lo contrario, *consecuencia necesaria* de la admisión de la hipoteca cambiaria (y en general, de la constituida en garantía de cualquier clase de título transmisible por endoso o al portador).

9. Conclusiones sobre los dos apartados precedentes

Todo lo expuesto permite llegar a las siguientes conclusiones:

1) Que la doctrina de los autores se inclina hacia la tesis de que en el caso de la hipoteca cambiaria no se precisa la constancia registral de la aceptación por parte del acreedor. En nuestra opinión, esta teoría tiene

(85) *Hipoteca de máximo...*, cit., págs. 144-145.

sólido fundamento y no existe argumentación legal o doctrinal que permita ponerla en entredicho.

2) Que, aceptada la tesis que acabamos de mencionar, su consecuencia indiscutible es que la hipoteca cambiaria constituida unilateralmente produce *todos* los efectos propios de ese derecho real de garantía desde el momento de la inscripción del acto constitutivo. Y desde ese mismo momento está el acreedor en condiciones de ejercitar las facultades inherentes a tal derecho.

3) Aun admitiendo que la necesidad de expresión registral de la aceptación alcance también a la hipoteca cambiaria, es incuestionable que dicha expresión podrá producirse en el instante en que cualquier tenedor desee hacerlo, sin necesidad de ningún tipo de colaboración por parte del dueño de la cosa hipotecada, ni del librado (si fuere distinto), ni de los tenedores precedentes (si los hubiera habido). Quiere decir que ningún peligro acecha a quien en cada instante reviste esa condición de tenedor.

4) En relación con el apartado precedente, el único temor que podría albergar el tenedor de la cambial habría de ser, hipotéticamente, el de la práctica de una cancelación del gravamen, a instancias del propio constituyente, y al amparo de esa especie de «denegación tácita» o «presunción de denegación» que se infiere del artículo 141, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria.

Pero a este respecto ha de observarse:

a) Que los argumentos que sugiere la doctrina para sostener que en la hipoteca cambiaria no se requiere la constancia registral de la aceptación por el acreedor valen todavía más—por estar exentos de las reservas que en el anterior sentido podrían suscitar—para defender que en la hipoteca cambiaria no procede la práctica del requerimiento que da lugar a la referida «denegación tácita».

b) Que a la misma conclusión conduce la aplicación de los principios que gobiernan el mecanismo cambiario. Dicho en otras palabras, de no aceptar la mencionada conclusión se rompería la estrecha conexión que por principio debe existir entre título-valor e hipoteca.

c) Que, en un terreno rigurosamente registral, el Registrador no podría admitir la solicitud de cancelación mientras no se probase que el requerimiento se ha formulado a la persona idónea, que en este caso es el tenedor de la cambial. A este respecto ha dicho recientemente CAMY (86) que para la práctica de la cancelación deberá presentarse en el Registro, además de la escritura cancelatoria, el requerimiento acreditativo de la iniciación del plazo. Es evidente que el Registrador tiene bastante con el requerimiento en sí, cuando la identidad de la persona en cuyo favor se constituyó la hipoteca unilateral se desprende del propio Registro. Pero

(86) *Comentarios...*, cit., pág. 860.

tratándose de letra de cambio, cuyo tenedor puede variar, parece claro que el Registrador no debe contentarse con la prueba de que el requerimiento fue formulado al tomador o primer tenedor (que es, por así decirlo, un «tenedor registral»).

d) Que, no obstante, nada parece contradecir la posibilidad de que el dueño de la cosa hipotecada pueda dirigir su requerimiento contra el tenedor efectivo de la cambial, si se halla en condiciones de acreditar su titularidad en ese momento. Sin embargo, no cabe atribuir gran fuerza a la sola práctica del requerimiento, pues su eficacia (la del párrafo segundo del art. 141) depende de si se juzga o no necesaria la aceptación del acreedor en el caso concreto de la hipoteca cambiaria.

e) Que podría ser interesante—aunque no es tema que afecte directamente a la cuestión planteada—decidir si existe en nuestro Derecho registral algún medio que permita dejar constancia en el Registro (art. 150 de la Ley Hipotecaria, a *sensu contrario*), a través de un asiento que no sea el de inscripción a que se refiere el artículo 149, del endoso que eventualmente se realice de las cambiales garantizadas con la hipoteca.

5) Lo que con seguridad podemos afirmar es que la situación óptima y exenta de vacilaciones o dudas es la del tomador que mantiene la titularidad de los efectos garantizados, esto es, que no los endosa.

Es óptima, porque la aceptación está exclusivamente en su manos *siempre*. Con la decisiva retroacción de efectos que establece el artículo 141 de la Ley.

Y óptima, asimismo, porque lo que nadie puede dudar es que, de ser viable en nuestro caso (cosa que desde luego negamos) el requerimiento a que alude el propio artículo 141, en su párrafo segundo, tendría que serle formulado a él, imperativamente. Con la consiguiente facultad de hacer constar su aceptación en el término de dos meses.

6) Es *aconsejable* aceptar expresamente, y hacer constar la aceptación en el Registro, antes de practicar el endoso de la letra. Es precaución justificada, para tener absoluta seguridad de la eficacia real de la garantía, en función de un posible regreso de la letra. Se trata de la extraña, pero posible hipótesis, de un tenedor que rehúsa el ejercicio de la acción hipotecaria contra el dueño de los bienes sujetos a gravamen y opta por la fórmula (exclusivamente cambiaria) del regreso de la letra.

10. Ejecución y cancelación de la hipoteca cambiaria

Son éstos dos momentos que no suscitan problema alguno en relación con las cuestiones que nos estamos formulando.

Por este motivo, nos limitamos a hacer una remisión a los artículos 155 y 156 de la Ley Hipotecaria, que reglamentan ambos extremos.

Como referencia doctrinal, es aconsejable la consulta de GUIMERÁ PERAZA (87), SAPENA (88) y ROCA SASTRE (89). Estos tres autores ofrecen el aliciente de referirse, precisamente, a la ejecución y cancelación de la «especie» (hipoteca cambiaria), y no, como hacen los demás publicistas, al «género» (hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador). Es especialmente interesante el trabajo del segundo de los autores citados.

IV. CONCLUSIONES GENERALES

Como simple aplicación de cuanto hemos expuesto, y tratando de evitar formulaciones doctrinales que, por obvias, juzgamos innecesario desarrollar, proponemos a continuación las siguientes conclusiones:

1. Las hipotecas constituidas de forma unilateral en garantía del pago de diversas letras de cambio, y en favor de distintas entidades bancarias tomadoras de los efectos, pueden reunir todos los requisitos materiales y de fondo necesarios para la producción de *la totalidad* de los efectos típicos del gravamen real que se pretendió constituir.

2. Es *dudoso* que sea aplicable a este supuesto el requisito de la constancia registral de la aceptación de las hipotecas por parte de los distintos tenedores. A pesar de que es extremo discutible, nos inclinamos por la contestación negativa.

3. Aunque se entendiese que el referido requisito de constancia registral alcanza también a las hipotecas cambiarias que nos ocupan, consideramos incuestionable que los tenedores de las cambiales ostentan la facultad de manifestar en cualquier momento e inscribir en el Registro—en ambos casos sin necesidad de ninguna colaboración por parte del hipotecante—la aceptación de las hipotecas constituidas por este último en su favor.

4. La afirmación contenida en el párrafo anterior debe entenderse en sentido absoluto, de forma que la eventual aceptación podría manifestarse y anotarse incluso después del vencimiento de las cambiales y aun hallándose el hipotecante-aceptante afectado por un procedimiento judicial de ejecución, sea individual, sea universal.

5. Cualquiera que fuere el momento en que se manifestase y anotase la eventual aceptación, surtiría *todos* los efectos propios de una genuina hipoteca—entre partes y frente a terceros—, pero además retrotraídos al instante de su constitución registral. Esto es, desde el día de la inscripción de la escritura correspondiente.

(87) *Hipoteca de máximo...*, cit., págs. 147-152.

(88) *Hipoteca cambiaria...*, cit., págs. 265-286.

(89) *Variaciones ...*, cit., págs. 263-264.

6. Como consecuencia de lo anterior, el acreedor tenedor de las cambiales gozaría *plenamente*, con sólo quererlo así, de la condición de acreedor hipotecario, tanto en una tercería de mejor derecho opuesta a otro acreedor como en una situación de concordato preventivo (suspensión de pagos), como en la hipótesis de ejecución universal (quiebra). Beneficiándose, por ello, de *todas* las ventajas características del derecho real de hipoteca (derecho de abstención, prelación, etc.).

7. El rango del derecho real constituido en favor de los tenedores de los efectos será el que en cada caso se desprenda del juego de la prioridad registral, que en cuanto a estas hipotecas nos remitirá al instante en que fue inscrita la escritura constitutiva.

8. Se puede considerar seguro que el endoso de los efectos no altera en absoluto la aplicación de las conclusiones que preceden. Pero sería aconsejable notificar fehacientemente al hipotecante la práctica de tales endosos, si se produjeran, con expresión de la identidad del endosatario.

9. Si se proyecta practicar algún endoso, creemos prudente *ad cautelam*—aunque no lo estimamos necesario—hacer constar en los efectos mismos, bajo fe de Notario, la circunstancia de hallarse garantizados con la hipoteca del caso y los datos fundamentales de la constitución de ésta.

10. Es claro que la constitución del gravamen real, y por ende la suerte del correlativo derecho en favor del acreedor, pueden verse afectados por el juego de las reglas jurídicas generales determinantes de la ineficacia originaria o sobrevenida de un acto jurídico cualquiera. Por ejemplo, no se podrían sustraer a una eventual acción de nulidad, o a las de rescisión o revocación (arts. 1.291 y sigs. y 1.111 del Código Civil), o a la mecánica de la retroacción de la quiebra (arts. 878 y sigs. del Código de Comercio). Pero el gravamen y el derecho del caso quedarían afectados *exactamente en la misma medida* en que lo sería una hipoteca bilateral o convencional, esto es, una hipoteca normal o típica.

11. En conclusión, estimamos que el tenedor de las cambiales garantizadas goza de la misma condición y se beneficia de la misma seguridad que las que ostentaría si se tratase de hipotecas constituidas por contrato y no de forma unilateral.

La situación, conceptualmente, no es, desde luego, la misma. Pero a efectos prácticos puede y debe entenderse que sí lo es, pues en definitiva se halla en manos del tenedor, de forma exclusiva, la facultad de conseguir que lo sea.

RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

Profesor de Derecho civil
de la Universidad de Deusto

El artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas

Sin temor a equivocarnos podemos afirmar que el indicado precepto es el más polémico de los contenidos en la Ley, no sólo por su incorrecta redacción, que se presta a múltiples y encontradas interpretaciones, sino porque su frecuente aplicación práctica, al jugar en todo acto de constitución de sociedades anónimas y en los sucesivos nombramientos de administradores, hace que los continuos casos de aplicación hayan motivado resoluciones y sentencias no siempre concordantes entre sí, ni tan siquiera fácilmente armonizables, sin que la doctrina, también dividida en su interpretación, haya llegado a precisar completamente su sentido, por lo que, en vez de esclarecer éste, la confusión va siendo cada vez mayor, si bien poco a poco la jurisprudencia va sentando criterios más o menos acertados, pero a los que hemos de atenernos en la práctica.

Sin ánimo de esclarecer totalmente los problemas que plantea, pues ello precisará de un estudio más concienzudo por plumas más autorizadas, pero sí movido por la necesidad de disponer de un criterio para su aplicación práctica, nos hemos decidido a exponer nuestro modesto punto de vista, incitados especialmente por el hecho de la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1978 y por la circunstancia de ser tenido en cuenta el citado artículo por el reciente Congreso Notarial celebrado en esta población, en que bajo la excelente ponencia de nuestro querido compañero CARMELO DE MOTTA se ha abordado el tema de la duración del cargo de Administrador, si bien las conclusiones a que el citado Congreso llega han quedado, a nuestro juicio, algo desvirtuadas por la sentencia anteriormente citada.

El tenor literal del citado precepto es el siguiente: «Los administradores designados en el acto constitutivo no podrán ejercer su cargo por un plazo mayor de cinco años, y podrán, sin embargo, ser indefinidamente reelegidos».

El precepto tiene una dicción ciertamente confusa, pues ya el propio sujeto de la oración, «los administradores nombrados en el acto constitutivo», nos plantea el primer problema, o sea, el de que hemos de entender por acto constitutivo.

En nuestra legislación relativa a las sociedades mercantiles, el acto constitutivo es complejo, ya que requiere el otorgamiento de la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil. Mientras no se hayan cumplido ambos requisitos no podemos decir que la sociedad esté perfectamente constituida. Sin embargo, no parece ser a este contenido amplio del acto constitutivo al que se refiere el legislador; antes bien, los términos «acto constitutivo» parecen querer significar escritura de constitución; mas, aun interpretado así, se presta a confusión, pues dentro de la escritura de constitución se contiene no sólo el otorgamiento relativo a la creación de la sociedad, sino también los Estatutos que habrán de regirla y el acuerdo de la mal llamada Junta General por la que se procede al nombramiento de los administradores sociales, e incluso la propia sesión del Consejo de Administración nombrado, si el órgano es colectivo, por la que éste asigna los cargos y procede al nombramiento de Consejero delegado.

Todo ello es escritura de constitución, mas surge la duda de si es también el acto constitutivo a que se refiere la ley. Por lo que se refiere a los Estatutos parece evidente, dado que en ellos se contienen los pactos y condiciones a que se refiere el Código de Comercio, mas los restantes actos a que hacemos referencia no lo son tanto, e incluso la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974 parece contraria a considerarlos como tales al afirmar que los nombramientos hechos en el título constitutivo en Junta General no están comprendidos en el acto constitutivo y no les afecta la limitación contenida en el artículo 72.

Sin embargo, no nos parece acertada la doctrina contenida en la referida sentencia, considerada así en términos generales, aunque pueda ser justa en el supuesto de hecho contemplado en la sentencia, e incluso parece ser contradictoria en sí misma, pues si bien de no aceptar tal solución la sociedad hubiese tenido que llegar a la paralización por carecer de órganos administrativos, ya que sus nombramientos habían caducado, y no habría personas legitimadas para convocar la Junta General necesaria para proceder a la reelección o nombramiento de los nuevos administradores, sin embargo, ello no supone que el acto constitutivo quede restringido exclusivamente a tan reducidos límites y bastaría para llegar a idéntico resultado la actuación de tales administradores como administradores de hecho, necesitados naturalmente de la subsiguiente ratificación y reelección para su legal actuación, y de hecho a esa misma razón atiende la sentencia al admitir la validez de la actuación de los mismos en orden

a la convocatoria de la Junta General que habría de reelegirlos, con lo que de hecho está admitiendo no la subsistencia de su nombramiento, pues de ser así no precisarían de reelección alguna, sino la posibilidad de su actuación en aras del principio de conservación de la empresa, aunque su mandato esté caducado y a los limitados efectos que hemos visto.

En este mismo sentido, como veremos más adelante, se pronuncian diversas Resoluciones de la Dirección General, y especialmente la reciente de 12 de mayo de 1978.

Aún cabe sostener una postura más restringida en orden a lo que se entiende por acto constitutivo referido al nombramiento de administradores, la de que la limitación del artículo 72 sólo se concreta a los nombramientos de administradores hechos en los Estatutos sociales.

Esta postura podría encontrar su amparo en la terminología, no demasiado correcta, de la Resolución de 8 de junio de 1972, al decir en su segundo considerando «que la Ley de Sociedades Anónimas sólo ha querido limitar y ha limitado—al tiempo que asegurado—la vigencia del nombramiento de administradores hecho en el acto constitutivo, señalando al efecto un plazo de ejercicio no superior a los cinco años, aunque puedan ser indefinidamente reelegidos, saliendo al paso de un posible enquistamiento y vinculación a esa gestión que, *por su carácter estatutario*, resulta más rígido, pues exige para su modificación unos quórum especiales».

Necesariamente hemos de calificar de confusa esta doctrina, pues los nombramientos hechos en el acto constitutivo pueden no estar en los Estatutos. Es más, de hecho la práctica nos demuestra que en las sociedades anónimas nunca lo están; e incluso añadiríamos que ni están ni deben estar, pues de admitirse así, la revocación de tales nombramientos exigiría la modificación de los mismos con la exigencia de los quórum reforzados de asistencia que señala el artículo 58 de la Ley, lo cual restringiría la facultad de libre revocabilidad de los administradores, como ya señalaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 31-V-57. Los Estatutos han de contener la expresión de cuál es el órgano de administración conforme a lo establecido en el artículo 11 de la Ley, mas no la designación de las personas que lo ejerzan. Esta designación, que, a nuestro modesto juicio, sigue siendo acto constitutivo, la harán los fundadores o la Junta General conforme a los artículos 15 y 71 de la Ley. Y así, el artículo 15 nos dice: «Los fundadores pueden designar en la escritura social las personas que han de ejercer el cargo de administradores. Los así nombrados deberán someter su nombramiento a la aprobación de la primera Junta General». Como vemos, el precepto se refiere no al acto constitutivo, sino a la escritura social, y es evidente que no está pensando en la actuación de los mismos formando Junta, sino como personas indivi-

duales, pues de otro modo carecería de sentido el segundo párrafo del propio artículo, al exigir que tales nombramientos sean aprobados por la primera Junta General.

Todo ello resulta lógico si pensamos que los nombramientos de los administradores, según el artículo 71 de la Ley, son competencia de la Junta General y no pueden existir, en puridad de doctrina, Juntas Generales que conformen la voluntad de una persona jurídica, la sociedad, mientras tal persona no tenga existencia jurídica; y, como sabemos, la personalidad de la sociedad sólo se obtiene con la inscripción, por lo que mientras este requisito no se cumple sólo existen voluntades individuales y no voluntad social propiamente dicha. Así lo confirma el artículo 7 de la propia Ley al referirse a los contratos realizados en el tiempo que media entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción en el Registro.

Ello nos conduce a la tesis de que el acto constitutivo finaliza con la inscripción y no con el otorgamiento de la escritura, por lo que los nombramientos de administradores sean hechos en el propio otorgamiento del contrato social o después de él, en esa llamada Junta General, se verían igualmente afectados por la limitación del artículo 72.

Cierto que, como decíamos más arriba, no parece ser ese el sentido que daba el legislador a lo que entendía por acto constitutivo, según vimos en la Sentencia de 22 de octubre de 1974, pero de otro modo el artículo 72, que contiene una clara prohibición, quedaría totalmente inoperante, pues bastaría realizar el nombramiento en la propia escritura, tal como dice la sentencia, en Junta General, o bien en escritura separada a continuación de la de constitución, para que tal prohibición quedase totalmente burlada.

Es más, de admitir esta última posibilidad, llegaríamos a la conclusión de tener que admitir posibles inscripciones de sociedades carentes de la designación de las personas que han de ejercer los cargos de administradores, con la consiguiente falta de operatividad de las mismas, ya que las Juntas Generales son órganos deliberantes, mas no ejecutivos, y, por consiguiente, quedarían sin posibilidad de actuar.

¿Qué es lo que ha sucedido? Sencillamente que el artículo 72 ha sido notoriamente impreciso en su redacción al hablarnos de acto constitutivo, consignando una prohibición que puede quedar totalmente carente de contenido y virtualidad y que no responde a lo que parece ser querido por el legislador.

Efectivamente, la intención del legislador es, como ya nos dice la Resolución de 8 de junio de 1972, la de evitar el enquistamiento y vinculación de esos primeros administradores que nombrados por los socios fundadores pueden suponer una actuación permanente, en detrimento y perjuicio de los futuros socios que representen minorías en la sociedad.

Ello se evita limitando el período de su posible actuación, a cuya finalidad responde el artículo que comentamos, pues transcurrido el período legal las minorías podrán ejercitar la facultad de representación proporcional en el Consejo que les otorga el artículo 71 de la Ley. Luego si tal es la finalidad del precepto, es evidente que ésta no se consigue si no es interpretando que tal limitación afecta a los *primeros administradores*, bien sean los designados por los fundadores en la escritura social, o bien los designados en la Junta General subsiguiente, ya lo sea en la propia escritura social o en otra posterior.

Esta es la conclusión a que llegaríamos interpretando que la limitación sólo actúa respecto de los nombrados en el acto constitutivo, pero como veremos más adelante creemos que tal limitación es igualmente aplicable a los restantes administradores, lo cual nos lleva a examinar un segundo problema: el de si los posteriores nombramientos o las reelecciones de los nombrados pueden hacerse sin limitación de tiempo o por tiempo indefinido.

Como muy bien dice MOTTA en la ponencia citada, ni la doctrina, ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni las Resoluciones de la Dirección General han dado luz sobre el asunto, y añadimos nosotros que ello quizá sea debido a que la necesidad de fallar supuestos concretos ha impedido llegar a formar una doctrina unitaria, atendiendo más a la justicia individual o a la solución menos dañosa en el supuesto de hecho, que a la formación de una doctrina jurídica que sirviese de normativa común a la multiplicidad de supuestos que la práctica plantea.

Así URÍA nos dice: «El cargo de administrador es temporal. El nombramiento realizado en el acto constitutivo no podrá exceder de cinco años. Los efectuados posteriormente sí. Aunque la ley no lo exija explícitamente, los Estatutos deben fijar el tiempo de duración del cargo de administrador, pues de varios preceptos se infiere que el espíritu legal es el del cese periódico de los administradores; así el artículo 72 dice que los administradores pueden ser indefinidamente reelegibles y el artículo 73 habla de que la renovación del Consejo se hará parcialmente y prevé el modo de cubrir las vacantes producidas durante el plazo para que fueron nombrados».

En el mismo sentido de señalamiento de plazo, SÁNCHEZ CALERO, después de transcribir el artículo 72, nos dice: «Este plazo no rige para los designados durante la vida social, pues los Estatutos pueden fijar su duración libremente, si bien han de señalar un plazo».

También BROSETA dice: «La duración en el cargo de estos administradores nombrados en el acto constitutivo no podrá ser superior a cinco años...», y añade: «Dada la temporalidad del nombramiento, se preocupa el legislador de establecer—aunque no de forma suficientemente clara y

completa—el procedimiento para la designación de administradores, por expiración o revocación del mandato conferido a los designados en el acto constitutivo: los nuevos administradores deberán ser designados por la Junta General y podrán serlo, a diferencia de lo que ocurre con los nombrados en el momento constitutivo, por plazo superior a cinco años (ver Sentencia de 3 de mayo de 1956)».

Por contra, GARRIGUES en su *Curso*, tomo I, página 482, nos dice: «Sólo impone la ley un plazo máximo para el ejercicio del cargo de administrador de la sociedad con respecto a los administradores designados por los fundadores en el acto constitutivo, siendo en tal caso el plazo de cinco años (art. 72). En todos los demás casos puede ser libremente fijada la duración del nombramiento como administrador, siendo incluso posible dejar sin fijar el plazo de duración o efectuar el nombramiento con carácter indefinido». y añade: «No parece acertada la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974, conforme a la cual no es aplicable el límite máximo de cinco años del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas al nombramiento de administradores hecho por los fundadores de la sociedad, que, a continuación del acto fundacional, se reúnen en la que denominan Junta General y cuyos acuerdos se recogen en la propia escritura de fundación».

«El Tribunal Supremo considera no aplicable a estos nombramientos el plazo del artículo 72 porque están hechos en Junta, que tiene el carácter de universal. Esta doctrina es criticable, ya que contradice claramente la finalidad perseguida por el legislador en el artículo 72 y además porque la sociedad no existe como tal antes de la inscripción en el Registro Mercantil y, por tanto, no puede celebrar Juntas Generales, aunque sea ésa una práctica muy extendida. Si los fundadores quieren designar a los primeros administradores deben hacerlo directamente en la escritura de constitución, como indica el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas».

En el mismo sentido de admitir los nombramientos por tiempo indefinido se manifiesta CÁMARA, al decir: «la interpretación que se propone el artículo 73 tiene como presupuesto, según se ha dicho, la innecesidad de que se limite temporalmente el ejercicio del cargo de administrador. A nuestro entender, la improcedencia de tal limitación viene determinada no sólo por la circunstancia de que ningún precepto legal la establece, sino porque así resulta del artículo 72, del cual se infiere que sólo los administradores nombrados en el acto constitutivo deben cesar después de transcurrido el plazo de cinco años».

BÉRGAMO, por su parte, declara que «los administradores actúan como tales por tiempo limitado», y GARRIGUES y URÍA, en sus *Comentarios a*

la ley, admiten los nombramientos por tiempo indefinido y rechazan los nombramientos vitalicios.

Esta misma disparidad de criterios se observa tanto en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, que no los admite en la de 18 de abril de 1958 y 30 de mayo de 1974, y, en cambio, admite la designación sin plazo de actuación en la de 8 de junio de 1972, como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la niega en las Sentencias de 3 de mayo de 1956 y 10 de junio de 1978, mientras parece admitirlos en la de 22 de octubre de 1974.

Todo ello confirma que la cuestión es harto discutible, admitiendo defensa cualquier posición doctrinal, lo que hace preciso cada vez más, dada la importancia del tema, una reforma legal que aclare las numerosas dudas que el precepto plantea.

Por nuestra parte, examinaremos en primer lugar la posibilidad de los nombramientos por tiempo indefinido.

Esta, como vemos, es una de las cuestiones que más ha preocupado a la doctrina. La cuestión tiene una indudable importancia práctica, como señala CÁMARA, la de que las sociedades olvidan proceder a las reelecciones y, de hecho, frecuentemente aparecen actuando con administradores con mandato caducado, problema que afecta gravemente a la clase notarial por cuanto el Notario ha de apreciar la capacidad del compareciente en el otorgamiento, y la dación de fe de que el otorgante se encuentra en el ejercicio legítimo del cargo es algo que, con sobrada razón, no gusta a los Notarios, dado que la revocación ha podido producirse en cualquier momento. Así, pues, salvo en supuestos específicos en que expresamente lo exige la legislación, como el contemplado en el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, correctamente se limitan a transcribir la parte de la escritura en que consta el nombramiento, así como los preceptos estatutarios de los que resultan sus facultades y la duración del cargo.

Ante esta dificultad abogan, en su inmensa mayoría, por la posibilidad de tales nombramientos con carácter indefinido, y de ello son buena prueba las recientes conclusiones del anteriormente reseñado Congreso Notarial. Sin embargo, tal posición parece haber sufrido un rudo golpe tras la citada Sentencia de 10 de junio de 1978.

La doctrina ya había señalado casi unánimemente como notas típicas del cargo de administrador las de temporalidad y revocabilidad. A la primera parece referirse el artículo 72 y a la segunda el artículo 75. La sentencia citada añade una más: la reelegibilidad parcial y escalonada, y tiene importancia su adición, no sólo para el problema que estudiamos, sino porque, como veremos más adelante, la dicción del artículo 72, con su incorrecta expresión, parece limitar la reelección a los administradores designados en el acto constitutivo, no obstante lo absurdo de tal conclu-

sión, por lo que tal precisión, realizada por nuestro más alto Tribunal, respalda lo que ya había sido postura unánimemente aceptada por los autores. Mas la nota de temporalidad ha sido francamente conflictiva en orden a la interpretación de su contenido, pues mientras para unos significa tiempo determinado, para otros se entiende cumplida por el mero hecho de que exista la posibilidad de revocación en cualquier momento.

Esta cuestión tiene verdadera importancia, pues temporal es todo aquello que no es permanente, y en este sentido tan temporal es el nombramiento por tiempo determinado como el hecho por tiempo indefinido, ya que éste no lleva consigo la idea de permanente por cuanto tal permanencia desaparecería por el hecho de la revocación. Mas lo que interesa a estos efectos es observar cuál es el criterio que en este sentido recoge la Ley de Sociedades Anónimas, que es el texto legal que hemos de interpretar, y si examinamos los preceptos de la misma nos encontramos con que el artículo 72 nos habla de «plazo» y no de tiempo, y el 73 utiliza idéntica expresión, y mientras lo indefinido es aquello que no tiene término conocido, el plazo tiene necesariamente que tener término, por lo que ambos vocablos parecen ser contrarios. La posibilidad de revocar en modo alguno comporta la idea de temporalidad en el sentido de plazo que le da la ley, por cuanto la revocación puede llegar o no, mientras que el plazo necesariamente ha de llegar.

Sentadas estas premisas, aunque más adelante volveremos sobre ellas, veamos cuáles son los argumentos que utilizan los autores que admiten la posibilidad de los nombramientos por tiempo indefinido.

Con ligeras variantes la fundamentación es similar. Aparte la expresada de que la posibilidad de revocación lleva consigo el cumplimiento del requisito de la temporalidad, señalan que el derecho de las minorías a nombrar administradores, que se alega de contrario y que aparece recogido en el artículo 71, párrafo segundo, de la Ley, es renunciable, y, por consiguiente, adoptado por la Junta el acuerdo de nombrar por tiempo indefinido, esta renuncia se ha producido, pues si la duración indefinida se estableció en los Estatutos, renunciaron en aquel momento, y si se hace al proceder a la reelección o nuevo nombramiento, la renuncia se producirá en tal acto.

Se añade igualmente que ningún precepto de la ley exige con carácter general el plazo determinado para los nombramientos; que a *contrario sensu* del propio artículo 72 resulta que la limitación sólo viene impuesta a los administradores nombrados en el acto constitutivo; que tales nombramientos resultan perfectamente admisibles en las sociedades limitadas; que en el anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos se señalaba plazo máximo para todos los administradores y, por último, que también se exige que se consigne en los Estatutos la duración de la sociedad y, sin

embargo, se admite sin cortapisas de ningún género el que esta duración sea indefinida.

También se suele alegar la propia interpretación gramatical del artículo 72, al decir que «podrán ser indefinidamente reelegidos».

Examinaremos en primer lugar la propia dicción literal del precepto, afirmando previamente que no nos parecen posibles los nombramientos por tiempo indefinido.

El artículo 72 de la Ley nos dice, como hemos visto, que los administradores podrán ser indefinidamente reelegidos; luego si indefinido es lo inacabable, lo que no tiene fin o término conocido, la reelección indefinida no tendrá límite de tiempo.

A nuestro criterio esta interpretación no puede admitirse, pues es gramaticalmente incorrecta. Basta para ello comprobar que la palabra «indefinidamente» es un adverbio, y en la oración, necesariamente, el adverbio concierda con el verbo, y el verbo es «ser reelegidos», o, lo que es lo mismo, la no existencia de fin o tiempo ha de referirse a la reelección con quien concierda y no al «tiempo», que no existe en la oración, y que por su carácter de sustantivo tendría que concertar con un adjetivo, o sea, con la palabra «indefinido» y no con un adverbio, que es lo que contiene el artículo.

Efectivamente, el párrafo primero del artículo 72 contiene una disposición principal con un sujeto que es «los administradores designados en el acto constitutivo», con un verbo que es «no podrán ejercer», y otra oración que con el mismo sujeto lleva otro verbo que es «podrán ser reelegidos», y en esta última tal verbo concierda con el adverbio que le acompaña, que es «indefinidamente».

Las reelecciones pueden hacerse indefinidamente, no el tiempo de la reelección que para nada entra en la frase y que sigue siendo inalterable. Reelectiones las que se quieran, pero por el mismo tiempo del nombramiento, y ello aunque el nombramiento sea por plazo inferior a los cinco años, pues si los Estatutos establecen un plazo menor, añadiendo que podrán ser reelegidos indefinidamente, las reelecciones serán indefinidas, pero todas ellas por el plazo que hayan establecido los Estatutos y no por tiempo indefinido, y de no señalarse plazo en los Estatutos, siguiendo la misma normativa, habrán de serlo por períodos iguales al establecido en la ley para los nombramientos.

Esta misma posición se deduce claramente de la citada Sentencia de 10 de junio de 1978 al decir: «el párrafo segundo del artículo 73 alude al plazo para que fueron nombrados los administradores, expresión que claramente revela que en el ánimo del legislador, al que hay que atenerse en la interpretación de las normas de acuerdo con el número 1 del artículo 3.º del Código Civil, estuvo presente la idea de señalar un período

de tiempo determinado para el desempeño de sus funciones y no un *dies incertus quando*, pues que el adverbio indefinidamente utilizado por el artículo 72 en que pretende apoyarse la opinión contraria a esta tesis, según el Diccionario oficial de la Lengua, es sinónimo de inacabable, y los nombramientos realizados de esta forma, según la Sentencia de 5-XII-54, son inadmisibles por equivaler lo indefinido a falta de plazo conocido, sin que a ello obste la redacción del párrafo primero del artículo 72, porque aquel adverbio, colocado inmediatamente antes de la palabra reelegidos, proclama, sin el menor género de dudas, que el mismo se conecta de modo directo con la reelección o nueva elección de dichos señores y no con su primer nombramiento, ya que aquélla inevitablemente ha de producirse después de éste».

Como vemos, la doctrina jurisprudencial recogida en la transcrita sentencia es clara, y en ella aparece igualmente sentado el que la temporalidad a que anteriormente hacíamos referencia se refiere a un período de tiempo determinado y no a un *dies incertus quando*, concordando con la expresión de plazo que recogen los artículos 72 y 73 de la Ley.

Por esta razón no nos parece demasiado lógica la postura de no admitir los nombramientos vitalicios y sí los por tiempo indefinido y que seguramente está motivada por el hecho de interpretar la temporalidad como posibilidad de revocación, interpretación que consideramos que no puede sostenerse. La revocabilidad y la temporalidad son dos notas del cargo de administrador completamente diferentes, pues todos los nombramientos, cualquiera que sea su duración, son absolutamente revocables. Tanto el hecho por cinco años como el hecho con carácter vitalicio. El plazo no obliga a la sociedad a mantener al administrador nombrado por todo el tiempo que señaló el nombramiento, sino que en cualquier momento puede ser revocado, ya que de admitirse de otro modo quedaría sin efecto la nota de revocabilidad y vulnerado el artículo 75 de la Ley, que es de carácter imperativo, y tan plazo es el de cinco años como la vida del administrador nombrado. El primero es plazo cierto y el segundo incierto, pero plazo al fin y al cabo. Ya nos dice el Código Civil que es plazo aquel que necesariamente ha de llegar aunque se ignore cuándo, y la muerte del nombrado necesariamente ha de llegar aunque no se sepa cuándo se va a producir. Luego si admisible es uno, también lo sería el otro. Cosa muy distinta es el nombramiento indefinido, pues como hemos visto anteriormente lo indefinido es sinónimo de inacabable o que no tiene término, y, como dice la sentencia, equivale lo indefinido a la falta de plazo conocido, y dado que sólo son admisibles los nombramientos por períodos de tiempo determinado, tan inadmisibles son los nombramientos indefinidos como los vitalicios, pues en ambos falta la determinación.

El que la revocabilidad actúe tanto en un tipo de nombramientos como en otro, diferenciándose claramente de la temporalidad, se deduce claramente de la Sentencia de 23 de febrero de 1967 al aclarar que el principio de libre separación de los administradores por la Junta general afecta también a los designados en el acto constitutivo, aunque no haya expirado el plazo de cinco años a que se refiere el artículo 72-1.º de la Ley de Sociedades Anónimas.

Por otra parte, tales nombramientos vulneran evidentemente los derechos de las minorías reconocidos en el artículo 71 de la Ley, sin que nos convenza el argumento de que el derecho de éstas es renunciable (tal como indicábamos anteriormente), puesto que tal derecho nace en cada ocasión en que se realicen nombramientos y la posibilidad de agruparse las minorías para nombrar sus administradores puede ejercitarse o no.

Precisamente en el hecho de que tal derecho nace en cada Junta en que se ha de proceder a efectuar los nombramientos encontramos el argumento más fuerte para que no pueda desconocerse su existencia, pues después del nacimiento del derecho es cuando su titular ha de renunciar a él, y, por tanto, no es admisible una renuncia anticipada consignada en los Estatutos o en el nombramiento hecho en Junta, porque aunque se admita la renuncia preventiva, ella sería posible cuando el titular que renuncia está perfectamente determinado. Las minorías titulares de tal derecho se determinan en el momento de la Junta que ha de proceder al nombramiento, y no pueden las existentes en un momento determinado renunciar para el futuro en nombre de otras que pueden ser totalmente diferentes en el momento de la renovación legal. Así, pues, aun admitida la posibilidad de la renuncia preventiva, ésta no sería hecha por su titular efectivo y, por tanto, sería inaplicable.

Tampoco parece de definitivo peso el argumento de que entre las circunstancias que han de contener los Estatutos se consigne «la duración de la sociedad» y se admita en la práctica la duración indefinida, pues la ley en esta ocasión no nos exige el «plazo», sino la «duración», que es cosa harto diferente. El plazo tiene un tope final necesario, mientras que la duración no. La duración puede establecerse libremente, y si queremos que la sociedad dure siempre, así será, mientras que el plazo necesariamente ha de finalizar. La sociedad puede someterse a un plazo, pero no ha de hacerlo necesariamente. Lo único que exige la ley es que se exprese lo que ha de durar, no que se someta a un plazo.

Del mismo modo, el hecho de que tales nombramientos sean admisibles en las sociedades de responsabilidad limitada no refuerza tal posición, pues es clara la distinción entre ambos tipos de sociedad, y mientras en la limitada, sociedad de tipo semipersonalista, no se establece ninguna limitación relativa a los nombramientos, en las anónimas nos

encontramos con el artículo 72, objeto de este comentario, que sí la impone. En aquéllas persiste la tradicional postura que recoge el artículo 132 del Código de Comercio para las sociedades personalistas, si bien modalizada por la posibilidad de revocación de los nombramientos recogida en el artículo 12 de la propia Ley. En las anónimas, en cambio, por su carácter impersonal y capitalista, se ha cambiado totalmente el sistema por entender que es contrario a su naturaleza. Así lo recoge expresamente la tan repetida Sentencia de 10 de junio de 1978 al decir que «el legislador, abandonando el criterio mantenido en los artículos 132 y 148 del Código de Comercio respecto a los representantes de las compañías mercantiles colectivas y comanditarias, adoptó como características sustanciales de las anónimas, aparte de otras, las notas de temporalidad».

En cuanto al hecho de que la ley no haya recogido el plazo establecido en el Anteproyecto para los administradores posteriormente nombrados, a nuestro modesto criterio tiene escaso valor, pues ello no quiere decir que la supresión implique la posibilidad de los nombramientos por tiempo indefinido, sino que al establecer aquél tiempos diferentes (tres años para los primeros y cinco para los posteriores), se estimó innecesaria tal diferenciación y se unificaron ambos ampliando el de los primeros, pero sin que ello pueda interpretarse en el sentido de que los posteriores puedan serlo por tiempo indefinido, ya que era clara la idea de la temporalidad en el legislador, y si esta idea hubiese sufrido una modificación tan sustancial, lo lógico hubiese sido que se estableciese con absoluta claridad en el texto definitivo, y, sin embargo, no se hizo así, por lo que cabe pensar que el legislador consideró innecesaria la dualidad de plazos sin que ello alterase su clara concepción de nombramientos por tiempo determinado.

La Sentencia de 3 de mayo de 1956, en uno de sus considerandos, después de recoger el cambio que supone respecto de la doctrina recogida en el artículo 132 del Código de Comercio, ya nos dice: «considerándose en cambio innecesario consignar la misma limitación temporal para las designaciones que se produjeran durante la vida social».

Se alegan también, como vimos, las dificultades de orden práctico que resultan del hecho frecuente del olvido de las oportunas reelecciones de administradores, pero esta circunstancia no puede tenerse en cuenta jurídicamente para sostener la posibilidad de los nombramientos por tiempo indefinido, pues tal olvido se da igualmente al producirse la caducidad de los primeros nombramientos y, sin embargo, la reelección es precisa necesariamente por imperativo legal indiscutido, y no hay razón para aplicar distinto trato a las posteriores. Por otra parte, ello supondría considerar como causa de derogación de una norma legal el olvido ne-

gligente, con olvido, también negligente, de que las leyes sólo se derogan por otras posteriores.

En cuanto a la circunstancia de que ninguna norma legal imponga tal limitación y que a *contrario sensu* el artículo 72 puede servir para admitir tales nombramientos, nos remitimos a lo que más adelante decimos al estudiar el problema relativo a la duración de los posteriores nombramientos, a fin de evitar la duplicidad de exposición.

Veamos ahora la doctrina de la Dirección General en orden a esta materia a fin de reforzar con su interpretación la tesis que propugnamos.

La Resolución de 18 de abril de 1958 no admitió la inscripción de una cláusula por la que se establecía que «los consejeros... desempeñarán su cargo mientras la Junta general no acuerde su cese, lo que podrá hacer en todo tiempo».

Aquí la postura de la Dirección es clara. El nombramiento que sólo se extingue por la revocación es indefinido y lo declara no admisible, y resulta evidente que no se refiere tal doctrina a los nombrados en el acto constitutivo, dado que la sociedad ya tenía existencia con anterioridad por tratarse de una escritura de transformación y disponer la Ley de Sociedades Anónimas que la transformación no extingue la personalidad de la sociedad transformada que continuará subsistiendo bajo la forma nueva. Pero además hay que resaltar que la Dirección no considera cumplido el requisito de la temporalidad por el mero hecho de que éste sea revocable, pues la propia cláusula denegada establece que la Junta general podrá acordar el cese en todo tiempo y, sin embargo, no admite su inscripción.

La Resolución de 8 de junio de 1972, cuyo considerando referente al caso ha quedado transcrito anteriormente, crea gran confusión en la materia, ya que admite el nombramiento de administrador sin señalamiento del plazo de duración del mismo, que, por otra parte, tampoco constaba en los Estatutos, afirmando que «de una manera que hace violenta toda interpretación, la Ley de Sociedades Anónimas sólo ha querido limitar, y ha limitado—al tiempo que asegurado—, la vigencia del nombramiento de administradores hecho en el acto constitutivo..., saliendo al paso de un posible enquistamiento y vinculación a su gestión, que por su carácter estatutario resulta más rígida, pues exige para su modificación unos quórum especiales», y añade que «no parece que se pueda pretender la exigibilidad de un requisito... que la expresiva redacción del artículo 72 denuncia haber sido deliberadamente silenciado por la Ley».

Con razón ha sido criticada la doctrina de la citada Resolución aún por los autores que defienden la tesis de la posibilidad de los nombramientos por tiempo indefinido. Y así tanto MOTTA como CÁMARA, aunque recogen sus afirmaciones en favor de su postura, la critican, dicién-

donos el primero que «las afirmaciones de la citada Resolución no pueden ser aceptadas si realmente quiso decir lo que literalmente dijo», por lo que acaba diciendo que es muy dudoso que fuese así, ya que en el siguiente considerando reconoce que «el carácter de administrador, único o formando parte de un Consejo, siempre es temporal y revocable *ad nutum* por la Junta», y ello porque literalmente interpretada nos lleva a la conclusión de que el artículo 72 no sólo establece un máximo de tiempo, sino a su vez un mínimo asegurado, lo cual evidentemente choca con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley y con la afirmación contenida en el considerando siguiente, y porque considera estatutario un nombramiento que, como vimos, carece de tal carácter y no precisa de los quórum reforzados a que hace referencia.

En el mismo sentido, CÁMARA nos dice que «una cosa es que los administradores puedan ser nombrados en el acto constitutivo y otra que tal nombramiento equivalga a una mención estatutaria. Como hemos subrayado en el texto, los Estatutos no son el lugar adecuado para nombrar las personas concretas que han de desempeñar la Administración. El artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas sólo exige que conste en los Estatutos la designación del órgano u órganos que han de ejercer la administración (no de las personas que han de integrarlo). El artículo 15, al conceder a los fundadores la facultad de nombrar las personas que han de ejercer el cargo de administradores, se refiere genéricamente a la escritura, no a los Estatutos, lo que quiere decir que no es en éstos donde debe figurar el nombramiento y el propio precepto corrobora este criterio, puesto que, a renglón seguido, dice que los así nombrados deberán someter su nombramiento a la aprobación de la primera Junta general que se celebre, exigencia que carecería de sentido si el señalamiento de las personas tuviera el carácter de mención estatutaria. En segundo término, postular el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 58 (o aquellos que los propios Estatutos prevean para su modificación) sería cercenar, sin razón alguna que lo abone, la potestad soberana que confiere a la Junta el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas (potestad tan celosamente defendida por la Jurisprudencia) y que, lógicamente, debe quedar siempre a salvo, tanto si los administradores fueron nombrados en el acto constitutivo como posteriormente».

Poco se puede añadir a lo ya expuesto por los citados autores. Sólo que la afirmación hecha en la Resolución de que la ley sólo ha querido limitar y limitado, de una manera que hace violenta toda interpretación, el nombramiento de los administradores nombrados en el acto constitutivo, ha quedado claramente desvirtuada no sólo por lo que nos demuestra la práctica, ya que las interpretaciones se vienen sucediendo, no sólo por los autores, sino por todo un Congreso notarial, prueba inequívoca

de que tal interpretación no es tan innecesaria, sino también por la propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como hemos visto en la Sentencia de 10 de junio de 1978, sentando ya la afirmación tajante de que no caben tales nombramientos por tiempo indefinido, e incluso por las Resoluciones posteriores de la propia Dirección General, que se ve obligada a resolver cuestiones como las planteadas por las de 24 y 30 de mayo de 1974 y 12 de mayo de 1978, motivadas precisamente por la inseguridad y oscuridad de la cuestión.

Por otra parte, choca una afirmación tan tajante para a continuación decir que el nombramiento tanto de unos como de otros es temporal y revocable, y ya vimos que lo temporal en el sentido de la ley es un plazo y que, por consiguiente, no puede ser indefinido.

La postura de la Dirección es la de interpretar a *contrario sensu* el artículo 72 de la Ley, entendiendo que el silencio en orden a los posteriores nombramientos supone la absoluta libertad para los mismos, pero ya veremos posteriormente que no es así.

La Resolución de 24 de mayo de 1974 insiste en el carácter temporal del cargo de administrador al decir en su segundo considerando que «el cargo de administrador de una sociedad anónima es esencialmente temporal en nuestro Ordenamiento jurídico, según establece el artículo 72 de la Ley...», si bien mitiga el rigorismo automático de la caducidad *ope legis*, admitiendo la confirmación o ratificación de lo actuado por los administradores con mandato caducado en aras del principio de conservación de la empresa, pero exigiendo para reconocer la validez de las actuaciones de los mismos la formalización e inscripción de sus nombramientos ratificando sus gestiones fuera de plazo.

De esta Resolución se deducen claramente dos conclusiones: la primera, que la caducidad opera automáticamente e impide actuar a los administradores legalmente, aunque se admita su actuación de hecho, y, por consiguiente, siendo susceptible su actuación de confirmación posterior, si se prueba su reelección de hecho que se formaliza o ratifica posteriormente; la segunda, la de que tal actuación queda limitada a los efectos de convocar la Junta general que proceda a formalizar su nombramiento o reelección para evitar la paralización de la vida social, recogiendo con ello la doctrina que ya estableciera la Resolución de 24 de junio de 1968 y que posteriormente ha sido confirmada por las de 30 de mayo de 1974 y 12 de mayo de 1978, concretándose aún más en esta última que tal actuación sólo es admisible en cuanto se trate de actos que puedan llegar a la paralización de la vida social, pero quedando perfectamente marcada la postura del Centro Directivo en su afirmación de que «el cargo de administrador es esencialmente temporal... según establece el artículo 72 de la Ley».

Es de observar en estas últimas Resoluciones citadas que el problema era el de subsistencia de administradores cuyo mandato había caducado, ya que el plazo estatutario o legal, por ser los del acto constitutivo, existía, por lo que verdaderamente no se planteaba el problema de un nombramiento indefinido, si bien de admitirse la subsistencia de los mismos, de hecho se llegaría a la misma conclusión de que sería posible tal nombramiento. Mas en este punto, como hemos visto, la Dirección General no ha mantenido la vigencia de los expresados nombramientos, ya que de haberlo hecho su capacidad como tales administradores sería total, y no limitada, como dicen las Resoluciones, a los solos efectos de convocar Junta que los nombre y evitar así la paralización de la vida social. Nombramiento que, por otra parte, no sería necesario si se entendiese que la prórroga o reelección tácita actuaba por tiempo indefinido.

Examinemos ahora la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia.

La Sentencia de 3 de mayo de 1956 sostiene claramente la temporalidad limitada del cargo de administrador basada fundamentalmente en dos razones: la primera, en que «la Junta general tiene una mayor libertad de movimientos y puede producirse más sinceramente ante una renovación parcial de carácter estatutario que cuando se trata de una renovación no prevista»; la segunda, la protección del derecho de las minorías establecido en el artículo 71 de la Ley, pues de admitirse el nombramiento por tiempo indefinido haría totalmente ilusorio el referido derecho al quedar al arbitrio de la mayoría que eliminaría las renovaciones parciales al no proceder a la revocación de los administradores nombrados.

Ya vimos antes que, en contra de la *ratio* de la sentencia, se alegaba la renunciabilidad de tal derecho, cuestión que ya rebatimos, y en orden a que no es aplicable al supuesto de administrador único, por cuanto en este caso no cabe aplicar el principio de la representación proporcional. Hemos de indicar que si el nombramiento indefinido no es posible en el supuesto de administración colegiada, idéntica norma habría que aplicar al supuesto de administrador único, ya que un solo precepto no puede admitir interpretaciones diferentes, y la solución que se adopte para uno de los supuestos ha de ser igualmente aplicable a los restantes. Por otra parte, como veremos más adelante al examinar la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1978, la *ratio* no sólo estriba en el fraude de ley que supondría la eliminación del derecho reconocido en el artículo 71, sino que tal nombramiento es también contrario al propio artículo 72. Es más, el artículo 71 como el 73 y el 75 son normas que, además de su concreta aplicación a los supuestos que regulan, nos sirven para interpretar correctamente el sentido del artículo 72 y así son utilizados por el Tribunal Supremo.

La Sentencia de 22 de octubre de 1974 parece seguir un criterio diferente al decir que «este nombramiento hecho en Junta, que tiene el carácter de Junta universal..., excluye a los expresados nombramientos de la rígida aplicación del plazo limitativo de cinco años para ejercer el cargo que establece el párrafo primero del invocado precepto del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas».

Ya tuvimos ocasión de comentar anteriormente lo desacertado de su doctrina en orden a lo que se entiende por nombramientos hechos en el acto constitutivo, mas no es tampoco, a nuestro modesto criterio, excesivamente acertada en este otro punto que comentamos, como vamos a tener ocasión de comprobar, pues si los nombramientos hechos fuera del acto constitutivo (entendido éste en el sentido que la propia sentencia le da y que no compartimos) no están sujetos a la limitación que resulta del artículo 72 de la Ley, es claro que al no haberse señalado su plazo de duración al realizarlos lo serán necesariamente sin plazo o por tiempo indefinido, en cuyo caso no hace falta la existencia de reelección alguna ni nuevo nombramiento, ya que éste continuaría subsistente, y, sin embargo, la sentencia, después de determinar que el transcurso del plazo de cinco años no determina el cese automático de aquéllos, nos dice «que deberá llevarse a cabo la celebración de la oportuna Junta general convocada por los mismos para nombramiento de nuevos administradores, pues si sentara este criterio llevándolo a sus últimas consecuencias, la sociedad quedaría sin representación legal».

En pocas palabras: que nos encontramos con supuesto similar al de las Resoluciones anteriormente comentadas, es decir, subsistencia de administradores con cargos caducados y posibilidad de que éstos convoquen la Junta necesaria para su reelección o nuevo nombramiento, con la finalidad de evitar la paralización de la vida social, pero el problema de fondo no se aborda directamente. Ello aparte de que como ya vimos y reconoce la doctrina, tal interpretación dejaría totalmente inoperante el artículo 72.

La Sentencia de 10 de junio de 1978 aborda directamente el problema. Se trata de un supuesto de modificación de Estatutos en que se establecía que el plazo de actuación de los administradores sería por tiempo indefinido, y se nombraban los administradores en tal forma. En ella, después de recoger las notas características del cargo de administrador, que ya vimos al principio, declara que «en el ánimo del legislador, al que hay que atenerse en la interpretación de las normas de acuerdo con el número 1 del artículo 3.º del Código Civil, estuvo presente la idea de señalar un *período de tiempo determinado* para el desempeño de sus funciones y no un *dies incertus quando*, pues que el adverbio indefinidamente utilizado por el artículo 72, en que pretende apoyarse la opinión

contraria a esta tesis, según el Diccionario oficial de la Lengua, es sinónimo de inacabable, y los nombramientos realizados de esa forma, según la Sentencia de 3 de diciembre de 1954, *son inadmisibles...*».

Conforme con esta doctrina dispone en el último considerando: «Que, por consiguiente, el acuerdo adoptado en Junta general extraordinaria de accionistas..., en el sentido de que los administradores de la sociedad se nombrarán por tiempo indefinido y designando de esa forma a sus nuevos componentes, contraviene lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley de 17 de julio de 1951...».

Como vemos, la sentencia es tajante en este sentido y por primera vez aborda el problema con absoluta claridad y con gran lujo de argumentación, y así en el apartado B) del primer considerando nos dice para reforzar su tesis: «Que una interpretación contraria llevaría consigo la imposibilidad de utilizar los derechos de reelección y renovación parcial, respectivamente, reconocidos en los párrafos primeros de los artículos 72 y 73; el primero, por resultar incompatible con el nombramiento ilimitado de los órganos gestores, y el segundo, porque la renovación parcial del Consejo de Administración, aplicable a todos ellos, cualquiera que sea la época de su nombramiento, puesto que el artículo 72 no establece diferenciación alguna entre ellos, presupone siempre como requisito insoslayable el que las designaciones se hayan hecho por tiempo distinto y escalonado, a fin de que las vacantes vayan produciéndose gradualmente, y porque no deben confundirse estas renovaciones con la regulada en el párrafo segundo del artículo 73, o con la establecida en el 75, puesto que aquélla prevé el supuesto normal del cese de los administradores por el transcurso del tiempo para que fueron nombrados, mientras que el párrafo segundo del mismo artículo contempla la forma extraordinaria de cese por fallecimiento, incapacidad o renuncia y el 75 por separación acordada en Junta general, que puede adoptarse sin necesidad de justa causa...».

La sentencia insiste en el requisito de la temporalidad limitada del cargo de administrador al decirnos que la reelección y la renovación parcial son aplicables a todos los nombramientos, cualquiera que sea la época en que se hagan, puesto que el artículo 72 no establece diferenciación alguna entre ellos, lo cual impide el nombramiento por tiempo indefinido, ya que quedarían sin efecto tales derechos de reelección y renovación parcial, y al mismo tiempo concreta que las designaciones se han de hacer por *tiempo distinto y escalonado*, a fin de que las vacantes se vayan produciendo gradualmente y evite la ruptura en la continuidad de la gestión que supondría el cese al mismo tiempo de todos los miembros del Consejo de Administración, cuidando al mismo tiempo de salvar la voluntad omnímoda de la Junta general de poder revocar todos los nom-

bramientos al expresar que tal renovación parcial y escalonada es el supuesto normal que debe preverse, mientras que las del párrafo segundo del artículo 73 y la del artículo 75 son formas de renovación extraordinarias y excepcionales que nada tienen que ver con un funcionamiento normal del órgano administrador, y que, por consiguiente, en nada contradicen la normativa general, pues sólo contemplan los supuestos de fallecimiento, incapacidad o renuncia y la voluntad expresa de la Junta general.

Esta cuestión nos lleva a plantearnos un problema conexo: el de si es preciso que los Estatutos o los nombramientos contengan necesariamente un plazo de duración del cargo de administrador.

En principio, el artículo 11 de la Ley, en que se contienen los requisitos que ha de contener la escritura de constitución, sólo hace referencia al «modo de proveer las vacantes», sin que haga referencia alguna al plazo de duración, y este requisito de hecho parece quedar cumplido, aun sin expresión concreta en los estatutos, por lo dispuesto en los artículos 71 y 73 de la propia Ley, pues si se trata de proveer vacantes por transcurso del plazo legal será la Junta quien lo haga conforme al artículo 71, lo mismo que sucederá cuando la vacante lo sea por revocación; y si tiene lugar por renuncia, fallecimiento o incapacidad, el artículo 73 prevé la forma de cubrirla por designación del Consejo entre los accionistas. Mas, sin embargo, esta interpretación no nos parece demasiado lógica, pues de hecho lleva a considerar como innecesario el requisito exigido. Por otra parte, dejaría completamente inútil la norma del artículo 73 de que el Consejo se renovará parcialmente, ya que las correspondientes reelecciones o nombramientos se producirían al mismo tiempo, pues tanto si son nombrados en el acto constitutivo como si lo son por expiración del plazo estatutario, el plazo sería el mismo para todos y la renovación no sería parcial, sino total. Por consiguiente, hemos de buscar otra interpretación que no nos conduzca a tal absurdo.

La Ley contiene dos alusiones al plazo. La primera en el artículo 72, que naturalmente no se refiere a plazo estatutario, sino al legal. La segunda en el artículo 73 al decir: «si durante el plazo para que fueron nombrados», en el que parece referirse no a plazos en Estatutos, sino en el nombramiento. Ante esta dicción legal podría sostenerse que la mención del plazo no es precisa en los Estatutos, pero sí lo sería en el nombramiento, y que el precepto que impone la renovación parcial podría darse por cumplido con solo el hecho de que los correspondientes nombramientos se hiciesen por períodos diferentes, a fin de que su caducidad, y, por consiguiente, la reelección o renovación subsiguiente, se produjese en momentos distintos, mas entendemos que esta postura no es acertada. A nuestro juicio, son los Estatutos el lugar adecuado para la

expresión del plazo de duración del cargo de administrador e incluso para regular la norma de la renovación parcial. El artículo 72 establece un plazo máximo de actuación de los administradores, dentro de cuyos límites puede moverse libremente la voluntad de los fundadores; pero éstos deben determinar cuál es el plazo por el que optan y el correspondiente para la renovación parcial, pues su silencio podría quedar suplido por el plazo legal en cuanto a duración, pero no por lo que se refiere al momento en que se debería producirse la renovación parcial, y si se trasladase esa mención al momento del nombramiento, al no estar vinculada la Junta por una norma estatutaria, los plazos podrían ser distintos en cada ocasión, incluso con la posibilidad de coincidencia en el momento del cese.

GARRIGUES y URÍA, en sus comentarios a la ley, también sostienen la necesidad de que se fijen estos plazos, aunque la ley no lo exija expresamente. CÁMARA nos dice que «los Estatutos deben indicar el modo de proveer las vacantes, según dice el artículo 11, lo cual guarda relación con la necesidad de que el Consejo se renueve parcialmente, tal como preceptúa el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas. ¿Quiere esto decir que los Estatutos deben establecer necesariamente unos plazos distintos para el cese escalonado de sus miembros? La contestación afirmativa parece resultar de los términos imperativos en que está redactado el artículo que, literalmente, no hace distinciones». Sin embargo, entiende que la renovación parcial sólo es obligada cuando la duración del cargo de consejero está limitada por la propia Ley (art. 72) o por los Estatutos. Esta postura es lógica y acorde con su tesis de que caben los nombramientos por tiempo indefinido, y así sólo para los primeramente nombrados o cuando los Estatutos establecen un plazo para todos los administradores, entiende que la mención es necesaria.

Actualmente, y después de la Sentencia de 10 de junio de 1978, que niega la posibilidad de los nombramientos por tiempo indefinido, habrá que entender que la mención es necesaria en todo caso, pues como dice en el considerando antes transcrito, apartado B), «... presupone como requisito insoslayable el que las designaciones se hayan hecho por tiempo distinto y escalonado...», y tales designaciones por los correspondientes plazos habrán de acomodarse a la norma estatutaria que señale cuál ha de ser dicho plazo.

Añade la sentencia igualmente en refuerzo de su tesis en su apartado C): «Que de mantenerse la tesis propugnada por la parte recurrente, se convertirían en ilusorios los derechos establecidos por la ley en defensa de las minorías, como el de su posibilidad de acceder al Consejo de Administración por el sistema de cociente o de representación proporcional a que se refiere el párrafo primero del artículo 71; el de tener

ocasión de participar en la renovación parcial sancionada en el párrafo primero del artículo 73, invocando la cifra de su capital que podría darle un puesto en el Consejo; y el de su preferencia sobre los no accionistas para cubrir provisionalmente las vacantes que se fueran produciendo por causas ajenas a la expiración del plazo para que fueron nombrados los administradores...».

Refuerza este último apartado lo que anteriormente exponíamos respecto a la necesidad de que los plazos para la renovación parcial consten en los Estatutos, y así señala como uno de los derechos de las minorías que resultarían violados «el de tener ocasión de participar en la renovación parcial sancionada en el párrafo primero del artículo 73», derecho que quedaría igualmente alterado si dependiendo la duración del plazo para la renovación parcial de lo que se acuerde en los respectivos nombramientos no tuviesen las minorías las garantías necesarias, que sólo podrían resultar de una norma estatutaria en que quedase claramente establecido cuál es el momento en que podrían ejercitar tal derecho, y que, de no existir, dejaría al arbitrio de la Junta y, por tanto, de la mayoría la dilación de su posible ejercicio.

Otro de los derechos vulnerados por los nombramientos por tiempo indefinido es el del artículo 71 de la Ley, que concede el derecho de representación proporcional en el Consejo, y que ya adujo en su día la Sentencia de 3 de mayo de 1956, ahora ratificado por la que comentamos, añadiendo a este respecto que «cualquier acuerdo adoptado en Junta de accionistas que desconozca estos derechos, implicaría por parte de los mayoritarios un *concilium fraudis* basado en la fuerza de sus votos y amparado en la norma de cobertura que les brinda el artículo 84 de la ley especial, con la finalidad de burlar los preceptos indicados y con la consecuencia de incurrir en el número 4 del artículo 6 del Código Civil».

Sobre el problema de la renunciabilidad de este derecho ya tuvimos ocasión de manifestarnos anteriormente, mas en la *ratio* de esta parte de la sentencia han tratado las conclusiones del Congreso Notarial de buscar débil amparo a la tesis de la viabilidad de los nombramientos por tiempo indefinido, no obstante la contundencia de la propia sentencia al respecto, entendiendo que si el fraude a la ley es la razón del fallo, ello implica la existencia de una norma que ampara el acuerdo, si bien el mismo vulnera el derecho del artículo 71, por lo que cuando no se justifique el fraude de ley el acuerdo sería válido.

El argumento parece seductor a primera vista y de un modo simplista, pero desaparece rápidamente su fuerza y su atractivo si leemos detenidamente la sentencia, que, a nuestro juicio, tiene como principal virtud el haber estudiado la cuestión abiertamente, y así tendremos ocasión de com-

probarlo seguidamente al estudiar la posibilidad de nombramientos por plazo superior a cinco años, con objeto de evitar repeticiones.

Examinaremos ahora el problema relativo a si son posibles nombramientos por plazo determinado, pero superior a los cinco años que señala el artículo 72 de la Ley.

Existen argumentos para sostener posturas contradictorias, no obstante nos inclinamos por la posición de que no son posibles nombramientos superiores a tal plazo por las razones que a continuación exponemos.

Los defensores de la admisión de plazos superiores basan su postura en dos argumentos de base francamente atrayente. El primero, la propia dicción del artículo 72 de la Ley, al disponer que podrán ser «indefinidamente reelegidos», entendiendo que tal expresión significa ser reelegidos por tiempo indefinido, por lo que si cabe el nombramiento por tiempo indefinido con mayor razón serán posibles los por tiempo determinado, cualquiera que sea su duración. Este argumento, como hemos podido comprobar a lo largo de este trabajo, ha quedado actualmente desvirtuado por la interpretación que al artículo 72 ha dado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien aún nos restaba examinar el argumento relativo a la *ratio* de la sentencia que para los defensores de su posibilidad era la existencia del fraude a la ley, lo que presupone, como decíamos antes, la existencia de una norma en que se ampara el acuerdo.

Efectivamente, la sentencia contiene como uno de sus argumentos la lesión de los derechos de las minorías, lo que implicaría un *concilium fraudis* basado en la fuerza de sus votos y amparado en la norma de cobertura que les brinda el artículo 84 de la ley especial e incurriendo en el número 4 del artículo 6 del Código Civil, que es el relativo a la nulidad por fraude de ley.

Ciertamente es el fraude de ley la *ratio* de este párrafo de la sentencia que comentamos, pero obsérvese que la norma que ampara el acuerdo de la Junta General no es el artículo 72 de la Ley, con lo que tal artículo 72 posibilitaría el nombramiento, aunque éste pudiese ser declarado nulo si se justificase la existencia del fraude, sino que la norma que sirve de cobertura es el artículo 84, precepto que únicamente se refiere a la facultad de la Junta General de poder modificar los Estatutos sociales. Evidentemente, la Junta General puede modificar los Estatutos, y estas modificaciones serán posibles siempre que no se vulneren preceptos legales de carácter imperativo o prohibitivo o se hagan en fraude de ley, y aquí precisamente se dan ambas circunstancias, pues, como dice el considerando final, «el acuerdo modificando el artículo 27 de los Estatutos, en el sentido de que los administradores de la sociedad se nombrarán por tiempo indefinido y designando de esa forma a sus nuevos componentes, *contraviene lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley de 17 de julio de 1951 y la doctri-*

na proclamada en la Sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 1936 y le hace incurrir en causa de nulidad conforme a lo que se previene en el artículo 6, números 3 y 4, del Código Civil por haberse adoptado en fraude de ley».

Obsérvese que la sentencia declara que el acuerdo incurre en causa de nulidad y dichas causas son de conformidad con los números 3 y 4 del artículo 6 del Código Civil, y tales números contemplan supuestos totalmente diferentes, ya que el número 3 declara nulos de pleno derecho los actos contrarios a las normas imperativas, supuesto que contempla el considerando que examinamos, al decir que el acuerdo contraviene lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley, que es una norma imperativa y prohibitiva, y el número 4, por el contrario, se refiere a los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él que se considerarán ejecutados en fraude de ley y que no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir y a los que específicamente se refiere la sentencia en el apartado C) antes transcrito, al decir que tal acuerdo implica un *concilium fraudis* basado en la fuerza de sus votos y amparado en la norma de cobertura que les brinda el artículo 84 de la ley especial, con la finalidad de burlar los preceptos indicados y con la consecuencia de incurrir en el número 4 del artículo 6 del Código Civil.

Así, pues, el acuerdo que fue objeto de la sentencia comentada vulnera dos preceptos legales: el artículo 71, al privar de sus derechos a las minorías, y el artículo 72, al contener un nombramiento por tiempo indefinido. Cualquiera de ambas causas hubiese producido la nulidad del acto. La primera por aplicación del número 4 del artículo 6 del Código Civil y la segunda por aplicación del número 3 de dicho artículo. El hecho de que concurran ambas no indica que la *ratio* de la sentencia sea únicamente el fraude de ley, sino también el tratarse de un acto contrario a las normas imperativas, y ambas causas son recogidas con gran precisión por la sentencia. El acuerdo por lo que se refiere al artículo 71 está amparado en la cobertura del artículo 84, por no tratarse de una norma imperativa. No así en cuanto al artículo 72, porque éste tiene tal carácter, y la nulidad actúa de pleno derecho.

El otro argumento, francamente sugestivo, que recogen los defensores de la tesis que impugnamos, es la interpretación a *contrario sensu* del propio artículo 72. Así, si los administradores nombrados en el acto constitutivo no pueden ejercer su cargo por plazo superior a cinco años, a *contrario sensu* los que no estén nombrados en tal acto podrán designarse por plazo superior.

Es la interpretación que parecía deducirse de la Resolución de 8 de

junio de 1972 y de la Sentencia de 22 de octubre de 1974 que anteriormente examinamos, y ya hemos visto que tal interpretación no sirve para los nombramientos por tiempo indefinido. Veremos que tampoco es útil para los nombramientos superiores a cinco años.

En principio debemos afirmar que los argumentos a *contrario sensu* son siempre peligrosos y, como dice un ilustre tratadista, deben aplicarse con mucha cautela, pues en la mayoría de los casos conducen a interpretaciones incorrectas, lo cual es fácilmente comprobable en el propio artículo 72 que comentamos.

Así, basándonos en esa interpretación a *contrario sensu* veremos que el precepto contiene dos disposiciones relativas a un mismo sujeto de la oración. La primera, la de que no podrán actuar por plazo mayor de cinco años. La segunda, la de que podrán ser indefinidamente reelegidos. Luego a *contrario sensu* los no nombrados en el acto constitutivo podrán actuar por más de cinco años y, sin embargo, no podrán ser reelegidos, ya que la reelección sólo se predica de los nombrados en el acto constitutivo.

Esta interpretación es totalmente inadmisibile. La reelección cabe tanto de los primeros como de los posteriores y la doctrina coincide unánimemente en ello. Sería absurda tal limitación, ya que la reelección es una prueba de la acertada gestión de los administradores sociales y la ley es a una gestión acertada a lo que tiende, facilitando al máximo la revocación en cualquier momento cuando tal gestión no sea correcta, y como dice la tan repetida Sentencia del 78, aunque no exista justa causa para ella y aun cuando no figure en el orden del día, tal revocación puede acordarse.

Los ejemplos podrían multiplicarse. El artículo 73, que hemos también contemplado a lo largo de estas notas, es otra clara muestra de la poca fiabilidad de tal tipo de interpretación. Así, en el inciso segundo del párrafo primero, dispone: «La renovación del Consejo sólo podrá hacerse parcialmente». Luego a *contrario sensu* claramente se deduce que no cabe la renovación total.

También la interpretación conduce al absurdo. La Junta General es libre en todo momento, como hemos visto, para proceder a la renovación de todos los miembros del Consejo, y así lo reconoce el artículo 75 de la Ley. Una cosa es que se establezcan normas para las sucesivas renovaciones escalonadas a fin de que el Consejo no quede vacante en su totalidad en los supuestos de gestión normal, y otra que la Junta no pueda renovar totalmente el Consejo.

A idénticas situaciones nos conducirían otros preceptos de la Ley, como el artículo 56. Así si los accionistas que representen al menos la décima parte del capital social pueden solicitar la convocatoria de Junta General extraordinaria, a *contrario sensu* los que no representen tal cifra no podrán solicitarla y, sin embargo, la propia Dirección General de los Registros

en Resolución de 27 de junio de 1977 admite que sí puedan hacerlo, puesto que protege el derecho de las minorías.

Visto, pues, que la interpretación a *contrario sensu*, como se deduce de los supuestos examinados, no es demasiado fiable, comprobaremos además que conduce a soluciones inadmisibles.

Ya hemos comprobado que no son posibles los nombramientos por tiempo indefinido, mas siendo el nombramiento por tiempo determinado, y aunque exceda éste de cinco años, el nombramiento sería admisible. Así se deduciría de la tan citada interpretación a *contrario sensu* del artículo 72. En consecuencia, siguiendo esta tesis, sería admisible un precepto estatutario que dijese: «Los administradores ejercerán su cargo durante un plazo de cien años, quedando a salvo lo dispuesto en el artículo 72 respecto a los nombrados en el acto constitutivo».

Francamente, nos parece que la situación no merece comentario, y aún se agravaría más si admitiésemos la doctrina sentada por la Sentencia de 22 de octubre de 1974 en orden a lo que entiende por acto constitutivo. La burla del precepto legal sería sangrante y decididamente sostenemos que ésta no puede ser la voluntad del legislador. Ha de rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo y esta situación lo es. Se nos podrá alegar que la cláusula incidiría en el fraude legal, mas aparte de que la calificación del fraude es algo que compete al órgano judicial y no al Registrador, habría que preguntarse dónde comienza el fraude y dónde termina lo legal. ¿Treinta años son fraude y veintinueve no?

No nos convence esta interpretación y hemos de buscar otra que se acomode mas a la voluntad del legislador y precisamente vamos a tratar de extraerla del propio artículo 72.

Efectivamente, si los administradores designados en el acto constitutivo no pueden actuar por plazo mayor de cinco años y pueden ser indefinidamente reelegidos, lo cual supone reelecciones sucesivas, cuantas se quiera o indefinidas, es claro que tales reelecciones lo han de ser por plazos sucesivos iguales al primero, ya que la ley sólo contempla éste, y porque de otra suerte no podrían darse las sucesivas renovaciones parciales y escalonadas que señala la Jurisprudencia. Lo mismo sucede en el caso de que el plazo se haya establecido en los Estatutos sociales, pues si los administradores, según los Estatutos, han de ejercer su cargo por cuatro años, por ejemplo, y pueden ser reelegidos indefinidamente, es evidente que tales reelecciones han de ser del mismo modo por períodos sucesivos de igual duración. Sólo con idéntica duración en las reelecciones se mantendrá la renovación parcial y escalonada y se conservará el derecho de las minorías periódicamente para usar de la facultad de designación de los miembros del Consejo que respondan a su participación proporcional en el capital social.

Claro que este plazo podría establecerse de mayor duración en los Estatutos, pero ya vimos anteriormente que por este camino el artículo 72 quedaría totalmente inoperante, por lo que habrá que entender que si en el supuesto legal las reelecciones no pueden ser superiores a cinco años, no hay ninguna razón que abone que las demás puedan serlo por plazo superior.

Este es el criterio que puede deducirse de la sentencia citada al decirnos: «el legislador ha abandonado el criterio mantenido en los artículos 132 y 148 del Código de Comercio, respecto a los representantes de las compañías colectivas y comanditarias y adoptó como características consustanciales de las anónimas, aparte de otras, las notas de temporalidad, renovabilidad parcial y escalonada y reelegibilidad de sus gestores, a fin de que éstos sean siempre personas de su confianza, realidad que no se conseguiría si la limitación en el tiempo se concretase únicamente a los primitivamente designados y no a los que ulteriormente les sucedan en la realización de su cometido, dado que al ser éstos continuadores de aquéllos, según se desprende del juego de los artículos 11, 72 y 73 antes mencionados, no existe razón alguna para diferenciarlos, en virtud de la máxima *Ubi est eadem ratio, debet esse eadem juris dispositio*, y dado, además, que de otra forma quedarían prácticamente inoperantes los principios de renovación y reelegibilidad a que antes se ha hecho referencia».

Como vemos, el Supremo declara que la limitación en el tiempo no sólo es aplicable a los primitivamente designados, sino también a los posteriores, y en la Ley no existe más limitación en el tiempo que la de los cinco años del artículo 72, luego esa misma es la aplicable a los que les sucedan, dado que éstos son continuadores de aquéllos, sin que exista razón alguna para diferenciarlos, ya que donde es la misma la *ratio* idéntica debe ser la norma de derecho, y en aplicación de esta doctrina declara nulo el acuerdo por infracción del artículo 72.

Precepto que sólo puede resultar infringido si se considera aplicable a los nombramientos posteriores, ya que el caso contemplado era precisamente de segundos nombramientos y sin embargo el Supremo lo declara infringido.

Del mismo modo se desprende, según el citado Tribunal, del juego de los artículos 11, 72 y 73, ya que el 11 establece la necesidad de fijar en los Estatutos el modo de proveer las vacantes que ocurran, vacantes que, como vimos, son las producidas por el transcurso normal de los plazos y no las extraordinarias de los artículos 73-2.º y 75; el 72 señala cuáles son esos plazos máximos de duración de los cargos y sus correspondientes reelecciones y, por último, el 73-1.º impone la renovación parcial. Así, pues, los tres preceptos interpretados sistemáticamente, como hace la sentencia, son perfectamente armónicos y posibilitan el respeto de los princi-

prios de renovación y reelegibilidad parcial, dado que los Estatutos determinarán los plazos escalonados de duración, dentro del máximo previsto en el artículo 72 y el Consejo podrá renovarse parcial y escalonadamente conforme a tales normas.

A idéntica conclusión llegaríamos si consideramos que el artículo 72 ha contemplado exclusivamente los administradores primeramente designados y que, por consiguiente, existe un silencio de ley o laguna legal respecto de los posteriores, ya que en tal caso, y por aplicación del principio de analogía recogido expresamente en el artículo 4 del Código Civil al decir: «Procede la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón», repetimos, la solución habría de ser idéntica, pues, como dice el Código, se aprecia la identidad de razón, y así lo reconoce también la propia sentencia comentada.

En cuanto a la forma en que habrán de computarse los cinco años o el plazo menor señalado en los Estatutos, hemos de distinguir dos momentos: el de iniciación del cómputo y el de caducidad.

Respecto al primero, el artículo 72 establece que «el nombramiento de los administradores surtirá efectos desde el momento de su aceptación...» De este texto parece deducirse que es al momento de la aceptación al que hay que referirse para el inicio del cómputo. Sin embargo, este procedimiento puede plantear ciertos problemas, como son el de que un nombramiento se acepte varios años después de su designación, y también el de que las renovaciones parciales pueden quedar totalmente alteradas si las aceptaciones de los diversos componentes del Consejo se realizan muy distanciadamente entre sí, lo que incluso podría llegar a provocar Juntas Generales diferentes para su reelección o renovación, con la consiguiente alteración de todo el sistema estatutario en orden a las renovaciones parciales.

Ante estas dificultades consideramos acertada la postura de MOTTA de considerar como fecha inicial la del nombramiento en orden al cómputo, aunque en relación a los efectos se atienda al momento de la aceptación.

En cuanto al momento de la caducidad, GARRIGUES entiende que habrá de computarse de Junta a Junta y no de fecha a fecha, y otros autores reconocen la utilidad de este sistema; sin embargo, consideramos que tal interpretación concuerda mal con el concepto de la caducidad. Esta opera por ministerio de la ley y su aplicación no debe quedar en la incertidumbre derivada de una actuación de los socios en orden a la celebración de la correspondiente Junta General, incertidumbre que se vería notablemente agravada si en el año correspondiente a la reelección o renovación no se celebrase tal Junta, con las consiguientes prórrogas de hecho o actuaciones

con mandato caducado y con vulneración incluso del artículo 72 si se tratase de los primeros administradores sociales.

Por tales razones, entendemos que el cómputo debe ser de fecha a fecha, y así puede deducirse de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros dictadas en esta materia, especialmente las de 24 de junio de 1968, 24 y 30 de mayo de 1974 y especialmente de la reciente de 12 de mayo de 1978, que, recogiendo la doctrina de las anteriores, nos dice «que es reiterada jurisprudencia de este Centro Directivo, desde la Resolución de 24 de junio de 1968, la de que el cese del administrador no se produce automáticamente al cumplirse el plazo para el que fue nombrado, sino que se encuentra *todavía legitimado* para ejercitar una serie de facultades totalmente necesarias, pues de no ser así, y si se aplicara tajantemente otro criterio, podría quedarse la sociedad sin representación legal y sin la posibilidad de convocatoria de Junta General, al no existir quien ostentara el cargo de administrador...» De esta doctrina parece deducirse que la caducidad no actúa en la forma que propugnamos; sin embargo, la Resolución en el considerando siguiente puntualiza claramente la cuestión al decir «que la anterior doctrina, de carácter *excepcional*, no puede hacerse extensiva a supuestos distintos que no son vitales para la existencia y funcionamiento de la sociedad, pues no hay que olvidar que el mandato legal contenido, como regla general, en el artículo 72 de la ley establece un plazo fatal, que sólo puede entenderse todavía en vigor a los limitados efectos de impedir la paralización de la sociedad».

Es interesante la doctrina contenida en la citada Resolución, pues en lugar de considerar a los administradores como en situación de prórroga de hecho o de reelección tácita, simplemente los configura como *legitimados todavía* para ejercitar una serie de facultades necesarias para la subsistencia de la sociedad, pero puntualizando que tal doctrina es de carácter excepcional, con lo que claramente se deduce que la regla general es la contraria y que, por consiguiente, no puede hacerse extensiva a supuestos distintos que no sean vitales para la existencia y funcionamiento de la sociedad. Por último, afirma de un modo contundente que el mandato legal contenido *como regla general* en el artículo 72 de la Ley establece un *plazo fatal* y que sólo puede entenderse subsistente a los limitados efectos de impedir la paralización de la sociedad.

La doctrina nos parece correcta. La caducidad opera de modo fatal, automáticamente. Esta es la regla general. Sin embargo, a los limitados efectos de impedir la paralización de la vida social, situación que se produciría si al cesar los administradores por el transcurso del tiempo, éstos, aun después de caducado su mandato, no pudiesen convocar la Junta General necesaria para su reelección, se permite que tales administradores

puedan realizar exclusivamente aquellos actos que sean vitales para la existencia social y ello con carácter excepcional.

Tales supuestos no pueden considerarse en modo alguno como una prórroga de hecho del nombramiento, ni mucho menos como un supuesto de reelección tácita, pues de admitirse tales supuestos la capacidad de los administradores sería total y no limitada, sino simplemente como una actuación excepcional y limitada reconocida exclusivamente en aplicación del superior principio de conservación de la empresa, pero que en nada altera la situación jurídica operada por la caducidad. Así resulta confirmado por la Resolución de 24 de mayo de 1974 al negar la validez de la actuación de administradores con mandato caducado en el otorgamiento de una escritura de venta, pues tal acto no entra dentro de los que, como la convocatoria de la Junta General en orden a la reelección, son vitales para la existencia de la sociedad.

Obsérvese, por último, en la Resolución que comentamos que, no obstante establecerse en los Estatutos un plazo de duración de tres años y reelecciones sucesivas por iguales períodos de tiempo, y tratarse además de administradores posteriores a los primeros, la Dirección no titubea en señalar que el *plazo del artículo 72 es aplicable como norma general* y que el mismo actúa de modo fatal.

Por último, para completar el estudio del artículo 72 hemos de contemplar su inciso final, que dispone: «el nombramiento deberá ser presentado a inscripción dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla» (la aceptación).

El sentido imperativo que la palabra «deberá» atribuye al precepto creemos que debe matizarse. La norma contiene dos disposiciones: una, la de que el nombramiento deberá inscribirse; otra, la de que deberá ser presentado a inscripción dentro de los diez días siguientes a la aceptación.

La primera parte sí reviste tal carácter, ya que sin órgano administrador la sociedad no puede funcionar. La Junta General es sólo órgano consultivo y deliberante, mas la ejecución de sus acuerdos y la representación de la sociedad la ostenta el órgano administrador. Su inscripción es obligatoria y únicamente mediante ella los terceros podrán conocer quiénes son los legitimados para actuar en nombre de la sociedad.

La segunda, relativa al plazo en que deberá verificarse la presentación, carece, a nuestro juicio, de tal carácter. Su incumplimiento acarreará la correspondiente responsabilidad de los administradores y facultará a los terceros para no reconocer su actuación por falta del requisito de la inscripción, pero ello no implica la nulidad del nombramiento ni permite que se deniegue la inscripción del mismo si se presenta transcurrido el referido plazo.

La postura contraria nos llevaría al absurdo de que cumplida la obliga-

ción de la Junta de proceder a la reelección o renovación, la negligente actuación del órgano administrador al no solicitar la inscripción dentro del plazo legal dejase a la sociedad incapacitada para actuar por carecer de representación legal.

Por otra parte, en algunos supuestos el plazo será de difícil cumplimiento, como sucederá en aquellos casos en que realizándose los nombramientos en Junta en que se tomen otros acuerdos susceptibles de inscripción que precisen de la escritura pública y la correspondiente liquidación fiscal, como aumentos de capital, modificación de Estatutos, etc., en los que el plazo transcurrirá antes de que el documento salga de la oficina liquidadora, bien porque aunque sea presentado en el Registro y posteriormente retirado para liquidación caduque el asiento por no ser devuelto a tiempo, si no se solicitó la oportuna prórroga, bien porque aún solicitada ésta el plazo puede ser insuficiente si por consecuencia de aumentos de capital no dinerarios éstos requieren valoraciones fiscales que no siempre son lo suficientemente rápidas como para impedir la caducidad del asiento de presentación. Si en tales supuestos no se admitiese la inscripción por presentación fuera de plazo se obligaría a las sociedades a nuevas convocatorias de Junta General para reiterar nombramientos ya efectuados, con el consiguiente perjuicio y paralización de la vida social.

Por otra parte, tal como vemos en el artículo 66 de la Ley, al disponer que «deberá ser presentado en el Registro Mercantil, dentro de los ocho días siguientes a la aprobación del acta, bajo la responsabilidad de los administradores, testimonio notarial de los acuerdos inscribibles», se impone responsabilidad a los administradores que incumplen el requisito de la presentación a inscripción dentro de plazo, pero sin que ello tenga mayor trascendencia. Los acuerdos están válidamente tomados, faltándoles un requisito, la inscripción. Mientras ésta no tenga lugar no afectarán a los terceros y los administradores incurrirán en responsabilidad, pero ello no afecta a su validez. Idéntico criterio hemos de sostener respecto al artículo 72.

Desde el punto de vista práctico la posición que propugnamos en orden a la duración de los cargos es la única que en el régimen vigente da absoluta seguridad a la actuación de los administradores sociales. Si los Estatutos y el Registro expresan claramente cuál es el plazo de actuación de los administradores, bastará simplemente transcribir en la escritura o comprobar en el Registro cuál es el título y fecha del nombramiento y el período de duración del cargo para saber si los cargos están vivos, como regla general, pues aun cuando pueda existir una revocación no inscrita el Notario no tiene por qué dar fe de la vigencia del cargo ni el Registro acredita más de lo que aparece inscrito.

Los nombramientos sin plazo sólo pueden crear inseguridad, dado que si con arreglo a la doctrina jurisprudencial son nulos por ser contrarios al artículo 72, el hecho de la inscripción no convalida su nulidad, y las actuaciones de tales administradores, transcurrido el plazo legal de actuación podrán ser impugnadas o precisarán de la oportuna ratificación, con el consiguiente daño para las relaciones jurídicas creadas al amparo de tales nombramientos.

De este modo se simplificaría enormemente a los Notarios el juicio de capacidad y a los Registradores de la Propiedad y a los terceros la posibilidad de comprobar que las actuaciones de los administradores son legítimas, sin que la pequeña molestia que suponen las correspondientes reelecciones, facilitadas al máximo por el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, supongan argumento de suficiente peso comparada con la indudable ventaja de la seguridad.

Sólo me resta, paciente lector, si has tenido la amabilidad de seguirme hasta aquí, pedir disculpas por los errores e imprecisiones que hayan podido deslizarse a lo largo de estas líneas. El trabajo adolece del mal de nuestro tiempo: la prisa. En este caso concreto agravado por el hecho de la posible invasión de los Registros con nombramientos o Estatutos por tiempo indefinido, respaldados, teóricamente, por las conclusiones del Congreso Notarial citado, con la consiguiente desagradable obligación de los Registradores de proceder a su devolución, ateniéndonos a la doctrina jurisprudencial que ha quedado estudiada.

Si estas modestas líneas contribuyen a evitarlo y despiertan el interés de los más capaces para el estudio de la cuestión nos daríamos por satisfechos, confiando en que la próxima Ley de Sociedades Anónimas resuelva claramente la cuestión.

Valencia, 1 de enero de 1979.

EMILIANO CANO FERNÁNDEZ

Registrador Mercantil

VIDA JURIDICA

Centenario de la Ley de Propiedad Intelectual

El 10 de enero de este año se ha celebrado el primer centenario de la vigente Ley de Propiedad Intelectual. Es ésta una de las leyes especiales que se promulgaron al fracasar la idea codificadora introducida en España en 1811, en las Cortes de Cádiz, recogiendo la influencia francesa plasmada en el *Codé Napoleon*. Recordemos que en aquellos años se promulgaron diversas leyes, como la Hipotecaria (1861), Notarial (1862), Registro Civil (1870), Aguas (1879), etc.

Existía ya una ley anterior, de 1847, que, en opinión del inspirador y autor material de la vigente, MANUEL DANVILA COLLADO, era injusta e inútil, ya que mutilaba la personalidad humana, levantando derecho contra derecho y haciendo menos natural el concierto entre autores, editores y lectores. Esta puede ser la idea inspiradora de la vigente ley, en la que se intentaba «una posible solución práctica que conciliase el interés social con el particular y redimiera a la propiedad intelectual del injusto yugo que tan mal ajusta con la marcha progresiva de la humanidad».

Con este motivo, el Ministerio de Cultura ha organizado diversos actos, entre los que sobresalen la exposición conmemorativa y la conferencia, celebrada el día 5 de enero último en los salones de la Biblioteca Nacional, bajo el título «Presente y futuro de la Ley de Propiedad Intelectual», en la que disertó el Registrador General de la Propiedad Intelectual JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ. Fue presidida por el ex Ministro de Cultura, Pío Cabanillas; por el Secretario de Estado, señor Cañadas; Director General de Difusión Cultural, señor Ballester; Director General del Libro, señor Terceiro, y Director de la Biblioteca Nacional, señor Escolar.

El conferenciante expuso el tema antes citado con gran dominio del mismo y con su habitual profundidad y amenidad. Hizo un breve exordio, situando el momento en que se publica la Ley y destacando algunas de las noticias que aquel día publicaban los periódicos, como, por ejemplo, la

significativa de que siglos antes, en el Imperio de la China, se había puesto en uso el sistema de la imprenta, los premios de lotería, los Consejos de Ministros celebrados, el comienzo de unas oposiciones a cátedras, la fuga de presos de una cárcel, etc.

Entrando en el estudio del presente de la Ley de Propiedad Intelectual destaca el conferenciante cómo el éxito de la misma se debe no sólo a la intervención en su redacción de juristas especializados, sino a la amalgama que representó la participación de políticos, juristas y autores. En el examen concreto de la Ley estudia los principios que la informan y que pueden resumirse en los siguientes: *a)* El de protección a la cultura en su triple manifestación de obras científicas, literarias y artísticas. *b)* Principio de determinación de la titularidad y objeto, que precisaba quién debería ser considerado como autor y cómo la titularidad podía corresponder a los traductores, refundidores y a los que copian, extractan, reproducen y editan, así como a los derechohabientes de los anteriores. La titularidad se complementa por aquellos que reciben los beneficios. La obra no basta que esté concebida, hay que realizarla. *c)* Principio de temporalidad de esta propiedad que dura la vida del autor y ochenta años más, planteando problemas su duración cuando se atribuye a una persona jurídica. *d)* Principio de transmisibilidad, que se enlaza con el del gravamen en la actualidad y que ha tenido vigencia y aplicación no sólo en los actos *inter vivos*, sino en los *mortis causa* aún y a pesar del error legislativo del artículo 6 de la Ley. *e)* Principio de exclusiva, que se conjugaba con el interés público, reconociendo al autor la exclusiva de reproducción y publicación y haciendo tránsito la obra al dominio público en determinados casos de falta de inscripción, publicación o transcurso de cierto tiempo. *f)* Principio de protección registral, creándose un Registro público de carácter jurídico, en el que, a su vez, se destacan los principios de publicidad material y formal; inscripción declarativa; especialidad en la llevanza del Registro por obras, y no por autores; el del tracto sucesivo que exige el engarce de titulares; el de calificación, que asegura el cumplimiento de la legalidad vigente, y el de rogación en cuanto la inscripción es voluntaria.

No cabe duda que lo más atractivo de la conferencia estuvo en el estudio del futuro de la propiedad intelectual. El transcurso de cien años ha permitido una evolución en el progreso técnico realmente asombrosa. El sonido y la imagen están en décimas de segundo presentes en todo el mundo. Por ello los medios de difusión de la propiedad intelectual superan con mucho las previsiones legislativas de la ley centenaria, a pesar de su gran intuición previsoras frente al progreso. Desde la cinematografía y las grabaciones sonoras a las computadoras, pasando por la radio, la televisión, etcétera, se registran unas grandes posibilidades de difusión de la cultura,

aunque a su lado surgen inevitables las amenazas del plagio y de la edición pirata.

Frente a estos avances no es suficiente la labor de interpretación y aplicación de la norma a través de la facultad calificadora, debiendo tener en cuenta la novedad que ofrecen los principios constitucionales frente a la regulación de esta singular forma de propiedad. La Constitución de 1978, si reconoce y protege todas las manifestaciones de la propiedad intelectual, impone como contrapunto la función social delimitadora de esos derechos y el acceso a la cultura a que todos tienen derecho. La reforma legislativa que se lleve a cabo debe tener en cuenta los dos anteproyectos de 1934 y de 1966, además de estos preceptos constitucionales.

Hay que considerar dos puntos en lo tocante a la reforma: el relativo al reconocimiento de la propiedad y el de su protección. En el primero se pueden analizar distintos apartados: 1) El derecho y su titularidad. Al lado del derecho del autor pujan en estos momentos los llamados «derechos conexos, afines o vecinos», constituidos por los de los intérpretes, ejecutantes, artistas, fabricantes de discos, empresarios de radio y televisión, etc. Las Leyes de Portugal y de Filipinas aceptan estos derechos. Por otro lado, se plantea también el carácter privativo o ganancial de dicha propiedad. 2) Contenido del derecho. El conferenciante es partidario de agrupar en la nueva legislación una serie de disposiciones que contemplan diversos aspectos importantes, como el del gravamen. Igualmente se plantea el tema del derecho del autor en su proyección del derecho a lo inédito y sus soluciones a través del sistema de licencia obligatoria, expropiación forzosa o expropiación del olvido. 3) Limitaciones en su existencia. La vida del autor y los ochenta años de duración plantearán de nuevo la discusión de si nuestra legislación debe retroceder o ampliarse. Igualmente, la precisión de si cuando la obra pasa a dominio público, éste debe ser entendido como dominio patrimonial del Estado o como bien demanial de uso público. 4) Objeto de la propiedad. Recae no sobre ideas, sino sobre la originalidad individual de su forma de expresión. Y en ese punto plantea el arduo problema de los ordenadores electrónicos o computadoras los programas de televisión, las obras fotográficas, diapositivas, la fonografía, la correspondencia privada, las cartas, las noticias, los bocetos escenográficos y teatrales, las traducciones hechas por ordenador, los diseños artísticos, la reproducción de la imagen y voz, el derecho a la plusvalía, los mapas, la producción cinematográfica, etc. La enunciación de supuestos no agota la materia, pero puede servir de ejemplo para una primera toma de conciencia de lo que ha de tratarse en los trabajos preparatorios de una posible norma en la que instituciones vinculadas a esta singular manifestación de la propiedad habrán de tener su oportunidad para aportar la experiencia hecha informe.

En el segundo apartado, referente a la protección, deslinda el conferenciante los conceptos de «depósito legal», mero requisito administrativo, el «copyright», con trascendencia internacional si va acompañado de los requisitos formales del país de origen, y la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, único medio de proteger adecuadamente la titularidad del autor, unificando diversas normas que provocan problemas de interpretación y adecuación. Al lado de esta institución registral habrá que arbitrar un inevitable sistema represivo, constituido por normas de carácter gubernativo y judicial ante la transgresión del principio de respeto del derecho de los demás plasmado en la Constitución. Se deben respetar al máximo las instituciones tuitivas, como la Sociedad General de Autores, el Instituto Nacional del Libro, la Unesco y el Ompi, que, junto con los tratados y convenios internacionales, han de poner a salvo el derecho de los autores.

Cerró el acto el señor Ministro de Cultura con unas palabras, en las que glosó, brevemente, lo dicho por el conferenciante y anunció la constitución de una Comisión para redactar el proyecto de la nueva Ley de Propiedad Intelectual, integrada por especialistas en la materia junto a otros prestigiosos nombres del campo del Derecho civil.

CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Registrador de la Propiedad

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO Y
TIRSO CARRETERO GARCÍA

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. LA PRÓRROGA O SUSPENSIÓN DEL PLAZO DE VIGENCIA DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN PRODUCIDA EN EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 255 DE LA LEY HIPOTECARIA (APARTADO 4.º) LLEVA CONSIGO LA DE LOS ASIENTOS DE PRESENTACIÓN POSTERIORES CONFORME AL ARTÍCULO 111, 3.º, DEL REGLAMENTO, PERO NO LA DE LOS ANTERIORES CADUCADOS YA AL MOMENTO DE DESPACHARSE EL TÍTULO QUE FUE RETIRADO PARA PAGO DEL IMPUESTO.

Resolución de 11 de marzo de 1978 («B. O. del E.» de 5 de abril).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada en Barcelona el 18 de abril de 1975 por el Notario don José María Gasch Nohet, de la Sociedad «Fomento de Inversiones Colectivas, S. A.» (FOINCOSA), constituyó hipoteca sobre cuatro fincas rústicas situadas en el término municipal de Castelldefels, en favor del acreedor de dicha Sociedad don Vitalino Llamazares Sánchez y de su esposa, doña Estilita García García, en garantía de un préstamo de 1.800.000 pesetas, compareciendo en la escritura como representantes de la Sociedad don Domingo Altemir Arias y don Ricardo Pena Cerdá, en razón de la limitación establecida en escritura pública que facultaba a los dos socios citados y a don José María Plana Gañán para que actuando conjuntamente, dos cualquiera de ellos, puedan disponer de los fondos de la Sociedad; las fincas hipotecadas pertenecían a «Foincosa», por compra a don José Tomás Margarit, en virtud de escritura autorizada por el mismo Notario señor Gasch con fecha 18 de marzo de 1975; la re-

ferida escritura de préstamo hipotecario fue presentada en el Registro de la Propiedad de Hospitalet número 4 con fecha 22 de abril de 1975, causando el asiento número 2.918 del diario número 2 y siendo retirada en la misma fecha para liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, y una vez liquidada reintegrada al Registro dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación; con fecha 25 de abril de 1975 se presentaron en el Registro tres escrituras otorgadas ante el citado Notario señor Gasch el 18 de marzo de 1975, que causaron los asientos 2.950, 2.951 y 2.952 del diario número 2, por las cuales «Foíncosa» adquiría las fincas antes expresadas por precio de 2.000.000 de pesetas, por la segunda constituía primera hipoteca a favor del vendedor por importe de 18.800.000 pesetas, sobre las mismas fincas, y por la tercera constituía segunda hipoteca por importe de 18.240.000 pesetas, también sobre las mismas fincas, a favor de don José Luis Jimena Gallego, siendo retiradas las tres para pago del Impuesto; la escritura que causó el asiento 2.918, sin haber podido inscribirse por falta de título previo, fue de nuevo retirada el 15 de julio y cancelado dicho asiento por caducidad al día siguiente, mientras que los otros tres asientos referentes a las mismas fincas habían sido prorrogados por ciento ochenta días, el 28 de junio, por estar pendiente de liquidación las escrituras que los motivaron en la Abogacía del Estado de Barcelona; con fecha 1 de agosto de 1975, fue presentada en el Registro (asiento número 1.051 del diario número 3) una escritura autorizada por el Notario de Armunia don José Lorente el día 14 de junio anterior por la que «Foíncosa» aporta a la Sociedad «Viña Llopart, S. A.», los cuatro terrenos referidos, siendo retirada para la liquidación del Impuesto y reintegrada al Registro el 14 de octubre siguiente, es decir, el día que cumplía los sesenta desde la presentación, el cual no fue expresamente prorrogado; con fecha 18 de agosto de 1975 fue presentada de nuevo en el Registro (asiento número 1.208 del diario número 3) la escritura de préstamo hipotecario a favor del recurrente señor Llamazares y retirada el 15 de septiembre sin inscribir por falta de título previo, cancelándose el asiento por transcurso de su plazo de vigencia el 30 de octubre; con fecha 19 de septiembre se reintegra al Registro la escritura de compra por «Foíncosa», y la que había causado el asiento 2.951, de constitución de hipoteca, las cuales el día 30 siguiente son retiradas de nuevo para subsanar defectos, devolviéndose ambas nuevamente el 24 de octubre; con fecha 24 de octubre se reintegra al Registro la escritura que había causado el asiento 2.952; con fecha 24 de octubre se inscriben estas tres últimas escrituras, y además la que había causado el asiento 1.051 del diario número 3, que si bien no había sido prorrogado expresamente, el Registrador entendió que dicho asiento estaba prorrogado tácitamente, al haber sido prorrogados otros asientos anteriores referentes a las mismas fincas.

Presentada el 30 de octubre de 1975, de nuevo, en el Registro la escritura de 18 de abril de 1975, con número de asiento 1.293 del diario número 3, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del presente documento por constar inscritas las fincas a que el mismo se refiere a favor de personas distintas de la Entidad hipotecante.»

El Procurador don Carlos Testor Ibars, en representación de don Vitalino Llamazares, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que al otorgamiento de la escritura de constitución de «Viña Llopart, S. A.», sólo compareció por parte de «Foíncosa» el señor Altemir,

cuando era preceptiva la comparecencia de otro de los socios a que se refiere la limitación a que ya se ha hecho referencia anteriormente, y que del asiento de presentación de dicha escritura no se hizo petición de prórroga; que no es comprensible que se denegara la prórroga del primer asiento de presentación de la escritura objeto del recurso que fue solicitada por el presentante, ya que estaba justificada al no estar inscrita la escritura previa de compra a favor de «Foíncosa»; que estando vigente el 2.º asiento de presentación de la escritura cuya inscripción se deniega y caducado el de «Viña Llopart, S. A.», no es posible se considere éste prorrogado y se tenga a aquél por no existente; que tampoco se comprende que se haya admitido el tercer asiento estando las fincas inscritas a nombre de tercero.

El Registrador informó que la calificación denegatoria de la nota se basa en el principio de prioridad regulado fundamentalmente por los artículos 17, 24, 25, 26 y 248 de la Ley Hipotecaria; que la vigencia del asiento de presentación número 2.918 del diario número 2 del Registro terminó el 16 de julio de 1975, a tenor de lo dispuesto en los artículos 17 y 66 de la Ley Hipotecaria y del 97 de su Reglamento; que dicho asiento no es susceptible de prórroga hasta los ciento ochenta días, ya que la escritura motivadora del mismo fue liquidada y devuelta al Registro vigente aun el asiento de presentación, sin que se hubiera ordenado antes de su liquidación la prórroga del mismo por la Abogacía del Estado, no siendo posible posteriormente la prórroga del repetido asiento por no darse el supuesto del artículo 255 de la Ley Hipotecaria; que, en cambio, los asientos números 2.950, 2.951 y 2.952 del diario número 2 del Registro fueron prorrogados por orden de la Abogacía del Estado, implicando dicha prórroga la suspensión de vigencia del plazo del asiento número 1.051 del diario número 3 del Registro, a tenor de lo dispuesto en el artículo 111 del Reglamento Hipotecario; que en este caso no hubo prórroga de dicho asiento, sino suspensión de efectos del mismo en cuanto al plazo, suspensión que se da únicamente con relación a asientos posteriores a los prorrogados, que es el supuesto del asiento 1.051, y nunca con relación a asientos anteriores como lo era el 2.918; que, por lo tanto, habiendo sido cancelado el asiento de presentación número 2.918, automáticamente ganaron prioridad los asientos números 2.950, 2.951 y 2.952, todos del diario número 2 del Registro, y el asiento 1.051 del diario número 3, vigentes los tres primeros por prórroga y el cuarto por suspensión del plazo de vigencia del mismo, a consecuencia de la prórroga de los anteriores, siendo inscritos con fecha 24 de octubre de 1973, sin que fuera impedimento para su inscripción el que constase presentado en el Registro con fecha 18 de agosto de 1975, y número de asiento 1.208 del diario número 3 la escritura objeto del recurso, por ser dicho asiento de fecha posterior a aquéllos; que si una escritura no se inscribe por defectos subsanables y el interesado, una vez caducado el asiento de presentación, la presenta de nuevo en el libro diario, será sometida dicha escritura a una nueva calificación, pudiendo este proceso repetirse indefinidamente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 108 del Reglamento Hipotecario.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, recogiendo la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que desarrolla el principio de prioridad, y declarando que las alegaciones

del recurrente carecen de valor para debilitar o enervar la calificación registral.

Interpuesta apelación por el recurrente, la Dirección General (1) acordó confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—La cuestión que plantea este recurso consiste en dilucidar si es inscribible una escritura de constitución de hipoteca, que ingresó en el Registro y causó el correspondiente asiento de presentación, que caducó por no estar inscrito el título previo de dominio de las fincas hipotecadas a favor del deudor, y que tras una serie de vicisitudes que se recogen en el resultando 1.º, se presenta de nuevo, cuando ya se encontraba presentado y en situación de prórroga del asiento, no sólo el título de adquisición del deudor, sino también otro por el que éste aportaba las fincas hipotecadas a una Sociedad.

El principio de prioridad, básico en nuestro sistema registral, y que recoge el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, tiene su fundamento en la protección que confiere a todo el que ingresa un título en el Registro, frente al que no lo lleva o es negligente, pero habrá que examinar si este principio fundamental no sufre alguna desviación o quebranto al relacionarlo con el de tracto sucesivo (art. 20 de la misma Ley) y si en consecuencia se encuentra igualmente protegido en toda su amplitud, el titular de un derecho que obró con toda diligencia y desde el primer momento acude a gozar de la protección registral, sin que pueda realizar la inscripción de su título, por circunstancias totalmente ajenas y de pura mecánica de oficina, unido a una laguna legal y reglamentaria en la regulación de esta materia.

En efecto, el artículo 111 del Reglamento Hipotecario en su párrafo último, contempla el supuesto de que ingresen títulos con posterioridad al del que ha provocado la suspensión del plazo de vigencia del asiento de presentación (en el caso de este recurso el título de compra por la Sociedad de las fincas hipotecadas), ya que entonces establece dicho artículo la suspensión del plazo de vigencia de los asientos de presentación posteriores relativos a títulos contradictorios (entre los que se encontraba el de aportación de las fincas hipotecadas a otra Sociedad), pero no toma en consideración a los que originaron un asiento de presentación anterior ya caducado, como la escritura de constitución de hipoteca objeto del recurso, y si bien este título se volvió a presentar con posterioridad al que originó la prórroga o suspensión, cuando esto tuvo lugar, ya se había presentado también el de aportación de las fincas hipotecadas a una nueva Sociedad.

Es doctrina reiterada de este Centro, al desenvolver el principio de prioridad, la de que no puede aplicarse con tal rigurosidad, en el caso de que existan títulos contradictorios, el axioma de que la escritura que con las debidas formalidades legales tuviera acceso al Registro en primer lugar será la que gozará de los efectos tutelares del sistema, pues en su función calificadora no pueden los Registradores en algunos casos ver limitada su facultad y correspondiente deber de examinar los documentos pendientes de despacho que puedan contribuir a una más acertada calificación, lo que en el supuesto concreto de este expediente no hubiera podido reali-

(1) VISTOS los artículos 1, 17 y 255 de la Ley Hipotecaria, 111 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de la Dirección General de 22 de octubre de 1952, 7 de febrero de 1959 y 26 de mayo de 1965.

zarse, dado que según resulta de los antecedentes expuestos la escritura discutida fue retirada de nuevo antes de caducar su segundo asiento de presentación, por lo que en el momento en que una vez subsanados los defectos de la previa, pendiente de inscripción, se procedió por el Registrador en el ejercicio de su función a calificar los documentos presentados, no existían más escrituras que la de adquisición por el deudor de las fincas que a continuación hipotecó y la de aportación de estos inmuebles a otra Sociedad, que fueron inscritas.

Aun cuando en una futura reforma reglamentaria aparecería conveniente plantearse la cuestión de si la suspensión o prórroga de un asiento posterior, que es título para uno anterior, debiera producir la prórroga de éste, no es menos cierto que en la actual legislación hipotecaria sólo se contempla el caso de la prórroga o suspensión de los asientos posteriores al prorrogado, y al ser totalmente excepcionales estos casos de prórroga, no puede por analogía el Registrador aplicarlos a supuestos distintos de los expresamente indicados en la normativa legal vigente, ni mucho menos proceder a la práctica de una prórroga en estas circunstancias.

Extendido el asiento a favor de la Sociedad surge el obstáculo derivado del párrafo 2.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, sin que en el estrecho marco en que se mueve el recurso gubernativo pueda ser solucionado este debate, por lo que no podrá practicarse la inscripción solicitada, salvo que el propio titular registral la consienta, pues tal asiento se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1.º de la misma Ley) y produce todos sus efectos mientras no se declare su nulidad.

Por último, al no haberse planteado en el recurso, no se examina la cuestión de si en el artículo 255 de la Ley Hipotecaria se establece una prórroga de ciento ochenta días en la vigencia del asiento de presentación, prórroga que, una vez ocurrido el supuesto de hecho de la norma se produciría en todo caso, o si por el contrario dicho artículo lo que establece es una suspensión del plazo de vigencia de dicho asiento, suspensión que abarcaría el período de tiempo transcurrido entre la iniciación de la suspensión y la fecha del pago del impuesto, momento en el que volvería a seguir corriendo dicho plazo hasta cumplir los sesenta días de vigencia del asiento de presentación, y sin que nunca pudiera rebasarse el de ciento ochenta días de su fecha, ya que de aceptarse esta última solución podría implicar una posible nulidad de unos asientos practicados fuera del plazo de vigencia del asiento de presentación.

COMENTARIO.—Comenzándole por la lectura de los considerandos observamos que el primero intenta resumir el caso, el tercero contiene el fundamento principal del fallo, consistente en que el artículo 111 del Reglamento Hipotecario suspende el plazo de vigencia de los asientos posteriores, pero no toma en consideración los anteriores; el cuarto se dedica a demostrar por qué la reiterada doctrina de que los Registradores pueden tener en cuenta, para una más acertada calificación, y aun contra una rigurosa prioridad formal, otros títulos contradictorios pendientes de despacho, no podía aplicarse en beneficio de la escritura de hipoteca constituida a favor del recurrente, retirada y nuevamente presentada; y el sexto justifica la definitiva denegación de esta hipoteca por la prioridad ganada por la de aportación. Todos los restantes considerandos, aunque contengan razonamientos complementarios de interés, como, por ejemplo, el de la imposibilidad de extender a los asientos anteriores la normativa de los

posteriores por analogía, son en el fondo lamentaciones jeremías del Centro Directivo por encontrarse maniatado por la normativa legal y reglamentaria e impedida de dictar una solución distinta al caso, más acorde con el principio de prioridad formal.

En efecto, en el considerando segundo parece reconocer, entre líneas, la existencia de un fallo legal por cuanto al relacionar el principio de prioridad con el de tracto sucesivo, en determinadas circunstancias ajenas al titular del derecho que acudió primero al Registro, resulta quebrantada la prioridad de éste. El considerando quinto apunta la conveniencia de una reforma reglamentaria que extienda la prórroga automática de asientos de presentación a los anteriores al prorrogado al amparo del artículo 255 de la Ley. Y el séptimo también lamenta no poder entrar en la cuestión de si es prórroga o suspensión del plazo de vigencia lo que este precepto establece, por no haber sido planteada tal cuestión, que acaso resuelta en determinado sentido podría producir la consecuencia de que algún asiento de inscripción resultase practicado fuera del plazo de vigencia del de presentación correspondiente.

Se explican tantas lamentaciones porque el principio de prioridad registral quedó malparado y la hipoteca primera en acudir al Registro, y cuyo impuesto fue satisfecho sin dilación, quedó en definitiva no sólo postergada a otras dos que acudieron más tarde, sino excluida por virtud de la escritura de aportación a tercero, varios meses posterior a aquélla.

En cuanto a las tres hipotecas parece ser que la prioridad escrituraria resultó triunfante, prescindiendo ahora de si en materia de hipotecas es totalmente válido hablar de una prioridad civil o escrituraria frente a la registral. Pero en cuanto a la aportación de las fincas a «Viñas Llopart, Sociedad Anónima», quedó truncada, no sólo la prioridad registral de la hipoteca del señor Llamazares, sino también la prioridad escrituraria por causa del desigual mecanismo formal de caducidades y prórrogas de los asientos de presentación, que funcionó como diabólico mecanismo para triturar la hipoteca que primero acudió al Registro.

Es cierto que faltan en la Resolución todos los datos necesarios para distinguir los buenos y los malos del drama, pues nada se dice en ella relativo a los apartados de cargas de las escrituras (2); pero no hay duda de que el triste destino de la escritura primeramente presentada puede resultar consumado por muy buena fe que ostente el presentante y acreedor hipotecario de la misma y por muy dolosa que resultase la conducta de todos los intervinientes en los otros títulos.

Pero si son explicables las lamentaciones del Centro Directivo nos queda por ver si eran irremediables en el caso concreto y si era también imposible abrir algún camino para que, en casos similares, una conducta distinta de interesados o Registrador evitasen las lamentables y lamentadas consecuencias producidas en el caso del recurso.

El escrito del recurrente parece que fue excesivamente conciso y pueril. La validez o nulidad de la escritura de aportación por defectos en la representación de «Foíncosa» no era cuestión a dilucidar en el recurso; alegar

(2) Nada se dice sobre si en el apartado de cargas de la hipoteca constituida a favor de don Vitalino constaban o no las otras dos hipotecas constituidas por «Foíncosa» al comprar las fincas, ni si en la escritura de aportación a «Viñas Llopart» constaban las tres hipotecas y concretamente la de don Vitalino. Pero los inútiles forcejeos de éste para conservar la preferencia, conseguida por su asiento de presentación, cuya vigencia ve agotarse inevitablemente, frente a los títulos presentados después, cuyos asientos de presentación van siendo con tanta facilidad prorrogados hasta que el tracto sucesivo se completa, tiene, sin duda, tonalidades kafkianas.

que no se había pedido prórroga del asiento de presentación de la misma era insuficiente sin demostrar antes que no procedía su prórroga al amparo del artículo 111 del Reglamento. También son insuficientes los datos sobre la supuesta petición de prórroga del asiento de presentación de la hipoteca del recurrente.

El informe del Registrador, en cambio, es claro y concluyente; el asiento 2.918 estaba ya caducado al momento de calificar y despachar los títulos cuyos asientos habían sido objeto de prórroga, y aquel asiento 2.918 estaba condenado a caducar indefectiblemente porque no cabía prorrogarle ni conforme al artículo 255 de la Ley, ni a tenor de lo dispuesto en el 111 del Reglamento, ni al amparo de ninguna otra disposición. Hay en el informe indudable reticencia sobre los posibles medios de evitar las consecuencias que se produjeron, pero la neutralidad del Registrador era obligada y tenía que evitar toda oficiosidad como, por ejemplo, «recomendar» la anotación preventiva por defecto subsanable si en el momento crucial existían ya títulos contradictorios.

Trataremos sucesivamente las siguientes cuestiones:

1.ª La interpretación del artículo 255 de la Ley Hipotecaria en el punto fundamental planteado, y no examinado, en el último considerando.

2.ª El verdadero ámbito de aplicación del artículo 111 del Reglamento Hipotecario, apartado último, y su posible aplicación por analogía a los asientos anteriores.

3.ª La posibilidad de evitar la pérdida de prioridad producida en el caso del recurso, por medio de la anotación preventiva por defecto subsanable, prorrogándola si fuere necesario.

Pero antes echaremos una ojeada al Vistos y aun antes buscaremos la moraleja de esta Resolución que estimo debe ser una severa amonestación a la optimista doctrina hipotecaria española cuando se jacta en exceso de la perfección de nuestro sistema por la llevanza de un libro Diario para la óptima aplicación del principio de prioridad. No niego las ventajas del asiento de presentación, pero lleva consigo múltiples inconvenientes derivados de una defectuosa y complicada regulación de la duración de sus efectos. La crítica de esta regulación puede comenzar en el mismo artículo 17 de la Ley que parece limitar la temporalidad del asiento de presentación al campo de los efectos obstructivos del mismo contra títulos presentados posteriormente, mientras el artículo 66 de la misma y especialmente el 107 del Reglamento convierte los sesenta días en un plazo fatal de caducidad aun cuando no exista otro título, presentado después, opuesto o incompatible. A partir de este contradictorio enfoque inicial toda la normativa encaminada a coordinar los principios de prioridad, calificación y tracto sucesivo en torno al plazo de vigencia del asiento de presentación presenta insuficiencias e imperfecciones tan notables que casi cabe preguntarse si no habrá estado más acertado el Derecho alemán que se limita a imponer el despacho por orden de solicitudes y da al Registrador un amplio margen discrecional para conceder al solicitante un plazo prudencial para subsanar los defectos resultantes de la solicitud de inscripción y pudiendo practicar, de oficio y conforme a la Ordenanza, una anotación preventiva o un asiento de contradicción según los casos, si durante el plazo concedido se presenta otra solicitud de inscripción contradictoria.

Ninguna de las Resoluciones citadas en el Vistos se acerca a la cuestión principal de la comentada.

La de 22 de octubre de 1952 recoge la doctrina, reiterada por otras, que permite al Registrador tener en cuenta documentos presentados posteriormente y pendientes de despacho para mayor acierto en la calificación y para no practicar inscripciones inútiles (3). Se cita al parecer, para justificar la apelación a la prioridad sustancial cuando resulte difícil encontrar otro criterio para resolver la colisión entre los principios de prioridad, tracto sucesivo y calificación. Prescindiendo de la peligrosidad de esta doctrina, que puede dar al traste con el principio básico de prioridad registral, hay que tener en cuenta que en nuestro caso sólo cabía respecto a las tres hipotecas, pero no en cuanto a la colisión entre la primeramente presentada y la aportación.

Las otras dos se encuentran aún más alejadas de nuestro problema. La de 7 de febrero de 1959 abordó la colisión entre prioridad registral y tracto sucesivo, pero resolvió en favor de la primera (4). Y la de 26 de mayo de 1965 también hizo prevalecer la prioridad registral sobre el cierre registral que produce una resolución judicial de incapacitación (5).

A) *El artículo 255 de la Ley.* ¿Establece una prórroga del asiento de presentación o una suspensión del plazo de vigencia? Intentaremos ser breves en este apartado, en primer lugar, porque no fue objeto de controversia en la resolución, como el último considerando lamenta, y, en segundo lugar, porque me han dejado estrecho margen donde moverme los interesantes trabajos de EMILIANO CANO y de GARCÍA-ARANGO, publicados a raíz de la Resolución que comentamos.

CANO (6) centra su comentario a la misma en el interrogante que acabamos de hacer poniendo el texto del artículo 255 de la Ley Hipotecaria en relación con su paralelo, el 51 del Reglamento del Registro Mercantil, y abordando otras dudas menores en la interpretación de dichos preceptos, como la de si el momento final de la prórroga o suspensión es la fecha del pago o la de devolución del documento. Estima que ambos preceptos quisieron establecer una suspensión del plazo de sesenta días de vigencia del asiento de presentación, suspensión que tendría de duración los días que transcurran entre la retirada del documento del Registro y su devolución,

(3) Esta resolución hizo prevalecer registralmente una adjudicación a un postor en ejecución hipotecaria sobre otra hecha al acreedor demandante en un ejecutivo ordinario con embargo anotado, por la preferencia de aquélla conforme a las normas sustantivas, a pesar de la preferencia que tenía esta otra en base a la mera prioridad formal. Verla con dubitativo comentario de GINÉS CÁNOVAS en esta Revista, mayo 1953, pág. 370.

(4) El caso era el siguiente: Se presenta una escritura de venta; después un mandamiento judicial ordenando cancelar una inscripción que obstaculizaba la de aquella venta y además anotar la prohibición de enajenar una tercera parte de la finca para garantizar las costas del procedimiento en el que se ordenó aquella cancelación. El Registrador denegó la inscripción de la venta en cuanto a dicha tercera parte por estimar inseparables los dos mandatos judiciales, pero la Dirección revoca la nota en base a la preferencia conseguida (en cuanto a la totalidad) por la presentación de la escritura de venta, que resultaba inscribible tan pronto como se atendía al primero de los dos mandatos, o sea, el de cancelación. Ver la reseña de esta Resolución y su Comentario por GINÉS CÁNOVAS en el número 374-375 de esta Revista, julio-agosto de 1959, págs. 511 y ss. Su contradicción con la de 18 de marzo de 1972 puede verse en mi Comentario a esta última en el número 491, julio-agosto de 1972, págs. 885 y ss., especialmente en págs. 891 y 894.

(5) Esta Resolución de 26 de mayo de 1965 trató de la colisión registral de una hipoteca con un Auto dictado en procedimiento penal que declaraba la incapacidad del deudor hipotecante sin dar efecto retroactivo alguno a la incapacidad. La hipoteca estaba otorgada y presentada antes de la fecha del Auto y la Dirección la declaró inscribible sin perjuicio del derecho a ejercitar las acciones oportunas ante los Tribunales para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad del título discutido conforme al artículo 66 de la Ley. Verla en el número 448-449 de esta Revista, septiembre-octubre de 1965, págs. 1194 y ss. Sus relaciones con la de 18 de marzo de 1972 en mi Comentario a esta última en el reseñado número 491 de esta Revista, pág. 893.

(6) EMILIANO CANO: «El artículo 255 de la Ley Hipotecaria y la Resolución de 11 de marzo de 1978», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 137, julio-agosto de 1978, págs. 625 a 635.

siempre que la suma de ambos plazos (el de vigencia y el de su suspensión) no exceda de los ciento ochenta días que como límite máximo fija el apartado último del 255. Pero luego, al pasar a la práctica registral, entre los dos modelos de nota marginal usados en ella, termina por inclinarse con la mayoría por el que configura como prórroga hasta ciento ochenta días lo que la Ley configura como suspensión, por tiempo variable, del plazo de vigencia de sesenta días con un tope máximo de vigencia para el asiento de ciento ochenta. En general estamos conformes con CANO, incluso en sus dos siguientes reparos al considerando final de la Resolución: 1.º el que apunta con la palabra *sic* a la frase del considerando «prórroga de ciento ochenta días en la vigencia», pues es cierto que tanto dicha frase como la de «prórroga *por* ciento ochenta días en la vigencia del asiento» parecen indicar que los ciento ochenta días deben ser sumados a los sesenta de vigencia normal del asiento; 2.º el de lamentar que no se haya manifestado el criterio de la Dirección sobre el problema de interpretación, aunque fuese *obiter*, pero estamos también conformes con CANO en que era difícil sentar criterio sin entrar en problemas graves y tampoco planteados en el recurso.

Si por razones prácticas se opta por la solución prórroga debe tenerse gran cuidado en hablar de prórroga hasta ciento ochenta días y nunca de prórroga de ciento ochenta días ni de prórroga por ciento ochenta días, porque estas últimas expresiones indicarían que los ciento ochenta días venían a sumarse o bien a los sesenta desde la presentación, o bien a los transcurridos desde la presentación a la retirada, o bien desde la presentación a la nota marginal, etc., soluciones todas que inciden en la misma inseguridad que la de suspensión del transcurso y aun mayor, con grave riesgo para los interesados en los asientos que han de prorrogarse por vía de consecuencia.

Insistimos en que el apartado final del artículo 255 de la Ley es suficientemente claro. Podrá dudarse si es un plazo máximo establecido sin perjuicio de aplicar en principio el sistema de la suspensión del transcurso del plazo de sesenta días, durante el tiempo de estar retirado el documento, o si es un plazo a tener en cuenta siempre y como único a tener en cuenta; pero de lo que no dudamos es de que ha de computarse el plazo de ciento ochenta días desde la fecha del asiento de presentación. No cabe interpretar que la fecha de la que habla dicho apartado final sea la de la nota marginal extendida.

Por todo lo expuesto creemos que hay cierto optimismo en el considerando final al creer que el artículo 255 puede ser objeto de dos únicas interpretaciones (la de prórroga y la de suspensión). En realidad el artículo 255 y los concordantes relativos a los asientos relacionados con el prorrogado son un semillero de dudas y son múltiples las opciones que a la Dirección o al futuro legislador se le ofrecen en trance de establecer una regulación más clara de la materia, si no se opta por un replanteamiento total de la relación entre Impuesto y Registro, o al menos una normativa que acabe con las demoras en la liquidación y pago de los Impuestos.

Un importante defecto de la actual redacción del artículo 255 de la Ley consiste en lo absurdo de que la imposibilidad del pago dentro de los sesenta días tenga que ser justificado con un documento a presentar dentro de esos sesenta días. Por esto algunos exigen que la solicitud de prórroga se haga el último día acompañando documento expedido también el

último día y algunos liquidadores se resisten a certificar antes de ese último día de la imposibilidad del pago. Creo, por el contrario, que prescindiendo de la literalidad del precepto los liquidadores deben certificar tan pronto tengan certidumbre de que el pago no ha de poder realizarse, por culpa de la Oficina, dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación y los Registradores deben dejar vía libre a la nota marginal de prórroga o suspensión en cuanto se le solicite, acompañando el justificante del liquidador.

También se ha planteado el problema de que el plazo de ciento ochenta días sea insuficiente, pues al no admitir excepción ninguna la norma del último apartado del artículo deja sin defensa al interesado en el caso de que la liquidación se retrase por circunstancias excepcionales más de dicho plazo, cosa que en la práctica no cabe descartar.

GARCÍA-ARANGO (7), aunque también parte de la Resolución que comento se despegue más de ella y se centra casi exclusivamente en el problema que ahora trato. La finalidad última de su trabajo parece ser la propuesta de sustituir el complicado mecanismo de los artículos 254 y 255 de la Ley por un nuevo sistema en que sea posible la inscripción aun sin pago del Impuesto, si bien practicando en este caso una nota marginal de afección al mismo; no obstante, la parte central del trabajo está referida a la interpretación del precepto que nos ocupa después de recordar los casos conexos de los artículos 107, 97, 414 y 434 del Reglamento, la Resolución de 24 de enero de 1950 y el artículo 246 de la Ley anterior precedente inmediato del 255 de la vigente. Después de referirse al trabajo de VENTURA TRAVESET (8), para determinar la causa legitimadora de la suspensión del plazo de vigencia, su alegación, su justificación y su constancia registral, pasa a determinar la manera de computar los dos plazos que aparecen en el precepto: el de duración máxima del asiento, de ciento ochenta días que comienzan a contarse el día siguiente de la fecha del asiento de presentación; y el de suspensión del plazo de vigencia que es de duración variable y para cuya determinación acude a siete fechas o momentos (1, presentación; 2, retirada; 3, alegación y justificación de la causa de suspensión; 4, nota marginal; 5, pago; 6, devolución del documento al Registro y 7, inscripción del mismo), quedando determinado dicho plazo de suspensión del transcurso del de vigencia por las fechas 4 y 6, y teniendo en cuenta que la fecha de devolución, en la que empieza a correr lo que llama tiempo restante, debe encontrarse dentro del plazo máximo de los ciento ochenta días contados desde la fecha del asiento de presentación. Deben verse las cuatro razones de GARCÍA-ARANGO para prescindir de la fecha del pago a pesar de recogerse en la literalidad del artículo 255. Vemos pues, como mantiene a ultranza el criterio de la suspensión del transcurso del plazo sin concesión ninguna al criterio más seguro de la prórroga hasta los

(7) CÉSAR GARCÍA-ARANGO y DÍAZ SAAVEDRA: «Notas sobre la aplicación del artículo 255 de la Ley Hipotecaria», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 140, noviembre de 1978, págs. 980 y siguientes.

(8) ANTONIO VENTURA-TRAVESSET: «La prioridad registral y el artículo 255 de la Ley Hipotecaria», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 1952, I, págs. 427 y ss.

VENTURA, después de estudiar los excepcionales supuestos de prórroga de la vigencia del asiento de presentación que en principio tiene un término de vigencia fatal e improrrogable, centra su estudio en el supuesto de pago del Impuesto del artículo 255 de la Ley fijando los siguientes cinco momentos: presentación, devolución, proximidad de la finalización del plazo de vigencia del asiento sin haberse pagado el impuesto con alegación y justificación de la existencia de causa legítima, calificación por el Registrador de estas circunstancias para acceder o no a la prórroga y recurso gubernativo en caso de calificación desfavorable. Aunque en muchos pasajes de su trabajo se abordan puntos relacionados con nuestro problema, éste no es directamente planteado.

ciento ochenta días en cualquier caso, que parece establecer el apartado último del 255.

El artículo 255 de la Ley y su dudosa interpretación siempre me ha traído a la memoria la complicada regulación del B. G. B. en materia de prescripción de acciones que distingue entre interrupción de la prescripción, suspensión de la prescripción y suspensión del transcurso, frente a la más sencilla de nuestro Código que se conforma con regular la interrupción (art. 1.973). El artículo 255 hace de la dilación ocasionada por el pago del Impuesto un motivo de suspensión del transcurso del plazo de vigencia del asiento, en cuanto tiende a incidir solamente en el final del plazo, como demuestra el exigir que por causa no atribuible al interesado no pueda pagarse el Impuesto dentro de los sesenta días. La idea inicial parece ser que no procede ampliación del plazo normal de vigencia del asiento de presentación más que cuando es previsible que el retraso de la Oficina liquidadora va a impedir el pago dentro de los sesenta días, despreocupándose el precepto de si queda o no tiempo para calificar, para subsanar defectos propios, etc. A partir de esto todo son dificultades y dudas, algunas de las cuales han quedado apuntadas, otras que aparecen en los trabajos citados y otras muchas más en las que podemos detenernos (9). El precepto tiene una grave contradicción interna; posiblemente quiso establecer una suspensión del transcurso del plazo de vigencia durante el período que corriese entre retirada y pago del Impuesto, pero en el último momento, dándose cuenta de algunos inconvenientes y por razones de seguridad jurídica recurre a una simple modificación del plazo ordinario de vigencia sustituyendo los sesenta días por los ciento ochenta. Cualesquiera que sean las ventajas, el mejor tecnicismo jurídico y el mejor ajuste de los intereses en juego de la solución, suspensión del transcurso del plazo de vigencia, dentro de un plazo máximo, no cabe desconocer las ventajas de la solución más simple y segura de prórroga *hasta* ciento ochenta días contados desde la fecha del asiento de presentación, especialmente teniendo en cuenta el supuesto de existencia de presentaciones de títulos contradictorios, con prórroga propia por razón de Impuesto o con prórroga derivada por razón de mera contradicción con otro prorrogado.

B) *El artículo 111 del Reglamento.* Su paralelismo con el 255 de la Ley. Tanto el plazo normal de duración del asiento de presentación como el plazo máximo establecido en el artículo 255 de la Ley están establecidos en atención a la posible existencia de otros asientos de presentación contradictorios o coordinados con el que se considera (10). Por ello la suspensión del plazo de vigencia de los asientos de presentación, que por vía de consecuencia de otra suspensión establece el artículo 111, apartado último, del Reglamento, debe ser aplicado al caso del artículo 255 de la Ley, apartado penúltimo, aunque esta suspensión no aparezca incluida en los anteriores apartados del 111, que sólo incluyen expresamente el supuesto de recurso del artículo 66 de la Ley.

La duda surge en si esta suspensión por vía de consecuencia ha de

(9) No obstante, los autores no suelen mostrar gran inquietud en relación con las dificultades que plantea este caso de excepción a la regla general de caducidad del asiento de presentación a los sesenta días, así como otros casos de excepción, y ello a pesar de que cada autor distribuye caprichosamente los casos de excepción en dos listas separadas de casos de suspensión y de casos de prórroga, variando notablemente las listas en cada autor. Ver, por ejemplo, Roca *Derecho Hipotecario*, II, págs. 206 y 207.

(10) La obligación de despacho diligente que tiene el Registrador corre por otras vías y son otros los preceptos que la imponen y regulan.

tener la misma naturaleza que la suspensión o prórroga originaria o si debe tener distinta naturaleza. Hay opiniones para todos los gustos.

En principio parece que la alteración del plazo de vigencia del asiento de presentación del documento cuyo pago del Impuesto se demora debe producir una alteración del de los asientos conexos de la misma naturaleza y duración, aunque naturalmente en tanto en cuanto sea plazo de suspensión del transcurso, respecto a los asientos conexos, la alteración del plazo ha de venir determinado en base a la del asiento cuya vigencia se ha suspendido originariamente. No obstante, los autores no tienen esto en cuenta y hay quienes considerando prórroga lo procedente respecto al asiento originario, estiman suspensión lo procedente en los conexos, y quienes entienden justamente lo contrario.

En el recurso, el Registrador parece configurar como prórroga lo efectuado en el asiento del título retirado para pago del Impuesto y como suspensión del plazo de vigencia lo hecho respecto del asiento posterior conforme al artículo 111. El CHICO-BONILLA también incluye el supuesto del artículo 255 de la Ley entre los de prórroga del asiento de presentación y, en cambio, el del artículo 111 del Reglamento entre los de suspensión del plazo de vigencia (11). CANO entiende que el criterio ha de ser idéntico en ambos casos y se extraña de las afirmaciones del Registrador.

En posición diametralmente opuesta, GARCÍA-ARANGO, que vimos mantiene a ultranza el criterio de suspensión en el 255, estima por diversas consideraciones que el fenómeno que se produce en el plazo de vigencia de los asientos posteriores contradictorios (12), por virtud del artículo 111, es más una verdadera prórroga que una suspensión y se apoya para esta estimación en opiniones de ROCA y LA RICA que continúan concediendo relevancia a la doctrina de la Resolución de 24 de enero de 1950 a pesar de que la reforma reglamentaria de 1959 la pasó por alto (13).

ROCA SASTRE incluye como casos de suspensión o paralización del transcurso del plazo de vigencia los de interposición del recurso gubernativo (suspensión principal del art. 66 de la Ley y accesoria de quince días

(11) JOSÉ M.^a CHICO y FRANCISCO BONILLA: *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1963, tomo I, págs. 481 y 482.

(12) GARCÍA-ARANGO se refiere a los «títulos posteriores»—sean verdaderamente contradictorios o no—, pero sin aclararnos por qué desborda el texto literal del precepto en el requisito de ser contradictorios.

(13) El caso planteado en la consulta que contestó la Resolución de 24 de enero de 1950 fue el siguiente: Presentadas simultáneamente primeras copias de dos escrituras de constitución de hipoteca por el mismo deudor a favor de distintas personas y retiradas ambas el mismo día para pago del Impuesto, fueron devueltas ambas el último día del plazo de vigencia del asiento de presentación. Estimando que el problema de la simultaneidad de las presentaciones está resuelto por los artículos 420 y 426, lo único a resolver es el de la insuficiencia de tiempo para calificación y despacho en plazo, para lo cual parte la Dirección General de las siguientes seis bases: 1.^a El artículo 255, que permite presentar y en el acto retirar para pago del Impuesto, devolviendo el documento antes o después de transcurridos los sesenta días de vigencia aunque con distintos efectos. 2.^a El 107, que dispone la cancelación de oficio transcurridos los sesenta días. 3.^a El derecho del que retira el documento para subsanar defectos para devolverlo dentro del plazo de los sesenta días. 4.^a Los perjuicios irreparables que se causarían cancelando asientos de presentación en supuestos no enumerados en la Ley en el caso de existir asientos posteriores que automáticamente mejorarían su rango. 5.^a El artículo 97, que obliga a calificar y despachar dentro de los treinta días siguientes al de la presentación de los documentos necesarios y suficientes, y 6.^a La responsabilidad del Registrador por los daños y perjuicios que ocasionen por no inscribir o no anotar en el plazo legal.

Sobre estas bases cabe construir tres distintas soluciones: a) La que basándose en el *ad impossibilia nemo tenetur* admite la inscripción fuera de plazo si el Registrador no puede extenderla dentro de plazo. Abandonada entre otras cosas por no prever el trascendental problema de los asientos contradictorios. b) La que puede dividirse en otras tres: practicar anotación preventiva, que no es solución tampoco; obtener del Centro Directivo una prórroga especial del plazo de vigencia para el caso concreto, o aplicar el plazo especial de quince días del artículo 126, 2.^a, por analogía si no es mayor el plazo de vigencia que reste; pero entendiendo que la analogía con este caso es más aparente que real, la solución c) dada en definitiva por la Resolución es la primera [la a)], si bien para armonizar todos los intereses se impone la obligación de despachar el documento dentro de los treinta días siguientes al del final del plazo.

del 126 del Reglamento), el del artículo 255 de la Ley y el de consulta sobre la liquidación del Impuesto (art. 246 de la Ley anterior conservado por el 107 del Reglamento). Y configura como supuestos de prórroga el de la subsanación en los diez últimos días de vigencia del asiento (art. 97 del Reglamento) y el contemplado por la Resolución de 24 de enero de 1950 que estima como subsistente y distinto del anterior (13 bis). Con el supuesto del artículo 111 del Reglamento no hace un supuesto independiente, sino que le fracciona en varios supuestos accesorios de los anteriores y, por tanto, este supuesto múltiple tiene unas veces el carácter de prórroga y otras el de suspensión, según el que tenga el supuesto principal que le origina.

Inexplicablemente tan graves divergencias de criterio entre los autores no suelen ir acompañadas de enconadas discusiones y argumentaciones. Cada uno califica los varios supuestos como le parece sin preocuparse de lo que opinan los demás. El tema debe ser estudiado partiendo de la naturaleza y caracteres generales del asiento de presentación y no puede ser abordado en estas notas de comentario. No hay duda de que la solución suspensión del transcurso del plazo es más perfecta y técnica que la de prórroga por tiempo fijo, pero, insisto, en tanto sea tan incierta la normativa reglamentaria general sobre excepciones al plazo legal de vigencia del asiento de presentación y por razones de seguridad jurídica y pensando especialmente en los beneficiarios de otros asientos contradictorios o relacionados que no deben sufrir las incertidumbres derivadas del sistema de suspensión del transcurso, es preferible la prórroga hasta ciento ochenta días, tanto en el asiento sometido al 255 de la Ley como en los amparados por el 111 del Reglamento en relación con el 255.

C) *El artículo 111 del Reglamento y los asientos anteriores* al que ha gozado de la suspensión o prórroga de su plazo de vigencia.

Vimos cómo la consideración básica que condujo al Centro Directivo a resolver como lo ha hecho es la basada en el artículo 111 del Reglamento Hipotecario, y contenida en el considerando quinto cuando dice que en la actual legislación hipotecaria sólo se contempla el caso de la prórroga o suspensión de los asientos posteriores al prorrogado y el Registrador no puede extenderla por analogía a supuestos distintos. La consideración inmediata fue que el asiento anterior ya había caducado porque no se había en forma alguna prorrogado (considerando tercero), pero la mediata es la de que no procedía prorrogarle (considerando quinto). Ahora bien, ¿por qué la suspensión o prórroga por vía de consecuencia no es posible extenderla a los asientos anteriores referentes a títulos cuyo único defecto sea precisamente la falta de inscripción del título cuyo asiento ha sido objeto de la suspensión del transcurso o prórroga conforme al artículo 255?

La Dirección sale al paso de esta pregunta afirmando que ello no es posible en la actual legislación por ser totalmente excepcionales estos casos de prórroga lo que impide aplicar la analogía. El argumento parece ser de indudable fuerza, pero no le estimo indiscutible. Es cierto que los casos de prórroga de los asientos temporales, y en concreto del asiento de presentación, son excepcionales y también lo es que el apartado segundo del artículo 4.º del Código Civil excluye la analogía de las leyes excepcionales, pero la jurisprudencia no sólo ha dicho que los supuestos

de exclusión de la analogía han de interpretarse restrictivamente, sino que ha llegado a declarar la posibilidad de aplicar la analogía en normas excepcionales (14). Por otra parte, si la norma que establece la prórroga de los asientos posteriores constituye una defensa o norma de protección de los beneficiarios de tales asientos contra la norma excepcional de prórroga del asiento anterior, ¿no será razonable deducir que por ser la norma del artículo 111 del Reglamento una cautela contra una norma excepcional (el 255, apartado cuarto, de la Ley) debe considerarse como lo más contrario a una norma excepcional y por ello de las más idóneas para ser objeto de aplicación analógica en cuanto exista identidad de razón?

Ni EMILIANO CANO ni CÉSAR GARCÍA-ARANGO se plantean el problema de la extensión por analogía del artículo 111 del Reglamento a los asientos anteriores, a pesar de que el trágico destino de uno de éstos fue el *leit motiv* del recurso cuya Resolución ha provocado sus reseñados trabajos. Acaso, igual que la Dirección, estimaron que no hay identidad de razón por cuanto unos son posteriores contradictorios y los otros son anteriores y no propiamente contradictorios. Creo, no obstante, que la verdadera razón en uno y otro caso es evitar la caducidad del asiento correspondiente a un documento cuyo despacho se encuentra de una u otra manera supeditado al despacho de otro cuyo asiento ha obtenido el beneficio de la prórroga.

Al referirse el artículo 111 expresamente a los asientos posteriores, parece llevarnos a los terrenos del principio interpretativo *a sensu contrario* por cuanto de haber querido el legislador incluir los anteriores le habría bastado suprimir la palabra posteriores; pero los autores insisten en que una cosa es la analogía y otra la interpretación, aunque soy el primero en reconocer que no siempre es fácil separar una de otra en el caso concreto. Además, el artículo 111 pudo moverse dentro del campo de los asientos contradictorios, y los anteriores de nuestro caso no son contradictorios, sino precisamente concatenados con el del asiento prorrogado, aunque necesitados de análoga norma para evitar el irremediable perjuicio que les acarrea la caducidad.

No estimamos seguro que los asientos anteriores deban ser prorrogados en todo caso y automáticamente por el Registrador en tanto no haya una reforma reglamentaria (15), pero sí creemos conveniente apuntar

(14) Ver las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1940, 27 de junio de 1941 y 28 de septiembre de 1968. No creo que las reste valor el hecho de ser anteriores a la reforma del Código Civil que ha regulado la analogía.

(15) Creemos, no obstante, que la Dirección estuvo excesivamente apegada al texto vigente cuando en cuestiones de más trascendencia y frente a textos legales de más alto nivel ha dado muestras de gran decisión para anticiparse a la Ley positiva futura.

Por otra parte, el Centro Directivo no ha tenido inconveniente en admitir prórrogas de los asientos de presentación sin texto explícito de la Ley o el Reglamento que las amparase. Pongamos como ejemplo las Resoluciones de 2 de diciembre de 1944 y 18 de octubre de 1955. Ambas son unas de tantas pruebas de que existe una importante laguna legal, complicada con cierto desinterés doctrinal, en el tema de las relaciones del Registro y el proceso penal; pero lo cierto es que en la primera de ellas da por bien hecha una prórroga de la vigencia de un asiento de presentación de un mandamiento dictado en sumario por estafa e irregularidades de un Agente ejecutivo, hasta la conclusión del mismo, incluso para que tal prórroga de la vigencia impidiese la inscripción de una hipoteca constituida por quien adquirió en subasta pública en procedimiento de ejecución de débitos municipales en que intervino dicho Agente ejecutivo, con lo cual la hipoteca se incluía en la expresión de «cualquiera otra transmisión por tercera persona interpuesta» que el mandamiento añadía a la orden al Registro de abstenerse, hasta el término del sumario, de practicar operaciones en que haya intervenido el procesado en su calidad de Agente ejecutivo municipal.

Y en la de 2 de diciembre de 1944 se admite que un mandamiento judicial en proceso penal ordene al Registrador que se abstenga de realizar determinadas operaciones registrales, mandato al que se debe

posibilidades de que sea evitado el fracaso de la prioridad registral en casos como el del recurso, especialmente si tal prioridad fue ganada de buena fe y máxime en el caso de ser coincidente con la prioridad sustantiva (16).

D) *La solución de la anotación preventiva y su prórroga.* Para quienes estimen que esta Resolución cierra el paso a la prórroga o suspensión del plazo de vigencia de los asientos anteriores, por analogía con el artículo 111 del Reglamento en tanto no haya reforma legislativa, aún queda otra posibilidad de evitar las consecuencias producidas en el caso contemplado. Nos estamos refiriendo a la anotación preventiva por defecto subsanable del título primeramente presentado que no puede inscribirse por falta de tracto sucesivo, en tanto no sea despachada la escritura cuyo asiento se prorrogó conforme al artículo 255.

Esta posibilidad no aparece mencionada en el recurso. Ya indicamos que la neutralidad del Registrador era obligada y si, al ser devuelto el título del señor Llamazares después de pagado el Impuesto, habían sido presentados ya los otros, no podía permitirse ninguna oficiosidad como la de aconsejar la solicitud de anotación preventiva. Menos explicación tiene que el interesado no acudiese a tal solicitud si advirtió a tiempo el peligro en que se encontraba su prioridad. La Dirección tampoco hace referencia ninguna a esta posibilidad por no haber sido planteada tal cuestión y por no haber estimado conveniente ni siquiera apuntarla para no aumentar aún más las inútiles lamentaciones prodigadas en los considerandos.

También a EMILTANO CANO le llama la atención el que no se solicitase la anotación preventiva al amparo del artículo 103 del Reglamento, a no ser que en la escritura de hipoteca a favor del señor Llamazares no constare que «Foincosa» había adquirido las fincas del señor Tomás, titular registral. Quiere explicárselo suponiendo que el primero estaba dispuesto a renunciar a su prioridad registral por estimarla injusta; pero las alegaciones del recurso y la misma interposición de éste demuestran que no era así. No obstante, CANO dice que, en el caso concreto, la anotación preventiva también hubiera resultado inútil por ser insuficiente el plazo de sesenta días de su vigencia, con lo cual demuestra que no se plantea la posibilidad de su prórroga o implícitamente la descarta. Yo creo que es perfectamente defendible que se pudo y debió obtener la anotación preventiva y su prórroga.

Recientemente la Resolución de 6 de marzo de 1978 ha tenido por tema principal el ámbito de aplicación del artículo 103 del Reglamento hipotecario. En mi Comentario a la misma (17) insistí sobre la improcedencia de mantener interpretaciones restrictivas de este precepto y en las ven-

prestar el debido acatamiento extendiendo el asiento de presentación y prorrogándole por medio de la nota prevenida en el artículo 82 del Reglamento (se trata del antiguo, sustituido por el 107 del vigente que ha refundido los antiguos 81 y 82, con cierta precipitación y algún descuido)

(16) Nos remitimos también al citado trabajo de CANO para la cuestión de los asientos practicados con posterioridad a la nota marginal de suspensión o prórroga que no se sabe si se prorrogan automáticamente aunque no se les ponga la nota y aunque no sean propiamente contradictorios, cosa no siempre fácil de saber estando fuera de la Oficina el documento originador de las prórrogas. En nuestro caso la escritura de aportación parece que encajaba en este supuesto y no era propiamente contradictoria con la retirada, sino acto posterior otorgado por el adquirente en ésta. Y si hubo, por tanto, cierta interpretación extensiva del 111 en favor de los asientos posteriores no se explica la resistencia a la analogía en favor del anterior.

(17) Ver el núm. 529, noviembre-diciembre de 1978, de esta Revista, págs 1229 y ss.

tajas de su aplicación generosa, en tanto que no se le pretenda asignar cometidos que no puede tener. En nuestro caso, practicar la anotación preventiva al amparo del artículo 103 viene a mantener el principio de prioridad frente a circunstancias que pueden perturbarle, sin vulneración de ningún otro principio básico.

Practicada la anotación preventiva por falta de previa inscripción a favor del hipotecante es indudable que procedería también la prórroga judicial general hasta ciento ochenta días establecida en el apartado segundo del artículo 96 de la Ley y 204 de su Reglamento sin más problema que el de si habían de estimarse parte interesada, conforme al tercer apartado de este último artículo, los interesados en el título intermedio (la compra por «Foíncosa»), cuyo retraso en ser inscrito fue fundamento y motivo de la petición de anotación preventiva y de su prórroga.

Más dudoso es si procede también la prórroga a conceder por el Registrador conforme al artículo 205 del Reglamento. Este precepto se refiere a las anotaciones preventivas tomadas por falta de previa inscripción conforme al párrafo tercero del artículo 20 de la Ley, párrafo que en sus términos literales sólo incluye el supuesto de falta de inmatriculación de la finca (cuando el derecho no resultare inscrito a favor de persona alguna). ROCA SASTRE (18) no cree aplicable el artículo 205 del Reglamento al caso del artículo 103, pero se abstiene de justificar su creencia tan estrictamente ajustada al precepto reglamentario. No cabe discutir la opinión de ROCA sin plantearse en su totalidad el supuesto del artículo 103; pero creo que la remisión que el artículo 205 del Reglamento hace al 20 de la Ley más que excluir el caso del 103 (que en el 20 no aparece) parece incluirle implícitamente, pues también origina «anotación tomada por falta de previa inscripción», como el 205 dice; y creo que es por lo menos dudoso que ROCA hubiese mantenido la creencia expresada si hubiese previsto o contemplado el caso del recurso. Como la cuestión no fue ni directa ni indirectamente planteada en la Resolución no entramos más a fondo en ella limitándonos a insistir en nuestro criterio favorable a la interpretación amplia del artículo 103 conforme mantuvimos en nuestro comentario a la Resolución citada y en otros varios.

En fin, es posible que tal como estaba planteado el recurso y teniendo en cuenta la situación a la que se había llegado, que expone con claridad el considerando penúltimo, la Dirección no podía resolver sino como lo ha hecho; pero creo que la Resolución no cierra el camino para, aun sin ninguna reforma reglamentaria, encontrar medios para que el principio de prioridad no quiebre por la circunstancia (totalmente ajena al interesado en el asiento preferente, como el mismo Centro Directivo dice) de que el título previo por sufrir retardo en el pago del Impuesto, venga a gozar de una ampliación del plazo de vigencia de su asiento de presentación, de la que al parecer no puede gozar el preferente. Y creo que entre estos medios están la aplicación, por analogía del artículo 111 del Reglamento, de la suspensión o prórroga automática del asiento de presentación preferente, y la anotación preventiva del título pendiente de subsanación del tracto, completada si es necesario por su prórroga.

T. C. G.

(18) ROCA SASTRE: *Ob. cit.*, III, págs. 97 a 103.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. PARTE GENERAL

CAPACIDAD DE MENORES NO EMANCIPADOS. PARTICION DE HERENCIA FIRMADA POR LOS MISMOS. EFICACIA DEL NEGOCIO: NO SE PRODUCE NULIDAD RADICAL O INEXISTENCIA DADA SU CAPACIDAD NATURAL, SINO ANULABILIDAD CON POSIBILIDAD DE CONFIRMACION. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 1939, RESPECTO A LOS QUE ALCANZARON LA MAYORIA DE EDAD EN CATALUÑA POR LEY DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA DE 8 DE ENERO DE 1934. GRADOS DE RETROACTIVIDAD. DOCTRINA DEL RESPETO A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1977).

Hechos.—Don Salvador Badía Clos interpone demanda contra doña María de la Asunción Badía Clos, doña Dolores Clos Fontfreda y don José María Badía Clos sobre cese de comunidad indivisa y otros extremos, estableciendo en síntesis: que los hermanos Badía Clos acordaron en su día, mediante documento privado firmado el 18 de julio de 1940, adjudicarse cuanto les correspondía en la herencia de su padre, a base de asignar a la hermana María de la Asunción unas fincas concretas y otro lote de fincas a los otros dos hermanos en proindiviso entre ellos; que, a pesar de esto, en escritura pública otorgada el 10 de agosto de 1940, la madre de los interesados, actuando en representación de sus hijos menores de edad, junto con otras

personas, practicaron la partición de dos herencias, separando la parte procedente de una de ellas, que quedó adjudicado a un tal señor Badía Arnau y adjudicando por terceras partes indivisas a sus tres hijos la herencia del padre de éstos, inscribiéndose esta escritura en el Registro de la Propiedad; que en la realidad, los tres hermanos respetaron lo firmado en documento privado, a pesar de lo que constaba en la escritura pública. Por todo ello, suplica se dicte sentencia declarando nula dicha escritura en lo que contradiga al citado documento privado, así como la cesación de la comunidad indivisa existente únicamente entre el actor y el hermano don José María Badía Clos, según el documento privado, y la declaración de que corresponde a la otra hermana la propiedad de las fincas concretas que se le adjudicaron en dicho documento privado, en cuya parte se incluirán, además, el importe de unos censos ya redimidos.

Los demandados contestan a la demanda oponiendo que la división de comunidad debe hacerse teniendo en cuenta la escritura pública otorgada por su madre en representación de ellos cuando eran menores y no el documento privado anterior, que es nulo por haber sido firmado por menores de edad sin la representación adecuada.

El Juzgado de Primera Instancia de Olot dictó sentencia estimando en parte la demanda, pero en el sentido de que la división de comunidad debería hacerse teniendo en cuenta la escritura pública otorgada y no el documento privado, que era nulo de pleno derecho, con lo que, en definitiva, da la razón a los demandados.

Interpuesto recurso de apelación por el actor, la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia revocando la del Juzgado, dando lugar en lo sustancial a la demanda, pues declara la eficacia del documento privado y conforme a él deben hacerse las adjudicaciones, debiendo hacerse concórdar el Registro de la Propiedad con este resultado, para lo cual deberán colaborar los interesados en trámite de ejecución de sentencia.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor, conteniendo la doble doctrina siguiente:

1.º *Los contratos otorgados por menores no emancipados no son nulos de pleno derecho, sino que si tienen capacidad natural, son anulables y susceptibles de confirmación, concepto éste que no es más que la renuncia al derecho de obtener la declaración de nulidad.* Así se desprende de los considerandos primero y segundo:

«Considerando que si ciertamente los artículos 1.263, 1.264, 320 en su redacción anterior a la modificación de 1943, 1.261 y 1.258, todos ellos del Código Civil, así como la constitución primera del título XI, libro II, tomo I, de la Recopilación de las Constituciones de Cataluña, Ley cinco del Código de Justiniano, *quanto dies legati*, VI, cincuenta y tres, y Ley tres, párrafo tercero, del Digesto *De minor*, IV, cuarto, armónicamente examinados, conducen a reconocer que el consentimiento es un elemento esencial en nuestro derecho para la existencia del contrato, de tal manera que su falta produce la inexistencia o nulidad radical del mismo, así como a que viene determinado por el encuentro de dos o más declaraciones de voluntad que

partiendo de distintos sujetos se dirigen a un fin común y se unen para producir aspecto práctico, protegido por el ordenamiento jurídico, siendo presupuesto del mismo la capacidad de dichos sujetos, es igualmente exacto que el otorgamiento de un contrato por menores de edad no emancipados no es determinante de falta del requisito de consentimiento, esencial según el número primero del artículo 1.261 del Código Civil para la existencia del contrato, ya que, según tiene declarado esta Sala en sentencias de 31 de diciembre de 1896, 17 de junio de 1904, 25 de junio de 1908 y 3 de julio de 1923, no debe confundirse la ineficacia del consentimiento prestado por un menor no emancipado con la falta del mismo, pues si bien puede ser impugnado el contrato que celebre, no obsta a que, llegado a la mayor edad, pueda confirmarlo y quede purificado aquel consentimiento conforme al artículo 1.311 del Código Civil, lo que determina la desestimación del primero de los motivos de casación, ejercitados por el recurrente con base en pretendida nulidad radical o inexistencia del documento privado de 18 de julio de 1940, afectado por la controversia entablada, a causa de ser entonces menores de edad los hermanos en él intervinientes: doña María, don Salvador y don José María Badía Clos.»

«Considerando que a igual solución desestimatoria es de llegar en lo que se contrae al segundo motivo formulado por el recurrente, al no producirse infracción de los artículos 1.261, 1.271 y 1.310, ni la del antiguo artículo cuarto en su anterior redacción a la modificación producida en el año 1974, todos ellos del Código Civil, porque reconocido en el precedente considerando, haciendo aplicación de la doctrina jurisprudencial que en él se expone, que los contratos celebrados por los menores no emancipados, en los que concurren objeto y causa de la obligación, reúnen los requisitos expresados en el artículo 1.261 del Código Civil, dado que si bien el consentimiento puede ser impugnado por razón de la doble prohibición justamente establecida en tal precepto legal, si se alega dicha circunstancia como vicio invalidante del contrato, esto no obsta para que puedan aquéllos, llegados a la mayor edad, confirmarlo, cual viene ya indicado al examinar el precedente motivo, quedando subsanado el vicio originario que podía dar lugar a la ineficacia, que es precisamente lo sucedido en el presente caso, según se establece probado en la recurrida sentencia, con el consiguiente efecto de hecho probado inalterable en casación por respeto a las facultades interpretativas correspondientes a la Sala sentenciadora, no atacadas por la vía adecuada del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el momento en que por aquéllas viene reconocido que los precitados hermanos, intervinientes en el referido documento privado de 18 de julio de 1940, que además se aprecia por la misma Sala, con la también fuerza vinculante de hecho probado en este recurso, compatible con la escritura pública posteriormente otorgada de 10 de agosto de 1940, después del otorgamiento de ésta siguieron adaptando de hecho su conducta a los términos y efectos de tal documento privado, creando en consecuencia un estado confirmatorio de él generador de la sanación *in radice* del contrato que implica, a causa del comportamiento de los en el mismo intervinientes, a quienes correspondía pedir su anulación, después de llegada a la indubitada mayoría de edad, con conocimiento de la causa de nulidad y una vez ésta cesada, ya que, en definitiva, el acto de confirmación no es más que la renuncia al derecho de obtener la declaración de la nulidad, y habida cuenta que si ha sido objeto de discusión si los contratos

otorgados por menores de edad no emancipados lo son sin consentimiento o solamente viciados de nulidad por un consentimiento defectuoso, esto es, si son inexistentes o si, por el contrario, son anulables y, por tanto, confirmables, el criterio jurisprudencial, antes expuesto, desvanece tal duda en sentido de discriminar si se trata de un menor sin capacidad natural o con ella, y que en el primer caso el contrato será inexistente y en el segundo anulable, posibilitándose en este último evento la mencionada actividad confirmatoria que da vida y eficacia al contrato convenido con tal defecto.»

2.º La Ley de 8 de septiembre de 1939, al no tener norma específica de retroactividad, sigue la regla general de irretroactividad, por lo que, aunque deroga las leyes del Parlamento de Cataluña, no afecta a los que ya habían adquirido la mayoría de edad en base a la ley de dicho Parlamento de 8 de enero de 1934, que la fijó a los veintiún años, a diferencia de la que entonces fijaba el Código Civil, debiendo respetarse los derechos adquiridos. Así se desprende de los considerandos tercero y cuarto:

«Considerando que en trance de pronunciarse sobre el tercero de los motivos en que se ampara el recurso de casación de que se trata, por pretendida interpretación errónea del artículo único de la Ley de 8 de septiembre de 1939, con base en afirmarse en el séptimo de los considerandos de la sentencia recurrida que en el año 1940 tanto el demandante como los demandados eran mayores de edad, por cuanto habían adquirido esa mayoría al cumplir los veintiún años de edad, en virtud de lo dispuesto por la Ley del Parlamento de Cataluña de 8 de enero de 1934, y entender, por el contrario, el recurrente no ser así a la vista de los términos del artículo único de la Ley de 8 de septiembre de 1939, en cuanto dispone que ‘quedan sin efecto y, por tanto, dejarán de aplicarse desde esta fecha—refiérese a la de dicha ley—todas las leyes, disposiciones y doctrinas emanadas del Parlamento de Cataluña y del Tribunal de Casación, restableciéndose en toda su integridad el Derecho existente al promulgarse el Estatuto’, su inconsistencia y consiguiente desestimación emana de que no conteniendo la invocada Ley de 8 de septiembre de 1939 específica norma de retroactividad, entró en juego, al tiempo de su vigencia, la regla de carencia de efecto retroactivo que sancionaba el artículo tercero del Código Civil entonces en vigor, con la consecuencia de que las variaciones introducidas por la referida ley derogatoria de la del Parlamento de Cataluña de 8 de enero de 1934, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tengan efecto retroactivo, cual previno la disposición preliminar de las disposiciones transitorias del Código Civil, de general aplicación a todas las provincias del reino como referente a los efectos de las leyes, de conformidad con lo que establecía el artículo 12 del mismo cuerpo legal sustantivo, vigente al tiempo de la examinada ley derogatoria, y con el efecto, en su virtud, de que quienes hubieren adquirido la mayoría de edad al amparo de la expresada Ley del Parlamento de Cataluña de 8 de enero de 1934, por haber alcanzado los veintiún años durante el periodo de tiempo en que estuvo en vigor—que es lo sucedido con respecto a los tan citados hermanos doña María, don Salvador y don José María Badía Clos—, la siguieron manteniendo después de la entrada en vigor de la mencionada Ley de 8 de septiembre de 1939, tanto porque, según tiene declarado esta Sala en Sentencia de 10 de febrero de 1961, en general las variaciones introducidas por

los ordenamientos jurídicos no tienen efecto retroactivo, cuanto por ser reiterada doctrina jurisprudencial, sancionada en Sentencias de 21 de enero de 1934, 14 de noviembre de 1958 y 16 de enero de 1963, que las situaciones creadas al amparo de una norma no pueden ser alteradas sin que el legislador confiera expresamente efectos retroactivos a la disposición derogatoria, y más en cuanto que nuestro Código Civil, en materia de retroactividad o irretroactividad de las leyes, de entre las principales teorías reflejadas en la adquisición de los derechos, del derecho adquirido y del hecho jurídico realizado, viene inspirado fundamentalmente por el criterio del respeto a los derechos adquiridos, con apreciación jurisprudencial uniforme y constante de que el principio genérico de no retroactividad de la ley se impone incluso a las consecuencias futuras de los hechos anteriores a ellas, de tal modo que la regla de que las leyes no tienen efecto retroactivo, cuando no existe cláusula específica de él, se aplica tanto a la retroactividad del primer grado o débil—que somete a su imperio las relaciones jurídicas nacidas antes, pero no las consecuencias ya consumadas—, como a las de segundo grado o fuerte—que modifica o deja sin efecto hasta las consecuencias ya consumadas de hechos anteriores—, salvo las excepciones que se contienen en las especiales reglas de derecho transitorio—como sucede en las reglas primera y cuarta—y en algunos preceptos especialísimos del Código Civil—artículos 1.611 y 1.939—, entre los que no figura el supuesto de mayoría de edad que se examina, como analógicamente se deduce de la doctrina jurisprudencial constatada para diversos supuestos, en Sentencias de 21 de marzo y 8 de noviembre de 1893, 13 y 28 de abril de 1894, 9 de junio de 1896, 23 de septiembre de 1898, 9 de abril de 1904 y 18 de enero de 1910.»

«Considerando que, a mayor abundamiento de lo consignado en el precedente, los términos expresados en el examinado artículo único de la Ley de 8 de septiembre de 1939, que establecen ‘dejarán de aplicarse desde esta fecha’ todas las leyes, disposiciones y doctrina emanados del Parlamento de Cataluña y del Tribunal de Casación, ‘restableciéndose en toda su integridad el Derecho existente al promulgarse el Estatuto’, no tienen jurídicamente otro alcance, ante la apreciada falta de retroactividad, que el de impedir que puedan seguir acogiéndose en lo sucesivo a la mayoría de edad al cumplir los veintidós años que venía declarado en la tan mencionada Ley del Parlamento de Cataluña de 8 de enero de 1934 los comprendidos en la normativa que establecía, pero no el que pierdan esa mayoría quienes ya la adquirieron a su amparo y durante su vigencia ni, por tanto, que carezcan de efecto los actos realizados por quienes la hubieren obtenido, tanto porque el no entenderlo así conduciría al absurdo de admitir alteraciones de estado civil en las personas ya alcanzado y hacer inseguros los derechos, contrariando la seguridad jurídica que el derecho demanda, cuanto porque, conforme se deduce, *a contrario sensu*, de la Sentencia de esta Sala de 5 de junio de 1917, el principio de la no retroactividad de la ley nueva rige para los derechos nacidos bajo el imperio de la antigua, toda vez que si ciertamente el mandato de retroactividad no precisa revestir forma expresa, bastando que resulte del sentido de la ley, se precisa que su contenido revele claramente que para poder ser debidamente aplicada se la provea de aquel efecto, cual tiene declarado esta Sala en Sentencia de 26 de noviembre de 1934, lo que no sucede en el supuesto contemplado, en que esa precisa claridad no se revela en la ley aludida del Parlamento de Cataluña de 8 de enero de 1934, y mayormente si se tiene en cuenta que, como tiene también decla-

rado esta Sala en Sentencia de 28 de enero de 1898, tratándose de derecho adquirido—y lo es la indicada mayoría de edad—bajo el régimen de la legislación anterior, debe darse aplicación al derecho antiguo.»

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

PARED CONSTRUIDA EN PARTE EN TERRENO AJENO: SUPUESTO DE ACCESION DE MALA FE Y DE INEXISTENCIA DE MEDIANERIA. NO SE DA ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS. NO PUEDE DESCOMPONERSE EN CASACION LA APRECIACION CONJUNTA DE LA PRUEBA HECHA POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA. LA CONFESION EN JUICIO NO ES ACTO O DOCUMENTO AUTENTICO EN CASACION (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1977).

Hechos.—Doña Pilar Ch. Gil formula demanda contra don Vicente P. Sánchez, exponiendo que el demandado había construido en el terreno contiguo a su propiedad un edificio que invadía en parte el terreno de la actora, al haber aprovechado la mitad de la pared del edificio de ésta, a pesar de que la pared no es medianera. Por ello suplica se dicte sentencia declarando que la demandante es propietaria del inmueble descrito en la demanda y que formando parte del mismo está el terreno sobre el que el demandado ha construido la parte de pared de su edificio, a sabiendas y con plena conciencia de que no era suyo, condenándole a la demolición a su costa de la pared construida y al pago de los daños y perjuicios que se determinen en trámites de ejecución de sentencia.

El demandado se opone alegando la existencia de un documento privado que acreditaba que la actora había abonado en su día la mitad del valor de la pared, por lo cual ésta era medianera.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Zaragoza dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, declarando que forma parte integrante de la finca de la actora el terreno sobre el que el demandado conscientemente ha construido en parte la pared de un edificio, y condenándole a que abone a la actora como indemnización de daños y perjuicios por esa construcción la cantidad de 138.890 pesetas.

Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza declara haber lugar al recurso, revocando la sentencia apelada y estimando íntegramente la demanda, por lo que condena al demandado a la demolición a su costa de la pared construida de modo consciente en terreno ajeno y a la indemnización de los daños y perjuicios que se determinen en período de ejecución de sentencia.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado, declarando:

1.º *Que no existe error de hecho en la apreciación de las pruebas:* «Considerando que es requisito esencial para que pueda ser estimada la alegación

de haber incurrido el Tribunal de instancia en error de hecho en la apreciación de las pruebas, que entre el hecho auténtico y el hecho probado exista tal antagonismo que mutuamente se excluyan, requisito que no concurre cuando tales hechos recaen sobre cosas distintas y se hubiese producido en tiempos diferentes, en cuyo caso no serán contradictorios, sino divergentes, cual sucede entre los consistentes en la elevación de una pared medianera entre las dos casas de los hoy litigantes, efectuada entre los años 1956 y 1957, pretendido hecho auténtico, y la construcción por el hoy recurrente de otra pared sobre el terreno que forma parte integrante de la finca de la recurrida, verificada lustros después (hecho declarado probado); razones que impiden la estimación del motivo primero, aun prescindiendo de si son auténticos a efectos de casación los documentos que en él se invocan» (considerando primero).

2.º *No puede descomponerse en casación la apreciación conjunta de las pruebas hecha por el Juzgador de instancia:* «Considerando que haciendo abstracción igualmente de si tales documentos, también aducidos en el motivo segundo, reúnen los requisitos procesales necesarios para otorgarles la eficacia que pretende el recurrente, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.225, en relación con el 1.218, párrafo primero, del Código Civil, la verdad es que el Juzgador de segunda instancia no incidió en la violación por falta de aplicación de los mismos, que es lo que sostiene el impugnante, ya que aquellos documentos forman parte de las pruebas practicadas en el juicio, de cuya conjunta apreciación extrajo la Sala sentenciadora el hecho referido en el considerando precedente, y, como es sabido, no es lícito en casación descomponer ese conjunto y tratar de oponer al resultado total la valoración aislada de uno de sus elementos, y como, por otra parte, el artículo 1.280, número primero, del propio Código, también invocado por el recurrente, no se refiere a la prueba, sino a la forma de los contratos, debe desestimarse el motivo segundo» (considerando segundo).

3.º No es documento o acto auténtico en casación «la confesión prestada por una de las partes en el juicio» (considerando tercero).

4.º Por lo dicho en los tres considerandos anteriores quedan desvirtuados, por falta de base fáctica, los motivos del recurso que alegan violación de los artículos 572-1.º, 576 y 577 del Código Civil, que disciplinan la denominada «servidumbre de medianería» (considerando cuarto).

ACCION REIVINDICATORIA SOBRE FINCAS PLANTADAS DE ARBOLADO VERIFICADO POR AYUNTAMIENTO. LITISCONSORCIO PASIVO. DEPRECIACION DE MONEDA. DISTINCION ENTRE ARBOLADO Y FRUTOS. CUESTIONES NUEVAS SOBRE ACCESION Y PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1977).

Hechos.—La parte demandante suplicó al Juzgado tener por formulada la demanda ejercitando acción reivindicatoria y otras sobre el terreno y arbolado de las fincas descritas, en nombre del Concejo de Narduez-Aldunate, de don Santiago T. Salinas y de herederos de don José Z. Oloriz, contra el Ayuntamiento de Aibar, sustanciando las mismas por los trámites del pleito

de mayor cuantía y en su día, previos los trámites legales, dictar sentencia declarando: Primero. Que los terrenos que se describen en el hecho primero de la demanda son propiedad de los demandantes, tal como se particulariza en el mismo.—Segundo. Que el arbolado plantado, tanto el existente en el momento de presentar la demanda como el aprovechado con anterioridad por cuenta y beneficio del Ayuntamiento de Aibar sobre las expresadas fincas, pertenece o perteneció en plena propiedad a los respectivos titulares dominicales de las mismas.—Tercero. A la cancelación de los asientos registrales que se opusieran a la declaración de los derechos que se piden en los números uno y dos de este suplico.—Cuarto. Que el Ayuntamiento de Aibar no tiene ningún derecho a hacer suyas las plantaciones citadas ni los aprovechamientos realizados, debiendo abonar a los actores el importe de las cantidades obtenidas en los expresados aprovechamientos en todas las explotaciones habidas, como consecuencia de la plantación efectuada por la Diputación Foral de Navarra, en los terrenos en cuestión, en el período a que se refiere el hecho III de la demanda, cantidades que se determinarán en trámites de ejecución de sentencia.—Quinto. A estar y pasar el Ayuntamiento de Aibar por las presentes declaraciones.

El Ayuntamiento demandado se opone a la demanda alegando que la plantación de árboles fue autorizada por la Diputación Foral de Navarra y que se trataba de terrenos incluidos en monte público catalogado.

El Juzgado de Primera Instancia de Tafalla estimó parcialmente la demanda, sólo en lo que se refería a la declaración de propiedad de las fincas a favor de los demandantes, no habiendo lugar a hacer las declaraciones interesadas por la parte actora en los extremos segundo, tercero y cuarto del suplico de la demanda.

Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona dictó sentencia estimando en parte el recurso de apelación, declarando que las fincas descritas son propiedad de los actores y asimismo que el arbolado existente en las mismas pertenece a los respectivos titulares dominicales de las mismas, quienes lo harán suyo una vez que abonen al Ayuntamiento de Aibar la indemnización establecida en los artículos 453 y siguientes del Código Civil, la que se fijará en la ejecución de la sentencia, ordenando la cancelación de los asientos registrales que se opusieran a la declaración de estos derechos y desestimando el resto de la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Ayuntamiento demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que en el primer motivo, al denunciarse la violación de la doctrina legal que cita sobre el litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido citado el Estado ni la Diputación Foral de Navarra como demandados en litigio en que está afectado un monte de utilidad pública, se desconoce la declaración de hecho de que las fincas reivindicadas no están dentro del monte de la citada utilidad, sino fuera de él, razón que lleva necesariamente a la desestimación del motivo.»

«Considerando que en el segundo motivo se denuncia la violación del capítulo primero, título XXXV, libro II, del Fuero General de Navarra, que regula la prescripción extintiva de cuarenta años; mas como, en primer lugar, la inconcreción de la cita legal es contraria a la claridad exigida por el artículo 1.720 del Código Civil (quiere decir de la Ley de Enjuiciamiento

Civil evidentemente) incidiendo en causa de inadmisión, que en este momento procesal deviene en causa de desestimación, y en segundo lugar, no fue en la instancia alegada la prescripción extintiva, procede la desestimación del motivo.»

«Considerando que la misma suerte desestimatoria ha de correr el tercer motivo, en que se denuncia la violación de la doctrina legal sobre el enriquecimiento injusto, razonando que al cabo del transcurso de los años la parte recurrida no ha de pagar los gastos más que con moneda depreciada; mas tal cuestión es ajena al pleito al no haber sido oportunamente planteada en la instancia y, en segundo lugar, no hay disposición legal alguna que obligue al pago compensando el valor de la moneda depreciada.»

«Considerando que el cuarto motivo, en que se denuncia incongruencia de la sentencia con las peticiones de las partes porque la demandada no ofreció la indemnización de los gastos causados, ha de parecer igualmente porque ya establece la Sala que tal pago fue ofrecido en los fundamentos de derecho de la sentencia y, además, porque si bien cita como infringido el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no cita el concepto de infracción, incidiendo por ello en causa de desestimación.»

«Considerando que no alegado oportunamente que los árboles hubieran sido adquiridos por prescripción por el Ayuntamiento recurrente, ni que la acción concedida por el artículo 361 del Código Civil hubiera prescrito, es evidente que la cuestión planteada en el quinto motivo es nueva e inaccesible a la casación, por lo que procede la desestimación del motivo, y por las mismas razones lo ha de ser el sexto, en que se denuncia la violación del artículo 452 del Código Civil, tanto, como se ha dicho, por ser cuestión nueva, como por no tener el arbolado el concepto de frutos.»

«Considerando que, por último, el séptimo motivo denuncia la violación de las leyes romanas y de la doctrina legal que cita, estimando que al haber incurrido en dolo los actores carecen de acción; mas no declarado en la sentencia el denunciado dolo, declaración que es cuestión de hecho, no le es aplicable la legislación y doctrina alegadas en el motivo, que debe por ello decaer.»

PROPIEDAD HORIZONTAL: NULIDAD DE ESTATUTOS POR HABER SIDO OTORGADOS EXCLUSIVAMENTE POR EL PROMOTOR, CONSTANDO EN TAL MOMENTO LA EXISTENCIA DE PROPIETARIOS DE PISOS QUE HABIAN COMPRADO CON ANTERIORIDAD EN DOCUMENTO PRIVADO (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1977).

Hechos.—La Comunidad de Propietarios de la casa número 4 de la plaza de José Mosquera, de Valladolid, interpone demanda contra el promotor don Mariano F. Martínez, exponiendo que el demandado y su esposa son titulares registrales de los departamentos números 1, 2 y 3 del edificio, consistentes en locales comerciales; que dicho demandante había otorgado en su día escritura pública de división horizontal, incluyendo los Estatutos de la Comunidad, inscritos en el Registro de la Propiedad, según los cuales el propietario de los locales comerciales se exime de contribuir no sólo a los gastos de entretenimiento, sino también a los de conservación y reparación de servicios de calefacción y agua caliente y del portal, escalera, ascensores

e incluso sueldos del portero y seguros sociales, y, además, se permite al propietario de dichos locales, es decir, al propio demandado, segregar o agrupar entre sí los mismos sin el permiso de la Junta de Copropietarios; que dichos Estatutos deberían haber sido otorgados no sólo por el promotor, ahora demandado, sino por los que en tal momento eran ya propietarios de diversos pisos, a pesar de que su documentación era privada, debiendo tenerse en cuenta que pocos días después del otorgamiento de la escritura pública de división horizontal y Estatutos tuvo lugar la reunión de la Junta de la Comunidad, en cuya acta inicial se dice que se reúnen 38 propietarios de los 50 que han de formar la Comunidad. Suplica se dicte sentencia por la que se declaren nulos y sin ningún valor los Estatutos inscritos por el demandado, ordenándose su cancelación en el Registro de la Propiedad, con las consiguientes declaraciones relativas a contribución de todos los titulares en los gastos comunes del inmueble.

El demandado contesta a la demanda alegando excepciones de falta de capacidad procesal de la parte actora, falta de litisconsorcio pasivo necesario y falta de legitimación activa, y para el caso de que se entrara a conocer del fondo del asunto, suplica se le absuelva de la demanda, pues los Estatutos otorgados por él sólo eran consecuencia de lo anteriormente pactado en los respectivos documentos privados de venta de los pisos.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valladolid dictó sentencia estimando en lo fundamental la demanda, declarando nulos los Estatutos inscritos en el Registro, debiendo procederse a la cancelación correspondiente y haciendo las declaraciones pertinentes sobre contribución a gastos comunes de los locales comerciales.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso por la doctrina de que el otorgamiento de los Estatutos de la propiedad horizontal debe hacerse por todos los que sean propietarios de los pisos en tal momento, aunque el título adquisitivo derive de documento privado, siendo norma de *ius cogens* la que exige la aprobación unánime de todos los propietarios, por lo que son nulos los Estatutos otorgados exclusivamente por el promotor, que ya había vendido varios pisos y transmitido su propiedad. Destacan los siguientes «considerandos»:

«Considerando que la declaración, por la recurrida sentencia, de la nulidad de los Estatutos inscritos por el demandado, referentes a la Comunidad de Propietarios del inmueble número 4 de la plaza de José Mosquera, de Valladolid, tiene como apoyo fáctico o premisa menor el que habiendo sido aprobados unilateralmente por el demandado con fecha 9 de noviembre de 1971, en aquel entonces, además de éste, propietario de varios locales, existían otros distintos propietarios, adquirentes de diversas viviendas, en el propio inmueble, por medio de documentos privados que así lo acreditan, aportados a autos por la parte demandada, que no intervinieron en la aprobación de dichos Estatutos, contra cuya base fáctica se alzan los motivos segundo y tercero del recurso, amparados en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando, respectivamente, error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, que se hace consistir en cuanto el Juzgador de instancia no estimó la existencia

de un mandato, otorgado por aquellos propietarios en favor del demandado, por el que se le facultaba para llevar a efecto la redacción de los expresados Estatutos, y aparte de su posible calificación de cuestión nueva, es que uno y otro motivo han de ser desestimados: el primero, en cuanto se citan como documentos auténticos que lo acreditan las declaraciones contenidas en los documentos públicos y privados aportados a los autos, los que además de haber sido tenidos en cuenta por el Juzgador, de su lectura no se desprende el otorgamiento de tal poder, por lo que no puede reputárseles como auténticos a los expresados fines, y en cuanto al segundo, al dar como violados el párrafo primero del artículo 1.232 del Código Civil, por el que se regula los efectos de la confesión judicial, y la del artículo 1.234 del mismo texto legal, que acoge la irrevocabilidad de dicha prueba, salvo que un error de hecho la prive de su eficacia probatoria, y aparte de que el Juzgador no haya desconocido lo ordenado por dichos preceptos, es el propio recurrente el que, para llegar a sus pretendidos fines, acusa al Juzgador de no haber relacionado dicha prueba con las manifestaciones de la parte actora en el pleito y la contestación dada a la primera de las posiciones, con los demás medios de prueba e incluso declaraciones testificales, es decir, no intenta sino hacer prevalecer su propio criterio valorativo de la prueba sobre el del Juzgador al no reconocer la existencia de aquel mandato.»

«Considerando que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5.º, en especial párrafos segundo y tercero, y artículo 16, ambos de la Ley de 21 de julio de 1960, tanto la cuota de participación correspondiente a cada piso o local como las distintas reglas de constitución y ejercicio del derecho, en orden al uso y destino del edificio, sus diferentes pisos y locales y demás que constituyen los llamados Estatutos, se aprobarán por acuerdo, que ha de ser unánime, de todos los propietarios existentes al tiempo de su aprobación, por laudo o por resolución judicial, y al darse como hecho probado en la recurrida sentencia que al tiempo de la aprobación de los Estatutos por el constructor del edificio y propietario de varios locales existían otros propietarios de diversos pisos del inmueble, es indudable que dicha aprobación tenía que haberse tomado con el concurso de todos ellos, prestando su consentimiento o, en otro caso, por laudo o resolución judicial, y al no haber sido de tal forma, puesto que lo fue por la sola voluntad del demandado, dichos Estatutos son nulos de pleno derecho por contrarios a un precepto legal que por su carácter de *ius cogens* no puede prescindirse de su cumplimiento, y al así entenderlo el Juzgador de instancia y declarar la nulidad de dichos Estatutos, por los que había de regirse la Comunidad de Propietarios demandante, no puede decirse fueran erróneamente interpretados dichos preceptos, como se invoca en el primero de los motivos, sin que dicha conclusión se desvirtúe al relacionarlos con los artículos 1.255 y 1.727 y concordantes del Código Civil, pues aparte de que dicha invocación no está exenta de falta de claridad y precisión, se está remitiendo a la existencia de aquel mandato, la que no puede darse como cierta, al ser desestimados los dos motivos, con los que se trataba de evidenciar; desestimación que ha de comportar la del motivo cuarto, al denunciar la violación de los ya expresados artículos, 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal y 1.255 del Código Civil, insistiendo el recurrente en la existencia de aquel mandato que le facultaba para la redacción, y que ha sido examinado en dicho primer motivo.»

«Considerando que por el motivo quinto del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la aplicación indebida del artículo 13, párrafo cuarto, y artículo 16, en relación con el artículo 396 de la Ley de 21 de junio de 1960 y con los artículos 1.254 y 1.255 del Código Civil; mas siendo de tener en cuenta que conforme al artículo 5 de la referida ley, tanto las cuotas de participación que corresponden a cada piso o local, como aquellas reglas que vienen a constituir los Estatutos por los que la Comunidad de Propietarios ha de regirse, se determinarán, se aprobarán, en su relación con el artículo 16, por acuerdo unánime de todos los propietarios, lo que ha de entenderse que en el momento de su aprobación lo sean de tal forma, que si se aprueban cuando el inmueble es propiedad de un solo propietario, al mismo corresponderá tal facultad, mas si es de varios, lo habrá de ser por la voluntad concorde de todos ellos, supuesto este último que es el que se está contemplando en autos y así lo declara la recurrida sentencia; por ello al acordar la nulidad de los Estatutos, acomodando aquella normativa o premisa mayor a la tan repetida declaración fáctica o premisa menor, el Juzgador no aplicó indebidamente los invocados preceptos, al subsumir en ellos aquellos hechos, lo que hace que el motivo sea desestimado.»

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. PRUEBA DEL DOMINIO DEL ACTOR: NO SIRVEN PARA ACREDITAR EL DOMINIO LAS CERTIFICACIONES Y DATOS CATASTRALES; LA PRUEBA DEBE RESULTAR DEL TITULO APORTADO POR EL ACTOR, NO DE LO QUE RESULTE DEL TITULO DEL DEMANDADO; LA ESCRITURA PUBLICA NO HACE PRUEBA PLENA. EL REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA FINCA (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1977).

Hechos.—Don Francisco A. Moll y dos más interponen demanda contra don Aurelio G. Sanz y su esposa, suplicando se dicte sentencia por la que se declare que los actores son propietarios por terceras partes indivisas para sus sociedades de gananciales de las parcelas 10, 66 y 50 del polígono 4 del plano catastral de Tabernes de Valldigna; de las parcelas 11 y 12 del expresado polígono, y de la superficie de 12 hanegadas, un cuartón y 43 brazas plantadas de naranjos, que se habían apropiado los demandados al oeste del límite de la parcela 9 del polígono 4, perteneciente a éstos, y que la divisoria viene fijada por la línea oeste de la expresada parcela 9 en su contacto con las parcelas 10 y 50 de dicho polígono, con el debido amoniamiento.

Una vez contestada a la demanda oponiéndose a ella y seguidos los demás trámites, el Juzgado de Primera Instancia de Sueca estimó en todas sus partes la demanda; pero dicha sentencia fue revocada por la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, que absolvió a los demandados.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso, destacando los cuatro aspectos siguientes de la sentencia:

1.º *En cuanto al valor o fuerza probatoria de las escrituras públicas y párrafo 2.º del artículo 1.218 del Código Civil en relación con el artículo 596, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, dice: «Las escrituras públicas no hacen prueba plena, según viene proclamando la jurisprudencia en Sentencias de 3 de diciembre de 1953 y 23 de noviembre de 1956, ya que por otros medios probatorios pueden llegar los juzgadores a conclusiones contrarias a lo declarado por los interesados en el documento, dado que el carácter público de éste sólo puede garantizar que las manifestaciones en él contenidas han sido hechas por las partes, pero no demuestran su veracidad intrínseca (Sentencia de 15 de febrero de 1945), por lo que con adecuada constatación justificadora pericial y de reconocimiento judicial puede llegarse a conclusiones contrarias si se aprecia que en la realidad actual del terreno no tienen reflejo los lindes catastrales.»

2.º *No constituyen prueba del dominio, a efectos de la acción reivindicatoria, los datos catastrales, sino simples indicios*.—Respecto a la prueba del Catastro de Rústica obtenida a través de la certificación del Ayuntamiento, que acredita una variación producida en el año 1969 en el término municipal a favor de los actores respecto a la parcela 50 del polígono 4, no es suficiente tal aspecto fáctico para dar consistencia viabilizadora a la acción reivindicatoria, ya que la inclusión en un Catastro no pasa de constituir un indicio de que el objeto inscrito puede pertenecer a quien figure como titular, pero no puede por sí sola constituir un justificante del dominio, pues, como dijo la Sentencia de 4 de noviembre de 1961, esa tesis conduciría a convertir a los órganos administrativos encargados de esos Registros Fiscales en definidores del derecho de propiedad y haría inútil la existencia de los Tribunales de Justicia.

3.º *Falta de identificación de la finca reivindicada*.—Falta la base fáctica de la acción reivindicatoria al no haberse acreditado que las parcelas catastrales señaladas en la demanda están abarcadas por los títulos aportados por la parte actora.

4.º *Valor de la titulación aportada por el demandado en juicio de reivindicación*.—La titulación que tenga el demandado en relación con la finca que le pertenezca y la cabida que de ella se deduzca no determina la procedencia de la acción reivindicatoria, sino que las pruebas han de resultar exclusivamente de la titulación presentada por los promotores de la acción, demostrativa de que el terreno reclamado es aquel al que se refieren los documentos en que funda su pretensión, pues es el demandante el que debe justificar su dominio, por lo que «la circunstancia de que la escritura de 14 de marzo de 1967, aportada por los demandados adquirentes de la finca comprendida en ella, haga referencia a que constituye la parcela 9 del polígono 4, no es prueba suficiente (quiere decir, del dominio del actor a través del dato de la colindancia), pues aparte de que los datos catastrales no son decisivos, lo importante es lo que resulte del título del actor, no del título del demandado».

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EN CASO DE LESIONES CORPORALES, EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION NO COMENZARA SINO DESDE EL ALTA MEDICA (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—El tiempo para ejercitar la acción derivada de la culpa extracontractual o aquiliana, regulada por el artículo 1.902 del Código Civil, se contará «desde el día en que lo supo el agraviado» (art. 1.968) o «en que pueda ejercitarse (art. 1.969), es decir, a partir del momento en que sea posible la realización del derecho que se trate de actuar ante los Tribunales; conocimiento y posibilidad que, pese a lo indicado en las Sentencias de esta Sala de 1 de junio de 1900 y 13 de febrero de 1929, no se identifica, en el supuesto de lesiones corporales, con el instante en que éstas se produjeron, sino con aquel otro en que el perjudicado tuvo plena y cabal noticia del daño sufrido, lo que en estos casos no se conseguirá hasta que sea dado de alta por el facultativo que le haya asistido, por ser entonces cuando se puede valorar el importe de su curación, el tiempo en que estuvo imposibilitado para el trabajo y las incapacidades que le puedan quedar, circunstancias todas ellas que determinan la entidad del daño sufrido y el momento de iniciación de la prescripción de la acción que para repararlo puede ejercitar, así como el Tribunal que cuantitativamente tenga competencia para sustanciarla, habiéndolo reconocido así las Sentencias de esta Sala de 19 de abril de 1972 y 16 de junio de 1975, y el principio general de Derecho que dice: *illiquidis non fit praescriptio*.

ERROR DE HECHO (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—A efectos de decidir en orden al único motivo en que se soporta el recurso de casación en cuestión, por entender la parte recurrente que la sentencia recurrida incide en error de hecho en la apreciación de la prueba, es de tener en cuenta, de una parte, que, según reiterada doctrina jurisprudencial, para acoger dicho motivo es menester que el supuesto error de hecho resulte de documentos o autos auténticos demostrativos de equivocación evidente del juzgador y que permitan a este Tribunal establecer afirmaciones absolutamente contrarias a las del órgano jurisdiccional de instancia, porque auténtico es lo que se acredita de cierto por sí, sin acudir a deducciones, analogías, interpretaciones o hipótesis más o menos lógicas, revelando un valor probatorio decisivo en cuanto a la indiscutible veracidad de los hechos, de tal modo que sea significativo de demostración irrefutable, y de otra parte, que el error de hecho, a efectos de casación, deba referirse a las afirmaciones fácticas probatorias hechas por el juzgador, contradichas a medio de documentos o actos auténticos, o sea, cuando el Tribunal de instancia fija un hecho sin advertir que el mismo es incompatible con el que aparece narrado en documento o acto de tal naturaleza, emanado del simple contraste o comparación de lo que expresen con lo afirmado o negado por la sentencia recurrida.

EL PLAZO DE CADUCIDAD ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 16 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL NO AFECTA A LOS ACTOS NULOS (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1978).

Hechos.—El Corte Inglés, S. A., era propietaria de unos locales sitos en un edificio de Bilbao, siendo su cuota de participación en el inmueble de 4,55. La Comunidad de Propietarios, en una junta general que no estuvo bien constituida, determinó que la cuota correspondiente al Corte Inglés se subía al 10 por 100. La Compañía mercantil afectada demanda a la Comunidad. El Supremo casa la sentencia absolutoria de la Audiencia y confirma la del Juez de Primera Instancia, que estimaba la demanda.

Doctrina de la sentencia.—En los dos motivos articulados en el presente recurso se denuncia, respectivamente, la interpretación errónea del artículo 16, número 4, de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 y la violación del artículo 5.º del Código Civil, y en ambos se razona sobre la inexistencia de caducidad de la acción impugnatoria de acuerdos sociales contrarios a la ley y a los estatutos comunitarios declarada en la sentencia recurrida; mas teniendo en cuenta que el apartado b) del artículo 3 de dicha ley establece como norma imperativa la forma de participación de cada piso o local en las cargas o beneficios por razón de la comunidad y de cambiar dicha participación, y que el número 4 del artículo 16 de la citada ley, en cuanto se refiere a la impugnabilidad de los acuerdos de la junta y su plazo de caducidad para el ejercicio de la acción correspondiente, afecta tan sólo a los acuerdos contrarios a los estatutos y a la anulabilidad de los ilegales, pero no a actos nulos de pleno derecho por contrarios a norma imperativa o prohibitiva, los cuales no necesitan ser declarados judicialmente nulos, salvo que a la parte interese hacer cesar la apariencia de su legalidad y su inmediata ejecutividad, en cuyo caso la acción declarativa correspondiente no está sujeta al indicado plazo de caducidad, razones todas que llevan a la estimación de ambos motivos y con ello a la del recurso.

INCONGRUENCIA PROCESAL. CONSTITUCION DE SERVIDUMBRES (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—En laudable tendencia al logro de que el Derecho produzca realidades prácticas y no meras especulaciones teóricas, guardando la debida adecuación el fallo con las pretensiones de las partes, no puede el juzgador incidir en el vicio de incongruencia, aun cuando utilice en sus resoluciones razonamientos jurídicos distintos de los por ella aducidos, en ortodoxa aplicación de los principios jurídicos *iusta allegata et probata* y *iura novit curia*, dado que el concepto de incongruencia procesal, como previene la Sentencia de este Tribunal de 6 de junio de 1961, se reduce en su expresión más sencilla a la discrepancia o falta de adecuación que resulte entre las pretensiones deducidas por las partes y la resolución acordada por el órgano jurisdiccional de instancia, por lo que no hay incongruencia en el caso de que hubiese actuado la Sala sentenciadora dictando su fallo fundándolo en derecho de manera distinta de lo razonado por los litigantes, pero guardando obligado ajuste a los hechos alegados y a las cuestiones de derecho planteadas.

Las servidumbres, de cualquier clase que sean, pueden adquirirse en nuestro derecho en virtud de título, entendiéndose por tal todo acto jurídico, bien sea oneroso o gratuito, *inter vivos* o de última voluntad, cuya forma ha de estar en relación con la naturaleza del acto, por lo que si se trata de un contrato será necesario el otorgamiento de escritura pública, aunque no en concepto de requisito que afecte a su validez; el cumplimiento de esa formalidad documentada no es precisa para que el contrato venga provisto de eficacia legal, y especialmente que no afecte al vínculo de las partes ni, por tanto, a la obligación considerada estrictamente con relación entre las partes, aunque sí pueda afectar a otras consecuencias que el desarrollo de las obligaciones puedan tener en el orden jurídico, y a los efectos del Registro de la Propiedad, en aplicación, entre otros, de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley Hipotecaria.

NO SON APLICABLES LOS PLAZOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DE SANEAMIENTO EN CASO DE VENTA DE ANIMALES QUE PADECEN ENFERMEDADES CONTAGIOSAS (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1978).

Hechos.—Una Compañía mercantil vendió 2.000 gallinas a un avicultor. Este sólo recibió 1.700, ya que las restantes llegaron muertas, y las que vivían padecían una enfermedad respiratoria contagiosa, por lo que el comprador no pagó las letras a la Sociedad vendedora. Esta lo demanda sin éxito, pues en todas las instancias es absuelto el demandado y estimada su reconvención por la que solicitaba se declarara la nulidad de la compraventa.

Doctrina de la sentencia.—Al haber quedado firmes en casación los hechos, la Sala sentenciadora aplicó correctamente al contrato litigioso la sanción de nulidad que establece el inciso tercero del párrafo primero del artículo 1.494 del Código Civil, ya que declarándose en el primer inciso de dicho precepto «que no serán objeto de venta los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas», el objeto del negocio jurídico discutido se halla fuera del comercio de los hombres, conforme a lo que se previene en el párrafo primero del artículo 1.271, y la nulidad del mismo es radical y absoluta por contrario a la ley, de acuerdo con lo prevenido en los artículos 6, número 3, y 1.255 del Código Civil, sin que en su consecuencia produzca ningún efecto (*Quod nullum est, nullum producit effectum*) ni sea susceptible de convalidación por el transcurso del tiempo (*Non firmatur tractu temporis quod de iure ab initio non subsistit*), de lo que se infiere la inaplicación de los plazos que para el ejercicio de las acciones redhibitorias o de saneamiento se concretan, respectivamente, en los artículos 1.496 y 1.490, así como de la caducidad de los plazos de los artículos 336 y 342 del Código de Comercio.

EL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL COMPLEMENTA AL 1.124 Y ES LA ESPECIE CONCRETA PARA EL SUPUESTO DE VENTA DE INMUEBLES (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—En la interpretación de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, la jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente

declarado que ambos preceptos legales se complementan, siendo el segundo de ellos la especie concreta para el supuesto de venta de inmuebles, de la facultad genérica que para toda clase de obligaciones recíprocas se establece en el primero y que, por ende, para el éxito de la acción resolutoria no podrá bastar el incumplimiento de aquel contra quien se actúa, sino que tendrá que acreditarse de manera indubitada la voluntad del mismo deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, y de otra parte, el cumplimiento de todas las obligaciones que incumben a quien la ejercite.

LA PREFERENCIA DE LA JURISDICCION CRIMINAL SOBRE LA CIVIL DETERMINA LA INTERRUPCION DEL PLAZO PRESCRIPTIVO (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1978).

Hechos.—Un automovilista atropelló a un peatón que resultó muerto. La viuda demanda a aquél y a su Compañía de Seguros. La defensa de éstos no es estimada y la demanda prospera.

Doctrina de la sentencia.—El principio de preferencia de la jurisdicción criminal y del procedimiento de este orden sobre el proceso civil de resarcimiento, expresada en conocido adagio francés (*le criminal tient le civil en état*) y constantemente recordada por la doctrina jurisprudencial en razón de las mayores garantías de las actuaciones penales y el superior rango de los intereses que en ellas se ventilan, determina un efecto prejudicial, aunque no lo sea en un riguroso sentido técnico, que impide la prosecución del pleito en tanto la causa seguida ante la jurisdicción represiva no haya finalizado; categórica prevalencia que no admite distingo de ninguna índole y, por tanto, sea cual fuere la jurisdicción penal, ordinaria o especial, que conozca del hecho delictivo dentro de sus privativas atribuciones, su intervención excluye la civil, produciéndose la consiguiente interrupción prescriptiva en todo caso, y a pesar de que las diligencias no se hubiesen dirigido contra persona determinada, pues el obstáculo no deriva de los elementos subjetivos integrantes de las relaciones jurídicas, sino que surge en atención a la identidad de los hechos enjuiciables en ambas jurisdicciones, según los términos gramaticales de dichos preceptos, basados en el designio del legislador de evitar la posible divergencia entre los fallos de los organismos jurisdiccionales.

El artículo 39 de la Ley 122, de 24 de diciembre de 1962, reproducido en el 1 del Texto Refundido de 21 de marzo de 1968, responde al propósito del legislador de «buscar a ultranza» el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la víctima «como algo que brota espontáneo y fluido de una de las fuentes de las obligaciones, la ley, en función del riesgo que implica el uso de circulación de vehículos de motor», *mens legis* manifestada en el preámbulo que impone entender con el debido rigor la excepción de la culpa exclusiva de la víctima, hipótesis que habrá de ser descartada cuando, aun habiendo obrado con imprudencia el atropellado, coadyuvó eficiente y culposamente a la causación del resultado el conductor del vehículo, a pesar de que éste se viera forzado a realizar una maniobra de emergencia.

LA COMPRAVENTA DE UNA VIVIENDA DE PROTECCION OFICIAL CON SOBREPRECIO UNICAMENTE DETERMINA LA NULIDAD PARCIAL DE LA OBLIGACION RELATIVA AL PRECIO EXCESIVO (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es la regla general que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas sean nulos de pleno derecho, tiene como excepción el supuesto de que los mismos establezcan un efecto distinto para el caso de contravención; para que dicha excepción pueda ser aplicada a la hipótesis de nulidad parcial de un negocio jurídico, también será requisito indispensable que las normas provean un efecto diverso de la nulidad en el caso de contravención de lo preceptuado en ellas, sobre la parte negocial o sobre la obligación afectada en otro caso por la invalidez, por ejemplo, como aquí acontece, sobre el precio límite de las compraventas de viviendas de protección oficial.

Con arreglo a esta disciplina legal, la contravención de la prohibición absoluta de la percepción por el vendedor de cualquier sobreprecio en la venta de dichas viviendas, establecida por el artículo 29 del Texto Refundido y revisado de la legislación sobre la materia, ha de llevar consigo en el ámbito civil si no la nulidad total de la compraventa, dado que, por otra parte, esta clase de invalidez acabaría redundando en provecho del infractor y, por otro lado, no debe olvidarse que lo que la ley persigue con la fijación de ese precio máximo no es entorpecer la celebración de los contratos de compraventa respectivos, sino lograr que las viviendas afectadas entren en el tráfico al precio que la Administración calcula como justo; pero sí debe originar la nulidad parcial de la obligación relativa al precio excesivo, con la consiguiente reducción de ésta al límite legal, ya que las disposiciones administrativas aludidas no prevén más que la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el vendedor, antes de la reintegración, en su caso, del contrato al régimen común, pero nada prevén sobre la reducción del precio contractual, mientras el contrato continúa sujeto, cualquiera que sea la causa que origine la continuación, al régimen administrativo de la protección oficial, solución además que concuerda con la adoptada recientemente por esta Sala en el caso de sobrerenta, en los contratos de arrendamiento de la repetida especie de vivienda, y que también es la más adecuada para evitar el fraude masivo de leyes de especial significación social, como lo es la legislación administrativa de viviendas protegidas.

CONTRATO DE OPCION DE COMPRA: REQUISITOS (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—El contrato de opción de compra, de naturaleza atípica y distinto del de promesa bilateral de comprar y vender, precisa para su validez y exigibilidad, según la doctrina mantenida constante y uniforme por la jurisprudencia de esta Sala, la concurrencia y constatación de los siguientes requisitos: Primero. Existencia de un convenio expreso entre las partes (art. 14, párrafo 1, del Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947), en el que con toda claridad aparezca el concurso de volun-

tades entre quienes le suscriben, por tratarse de un pacto consensual, y la expresión clara y específica de la finca u objeto sobre que recaiga, así como del precio que se fije para su posible adquisición por el optante. Segundo. Concesión a éste de modo exclusivo de la facultad de exigir o no la ejecución del vínculo asumido por la contraparte. Y tercero. La fijación de un plazo cierto para el ejercicio de dicha opción por parte de su titular, durante el cual el concedente u optatario se obliga a no transmitir el objeto pactado a persona distinta del titular del derecho, cuyo plazo, a efectos hipotecarios, no debe exceder de cuatro años, según el artículo 14 del Reglamento citado.

El error que sea posible evitar con el empleo de una mediana diligencia no puede ser invocado con éxito por quien haya incurrido en él para anular su declaración de voluntad, y menos si se trata de persona perita y conoedora de la finalidad que se pretende conseguir a través del contrato.

COMENTARIO.—Esta regulación de los requisitos del derecho de opción elaborada por la jurisprudencia confunde los elementos obligacionales y reales, y además vulnera lo preceptuado en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria. En efecto, si durante un plazo que «a efectos hipotecarios no debe exceder de cuatro años», el concedente se «obliga» a no transmitir el objeto a persona distinta del optante, esta «obligación» ¿tendrá consecuencias meramente personales? En tal caso resulta contradictorio hablar de «efectos hipotecarios». O, por el contrario, la repetida «obligación» ¿contará con eficacia real *erga omnes*? No es posible, ya que establece una prohibición de disponer, que si ha sido constituida en acto a título oneroso tiene vedado su acceso al Registro por el artículo 27 de la Ley Hipotecaria.

Cuánto más fácil hubiera sido suprimir la tan citada «obligación de no transmitir» y permitir que el optatario no tuviera limitación alguna para transmitir la finca o derecho objeto de la opción, como ocurre, por ejemplo, con una finca hipotecada, si bien, como es lógico, el adquirente puede ver resuelta su adquisición en el supuesto de que el optante decidiera ejercitar la opción.

LITISCONSORCIO PASIVO: TIENE SU FUNDAMENTO EN EL DERECHO MATERIAL (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—La hipótesis del litisconsorcio pasivo necesario en íntima conexión con el principio del contradictorio que exige evitar la indefensión en cualquiera de sus aspectos (*nemo inauditus damnari potest*), como idea consustancial a todo proceso, y con el de la extensión de la cosa juzgada a terceros, tiene su fundamento en el derecho material, que al disciplinar determinadas relaciones jurídicas con pluralidad de interesados impone la concurrencia de todos ellos en el debate para que el derecho pueda ser declarado con eficacia, pues, en otro caso, se consumiría estérilmente la actividad jurisdiccional y se llegaría a una decisión *inutiliter nata*, según esta Sala ha declarado reiteradamente.

HONORARIOS DE UN ABOGADO: CRITERIOS PARA SU REGULACION
(SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Si ciertamente toda actividad profesional retribuable, y concretamente la noble y elevada función de la Abogacía, proyectada por sus altos fines y confianza que en sus miembros depositan los que a ellos se encomiendan, al asesoramiento, defensa y garantía de los derechos inherentes y correspondientes a la persona y a sus intereses, tanto de índole espiritual como material, lleva al abono de los correspondientes honorarios, es asimismo exacto que éstos han de guardar objetiva concordancia con los servicios realmente prestados y adaptados a su naturaleza, teniendo en cuenta para su reconocimiento no un módulo cuantitativo fijo, aunque pueda haber laudables normas orientadoras mínimas y máximas establecidas por los Colegios de Abogados en defensa y prestigio de la actividad profesional de sus miembros, sino una serie de circunstancias, tales como trabajo profesional realizado, su mayor o menor complejidad en relación con el interés y cuantía económica del asunto, tiempo que requirió normalmente emplear, resultados obtenidos, alcance y efectos posteriores, consecuencias que puedan producir en el orden real y práctico, dificultades que con posterioridad puedan producirse a causa de su contenido, etc., en libre apreciación de los Tribunales.

NOVACION: NO LA PRODUCE LA ALTERACION DE CIRCUNSTANCIAS, COMO EL PLAZO Y LA FORMA DE PAGO (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—El efecto extintivo que emana del artículo 1.203 del Código Civil sólo puede producirse, según revela el artículo 1.204 del mismo cuerpo legal sustantivo, cuando se trate de una novación propia o en sentido estricto, deducible de apreciarse por el juzgador la existencia de una voluntad de las partes de dar vida a una nueva obligación, o que sea independiente por causa de incompatibilidad de la anterior, a la que sustituye, generando un *animus novandi*; la novación propia, en sentido estricto, o extintiva, no se presume, al suponer una renuncia de derechos, exigente por su propio carácter de una manifestación expresa y revelada, bien por términos inequívocos, de la voluntad de las partes, o por la consecuencia incompatibilizadora antes aludida.

Las invocadas circunstancias de alteración del plazo y de la forma del pago son meras modificaciones accidentales en la obligación preexistente, que, como de tal naturaleza, y al no ser determinante de incompatibilidad, no produce aquel instituto jurídico, por tratarse de una manifestación que afecta exclusivamente a la ejecución de la obligación y no a su constitución, que es lo a considerar en esencia a efectos de novación; y en ambos supuestos, en razón a que en materia de novación hay que entender que las partes, en tanto no se manifiesten expresamente por el módulo extintivo, han querido sólo el efecto más débil y el deseo de conservar el vínculo y no de extinguirlo.

NO SON SUSCEPTIBLES DE CASACION LAS INFRACCIONES AL REGLAMENTO HIPOTECARIO NI AL DEL REGISTRO MERCANTIL (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Tratándose de disposición reglamentaria, por la cual fue regulado el Registro Mercantil, carece del rango jerárquico de ley, no siendo, por tanto, susceptible de casación, cuya base ha de estar constituida o por infracción de ley en el concepto formal o por la infracción de doctrina legal.

Esta Sala tiene declarado que las infracciones del Reglamento ejecutivo de la Ley Hipotecaria no pueden servir de base al recurso de casación, y en la Sentencia de 22 de febrero de 1927 se declaran inoperantes a los efectos del recurso, y en la de 7 de enero de 1943 se declara la improcedencia de la casación contra la infracción de preceptos del Reglamento del denominado entonces Impuesto de Derechos Reales.

IMPUESTO SOBRE EL TRAFICO DE EMPRESAS: DERECHO DEL CONTRIBUYENTE A REPERCUTIR EL IMPUESTO (SENTENCIA DE 15 DE MAYO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—No es dable confundir la obligación que tiene el contribuyente frente a la Administración de realizar la autoliquidación que prevé el artículo 36 del Texto Refundido del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas, aprobado por Decreto de 29 de diciembre de 1966, con el derecho que tiene ese mismo contribuyente a repercutir inmediata y expresamente el importe total de dicho impuesto sobre la persona que esté obligada a soportarlo, repercusión que ha de constar en la factura o documento análogo expedido como consecuencia de la operación gravada, y a esta repercusión es a la que se refieren los artículos 11-2 del citado Texto Refundido y 11-3 de su Reglamento, el cual atribuye a los Tribunales económico-administrativos de la provincia donde se expidieron las facturas o documentos análogos en donde conste la repercusión, la competencia para resolver las controversias que se susciten entre el contribuyente y la persona a quien se repercute el impuesto cuando el repercutido impugne exclusivamente la procedencia o cuantía de la cuota que le ha sido repercutida, como aquí acontece.

COMRAVENTA: LICITUD DEL PACTO COMISORIO. RESUELTA UNA COMRAVENTA, NO REAPARECE EL ARRENDAMIENTO ANTERIOR (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1978).

Hechos.—Los dueños de una vivienda arrendada, la vendieron al inquilino. Por falta de pago del precio, los vendedores instan la resolución del contrato; la demanda prospera y el Senado rechaza el recurso del inquilino-comprador, estimando que no debe rehacerse la anterior situación arrendaticia.

Doctrina de la sentencia.—El denominado pacto resolutorio o de *lex comisoria*, estipulación mediante la cual los otorgantes de un negocio sinalagmático convienen que la parte incumplidora de las obligaciones asumidas pierde los derechos adquiridos en virtud del contrato, cobran singular relieve en la compraventa para el evento previsto de que el comprador no satisfaga el precio en el plazo fijado al tiempo de perfeccionar el contrato, pacto de incuestionable licitud, operante de una resolución de pleno derecho y ya con precedentes añejos, según puede verse en el título III del libro XVIII del *Digesto*, y más en concreto en sus fragmentos primero (*si fundus comisoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emptio*) y segundo, donde se inserta la figura, nacida con la finalidad de que el vendedor no permaneciera indefinidamente ligado al vínculo contractual y recuperase la libertad dispositiva si el comprador incumplía su obligación de pagar el precio, y asimismo reconocida en nuestro derecho histórico, según aparece en la Ley 38 del título V de la Partida V, al disponer que «el comprador pague el precio a día señalado e si non lo pagare aquel día, que sea desfecha la vendida».

El referido pacto comisorio, que en opinión de la doctrina científica responde al designio de conseguir el restablecimiento del equilibrio patrimonial roto por la frustración del fin práctico del contrato, provocada por el incumplimiento culpable del deudor, para lo cual tiende inmediatamente a la devolución y recuperación de la cosa transmitida, es atenuado en sus efectos por el artículo 1.504 del Código Civil, que al disponer que en la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial, contiene una disposición especial que excluye para el caso la vigencia del precio, *dies interpellat pro homine*, y, por consiguiente, la norma del artículo 1.100, número 1.º, que haría innecesario el requerimiento al deudor para su constitución en mora, si el negocio se ha establecido un tiempo taxativo para realizar la prestación; precepto cuyo alcance ha sido precisado por reiteradas declaraciones de esta Sala, tanto en lo tocante a su naturaleza, en cuanto supuesto particular frente al general del artículo 1.124 del Código Civil, con prevalencia que prácticamente se traduce en la imposibilidad de hacer el pago una vez transcurrido el plazo contractual si media el acto solemne obstativo, como en lo referente al designio perseguido con el requerimiento, declaración de voluntad del vendedor, recepticia para el comprador, teniendo por resuelto el vínculo e intimando a esta parte en tal sentido, actuación practicable por medio de acto conciliatorio, y para cuyo éxito es menester, además, que se patentice de manera indubitada la voluntad del comprador deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación, lo que comporta una apreciación fáctica atribuida a los organismos jurisdiccionales de instancia.

El recurrente razona que los vendedores no pueden acudir a la resolución una vez que ya habían optado por el cumplimiento, alegación improsperable, puesto que la carta dirigida al adquirente por el Letrado de los vendedores acusándole el descubierto y conminándole para que «antes del día veinticinco del corriente satisfaga la cantidad pendiente, pues en caso contrario tendría que actuar de acuerdo con las instrucciones recibidas», no entraña ejercicio de acción alguna a los efectos optativos del párrafo se-

gundo del artículo 1.124 (la «escogencia del vendedor», en gráficas palabras de las Partidas), sino generosa advertencia a un deudor renuente al pago, que en nada obsta a la eficacia de la modalidad resolutoria regulada por el artículo 1.504, ni cabe atribuir sin más legitimación—presupuesto de eficacia del acto—para el ejercicio del derecho de opción a quien en aquel momento no pasaba de ser un mero asesor extraprocesal de los vendedores.

Entiende el recurrente que se habría operado una novación impropia o modificativa del arrendamiento en cuya virtud ocupaba el piso-vivienda objeto de la compraventa, de manera que al sobrevenir la resolución de este contrato han de volver las cosas al estado en que se encontraban, reviviendo la relación arrendaticia, que, en criterio del recurrente, «no fue extinguida, sino modificada»; tesis que debe ser rechazada, pues acudiendo a la confusión de derechos, de cuya figura constituye manifestación el caso examinado, al desaparecer *ipso iure* con la compraventa uno de los elementos personales del arrendamiento y advenir el arrendatario al dominio (artículo 1.156 y 1.192 del Código Civil), es incuestionable que la resolución del negocio bilateral y, por tanto, la del contrato de compraventa (art. 1.506), obliga a la recíproca restitución de las prestaciones, pero salvo pacto en contrario no hace rehacer las situaciones jurídicas legalmente extinguidas a consecuencia del negocio perfecto y total o parcialmente consumado, aunque resoluble.

PARA QUE PUEDA ALEGARSE QUE UNA SENTENCIA ES CONTRADICTORIA, ES DEL FALLO EN SÍ DEL QUE DEBE RESULTAR TAL CONTRADICCION (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—El rigor formalista característico de los recursos extraordinarios de casación obliga al estricto cumplimiento de todos los requisitos legalmente exigidos, en la forma en que lo son, y así cuando lo que se alega es que la sentencia que se recurre es contradictoria, debe tenerse en cuenta que lo que el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento permite aducir como causa de infracción es que «el fallo contenga disposiciones contradictorias», precisado de manera inalterada por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, en el sentido de que la contradicción ha de resultar de los términos del fallo entre sí, de tal modo que suscite dudas fundadas su ejecución ante la realidad antagónica de dichos términos, pero no entre los hechos aceptados por la sentencia y el fallo, ni entre éste y alguno de los considerandos de aquélla, ni mucho menos entre algunos de éstos.

CONCEPTO DE «LEY» A LOS EFECTOS DE CASACION (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—No determinado por los artículos 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el concepto de «ley» a los efectos de la casación, esta Sala, descartando la lata acepción del vocablo alusiva a todo precepto jurídico en amplio sentido, con la única exclusión de la costum-

bre, lo refiere a las normas de derecho material y privado dimanante de la potestad soberana legiferente y promulgadas en forma, sin comprender las disposiciones administrativas o reglamentarias, salvo en la hipótesis que deban integrar a una ley material en blanco, por cuanto son mero desarrollo o consecuencia de una ley y no existe respecto de ella el interés de la uniformidad interpretativa, y en tal sentido, carentes del valor de ley los decretos emanados de la Administración y las prescripciones del mismo origen cuyo rango sea meramente reglamentario; tiene declarado este Tribunal que no viene permitido basar el recurso de casación en el quebrantamiento de los preceptos del Estatuto de Recaudación ni en los del Reglamento Notarial, y ya concretamente, por lo que a este recurso importa, no reviste tal significación el Reglamento del Seguro Obligatorio de responsabilidad civil, derivada del uso y circulación de vehículos de motor, pues sus disposiciones tienen un valor estrictamente reglamentario.

CONFESION JUDICIAL: HACE PRUEBA SOLO CONTRA SU AUTOR, NO CONTRA SUS COLITIGANTES (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—El valor y eficacia de la confesión no es superior a la de los otros medios de prueba y ha de apreciarse con los demás aducidos en el pleito, y en todo caso la confesión judicial hace prueba única y exclusivamente contra su autor, pero no contra sus colitigantes, de tal modo que en caso que fuesen varios los demandados, la absolución de posiciones bajo juramento indecisorio llevada a efecto por uno de ellos solamente hace prueba plena en contra del confesante, pero no contra los demás que no se encuentren en el mismo caso, pues de aceptar lo contrario sería tanto como dejar el derecho de las partes a merced de las manifestaciones de una de ellas, lo que no es admisible.

La confesión judicial como medio probatorio es un conjunto armónico e indivisible, y si ha de constituir prueba plena contra quien la hace, no es lícito aceptarla solamente en lo que al confesante perjudica, rechazando lo que le favorece, sin que pueda considerarse que confiesa quien rectifica en el acto mismo los términos de su declaración, toda vez que la confesión ha de ser explícita y absoluta, debiendo, en caso de una declaración compleja, atenerse a las contestaciones que se hagan.

CULPA EXTRACONTRACTUAL: EVOLUCION HACIA LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Si bien nuestro Código Civil se inspira en el principio de la responsabilidad basada en la idea de la culpa, por excepción no dejan de hallarse dentro de él casos en que el mero riesgo o peligro creado acarrea responsabilidad y la jurisprudencia, a partir de la Sentencia de 10 de julio de 1943, no hace más que apartarse del estricto principio de la responsabilidad por culpa, invirtiendo la carga de la prueba para obligar al autor a acreditar que obró en el ejercicio de sus actos con toda prudencia y diligencia precisas para evitarlo, por entender que no sólo lo contrario a la ley es ilícito, sino que debe ir acompañado de la diligencia,

exigiendo el artículo 1.104 del mismo cuerpo legal, relativo a la culpa contractual, que por analogía ha extendido a la extracontractual, no sólo la diligencia simple, sino la que se derive de la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, determinando que un acto lícito en sí puede dar lugar a culpa si no se realiza con la prudencia que las circunstancias del caso exigían, llegando a concretar que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela ello la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo que prevenir y que no se hallaba completa la diligencia, siguiendo la tendencia expuesta las últimas resoluciones del Tribunal Supremo declarando que la acción u omisión determinante del hecho indemnizable se presume siempre culposa, a no ser que el agente pruebe haber procedido con la diligencia debida, sin limitarse al mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, como muestran las Sentencias de 11 de marzo de 1971 y 13 de diciembre de 1971, entre otras.

LA NEGOCIACION BANCARIA ES RECONDUCTIBLE, EN LA GENERALIDAD DE LOS CASOS, A LOS TIPOS CONTRACTUALES CONTEMPLADOS EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1978).

Hechos.—A través del Banco de Santander, llegaron a la Caja de Ahorros de Navarra diversas transferencias, por una cuantía total que superaba el millón y medio de pesetas, con orden de abono en la cuenta de don Cristóbal B. E.; la mencionada Caja de Ahorros los abonó en la cuenta de don Roberto E. V., secretario de don Cristóbal, alegando que así lo habían hecho por mediar orden verbal del beneficiario. Fallecido éste, sus herederos demandan a la Caja de Ahorros, prosperando íntegramente su acción.

Doctrina de la sentencia.—Prescindiendo de la cuestión de si el ordenamiento bancario ha de ser considerado como un derecho especial típico por razón del sujeto, como entiende algún sector de la doctrina científica, o si lo que requiere es un tratamiento autónomo justificado por la conveniencia de una mejor sistematización de la materia y la precisión de estudiar las singulares características técnicas de este derecho, determinantes de la creación de nuevos tipos de relaciones y negocios jurídicos necesitados de un tratamiento diverso del tradicional recogido en los Códigos mercantiles, según la opinión mejor fundada, esta Sala ha recordado que ni nuestro Código Civil ni el de Comercio contienen una regulación sistemática de los denominados contratos bancarios, si bien la notoria pobreza de los esquemas legales sobre el particular es suplida en el tráfico con la debida utilización del principio de libertad de pacto proclamada en el artículo 1.255 de aquel cuerpo legal, pues dentro de sus amplios límites encuentra cobertura la compleja y variadísima negociación bancaria, reconductible en la generalidad de los casos a los tipos contractuales contemplados en el ordenamiento positivo, ya que en puridad las notas específicas de aquellos contratos dimanar, más que de su genuinidad, de la circunstancia de figurar en la relación de una gran empresa, en forma de sociedad anónima, según la Ley de Bases de 14 de abril de 1962; y entre las operaciones más

frecuentes en la práctica figuran, a fin de facilitarlos, las de mediación en los pagos, concepto genérico en el que se incluyen la transferencia con intervención de uno—supuesto típico de traspaso de cuenta—o más Bancos, con toda la gama de relaciones surgidas entre el ordenador y el beneficiario entre sí y con relación a las entidades mediadoras, y las órdenes de pago en favor de tercero no cliente del Banco, que éste debe atender con la diligencia y lealtad impuestas por el vínculo creado, indemnizando en otro caso los daños y perjuicios por mora en el cumplimiento de la obligación (artículo 1.101 del Código Civil), en debida correspondencia con el crédito que al beneficiario asiste frente al Banco para exigirle la efectividad de la operación ordenada y, por consiguiente, la realización del pago.

Este Tribunal tiene resuelto con doctrina unívoca que formando parte de la masa herencial indivisa el derecho que se hace valer, cualquier coheredero puede ejercitar en provecho común las acciones que correspondieran al causante y las nacidas luego de su muerte en favor de la herencia, para lo cual no es menester el apoderamiento conferido por los restantes sucesores.

No cabe desconocer que una vez ordenada la remisión de fondos y comunicada la transferencia al beneficiario por el Banco mediador, ha nacido en favor del particular destinatario el crédito correspondiente para exigir de la entidad receptora de la cantidad el pago a que se obligó, actuando como acreedor de la prestación y titular del derecho según la doctrina de las estipulaciones en favor de tercero y consiguiente relación entre éste y el promitente.

CONTRATO DE CORRETAJE: EL OBLIGADO AL PAGO DE LA REMUNERACION ES EL QUE CONTRATO CON EL MEDIADOR (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—El contrato de corretaje, por el que una persona se obliga a pagar a otra una remuneración para que realice una actividad encaminada a ponerle en relación con un tercero a fin de concertar un contrato determinado, en el que el mediador no tendrá participación alguna, por requerir para su eficacia el concurso de voluntades, a que se refiere el artículo 1.262 del Código Civil y según se desprende del 1.257 en relación con el 1.091 y 1.258 del mismo cuerpo legal, únicamente produce sus efectos entre quienes en él intervinieron, de suerte tal que la retribución del último, cuando su gestión se haya referido a la venta de fincas rústicas o urbanas, ya se ajuste en su cuantía a lo pactado o a las tarifas de los Colegios Oficiales de estos Agentes, debe exigirse exclusivamente del comitente u oferente o de la persona o personas que hicieron el encargo, que son las únicas contra las que está activamente legitimado el gestor para reclamar su comisión, sin que, como dice la Sentencia de esta Sala de 5 de mayo de 1973, venga obligado el comprador a satisfacer el importe de dichos honorarios, cuando no fue él, sino el vendedor, quien celebró con el agente el contrato de corretaje o mediación y limitó su actuación a aceptar la oferta que el mediador le brindaba, aunque con éste tuviera frecuentes conversaciones sobre tal objeto hasta llegar a la consumación de la compraventa ofertada, puesto que semejante modo de proceder no le vincu-

la sin previo contrato al pago de ninguna clase de retribución al gestor ni le convierte en cliente del mismo.

Si bien es cierto que los Tribunales gozan en nuestro ordenamiento positivo de la facultad de indagar y elegir la norma jurídica aplicable al caso controvertido, aunque no la hubieran invocado los litigantes, no lo es menos que tal facultad, reconocida por los apotegmas *Jura novit curia* y *Da mihi factum et ego tibi dabo ius*, no puede ser interpretado en un sentido tan amplio que les autorice a rebasar los límites que en materia civil establece el artículo 359 de la Ley de Trámites, alterando o modificando la causa de pedir o sustituyendo las cuestiones debatidas por otras distintas, pues en tal caso se contraviene lo dispuesto en el referido artículo 359 y en el principio general de Derecho: *Sententia debet esse conformis libello*.

J. Q. S.

V. SUCESIONES

TITULOS NOBILIARIOS.—MEJOR DERECHO (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1978).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Orgaz. La razón fundamental y más interesante del fallo es la que se contiene al final del segundo «considerando», que reitera doctrina ya establecida, consistente en que «cuando, como consecuencia de la cesión de un título nobiliario, se produzca una desviación en el orden sucesorio fundacional o legal, el tercero que pretenda la declaración de su preferente derecho genealógico ha de ejercitar previa o simultáneamente la acción de nulidad de tal cesión».

El tenor literal de los fundamentos de la sentencia es el siguiente:

Considerando que el segundo motivo del recurso, en el que, al amparo del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa al Tribunal *a quo* de haber incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba, así como en interpretación errónea de los artículos mil doscientos dieciocho y mil doscientos cuarenta y ocho del Código Civil, no puede prosperar: no sólo por el confusionismo que dicho planteamiento presenta, en oposición a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo mil setecientos veinte de la ley procesal, sino también porque el auto de veintiocho de junio de mil ochocientos setenta, con el que intenta poner de relieve la equivocación que se estima padecida en la resolución que se impugna, es el documento en torno al cual giró la controversia y el que sirvió de fundamento a la Sala sentenciadora para estimar la excepción de cosa juzgada, lo que le hace inviable a los fines pretendidos, según doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en las Sentencias de veintiocho de enero de mil novecientos setenta y siete y veinti-

siete de enero de mil novecientos setenta y ocho, y porque las certificaciones de actas de bautismo y nacimiento que en el motivo se citan no acreditan por sí solas y menos de forma evidente, como la ley exige, lo contrario de lo afirmado por el juzgador de instancia (Sentencias de veintidós de febrero de mil novecientos setenta y tres y veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y siete), al no justificar ni siquiera que la actora sea biznietra de la persona que indica el motivo, relación de parentesco de cuya prueba no se puede prescindir en estos pleitos (Sentencias de veintuno de abril de mil novecientos sesenta y siete y diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta y tres) y que no se deduce exclusivamente de los mencionados documentos, aparte de que en dicho acuerdo judicial no se desconoció la eficacia en juicio que a los mismos reconoce el citado artículo mil doscientos dieciocho, ni se vulneró el mil doscientos cuarenta y ocho, que no contiene norma alguna sobre valoración de prueba (Sentencias de cuatro de abril de mil novecientos setenta y cinco y veintiséis de enero de mil novecientos setenta y siete).

Considerando que igualmente decaen los motivos primero y tercero del recurso, acogidos al número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Trámites, porque pretendiéndose en ellos demostrar la infracción del artículo mil doscientos cincuenta y dos del Código Civil, que, según la recurrente, cometió el Tribunal *a quo*, al estimar la excepción de cosa juzgada en el proceso de que estas actuaciones dimanaran, no tiene presente: A) Que el recurso de casación por infracción de ley no puede apoyarse, cual la recurrente pretende, en el primero de estos motivos, en la «aplicación errónea» de dicho precepto, por tratarse de un concepto de vulneración no comprendido en el número primero del repetido artículo mil seiscientos noventa y dos, que únicamente alude a la violación, interpretación errónea o aplicación indebida y porque, además, no se expresa en ninguno de estos motivos cuál sea el párrafo del artículo mil doscientos cincuenta y dos que se dice transgredido, requisito indispensable para el éxito de estos vicios *in judicando*, según sentencias de diecisiete de mayo de mil novecientos setenta y seis y quince de noviembre de mil novecientos setenta y siete. B) Que según la doctrina proclamada, entre otras, por las Sentencias de esta Sala de quince de febrero de mil novecientos veintiuno, treinta de junio de mil novecientos veinticuatro y veintiséis de octubre de mil novecientos setenta, la excepción de cosa juzgada es perfectamente aplicable a los procesos en que se discute el mejor derecho al uso y disfrute de un título nobiliario cuando, como aquí sucede, y según los hechos que se declaran probados en la resolución que se impugna y que no se han destruido en el presente recurso, entre el pleito terminado por auto de veintiocho de junio de mil ochocientos setenta y el que es objeto de las presentes actuaciones, concurren las tres identidades exigidas al efecto por el párrafo primero del artículo mil doscientos cincuenta y dos, y entre ellas, la de personas, por ser los actuales litigantes causahabientes de los que figuraron como partes en el pleito anterior y la actora descendiente de quien inició aquel procedimiento (considerando octavo, apartado tres, letra A, de la sentencia de primer grado, y segundo, apartado D, de la de apelación). C) Que aun cuando se entendiera, contra lo afirmado por el Tribunal de instancia, que la demandante no se hallaba ligada por relaciones paternofiliales con dicho señor, sino con un primo de él, cual se indica en el primero de estos motivos, se llegaría a la misma conclusión, puesto que, según

se afirma en el segundo razonamiento jurídico de la sentencia recurrida, el proceso de mil ochocientos setenta no sólo se siguió entre las partes que antes se mencionan, sino que intervinieron en él otras distintas que fueron declaradas en rebeldía y que quedaron afectadas por la decisión judicial que le puso término, al no haber utilizado el recurso que al efecto les brindaba el artículo sesenta y siete de la Ley de Enjuiciamiento Civil de mil ochocientos cincuenta y cinco, entonces vigente, sin que, en forma alguna, se haya justificado, a través de los distintos motivos integrados en el presente recurso, la falta de vinculación parental de la impugnante con estos otros contendientes. D) Que, en último término, el Tribunal *a quo* no sólo apoya su resolución en la excepción de cosa juzgada, sino, además, en la circunstancia de no haberse solicitado en la súplica de los escritos de demanda y réplica la nulidad de aquella transacción y de las cartas de sucesión concedidas con posterioridad (segundo considerando de la Sentencia de la Audiencia), siendo así que, en estos casos, las Sentencias de esta Sala de veintinueve de mayo de mil novecientos seis, seis de julio de mil novecientos sesenta y uno, nueve de julio de mil novecientos sesenta y cinco e incluso la de veinticuatro de mayo de mil novecientos setenta y siete, expresamente sustentaron la doctrina de que cuando, como consecuencia de la cesión de un título nobiliario, se produzca una desviación en el orden sucesorio fundacional o legal, el tercero que pretenda la declaración de su preferente derecho genealógico ha de ejercitar previa o simultáneamente la acción de nulidad de tal cesión, porque mientras ésta no sea invalidada, el cesionario y sus causahabientes ostentan *prima facie* una situación de hecho y de derecho merecedora de protección jurídica, que hace inviable la pretensión de preferencia que pueda ejercitar cualquier persona que se crea con mejor derecho, nulidad que resulta imprescindible para impugnar la cesión y que no puede aplicarse de oficio; por todo lo cual deben rechazarse estos motivos y con ellos el cuarto, cuya prosperabilidad depende del éxito de los anteriores.

TESTAMENTO POR COMISARIO EN VIZCAYA.—PODER TESTATORIO
(SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1978).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que anula en lo que se refiere a los extremos postulados por el recurrente, confirmando, en lo que difiere de ella, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Guernica.

La razón fundamental del fallo es la de que la petición de nulidad de la mitad de los bienes que comprendía la transmisión efectuada por la madre—supuesta comisaria—a favor de su hijo recurrente no fue oportunamente postulada por ninguna de las partes litigantes.

Aparte de ello, en ambas sentencias se contiene la interesante doctrina siguiente:

Las consideraciones de la primera sentencia se producen así:

Considerando que para comprender el alcance de algunos de los motivos del presente recurso conviene tener presente: a) Que la sentencia re-

currida, en el particular número segundo de su parte dispositiva, declara «la nulidad de todas las donaciones verificadas al amparo del poder testatorio por doña S. U. S., madre de demandantes y demandados, a partir de la fecha del seis de marzo de mil novecientos sesenta, restituyéndose los bienes donados al común patrimonio familiar o comunidad foral de bienes, por haberse disuelto el matrimonio de aquéllos, con hijos, el dieciséis de octubre de mil novecientos cincuenta y seis», *con excepción de la transmisión a título oneroso* causada a favor de don J.-C. E. U., que se declara válida en cuanto a la mitad de los bienes transmitidos, correspondientes a la parte que en la comunidad correspondía a doña S., debiendo restituir a dicha comunidad la otra mitad de los bienes, con pago por la misma de la mitad del precio satisfecho». b) Que en el extremo quinto de dicha parte dispositiva declara «la nulidad de las escrituras de donación otorgadas por doña S. U. S..., a favor de sus hijos don J. M.^a y don C..., y la de veintisiete de enero de mil novecientos sesenta—en realidad fue el veintisiete—, a favor de D. J.-C., en la forma y modo que se determina en el apartado segundo de este fallo...». c) Que en el extremo sexto de la referida parte dispositiva decreta, «como consecuencia de lo anterior, la cancelación de los asientos registrales e inscripción de las referidas donaciones, constantes en el Registro de la Propiedad de Guernica y de cualquiera otras obrantes en tal Registro o en el de Bilbao, referentes a los bienes de la expresada comunidad foral».

Considerando que dicha sentencia, para fundamentar su tesis relativa a la nulidad de la transmisión de bienes que figuran como donados a don J.-C. en una mitad, proclama que «si bien la donación hecha al demandado, don J.-C. E. U., lo fue en veintisiete de enero de mil novecientos sesenta, es decir, cuando estaba vigente el poder testatorio conferido a su codemandada doña S. U.—por error se la llama doña C.—; sin embargo, de un examen pormenorizado de la prueba (folios cuatrocientos sesenta, cuatrocientos sesenta y ocho, quinientos tres, y la pericial practicada en segunda instancia), se deduce que tal donación tiene el carácter de onerosa total y, en consecuencia, se rige por las reglas de la compraventa, lo que conlleva su nulidad..., si bien tal nulidad sólo se ha de entender extensiva a la mitad de los bienes donados, que es la imputable a la herencia paterna, y no a la otra mitad, que ha de reputarse válida, en cuanto corresponde a la herencia materna en virtud de la comunicación foral, y así se desprende de la propia escritura, en que la finca donada se dice colacionable en ambas herencias».

Considerando que contra ese «extremo o particular de la sentencia en que—con arreglo al criterio de la donación causada por doña S. U. S. a favor de su hijo don J.-C. E. U. en enero de mil novecientos sesenta—se declara nula en su mitad referente a la sucesión de don J. B. E. L., se condena a dicho don J.-C. E. U. a restituir la mitad de los bienes objeto de la donación», levanta la parte recurrente el presente recurso.

Considerando que en el primero de sus motivos, que se formula al amparo del número segundo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega que la sentencia es incongruente, con violación del artículo trescientos cincuenta y nueve de la misma ley, pues acoge una pretensión que ninguno de los litigantes ha deducido; según la parte recurrente: a) esa pretensión no la dedujeron los demandantes, quienes, por el contrario, admitieron la plena y total validez de tal donación,

por estar efectuada antes que el poder testatorio de la donante hubiese caducado; *b)* el demandado recurrente, don J.-C. E. U., tampoco pidió esa nulidad, ya que lo que postuló, sobre la base inconvencional de la validez de la transmisión a su favor operada por la donación de enero de mil novecientos sesenta, fue que se declarase que tal donación no tenía el carácter de colacionable, y en congruencia con esa petición, la Sala de instancia sólo podía declarar que era colacionable o no, pero no podía, en cambio, condenarlo a restituir la mitad de los bienes sobre el supuesto de una nulidad parcial; *c)* los restantes demandados se opusieron a la demanda manteniendo la validez de esa donación de enero de mil novecientos sesenta y propugnaron su colación, añadiendo que si no se les absolvía de la demanda, entonces pedían que se declarase la nulidad de dicha donación, pero sin indicar en qué basaban esa petición; *d)* la Sala declaró esa nulidad por entender que la aludida donación tenía el carácter de onerosa total y serle aplicables las reglas de la compraventa, y carecer la comisaría de facultades para realizar ventas y si solo para hacer disposiciones a título gratuito, y *e)* resulta, por tanto, que la causa de la nulidad, apreciada por la Sala sentenciadora, es no solamente distinta de la causa de nulidad invocada por ese grupo de demandados, sino contraria a su postura.

Considerando que en el motivo segundo del recurso, la parte recurrente, también con amparo en el mismo número segundo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sostenía que la sentencia impugnada, en ese concreto particular, infringe, por violación, el artículo trescientos cincuenta y nueve de la referida ley, en su relación con los artículos quinientos cuarenta y dos y quinientos cuarenta y seis de la misma, pues resulta incongruente con la pretensión de ese grupo de demandados que litigan unidos a la madre, en cuanto, sobre la base de la estimación de una nulidad parcial de la donación, condena a don J.-C. a la restitución de la mitad de los bienes que le fueron donados, puesto que la pretensión de esos demandados—que venían a ser actores por reconvencción—no se dedujo oportunamente, sino con arreglo a un procedimiento inadecuado e inhábil.

Considerando que en defensa de la prosperabilidad de este motivo arguye el recurrente: *a)* que la reconvencción, como el propio vocablo lo indica, es pedir el demandado contra el que lo demandó y, por tanto, la acción reconvenccional solamente puede ejercitarse contra el demandante y no contra el demandado; *b)* que de esa llamada demanda reconvenccional de doña S. y cuatro de sus hijos, sólo se dio traslado a los demandantes para réplica, pero no al demandado, don J.-C., al cual sólo se le dio traslado para dúplica respecto a la demanda de los cuatro hermanos demandantes, resultando, por tanto, esa petición de nulidad inhábil e inadecuada, dándose el defecto de litisconsorcio pasivo necesario, que se aduce y se invoca, y que, además, es de orden público y estimable, incluso de oficio, y sin alegación de nadie.

Considerando que la resolución de estos dos primeros motivos del recurso plantea una cuestión previa, que consiste en determinar si esa petición de nulidad—en todo o en parte—fue deducida oportunamente por doña S. y sus cuatro hijos, que como demandados litigan bajo una misma representación y defensa, y si de ella se dio traslado para que la contestase a aquel a quien podía perjudicarle, pues sólo cumpliéndose estos requisitos podría el órgano jurisdiccional examinarla y decidirla, incurrien-

do, en caso contrario, en un exceso de jurisdicción, sancionable por la vía de casación.

Considerando que, con referencia a esa donación de bienes a don J.-C., existen en autos tres distintas clases de alegaciones, a saber: a) la de los actores, que en su demanda proclaman la absoluta validez de la misma; b) la del propio don J.-C., que en su contestación a la demanda—después de manifestar que no hubo donación, sino compraventa, y solicitar se estimase la demanda, con la salvedad de lo que postularía en la reconvencción—terminó por formular ésta «contra todos los interesados en este pleito, es decir, contra los demandantes y los demás codemandados», postulando en ella que se declarase que las fincas litigiosas—las de tal donación—habían sido adquiridas en plena propiedad por compraventa y no eran, por tanto, colacionables, debiendo rectificarse, consiguientemente, los correspondientes asientos registrales, y c) la petición de doña S. y sus cuatro hijos, que en unión de ella actúan como demandados con una sola representación y defensa, los cuales, después de oponerse a la demanda y sostener que la donación a don J.-C. había sido modal con la carga de entregar ochenta mil pesetas—que efectivamente entregó el referido don J.-C.—, afirmaron que todos los hijos habían prestado su conformidad a todas las donaciones y habían renunciado a impugnarlas, terminaron por solicitar que fuese desestimada la demanda, y si así no sucediese, que se condenase a los actores a aportar a la masa hereditaria todos los bienes y valores que hubiesen recibido o su valor, «incluso lo que ha sido objeto de *donación a don J.-C. E. U.* por la escritura de veintisiete de enero de mil novecientos sesenta, *que debe ser declarada nula*».

Considerando que, en puridad jurídica, no puede sostenerse que esa petición de declaración de nulidad de la donación de veintisiete de enero de mil novecientos sesenta haya sido efectuada en momento procesal oportuno, pues aparece realizada de un modo anormal en el suplico del escrito de contestación a la demanda, y aunque quisiera reputarse como constitutiva de una demanda reconvenccional—por contener una pretensión diferente de la libre absolucíón—, no podía surtir los efectos de tal, por no haber sido dirigida contra los demandantes, sino contra uno de los propios demandados—don J.-C.—, y además porque tampoco se tramitó ni podía tramitarse dándole la oportuna audiencia al codemandado frente a quien iba dirigida, por lo cual dicho codemandado vino a ser condenado sin ser oído y vencido en el proceso, pues de sobra es sabido que la demanda reconvenccional únicamente puede actuarse contra el o los demandantes, y no contra los codeemandados, contra los cuales solamente cabría formular una demanda principal y solicitar después su acumulación al pleito en tramitación, si resultara procedente.

Considerando que, por tanto, como en el proceso de que dimana este recurso, no fue postulada oportunamente esa petición de nulidad de la donación instrumentada en la escritura pública de veintisiete de enero de mil novecientos sesenta, complementada con el documento privado de veintiocho de igual mes, resulta evidente que el órgano jurisdiccional no podía declararla nula ni en todo ni en parte, y al haberlo hecho así ha incurrido en la incongruencia que se le imputa, por lo que esos dos primeros motivos del recurso, que la denuncian y justifican, tienen que prosperar, ya que se resuelve una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes.

Y congruentemente con las anteriores, en la segunda sentencia se dice:

Considerando que en realidad la única variación que la sentencia de la Audiencia ha introducido con relación a la del Juzgado, es la de proclamar también la nulidad de la transmisión efectuada por doña S. U. S. en favor de su hijo don J.-C. E. U., en veintisiete de enero de mil novecientos sesenta, *en cuanto a la mitad de los bienes que comprendía.*

Considerando que, como se razona en la sentencia de casación aludida, tal petición de nulidad no fue oportunamente postulada por ninguna de las partes litigantes, por lo que no debió ser decretada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos, en la sentencia que ha impugnado el referido don J.-C. E. U.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

Por R. SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

A) SOCIEDADES ANONIMAS

DERECHO DE VOTO: AL ADMINISTRADOR JUDICIAL DE TESTAMENTARIAS Y ABINTESTATOS CORRESPONDE EL DERECHO DE VOTO HASTA TANTO SE REALICE LA PARTICION DE BIENES. NATURALEZA JURIDICA DE LA TITULARIDAD (INDIRECTA Y NO ABSOLUTA) DE LAS ACCIONES (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1977).

Las Sentencias de 19 de abril de 1960 y 27 de octubre de 1972 (ver página 222 del núm. 512 de esta *Revista*) proclaman que el Administrador judicial en el abintestato y en la testamentaria están legitimados para ejercitar el derecho de voto que corresponde a las acciones sociales que integran la masa hereditaria.

A esta doctrina legal no se opone lo dispuesto en el artículo 59, párrafo 3, de la Ley de Sociedades Anónimas—que niega a los Gerentes y Administradores de las sociedades el derecho de voto—, pues este precepto se refiere a los que lo sean de la sociedad y que hubieran sido designados en la escritura de fundación o en los estatutos sociales, o a los que hayan sido nombrados por los accionistas, y no comprende, ni podría comprender, en cambio, a los Administradores judiciales de abintestatos y testamentarias, que quedan al margen de tal precepto y nada tienen que ver con aquéllos.

Consiguientemente, a los Administradores judiciales de abintestatos y testamentarias hay que reconocerles la titularidad de las acciones sociales que integran la masa, siquiera tal titularidad sea de naturaleza indirecta y de carácter limitado: *a)* no puede ser una titularidad directa, porque el otorgamiento y posesión de tal cargo no implica la transferencia de esas acciones a su favor, sino que lo único que les confiere es una titularidad indirecta para que representen y defiendan intereses que pertenecen a quienes no pueden hacerlos valer por no estar todavía determinado el verdadero titular, que lo será aquel o aquellos a quienes en la partición firme se les adjudiquen definitivamente, y *b)* no puede ser tampoco una titularidad absoluta de igual carácter que la que tiene el verdadero accionista, porque las facultades del Administrador se limitan única y exclusivamente a cuanto

se relacione con la administración del caudal, su custodia y administración—artículo 1.098 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No podía ser de otra manera porque el Derecho tiene que remediar las múltiples necesidades que la realidad de la vida le ofrece y, por tanto, mientras no se realicen todas las operaciones particionales y se adjudique a cada heredero el lote de acciones concretas y numeradas que le corresponden, tales herederos no podrán ejercitar el derecho de voto a ellas inherente, y si también se les negase la titularidad indirecta y relativa de esas acciones al Administrador judicial de la herencia—tanto en el abintestato como en la testamentaria—, se llegaría a imponer la paralización de la actividad de la Sociedad, lo cual sería absurdo, ya que ésta tiene que continuar su vida normal y hacer frente a pagos y cobros, y el Administrador tiene que seguir realizando cuantas gestiones sean necesarias para la conservación de los bienes que integran la masa hereditaria; admitir la tesis negativa sería maniatar al Administrador judicial impidiéndole el ejercicio de su cometido.

JUNTAS GENERALES: LEGITIMACION PARA ASISTIR DE LOS TITULARES DE ACCIONES NOMINATIVAS. INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 59 Y 46 DE LA LEY (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1977).

El segundo párrafo del artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas establece la obligatoria inscripción de la transferencia de acciones nominativas, que sin necesidad de estimarla como constitutiva del derecho a la acción, al menos hay que reconocer que es obligada para poder tomar parte en las deliberaciones y resoluciones de las juntas, lo que se ratifica en el artículo 59 al decir que podrán asistir a la junta general los titulares de acciones nominativas inscritas en el libro de socios con cinco días de antelación a aquel en que haya de celebrarse la junta. Este artículo resuelve de una manera simple todos los problemas de legitimación para poder tomar parte en la junta, sin prejuzgar naturalmente sobre propiedad de las acciones, o sea, a los titulares de acciones nominativas *inscritas* no se les podrá negar el derecho a tomar parte en la junta, sin perjuicio del derecho, de quien tenga interés, para poder impugnar la legítima posesión de dichas acciones en el juicio correspondiente; por el contrario, los que aleguen la posesión de determinado número de acciones nominativas que no estén inscritas en el registro de acciones de la Sociedad, no podrán intervenir en la junta, sin perjuicio de su derecho a solicitar su inscripción.

JUNTAS GENERALES: LUGAR DE CELEBRACION.—HAN DE CELEBRARSE NECESARIAMENTE EN LA LOCALIDAD DONDE LA SOCIEDAD TENGA SU DOMICILIO. SON NULOS LOS ACUERDOS CUANDO SE CELEBREN EN LOCALIDAD DISTINTA, POR IMPLICAR EL ARTICULO 63 DE LA LEY UN MANDATO QUE DEBE SER OBSERVADO RIGUROSAMENTE (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1978).

JUNTAS GENERALES: VICIOS DE CONVOCATORIA. DEBERAN SER DENUNCIADOS AL ABRIRSE LA SESION, SEGUN SENTENCIAS DE 13 DE OCTUBRE DE 1961, 29 DE SEPTIEMBRE DE 1971 Y 12 DE MAYO DE 1976 (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1978).

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. REQUISITOS (SENTENCIA DE 5 DE ENERO DE 1978).

La jurisprudencia de esta Sala, establecida, entre otras, en las sentencias de 6 de julio de 1963, 20 de febrero de 1968, 30 de enero de 1970, 27 de abril y 8 de diciembre de 1973, 19 de enero de 1974 y 30 de enero de 1976, ha interpretado el primer inciso del artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el sentido de exigir a los accionistas concurrentes a la junta, como requisito previo de legitimación o procedibilidad para el ejercicio de su derecho, haber hecho constar en el acta su oposición al acuerdo impugnado, oposición que no puede producirse, como es natural, con anterioridad a la existencia del acuerdo, el cual es el resultado del precedente debate y votación, por lo que no es suficiente a tal efecto la mera emisión del voto en contra.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. EL PROCEDIMIENTO SEÑALADO EN EL ARTICULO 67 Y SIGUIENTES DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS SOLO ES APLICABLE A LOS ADOPTADOS POR LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS Y NO A LOS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION. CAMBIO DE DOMICILIO (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1978).

El artículo 5 de la Ley de Sociedades Anónimas no constriñe forzosamente a que el domicilio tenga que fijarse precisamente en donde radiquen las explotaciones o se desarrollen las actividades sociales, sino que concede opción para establecerlo en cualquier lugar, si en él se fija su representación legal. La junta general, como órgano supremo de formación de la voluntad social, es soberana para acordar el cambio de domicilio de la Sociedad adonde tenga por conveniente, máxime cuando, como ocurre en el presente caso, los estatutos sociales vienen a reconocérselo; y, por tanto, si el acuerdo de cambio de domicilio fue adoptado cumpliendo las formalidades legales, tal acuerdo no podía ser invalidado.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES: LEGITIMACION PARA EL PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 67 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. NO LO ESTAN LOS POSEEDORES DE ACCIONES AMORTIZABLES (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1978).

El artículo 69 de la Ley únicamente considera legitimados para el ejercicio de las acciones de impugnación a los accionistas, y conforme al artícu-

lo 33, las acciones representan partes alícuotas del capital social, lo que no sucede con las amortizables (se priman mediante interés fijo y en liquidación serán reintegradas, en todo caso, por su valor nominal).

DISOLUCION DE LA SOCIEDAD POR IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR EL FIN SOCIAL CUANDO NO SE PUEDEN FORMAR MAYORIAS (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1978).

Aunque nuestro ordenamiento jurídico no señala de manera expresa, como causa de disolución de la Sociedad, la paralización de los órganos sociales, sin embargo, de manera tácita e indirecta, la admite cuando en el párrafo segundo del artículo 150 de la ley especial proclama que «la Sociedad Anónima se disolverá... por la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social»; y esto se produce precisamente cuando tanto la junta general como el Consejo de Administración se ven impedidos de funcionar, es decir, se ven afectados por una paralización absoluta que les impide adoptar acuerdos, ya que la actividad empresarial exige la exteriorización de la voluntad social para poder cumplir tanto su fin como diferentes objetos; ello se infiere, además, de las normas que regulan el modo de operar de la junta general y del Consejo de Administración, y especialmente del principio de sumisión al voto de la mayoría como procedimiento para formar la voluntad social, y de los requisitos que se exigen para que aquellos órganos se entiendan válidamente constituidos.

Una de las causas por las cuales se puede producir la paralización de los órganos sociales es la de la distribución de las acciones en dos grupos de accionistas, poseedor cada uno de ellos del 50 por 100 del capital social, en cuyo supuesto ninguna propuesta sometida a la deliberación de la junta general de socios logrará ser aprobada, ya que se manifestaron dos opiniones distintas, apoyada cada una por el 50 por 100, insuficiente para lograr la mayoría necesaria para adoptar acuerdos.

La propia Ley de 17 de julio de 1951 viene a admitir que la decisión del Juez puede sustituir a la deliberación y al acuerdo de la junta general cuando la paralización de los órganos sociales comporte la imposibilidad de actuar; por eso dispone el artículo 153 que el acuerdo de disolución «o la resolución judicial, en su caso, se inscribirán en el Registro Mercantil...», de donde se deduce que puede inscribirse la resolución judicial que decreta la disolución de una sociedad, en el supuesto de que falte, por los razonamientos que sean, el acuerdo social de disolución que se intentó obtener en la junta general de accionistas al efecto convocada.

Aunque no existiera este precepto, siempre subsistiría la necesidad de reputar ese empate entre los accionistas como una de las causas que originan «la imposibilidad manifiesta de alcanzar el fin social»—que, a su vez, es causa de la disolución de la Sociedad, incluida en el número 2.º del artículo 150 de la ley especial—, ya que por aquel empate de votos no se podrá alcanzar un acuerdo social de disolución, impugnabile por la vía procesal del artículo 67, y tendrá que ser decretada aquélla por resolución judicial.

Como causa de disolución de la Sociedad ha de considerarse el empate entre dos socios o grupos de socios, en los que cada uno tiene el 50 por 100

de las acciones, pues se está en el caso de «imposibilidad de alcanzar el fin social», previsto en el artículo 150, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas.

De conformidad con lo dispuesto en este precepto, se está en trance de tener que decretar judicialmente la disolución de la Sociedad, por imposibilidad manifiesta de realizar el fin social, con las consecuencias legales que tal declaración comporta, y que se especifican en los artículos 153 y siguientes de la referida ley.

III. TITULOS VALORES

LETRA DE CAMBIO. REQUISITOS (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1978).

Ejercitándose una acción ordinaria, la falta de requisitos formales (tanto la cláusula de valor como en la fórmula del aval) no impiden que juegue como documento de crédito en procedimiento que no es el ejecutivo.

LA CAUSA Y LA LETRA DE CAMBIO. CARACTER CAUSAL DE LA CAMBIAL ENTRE PARTES (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1978).

La interpretación dada a las disposiciones legales vigentes e inalterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo—recogida, entre otras, en las Sentencias de 13 de noviembre de 1926, 1 de julio de 1929, 24 de marzo de 1932, 30 de enero de 1936, 22 de marzo de 1948, 30 de abril de 1949, 24 de marzo de 1959, 17 de noviembre de 1960, 3 de julio de 1963, 18 de diciembre de 1964, 3 de febrero de 1966, 17 de enero y 22 de mayo de 1970, 10 de diciembre de 1972 y 4 de junio de 1976—, a tenor de la cual, si bien es cierto que cuando en la cambial intervienen personas distintas del librador y librado (que es el supuesto específico del artículo 480 del Código de Comercio), aquélla tiene un valor abstracto, desligado de las apoyaturas causales que la originaron, lo que impide que pueda entrar en juego la llamada «provisión de fondos», en aras de la seguridad jurídica de los terceros; por el contrario, cuando los intervinientes son únicamente el librador y el librado—especialmente si su alcance se dilucida en juicio declarativo—, la causa, entendida no en el sentido del artículo 1.274 del Código Civil, sino como el acto jurídico o contrato que determina el nacimiento de la relación de deuda entre las partes, provoca sus efectos, en el sentido de ser indispensable la prueba de su realidad, sin que pueda presumirse su existencia, pues entonces la causa carece del carácter abstracto privativo ajeno a la conexión causal, que le da fuerza procesal autónoma.

IV. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, REQUERIMIENTO DE PAGO
(SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1977).

La obligación de requerir de pago a los deudores por parte del acreedor, impuesta por el párrafo primero del artículo 1.100 y Sentencia de 29 de diciembre de 1951, como requisito ineludible para la exigibilidad de indemnizaciones, no es necesario cuando de lo pactado se infiere manifiestamente la designación de la época en que debió ser entregada la cosa de cuya injustificada tardanza se deriva el perjuicio en que se funda la reclamación (Sentencias de 9 de abril de 1930 y 18 de junio de 1964). Y lo mismo sucede si se estima que se trata de un contrato mercantil, por entrar entonces en juego el número primero del artículo 63 del Código de Comercio, que dispone que los efectos de la morosidad en el cumplimiento de esta clase de estipulaciones comienzan en los contratos que tuvieran fecha señalada para ello, por voluntad de las partes, al día siguiente de su vencimiento, dado que en ellos, debido a la presunción de que los comerciantes no tienen nunca voluntariamente improductivo su capital (Sentencia de 10 de marzo de 1925), no se concede término alguno de gracia (art. 61) y que el precepto primeramente mencionado deroga el deber de la interpretación judicial adoptado por nuestro Derecho civil (Sentencias de 19 de noviembre y 9 de diciembre de 1944 y 2 de diciembre de 1953).

V. DERECHO MARITIMO

REASEGURO MARITIMO. EFECTOS ENTRE PARTES (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1977).

Por aplicación del artículo 780 del Código de Comercio, relacionado con el artículo 3, número 2.º, del Reglamento de Seguros de 2 de febrero de 1912, y los artículos 1.257 del Código Civil y 380 del comercial, a cuyo tenor «pagada por el asegurador la cantidad asegurada, se subrogará en el lugar del asegurado para todos los derechos y acciones que correspondan contra los que por *malicia o culpa* causaron la pérdida de los efectos asegurados», precepto que no puede quedar desvirtuado por la existencia del reaseguro, figura ésta que tiene una regulación con razón calificada de impropia e inadecuada, según resulta de la mera alusión del artículo 400 del Código de Comercio y del párrafo segundo del artículo 3 del Reglamento de Seguros, que parecen recoger la idea de la cesión del primitivo contrato, que obtiene, sin embargo, una mejor precisión en el párrafo 3.º del mismo artículo 3 cuando se dice que «el reaseguro *no altera en nada* el contrato celebrado entre el asegurador director y el asegurado», directriz confirmada después con el Decreto de 29 de septiembre de 1944 y la Orden ministerial de 30 de diciembre de 1944, acorde con la verdadera esencia de la institución, en el sentido de que no se trata de un contrato accesorio del de seguro, aunque éste sea el presupuesto indispensable de aquél, funcionando ambos de modo autónomo y separado, de tal modo que el asegurado no tiene acción alguna contra el reasegurador ni éste contra aquél, con lo que se evita, además, la posibilidad de situaciones arbitrarias.

VI. QUIEBRAS Y SUSPENSIONES DE PAGOS

CONVENIO.—EL ARTICULO 929 DEL CODIGO DE COMERCIO SUPONE UNA EXCEPCION AL 898 DEL MISMO CODIGO (EN RELACION CON EL ARTICULO 1.389 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL) (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1977).

Cuando de Compañías se trata, podrán presentar a los acreedores de la quiebra proposiciones de convenio, en cualquier estado de la misma, pues según doctrina de esta Sala (especialmente Sentencia de 31 de marzo de 1930), la excepción se justifica diciendo que el legislador para evitar en lo posible los graves trastornos que la quiebra siempre acarrea permitió a las Compañías Anónimas que pudieran acogerse a los beneficios del convenio en cualquier estado de la quiebra; esta excepción se funda, como dice la misma exposición de motivos, en que no existe realmente en las Compañías Anónimas una persona que en concepto de quebrada debiera quedar sujeta a procedimiento especial, por virtud del resultado de la calificación, criterio que merece ser ratificado y que esta Sala ratifica.

CREDITOS PRIVILEGIADOS (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1977).

La remisión que el artículo 913, número 3.º, del Código de Comercio hace al Derecho común lo es al artículo 1.924 del Código Civil (y no al 1.922 del mismo Código Civil), por lo que se hallan incluidos en él los créditos privilegiados que consten en sentencia firme.

LA RETROACCION DE LA QUIEBRA Y LAS LETRAS DESCONTADAS (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Según ha proclamado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, reflejada en las recientes Sentencias de 10 de marzo y 15 de octubre de 1976, las operaciones mercantiles de descuento de letras de cambio efectuadas por una persona jurídica o entidad bancaria quebrada durante el período de retroacción de la quiebra no se hallan afectadas por la declaración de nulidad establecida por el párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, en primer lugar, porque la aplicación de este precepto se conecta con los actos de dominio o administración realizados por el quebrado durante ese lapso de tiempo, que fueron en detrimento de la *pars conditio creditorum*, significativo del principio de igualdad entre los acreedores, por lo que para que proceda la devolución de lo percibido sería preciso acreditar que la cesión de los efectos mercantiles entregados para el descuento produjeron una disminución en el patrimonio del quebrado y, por tanto, en la masa de la quiebra, lo que no se produce en tal supuesto de descuentos de letras de cambio, no sólo por realizarse «salvo buen fin», como indica la Sentencia de 21 de junio de 1963, sino también porque la Caja descontante

se repone del anticipo o anticipos efectuados con el percibo de las cantidades satisfechas por los librados, según se reconoce en la Sentencia de 29 de mayo de 1960, aparte de que ello implica una de las operaciones propias de los Bancos, conforme se desprende de los artículos 117, párrafo 2.º, y 177 y 178 del Código de Comercio; 12 de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946; 11 de los Estatutos del Banco de España de 24 de julio de 1947; 63 a 69 de su Reglamento de 29 de marzo de 1935, y en la actualidad los 65 a 78 de la Orden de 29 de marzo de 1948.

Es de tener en cuenta que el objeto primordial de la aplicación del 2.º párrafo del mencionado artículo 878 del Código de Comercio se encamina a integrar en la masa activa de lo que deba formar parte de ella, cual reconoce la Sentencia de 10 de mayo de 1976, sin que el Banco intervenga en dichos negocios mercantiles más que como mero mandatario de sus clientes, según se afirma en las Sentencias de 30 de enero de 1928, 22 de diciembre de 1941 y 2 de noviembre de 1943, o como simple mediador, conforme a la de 20 de mayo de 1975.

A mayor abundamiento es de tener presente que si en las operaciones de descuento de letras de cambio, y concretamente en las realizadas por medio de las cuentas corrientes bancarias, se aplicase el párrafo 2.º del artículo 878, antes mencionado, con el rigorismo con que lo hicieron, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 17 de febrero de 1909, 17 de marzo de 1958 y 27 de marzo de 1973, no sólo se reclamarían para la masa cantidades que figuraban en el haber del quebrado, por haberlas éste recibido oportunamente, lo que originaría un absurdo rechazable, sino que incluso se podrían provocar verdaderos conflictos sociales al producirse la consecuencia de tener que satisfacer por segunda vez las sumas que previamente se hubieran ingresado en cuentas corrientes destinadas a la compra de pisos, a lo que frecuentemente se acude, y en mayor medida entre las que integran las clases sociales más modestas, y proceder a la devolución de los salarios o sueldos que, a través de las entidades bancarias, se hubieren percibido por el producto del trabajo, o los conceptos que se hubiesen satisfecho, por el mismo conducto, en relación con los recibos de teléfono, gas, electricidad, cuyos pagos se hubieren convenido efectuar de tal forma, sobre todo cuando en esas cuentas corrientes bancarias, irregulares e impropias, no se produce la novación del negocio jurídico primitivamente concertado, cual tiene reconocido este Tribunal en Sentencias de 3 de enero de 1928, 22 de diciembre de 1941 y 24 de noviembre de 1943, y cuanto que dichos contratos no vienen regulados en los artículos 175, número 9.º, y 177 y 180 del Código de Comercio, sino ajustados en su desenvolvimiento a los usos mercantiles, según se indica en Sentencias de 3 de enero de 1933 y 11 de junio de 1941, y Estatutos de los Bancos, como reconoce la Sentencia de 24 de marzo de 1971, asemejándose en su naturaleza jurídica a la del mandato, con los efectos del artículo 1.709 del Código Civil, o a la gestión de negocios ajenos, estando obligadas las entidades crediticias a conservar en todo momento dinerario suficiente para que los titulares de las cuentas puedan reintegrarse, en cualquier época, de las cantidades por ellos entregadas, conforme a lo establecido en los artículos 1.728 de dicho Código Civil y 250 del Código de Comercio, y cual revela el artículo 10 de los Estatutos del Banco de España y Sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1928.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

UN CURIOSO SUPUESTO (COLISION DE CABALLO DE INFANTERIA CON VEHICULO PARTICULAR) Y UNA CURIOSA MANERA DE AFRONTAR EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD (JURISDICCION COMPETENTE Y DERECHO A LA INDEMNIZACION).

I. ANTECEDENTES

1. Se produce una colisión de un vehículo propiedad de ATESA con un caballo del Regimiento de Infantería Inmemorial número 1 y su jinete, un soldado del mismo regimiento.

2. Como consecuencia de dicha colisión entre vehículo, por un lado, y caballo y jinete, por otro, sufre desperfectos el vehículo. (Se desconoce si también los sufrió el caballo y el jinete. Es de suponer que sí, aunque no tiene importancia para este comentario.)

3. La Sociedad ATESA decide reclamar daños y perjuicios y para ello interpone la reclamación previa a la vía civil ante el Ministro del Ejército.

4. Por el Ministro se resuelve la reclamación en sentido negativo por no ser la vía utilizada la adecuada, ya que según el Ministerio la competente, no es la jurisdicción civil ordinaria, sino la contencioso-administrativa.

5. En vista de tal Resolución ATESA interpone recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, que gana, en base a consideraciones bastante curiosas de la Sala Juzgadora.

II. LA SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1978

Los considerandos de esta Sentencia de la Sala Cuarta, de la que fue ponente el Excelentísimo señor don José Luis Ponce de León y Belloso, dicen lo siguiente:

«Que el problema que plantea este recurso, dados los términos en que el mismo se encuentra concebido, consiste en si la resolución ministerial que se impugna está o no ajustada a las pretensiones deducidas por la recurrente ante la vía administrativa y reiterada ante esta jurisdiccional, y a este respecto es preciso destacar

que cuando se formula la reclamación por la accionante ante el Ministerio del Ejército, lo es para ser resarcida de los daños sufridos en el vehículo de su propiedad con motivo del accidente objeto del presente recurso, como trámite previo al ejercicio de la acción civil correspondiente, y, por tanto, para que se considere esta reclamación en dicha vía administrativa, pero el citado Ministerio la resuelve denegándola en base de que la parte reclamante no ha elegido la vía adecuada para ser la aplicable la normativa del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y por ello es incompetente la jurisdicción ordinaria e improcedente la reclamación previa a la judicial en vía gubernativa, que sólo procede cuando es aplicable el artículo 41 de dicha Ley, con lo cual resulta que esta Resolución ministerial, al desestimar tal reclamación, hay que entender que ello implica una denegación presunta en vía gubernativa, pues si no, debió acceder a dicho pedimento y al no hacerlo así entonces en vez de dar por agotada dicha vía gubernativa como trámite previo a la judicial ordinaria que era lo que procedía, se limita a declarar la incompetencia de la jurisdicción ordinaria elegida, aunque prescindiendo, en cambio, de resolver expresamente sobre la procedencia o no de la reclamación solicitada como era obligado pronunciarse previamente en este caso, a tenor de la previsto en los indicados preceptos legales y en los artículos 138 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, reguladores de esta materia.

Que esto sentado es imprescindible tratar en esta resolución previamente sobre la pertinencia o no de la reclamación que por la accionante se formula a fin de resarcirse de los daños que se le causaron con motivo del accidente origen de estos autos, puesto que en realidad, caso de accederse a ello, sería ya intrascendente tratar del problema de la citada delimitación de competencias por ser o no la aplicable la vía jurisdiccional elegida, y en caso de denegarse tendría que estimarse agotada la vía gubernativa como trámite previo a la judicial ordinaria, para de este modo resolver debidamente la pretensión deducida por la reclamante en el presente recurso.

Que la obligación del mencionado resarcimiento surge en este caso del mero hecho de la actuación del servicio público o actividad administrativa existente en la producción de la lesión patrimonial, que genera por sí sola la correspondiente responsabilidad objetiva de la Administración a consecuencia del resultado de tal funcionamiento, y cuando además concurren las condiciones exigidas, para su efectividad, como son: realidad del daño producido, valoración económica del mismo, que se cifra en la cantidad importe de la reparación de los daños en el vehículo siniestrado con motivo del accidente, determinación individualizada en orden a sus sujetos activo y pasivo, y la correspondiente relación de causalidad, o sea, que el daño causado sea consecuencia de la acción administrativa causante del mismo, todas las que resultan adecuadamente justificadas en estos autos sin impugnación alguna del análisis de

los presupuestos fácticos obrantes en ellos, toda vez que la acción ejercitada por la recurrente en el presente recurso contencioso-administrativo se proyecta hacia la exigencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños sufridos en el vehículo de su propiedad, a causa del accidente contemplado en el mismo, pues en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, como es la presente, sólo se exige los requisitos objetivos antes mencionados y que el perjudicado, como es natural, haya solicitado de la Administración su indemnización.

Que, en definitiva, son atribuibles a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones que se suscitan referidas en general a la responsabilidad patrimonial de la Administración de acuerdo con el artículo 3.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, y también a virtud de la extensión otorgada a esta jurisdicción por el artículo 4.º de la misma Ley, que abarca las decisiones que más o menos relacionadas con el orden administrativo tengan conexión con un recurso de esta naturaleza y más aún por el amplio contenido que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en numerosas sentencias ha dado a la responsabilidad objetiva de que aquí se trata, lo cual viene a demostrar la procedencia de resolver en este caso tal reclamación, puesto que las normas de nuestro ordenamiento jurídico que con carácter general regulan el tema de la cobertura patrimonial de los administrados por responsabilidad de la Administración, dan por supuesto que el interesado acuda primeramente a la propia Administración en reclamación de su pretendido derecho, siendo por lo demás absolutamente lógico que entonces la misma Administración pueda admitir si procediese la pretensión indemnizatoria y sin que fuera preciso seguir entonces adelante con respecto a la jurisdicción competente, en definitiva, para resolverla, o en el caso de negar su procedencia dar por agotado el trámite gubernativo previo a la vía judicial correspondiente.

Que, por consiguiente, es preciso reconocer que el Estado cubre los riesgos que para los particulares puede entrañar su actividad, ejerciendo la propiamente administrativa susceptible de originar lesión patrimonial conforme sucede en el supuesto de autos, por lo que se tiene que dar lugar a la reclamación formulada por la recurrente y en su consecuencia declarar no ser conforme a derecho el acto administrativo impugnado, el que, por tanto, se deja sin valor y efecto alguno.

Que no se hace especial condena respecto a las costas de este recurso, por no darse las condiciones previstas a tal efecto en los artículos 81 y 131 de la Ley jurisdiccional.»

III. COMENTARIO

1. *Dualidad de jurisdicciones y privilegio de decisión previa*

Para comprender en todo su significado la Sentencia de 8 de noviembre de 1978, debe partirse de unos datos que si bien encierran una gran riqueza de cuestiones, hay que dejar aquí simplemente constatados.

Debe constatar, en primer lugar, que para la Administración Pública

no hay unidad de jurisdicción. Cuando surge un conflicto entre administrados y alguna de las Administraciones Públicas puede ser competente la jurisdicción contencioso-administrativa, pero puede también serlo la civil (laboral...) (1).

La dualidad apuntada presupone evidentemente un criterio de diferenciación que encauce las acciones hacia una u otra jurisdicción, y que, en términos muy abstractos y sin perjuicio de excepciones, no viene a ser otro que el que tradicionalmente distingue el Derecho Administrativo del Civil (2). Tal dualidad plantea graves problemas derivados de su misma existencia y que empieza por el de concretar y determinar cuál es el criterio delimitador. En este orden de ideas, la prejudicialidad (3) juega una importancia fundamental, aunque dentro de las limitaciones que esta figura conlleva y concretamente en relación con el efecto de cosa juzgada. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que se discuta sobre la validez de una concesión administrativa: aun declarada válida con carácter de firmeza por la jurisdicción contencioso-administrativa, la civil podrá declarar que el terreno sobre el que recae dicha concesión no es de Dominio Público, sino de un tercero (...) (4).

Por otro lado, la jurisdicción contencioso-administrativa al configurarse, tradicionalmente, como revisora de la actuación administrativa, presupone la existencia de tal actuación y concretamente de un acto administrativo que enjuiciar para, en su caso, invalidarlo y, en su caso también, sustituirlo por el adecuado al ordenamiento jurídico. Presuposición de un acto administrativo, por tanto, que conecta con el tema de la denominada autotutela DECLARATIVA, en primera potencia: la intervención jurisdiccional se produce *ex post facto*, es decir, con posterioridad al acto administrativo. No obstante, hay que añadir que no basta la existencia de un acto administrativo para poder acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa; antes de impugnar ante el Juez el aludido acto debe *recurrirse* contra el mismo *administrativamente*: la Administración, caso de conflicto originado por su acto, es quien dirime por primera vez. Sería la manifestación en *segunda potencia* de la aludida autotutela: el administrado, antes de poder acudir a los Tribunales debe agotar la vía administrativa, por si la Administración opta por *rectificar* (5).

Cuando la competencia corresponde a la jurisdicción civil, la posibilidad de acceder al Juez de tal carácter, viene también condicionada. No se trata evidentemente de que la jurisdicción civil tenga carácter revisor, se trata de constatar la necesidad que tiene el administrado de reclamar lo que va a pedir en la jurisdicción ordinaria ante la Administración, previamente, por si ésta opta por *acceder* a dicha reclamación (6).

(1) En general, y por todos, J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1978, artículos 1, 2 y 3.

Desde el punto de vista crítico, la línea que arranca de J. GARCÍA TREVIJANO en *RAP*, 34; LORENZO MARTÍN RETORTILLO, *RAP*, 49; A. NIETO, *RAP*, 50.

(2) Específicamente sobre el tema, R. MARTÍN MATEO, *RAP*, 55.

(3) J. GONZÁLEZ PÉREZ, citado, artículo 4.º, y la bibliografía que recoge.

(4) Véase la bibliografía que recogía en la nota 45 de mi comentario en el número anterior de esta Revista.

(5) Así ya antes en esta Revista, núm. 524, págs. 129 y ss.

Son interesantísimas las cuestiones que la polémica entre A. NIETO y J. R. PARADA en la *RAP*, números 50, 55, 57, 59.

(6) J. GONZÁLEZ PÉREZ en el núm. 509 de esta Revista y la bibliografía que recoge. De singular interés es el estudio de SANTAMARÍA en *RAP*, 77, conectando con el tema de la reclamación con la conciliación y con el privilegio de decisión previa desde una perspectiva histórica.

De lo dicho se advierte, que tanto en los supuestos de la competencia de una como otra jurisdicción, antes de entrar en el proceso, debe haberse entrado en contacto con la Administración haciendo ver el conflicto planteado. Cuando se trata de supuestos en los que es competente la contencioso-administrativa (y sin perjuicio de que durante el procedimiento que va a dar lugar al acto se pueda manifestar ya, por algún interesado, el conflicto planteable) el cauce será el correspondiente recurso. Cuando de la civil la denominada reclamación previa.

2. *La dualidad y el privilegio en los supuestos de responsabilidad de la Administración*

Es conocida la evolución del tema de la dualidad de jurisdicciones en esta materia. Partiéndose del dato de ser, el de satisfacerse por responsabilidad de la Administración (administradores) un derecho de índole civil, según el criterio de las distintas versiones de las Leyes de Jurisdicción, expresamente se vino considerando por el Derecho positivo la unidad de jurisdicción *civil* (7). Unidad que se refería en la Ley de Régimen Local vigente (8) y se confirmaría en la Ley de Expropiación Forzosa, considerando que podrían lesionarse derechos de carácter civil o administrativo, en la primera y, en la segunda, que la responsabilidad podrá venir reconocida en la misma, o en otras leyes (9), lo que justificaría una diferenciación de jurisdicciones. Pero diferenciación de jurisdicciones. Pero diferenciación que de nuevo se rompería para reestablecer la unidad de jurisdicción, aunque ahora *contencioso-administrativa*, en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (11). Así las cosas, de nuevo resucitará la dualidad en la Ley de Régimen Jurídico, en base al criterio del tipo de relación jurídica (de Derecho administrativo o privado) en la que se actúe cuando se produzca el daño.

Posible dualidad de jurisdicciones, por tanto, en esta materia, lo que viene ha hacernos conectar con lo que antes se dijo, tratándose de la civil la jurisdicción competente, para demandar será necesario primero utilizar la reclamación previa. Respecto de los supuestos de competencia de la jurisdicción contenciosa, la resolución, no obstante, no es paralela a lo que dijimos, habría que distinguir tres supuestos. El primero sería el de daños ocasionados por consecuencia de un acto ilegal de la Administración. En tal supuesto la articulación de la reclamación por responsabilidad, operará a través de la impugnación del correspondiente acto (12). Hay otros dos supuestos, sin embargo, en los que dicha articulación no se produce. Sería uno, el de actos lícitos de la Administración, pero que dan lugar a indemnización (13). Otro sería el de daños causados con independencia de acto administrativo alguno en sentido propio, y abarcaría las actuaciones materiales de la Administración, así como simples hechos

(7) Ley de 5 de abril de 1904 y Ley municipal republicana (de 31 de octubre de 1935). Ver LORENZO MARTÍN RETORTILLO, *RAP*, 42, 173

(8) L. MARTÍN RETORTILLO, *cit.*, 174.

(9) *Id.*, 176.

(10) *Id.*, 179, también interesa J. GONZÁLEZ PÉREZ, comentarios citados, el artículo 3.º

(11) Sobre la gestación de la Ley son suculentas las consideraciones que hace L. MARTÍN RETORTILLO, *citado*, 183 y ss

(12) *Id.*, 195 y 213 y ss

(13) Así en el texto relacionado con las notas 8 y siguientes, y dichas notas de mi comentario sobre accidentes de circulación aparecido en dos números antes de esta Revista.

referibles a la misma (incluidas las omisiones). ¿Qué ocurre en estos supuestos? (14). En el primero aludido, evidentemente, aunque hay acto administrativo previo, es impensable la utilización de un recurso para acceder a la jurisdicción. En el último ni siquiera hay acto administrativo. Esto es lo que interesa subrayar. Que en estos supuestos, y en base a los principios antes vistos, se exige un previo acto administrativo, que pueda ser revisado por la jurisdicción contencioso-administrativa, y una reclamación que se plantee ante la Administración, antes de acudir a dicha jurisdicción contencioso-administrativa, en definitiva, que se pida la indemnización a la Administración, por si decide acceder a la misma, antes de iniciarse el proceso. Se advierte, por tanto, que en estos supuestos el carácter revisor de la jurisdicción y el privilegio de decisión previa, tienen respuesta en un sólo momento. Y se advierte también que el supuesto se separa de lo que tradicionalmente constituyen los momentos administrativos del conflicto que acabará desembocando en un proceso (contencioso-administrativo); en cierto modo se asemeja a los casos en que la competencia corresponde a la jurisdicción civil, aunque no esté expresamente prevista una regulación previa como cauce específico.

Con todo lo anterior se puede concluir que es triple la articulación del acceso al proceso. Si la competencia es de la jurisdicción civil: reclamación previa a la vía judicial civil. Si la competencia es de la contencioso-administrativa: la estructura típica, cuando la responsabilidad está relacionada con ilegalidad de algún acto; pero simple solicitud a la Administración, en los demás casos. Solicitud la que decimos, que dará lugar a un procedimiento administrativo, no específicamente tipificado, y que se ajustará a la tramitación general.

3. *El considerando primero o el Planteamiento de la cuestión*

Las cuestiones suscitadas por la colisión de o con el caballo y jinete del Inmemorial queda planteada en la sentencia objeto del comentario, en los siguientes términos: ATESA considera competente a la jurisdicción ordinaria y, por tanto, entabla reclamación previa a la vía judicial civil pidiendo ser indemnizada en la cantidad de 22.388 pesetas. No obstante, el Ministro del Ejército no resuelve expresamente si accede o no a la reclamación, limitándose la resolución a no considerar adecuada la vía utilizada por no ser la competente la civil, sino la jurisdicción contencioso-administrativa. Precisamente esta resolución es la que da lugar a que ATESA entable el recurso que da lugar a la sentencia. Pues bien, el planteamiento del recurso en estas circunstancias nos suscita una serie de análisis, que pueden concretarse en dos sentidos:

En un primer sentido se trata de constatar el problema de la viabilidad del contencioso, en un primer acercamiento, ya que aun respetándose el carácter revisor del mismo (existió acto previo) habría que preguntar, primero, si debió recurrirse administrativamente contra dicho acto y, segundo, si puede entablarse recurso contencioso.

Lo primero viene cuestionado por el hecho de que a pesar de tener la resolución el calificativo de ministerial, al no estar el supuesto contemplado en el artículo 53 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-adminis-

(14) Id., notas 11 y siguientes.

trativa, cabría plantear la exigibilidad del recurso de reposición previo al contencioso, dada la conexión del aludido con el artículo 36 de la Ley de Régimen Jurídico.

Lo segundo vendría planteado por el hecho de ser el acto precisamente resolución de una reclamación previa a la vía civil y no ser susceptibles de recurso contencioso, según el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, este tipo de resoluciones.

Pues bien, con referencia a este último punto, efectivamente, debe constatarse cómo si en la resolución sí se accede a la reclamación de indemnización, lógicamente carecerá de sentido el contencioso (y la vía civil) al quedar el reclamante satisfecho y cómo si no se accede, lo que tendrá sentido es acudir a la jurisdicción civil para que se le reconozca el derecho, y no el acudir a la contenciosa para que *revise* tal resolución (15). En el caso de la sentencia comentada, no obstante, debe resaltarse que el planteamiento responde a una resolución que se limita a declarar que la vía utilizada no es la adecuada y que la competente es la jurisdicción contenciosa, de aquí que sea posible sostener que lo que tiene más sentido es precisamente acudir a la aludida jurisdicción, y de aquí también que quepa constatar un segundo sentido de la problemática, y concretamente el tema de qué hubiera pasado si el particular hubiese interpuesto la correspondiente demanda civil. ¿Sería posible? Aun siendo posible, por entender desestimada la reclamación, ¿podría calificarse por el Juez civil si se cumplieran todos los trámites exigidos y concretamente la intervención de la Dirección General de lo Contencioso del Estado? ¿Qué alcance tendría la sentencia civil respecto de la declaración de incompetencia formulada por el Ministro del Ejército? No voy a entrar en este enfoque de la problemática, porque lo que importa es que ATESA interpuso recurso contencioso-administrativo sobre la base del contenido de la referida orden ministerial y que la elección salió bien, dadas las consideraciones utilizadas por el Tribunal Supremo.

Ahora bien, como veíamos, quedaba pendiente un tema, el de los prolegómenos administrativos al recurso contencioso, ¿era necesario interponer recurso de reposición? La cuestión se contesta implícitamente en la sentencia comentada, en sentido negativo. Porque, el problema tal y como queda planteado en el PRIMER CONSIDERANDO, por el Supremo, presupone la identificación del supuesto con el de las peticiones de indemnización de responsabilidad previa al acceso a la dicción contencioso-administrativa, y como veíamos con anterioridad tales peticiones resumen en un momento lo que artificiosamente habíamos denominado principio revisor (que exista un acto administrativo) de la jurisdicción contenciosa y requisito del pronunciamiento previo por la Administración sobre el conflicto (acto en el que no se acceda a la solución del conflicto que podría haberse solventado sin necesidad de intervención judicial caso de ser afirmativa la resolución). Así el Supremo entiende que, aunque no expresa sí presuntamente, se ha resuelto acerca del derecho a la indemnización.

Ahora bien, dicho lo anterior y descartada la exigencia del recurso de reposición, lo que sí se plantea es el problema de la exigencia de la vía adecuada a que se refería el Ministro del Ejército. Esto es, el problema

(15) Ver J. GONZÁLEZ PÉREZ *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, 246, y la Jurisprudencia que cita.

de si para recurrir hubiera sido preciso que ATESA, ante la resolución obtenida, primero hubiera acudido (vía petición o solicitud a la Administración de su petición, y no vía reclamación previa a la vía judicial civil) de nuevo a la Administración en busca de pronunciamiento sobre el fondo.

Pues bien, la resolución dada por el Supremo (repito que implícitamente) es perfectamente adecuada al principio antiformalista que informa tanto el procedimiento como el proceso administrativo, así como a lo que ya constatamos con anterioridad: que tal vía de articulación de la petición de indemnización se asemeja a la reclamación previa a la vía civil, y que no tiene previsto un procedimiento expreso, siendo aplicable, por tanto, el general. Procedimiento general, que dada su generalidad, cabrá perfectamente en los trámites de la reclamación previa a la vía civil, y que es de suponer se haya seguido al adoptarse la resolución objeto del recurso. En definitiva, el Supremo entiende que la petición previa al contencioso sobre responsabilidad, se entiende ya cumplimentada con la reclamación que se utilizó (ver incisos finales de los considerandos tercero y cuarto), pasando a analizar el tema planteado en el recurso que se le interpone.

4. El considerando segundo o la forma de plantear la cuestión

Partiendo el Supremo del presupuesto de entender cumplimentados los prolegómenos administrativos, pasará, por tanto, al análisis del conflicto. Y para ello tendrá que responder a dos cuestiones que serían la de si la jurisdicción contencioso-administrativa es competente y la de si ATESA tiene derecho a la indemnización y que, sería de esperar, que quedarían planteadas en el orden expuesto.

Pues bien, lo que debe quedar constatado es cómo se plantean dichas cuestiones en el considerando segundo. Recuérdesse lo que dice. En síntesis, que debe contestarse a la cuestión de si es pertinente la reclamación de ATESA. Si no lo fuera ya no tendría trascendencia ver si es o no competente la jurisdicción contencioso-administrativa o la civil. Si no lo fuera, se entendería agotada la vía gubernativa (reclamación previa) y abierto el acceso a la jurisdicción ordinaria (civil).

Respecto de la última conclusión baste resaltar el problema de si sería necesario que se hubieran cumplimentado todos los trámites de la reclamación previa a la vía civil. Problema que se resuelve en el sentido doblemente afirmativo de considerar la necesidad y que los trámites deben entenderse cumplidos. De aquí que si, recordamos lo que se decía con anterioridad, hubiera sido negativa la sentencia comentada, en la jurisdicción civil no se plantease ya el problema de calificar o no la legalidad del procedimiento.

Más interés tiene la problemática que suscita el otro supuesto, es decir, el que la sentencia entendiese (como va a entender según veremos) que sí es pertinente la reclamación formulada. Pues bien, la reclamación desde el punto de vista del recurso contencioso-administrativo entablado, presupone los dos aspectos de la problemática antes vista, es decir: de un lado que la contencioso-administrativa es la jurisdicción competente y, por otro, que hay derecho a la indemnización.

En el orden lógico y, por tanto, cronológico de planteamiento (16) en primer lugar, la competencia. Al respecto pueden resultar dos decisiones. Una, que no sea la contencioso-administrativa, sino la civil, la jurisdicción competente. En tal caso, la sentencia que comentamos en siguientes considerandos al segundo, hubiera hecho constar que no entra en la cuestión de fondo desplazando la decisión sobre el derecho a la indemnización a la posible sentencia civil. En el caso contrario, hubiera analizado la cuestión de fondo decidiendo al respecto, previa declaración (expresa o implícita) sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pues bien, lo que salta a la vista en la sentencia comentada es que el planteamiento haya sido el inverso al esperable, porque resulta del considerando analizado en este epígrafe, que lo primero a determinar es si hay o no derecho a la indemnización, y, en el caso de que se responda afirmativamente, que ya el problema de la competencia de jurisdicciones no tiene trascendencia, es intrascendente. ¿Qué quiere decirse en esto? Pues simplemente, si se toma como consciente la consideración hecha, que la jurisdicción contenciosa puede conocer del asunto, aunque también es competente la jurisdicción civil, «aunque también es competente la civil», porque caso de ser negativa la solución respecto de la cuestión del derecho a la indemnización, como vimos, quedaba abierto el acceso a dicha jurisdicción entendiéndose agotada la vía gubernativa (reclamación previa). Da la impresión, por tanto, que quiere decirse que la competencia es alternativa, potestativa (17) en otra jurisdicción, y más concretamente fue admitida la reclamación en la contencioso-administrativa, para el caso de ser negativa, darse, además, la oportunidad de acudir a la vía judicial civil.

Da la impresión, como hemos dicho, que la competencia parece ser potestativa, pero caso de que el Supremo, en la sentencia que comentamos, no hubiera querido decir tal cosa... ¿Cómo justificar que se plantee primero el problema del derecho a la indemnización y que luego ni siquiera sea necesario plantear el de la competencia? Conste que no se justifica expresamente, pero parecería deducirse la justificación del modo de plantear el caso de dos datos: por un lado el carácter revisor de la jurisdicción, en cuya sede se está sentenciando (no sólo se trata de revisar si la declaración acerca de la competencia de la civil es o no admisible, sino también la declaración presunta de no ser admisible la indemnización), y por otro lado el carácter prejudicial del derecho a la indemnización. En este último aspecto conste la referencia al artículo 4.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el considerando cuarto y los problemas que presenta la utilización de esta figura si se analiza el supuesto con profundidad. Porque, efectivamente, parece que la sentencia se basa en el carácter prejudicial de la cuestión del derecho a la indemnización (último inciso del primer considerando, y considerando cuarto), pero, evidentemente, la cuestión no es de tal carácter en tanto que implica un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida, que además no presupone ningún otro pronunciamiento de carácter administrativo (compárese el ejemplo de la concesión antes dicho con el del supuesto de la sentencia): en el ejemplo la decisión sobre la *titularidad* era prejudicial

(16) Sobre impugnación por terceros, J. GONZÁLEZ PÉREZ en *Comentarios a la L. P. A.*, Madrid, 1977, artículo 40, págs. 620 y ss.

(17) Tal es una de las posibilidades que apunta L. MARTÍN RETORTILLO, cit., 205 y ss.

a la decisión sobre la validez de la concesión sobre el dominio público, en la sentencia en cuanto se decida sobre el derecho a la indemnización, como bien decía el Supremo, la cuestión acerca de la competencia ya no tiene trascendencia. Efectivamente, todo queda bien atado, porque reconocido el derecho, y salvo si se suscitare un hipotético conflicto de jurisdicciones, ¿qué sentencia civil podrá obtenerse? ¿Acaso una que declarase que la indemnización era un enriquecimiento sin causa?

5. *El considerando tercero o el derecho a la indemnización*

Según la forma de plantear la cuestión por la sentencia que comentamos, curiosamente, lo primero a analizar es si hay o no derecho a la indemnización. Pues bien, según este planteamiento se da una solución, en el considerando tercero, de carácter afirmativo. Hay derecho a la indemnización. Pero... ¿en base a qué criterios se llega a tal solución? (18). Esto es lo que debe quedar subrayado: que la afirmación del derecho se hace con criterios de la responsabilidad que se recogen en el artículo 40 de la Ley de Régimen jurídico, es decir, como de responsabilidad Administrativa (19), contraposición a responsabilidad civil de la Administración (20), y podría cuestionarse: primero, si la responsabilidad de la Administración es siempre determinada según los mismos criterios sustantivos en sede contencioso-administrativa que en sede civil (21) y caso de que no sean los mismos, los criterios a utilizar, segundo, de qué sirve (en el caso de respuesta negativa al derecho) abrir posteriormente la vía civil. Porque resulta evidente de primera vista (22), que si no se admite la responsabilidad administrativa, quede cerrada la posibilidad de responsabilidad civil (23) y también, incidiendo en la cuestión segundamente planteada, cabría plantear hasta qué punto no se está prejuzgando un problema de competencia con criterios que presuponen dicha competencia: si según los criterios del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico (...) hay derecho a la indemnización puede que según los criterios de la responsabilidad tradicionalmente civil no haya derecho.

Con independencia de la problemática que suscita la afirmación (repeto, consciente hay que entender) del Supremo, lo que queda claro de la lectura del tercer considerando es que los requisitos positivos de la responsabilidad del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico se dan por cumplidos. Así como que los negativos deben entenderse, implícitamente, no concurrentes, esto es, que no concurrió fuerza mayor (.) ni culpa por parte del conductor del vehículo de ATESA.

(18) No se entra en juicio de valor sobre la *conclusión*. Lo que quiere el texto es subrayar y llamar la atención por el medio utilizado.

(19) En la que predomina la nota del carácter *objetivo*.

(20) En la que predomina la nota del carácter *directo*. En relación con esto ver las referencias hechas en las notas 13 y 14.

(21) Es decir, aunque se trate de relaciones de Derecho privado v la Jurisdicción, según el 41 de la Ley de Régimen Jurídico, deba ser la civil, ¿se aplicarán los requisitos sustantivos del artículo 40 de la L. R. J.?

(22) Y con independencia que los riesgos de la circulación aparezcan objetivizados. (Aquí por demás, en el caso de la sentencia, los daños son causados por un caballo que no es vehículo de motor)

(23) Los términos de la responsabilidad según el artículo 40 L. R. J. son mucho más amplios que los de la civil tradicional.

6. Planteamiento previo al considerando cuarto o el problema de la competencia

Acabamos de ver cómo el planteamiento del Supremo puede ser discutible, pero desde el punto de vista de la *conclusión*, la de que hay derecho a indemnización, sería aceptable en tanto en cuanto efectivamente sea la competente la contencioso-administrativa, en cuya sede se produce la sentencia.

Ahora bien, ¿es competente en el supuesto la jurisdicción contencioso-administrativa? La cuestión, desde luego, la tiene bien presente la Sala Cuarta al dictar la sentencia que comentamos, porque aparte el peculiar planteamiento antes visto, dedica el considerando cuarto a dicha justificación. Pues bien, con independencia del modo, que veremos en el siguiente epígrafe, de justificar (*a posteriori*, y con conciencia de que los anteriores considerandos no bastaban) la competencia, deben constatarse varios datos para comprender qué significado pueda tener dicho considerando.

El criterio determinador de la jurisdicción estaba originariamente referido al derecho en sentido subjetivo, pero a partir de la Ley de Expropiación Forzosa se interpretó doctrinalmente (24) como referido al Derecho, en sentido objetivo, aplicable y calificante de la relación jurídica que sirva de punto de referencia, tal y como posteriormente recogería la Ley de Régimen Jurídico en su artículo 41 a sentido contrario. Sin sentido contrario, y positivamente, tanto los de la Ley de Expropiación Forzosa como el 40 de la Ley de Régimen Jurídico hacían ver que cuando el daño se ocasionase con ocasión del funcionamiento de un servicio público la competencia quedaría atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa y tal es el criterio en el Derecho positivo vigente. Ahora bien, ¿cómo se interpreta este criterio? Partiendo de un sentido amplio del término servicio público (25) pueden distinguirse distintos supuestos que delimitan la cuestión (26). En primer lugar, aquel funcionamiento *Normal* de la Administración, incluso concretado en actos administrativos (lícitos), que sin exigir las formalidades de la Expropiación Forzosa, sí dan derecho a indemnización, si se pide. En último lugar, aquel funcionamiento *Anormal* de la Administración que (con independencia de la culpa e incluso delito del *Funcionario* y que pueda concurrir en determinados supuestos, también imputables a la Administración) como consecuencia de la idea de riesgo que la existencia misma de dicha actividad administrativa implica, también da derecho al resarcimiento del daño que se hubiere ocasionado, si se pide. En los primeros casos estaríamos ante sacrificios de particulares que al repercutir en el beneficio de la colectividad deben *indemnizarse* por ésta (limitaciones fundamentalmente). En el último caso estaríamos ante la responsabilidad directa de la Administración garantizadora de las indemnizaciones que den lugar los actos de quienes han sido escogidos para la realización de funciones públicas (sin perjuicio de repetición) o en el de riesgos, que al hacerse objetivos, deben ser pagados por la colectividad que se beneficia de la actividad que conlleva tales riesgos (explosión de polvorines, disparos de las fuerzas del orden...).

(24) Así desde E. GARCÍA DE ENTERRÍA en los *Principios de la expropiación forzosa*, 197 y ss.

(25) LORENZO MARTÍN RETORTILLO, cit., 187 y 191 y ss.; M. CLAVERO, RAP, 66, 74 y ss. y sentencias que cita.

(26) Una sistematización de la teleología a que responden los supuestos en mi Comentario en dos números anteriores de esta Revista, como digo en las notas 13 y 14.

Pues bien (aparte el caso intermedio que supondría la conservación y existencia de bienes de dominio público (27), según estándares mínimos), entre los dos supuestos contemplados ¿corresponde a alguno de ellos el caso de la sentencia? ¿Es competente en el caso la jurisdicción contencioso-administrativa?

En relación con la cuestión planteada debe constarse, y basta la constatación, cómo precisamente los supuestos de choques de vehículos son los que quizá más dudas vienen presentando a la jurisprudencia tanto en aspectos penales (jurisdicción militar) como en los civiles y administrativos.

Pueden servir de ejemplos las Sentencias del Tribunal Supremo de la Sala Cuarta de 2 y 28 de junio de 1963 (28) y 11 de noviembre de 1965; de la Sala Tercera las Sentencias del Tribunal Supremo, por ejemplo, de 26 de septiembre de 1958 y 18 de abril de 1961; y de la Sala Primera la de 20 de marzo de 1975. Y precisamente las dudas se suscitan por el hecho de ser el accidente de circulación, en cuanto choque de vehículos, un riesgo no exclusivo de la actividad administrativa, dado que el simple hecho de circular motorizadamente supone un riesgo, y tal tipo de circulación no supone una calificación administrativa, ya que mucho más que la Administración (al menos cuantitativamente) circulan los de tal manera administrados. En cualquier caso (29), en el supuesto concreto de la sentencia comentada, quizá el problema venga dado en términos más claros, porque, en efecto (en este país al menos y, sobre todo, por la zona de Rosales), no es frecuente que los accidentes de circulación se ocasionen en concurrencia de un caballo, siendo además claro en el supuesto, que el caballo está afecto si no a un servicio público en su sentido más estricto, sí a la defensa del territorio nacional. La diferencia entre un caballo y un utilitario parece prejuzgar la cuestión, de igual modo que si la diferencia lo fuera entre un carro de combate y el utilitario de turno, aunque tenga matrícula P. M. M.

7. *El considerando cuarto o el tema de la competencia*

Que resulta claro que la competente es la jurisdicción contencioso-administrativa, puede justificar el fin pretendido por la sentencia que comentamos. Pero ¿qué medios utiliza para conseguir pronunciarse sobre el derecho a la indemnización? Aparte de lo que quedó dicho con anterioridad, y refiriéndose a los argumentos utilizados para considerar que, «en definitiva, es atribuible a la jurisdicción contencioso-administrativa», resalta la citación tan solo de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de la cual, todas «las cuestiones que se susciten referidas en general a la responsabilidad patrimonial de la Administración son atribuibles a la jurisdicción contencioso-administrativa». ¿Por qué no se tiene en cuenta la Ley de Régimen Jurídico? ¿Acaso el nuevo criterio

(27) La falta de conservación supondría un funcionamiento anormal del servicio público de conservación de carreteras. La falta de existencia o mala calidad, funcionamiento normal, en cuanto labor de selección de objetivos de la política de Obras Públicas, que tendería a determinadas regiones, prescindiendo de inversiones en otras.

(28) Esta sentencia aparece recogida en la *Revista de Derecho de la Circulación* (1964, 725) y debe llamarse la atención sobre la fuerte crítica de que fue objeto por MARTÍN RETORTILLO, cit., 201 y siguientes.

(29) Así, J. SANTOS BRIZ: *Derecho de la Circulación*. 179 y ss. Puede verse también M. CLAVERO, citado

establecía la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, más adecuada para la regulación del tema? (30).

En segundo lugar resalta la utilización de la prejudicialidad para justificar la competencia jurisdiccional ejercida en la sentencia. Al tema ya nos referimos con anterioridad, destacando su difícil utilización. Ahora subrayemos que podría entenderse como criterio interpretativo (?), pero que en definitiva viene a poner de manifiesto que la Sala no tiene suficiente seguridad en los argumentos utilizados antes, y a los que intenta añadir uno nuevo, aunque sea éste.

En tercer lugar, causa sorpresa que el amplio contenido que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado a la responsabilidad objetiva de que aquí se trata, sea justificación de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. ¿Acaso una interpretación generosa de los requisitos de la responsabilidad significa una decisión acerca de la jurisdicción competente? Desde luego no. A no ser que se esté refiriendo el tema al mismo concepto de servicio público, que es requisito para que la responsabilidad sea administrativa y criterio delimitador, al tiempo, de jurisdicciones.

8. *Conclusión*

La conclusión de la sentencia que hemos comentado es clara: la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para conocer de la responsabilidad resultante de los choques de vehículos con caballos del Ejército. Lo oscuro, desde luego, es el *camino* que se ha seguido para poder llegar a tal conclusión y que ha intentado recorrerse en estas líneas poniendo de manifiesto los otros que podían haberse seguido y comentando los obstáculos y dificultades del escogido.

J G. S.

(30) Es igual sentido, manejando sólo la (anterior) JJC-A y prescindiendo de la L. R. J. (posterior) la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1977 (PÉREZ FRADE).

4.º JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

PRESTAMO CON GARANTIA HIPOTECARIA.—TRATANDOSE DE PRESTAMOS OTORGADOS POR UNA ENTIDAD OFICIAL DE CREDITO PROCEDE CONCEDER AL DERECHO DE HIPOTECA QUE LO GARANTIZA LA EXENCION PREVISTA EN EL ARTICULO 65, I, 66, DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1978).

Hechos.—La cuestión a decidir, como indica la parte apelante, es si procede o no la aplicación al caso de litis de la exención del artículo 65, I, 66, del vigente texto refundido sobre transmisiones patrimoniales de 6 de abril de 1967, en relación con el artículo 58 del mismo, para lo que debe partirse de los siguientes hechos, tal y como resulta del expediente: 1.º Por escritura de 14 de marzo de 1968 se otorgó por la recurrente un préstamo de 30 millones de pesetas en favor de la entidad mercantil Hormigones Vascos, S. A., constituyéndose también una garantía hipotecaria sobre una finca descrita en la misma escritura para garantizar ocho millones de pesetas; obligándose la prestataria a constituir otras dos garantías de hipoteca mobiliaria, sobre unas hormigoneras y sobre otra maquinaria industrial, en garantía, respectivamente, de 13 y nueve millones de pesetas. 2.º La entidad bancaria prestamista acordó en junio de 1969 que la prestataria constituyese la garantía prevista para la cantidad de nueve millones, variando la hipoteca mobiliaria primeramente pactada por otra de carácter inmobiliario sobre determinada finca de dicha entidad. 3.º En cumplimiento de esta obligación de garantía, la prestataria constituyó, por escritura de 14 de julio de 1969, la hipoteca a la que se hace referencia sobre una finca; escritura que da lugar a la liquidación de litis.

Doctrina.—En contra del criterio del Tribunal Provincial y Central, la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo consideran aplicable la exención pretendida en base a los siguientes:

Considerando que los anteriores hechos plantean la interpretación normativa de los artículos 58 y 65, I, 66, del citado texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, ya que la Administración mantiene la tesis de tratarse de actos separados a los que no cabe aplicar dicha normativa, mientras que la sentencia apelada estima procedente su aplicación, ya que la segunda escritura trae causa de la primera al materializar una de las tres garantías hipotecarias entonces previstas en relación con el préstamo concedido, e incluso introducía una modificación de la garantía.

Considerando que ante este planteamiento fáctico hay que aceptar que entre los variados actos sobre garantía real contemplados en el artículo 58,

citado (constitución, modificación, extinción y cancelación), hay que entender comprendido el caso litigioso, pues no sólo es materialización de la obligación asumida en la propia escritura de préstamo, con específica determinación de la cantidad que vendría asegurada con cada una de las dos hipotecas futuras, sino que incluso por virtud de la exigencia de la entidad prestamista, conforme a lo pactado, se varió la naturaleza de la garantía hipotecaria, señalándose una finca de la prestataria sobre la que recaería hipoteca inmobiliaria, circunstancias que pueden subsumirse en la amplia enumeración de actos concernientes a la garantía real que se contemplan en la citada norma, como ya se expuso, por lo que en aplicación de la misma debe tributar dicha constitución de garantía real por el concepto de préstamo y, por ende, serle de aplicación la exención prevista en el artículo 65, I, 66, por haber sido otorgado el préstamo por una entidad oficial de crédito, igual que ocurrió en la escritura de préstamo y constitución de la primera hipoteca, pues ambos actos, aun instrumentados separadamente, no pueden considerarse con independencia en cuanto a su naturaleza y función dada la accesoriedad de la garantía real respecto de mutuo único tomado en cuenta por la ley para la tributación pertinente, criterio que en caso de gran similitud con el presente mantuvo esta Sala en su Sentencia de 5 de julio de 1976.

REPARCELACION.—LA SEGREGACION UTILIZADA COMO MEDIO PARA LLEVAR A EFECTO LAS OBRAS DE URBANIZACION POR UN PROCEDIMIENTO NO PREVISTO PARA EL SISTEMA DE COMPENSACION EN LA NORMATIVA REGULADORA DE LA ACTUACION URBANISTICA NO ESTA EXENTA DEL IMPUESTO DE ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1978).

Hechos.—Presentada una escritura de segregación y compraventa por el sistema de compensación y reparcelación, por la Asociación Mixta de Compensación de la manzana «A» de la zona comercial de la avenida del Generalísimo y el Banco de Bilbao, la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Madrid, independientemente de la liquidación por compra a cargo del citado Banco, gira liquidación por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, título segregación, a nombre de la expresada Asociación.

Contra dicha liquidación se recurre agotando todas las instancias sin conseguir pronunciamiento favorable a la exención del artículo 101, 17, en relación con el apartado 16 del texto refundido del impuesto que se pretendía, entendiendo la Administración que si bien es cierto que los documentos públicos de segregación cuyo fin sea la reparcelación declarada obligatoria por el Ayuntamiento u organismo urbanístico competente están exentos del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, a tenor del referido artículo 101, apartados 16 y 17, del texto refundido, en el presente caso la segregación ha sido un medio utilizado para llevar a efecto las obras de urbanización por un procedimiento no previsto para el sistema de compensación seguido en este caso, toda vez que la segregación para vender a terceros no está prevista como un medio de financiación de obras en la normativa reguladora de la actuación urbanística por compensación ni es algo que integre propiamente la reparcelación.

Este criterio, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Manuel Sainz Arenas, lo mantiene el Tribunal Supremo en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que en las alegaciones formuladas por la Asociación apelante, tras incluir, por extenso, citas de sentencias definidoras de la doctrina de este Tribunal sobre criterios de interpretación de las normas jurídicas reguladoras de diversas materias—a lo que nada hemos de oponer—, al concretarse a la cuestión objeto de examen ahora, se pretende que la exención fiscal del apartado 17, núm. 2, del artículo 101 del texto refundido del impuesto se aplique a todas las agrupaciones, segregaciones o divisiones de parcelas que se ejecuten «como consecuencia» de una reparcelación impuesta por órgano urbanístico competente, lo que resulta manifiestamente erróneo en función de una correcta interpretación del precepto citado, cualquiera que sea el criterio interpretativo que se prefiera seguir, dado que su texto expresa con suficiente claridad que los documentos públicos de segregación, agregación, agrupación y división de terrenos han de otorgarse «con el fin indicado en el apartado anterior», o sea, según el apartado 16, para parcelar o reparcelar, operaciones que, conforme a los artículos 77 y siguientes de la Ley de Régimen de Suelo de 12 de mayo de 1956 y al Reglamento de Reparcelaciones de 7 de abril de 1966, son internas o privativas de los titulares de la propiedad de los terrenos, incluso con la incorporación de empresas urbanizadoras que aportan fondos para urbanizar el suelo, recibiendo en compensación solares cuya adjudicación tendrá a todos los efectos legales la consideración de acto de reparcelación, según lo establece expresamente el artículo 42 del citado Reglamento; naturaleza de la que es evidente que no participa la financiación de las obras de urbanización mediante la segregación y venta a un tercero de una parcela, cual es el supuesto de hecho objeto de calificación fiscal en este caso.

Considerando que, en consecuencia, frente a lo alegado en la apelación, cabe concluir que el supuesto fáctico contemplado ahora es ajeno a la *ratio legis* de la norma jurídica aplicable y a su sentido teleológico, que lejos de diferir, como también se afirma en el recurso, coincide con el que justifica la exención contenida en el artículo 65, número I, apartado 36, del precitado texto refundido del impuesto, en cuanto que en ambos casos los efectos de la reparcelación o de la transmisión no han de rebasar el ámbito de las relaciones de la Junta de Compensación con los participantes en la misma, con exclusión de cualquier finalidad de dar entrada a terceros adquirentes de parcelas que no sea la antes anotada autorizada para las empresas urbanizadoras, y siempre con el único objeto contraído a parcelar o reparcelar, señalado por los apartados 16 y 17 del número 2 del artículo 101, antes citado.

DERECHO REAL DE PRENDA.—LA HABITUALIDAD EN LA PIGNORACION, SI LLEGA A DARSE, NO IMPEDIRA EL SOMETIMIENTO AL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES, COSA DISTINTA A LO QUE SUCEDERIA SI LA MISMA HABITUALIDAD CONCURRIERA EN EL SIMPLE AFIANZAMIENTO (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1978).

Hechos.—Por el Banco Exterior de España se concede a cierta Compañía un crédito de 75.631.350 pesetas, en garantía del cual se firmó un documento privado denominado Póliza de Pignoración de Efectos Mercantiles, documento que fue liquidado por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales,

por el concepto de constitución de prenda, con un total a ingresar de 2.001.045 pesetas.

Interpuesto recurso ante el Tribunal Provincial, y posteriormente de alzada ante el Central, se desestimaron las reclamaciones. Sin embargo, la Audiencia Territorial de Madrid, estimando el recurso interpuesto por el Banco Exterior de España contra la resolución del Tribunal Central, anula la liquidación impugnada por considerar exento del impuesto el documento presentado.

Contra la anterior sentencia, el señor Abogado del Estado, en representación de la Administración Pública, interpone recurso de apelación, y siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Nicolás Gómez de Enterría y Gutiérrez, se estima por el Tribunal Supremo, revocando la sentencia apelada y confirmando, en cambio, la liquidación impugnada, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que la sentencia de que apela el Abogado del Estado ha declarado la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales del contrato contenido en un documento privado llamado póliza de pignoración, de efectos mercantiles, intervenido por Agente de Cambio y Bolsa, porque de la combinación de los artículos 62 y 58 del texto refundido del impuesto llega a la conclusión de no ser exigible el mismo, por tratarse de actos habituales de tráfico de una entidad bancaria y subsumirse la prenda en el crédito anteriormente concedido por dicha entidad, aunque no exista unidad formal entre el préstamo y la prenda.

Considerando que un correcto planteamiento de la cuestión exige precisar bien los conceptos fiscales, por lo cual no hay que ver en el artículo 62 del texto refundido exención alguna, sino supuesto de no sujeción, ya que el precepto comienza diciendo: «No estarán sujetas...», expresión bien distinta de la que abre el artículo 65: «Estarán exentas...», y así, en orden a una interpretación lógica, es como si el artículo 62 estuviera colocado inmediatamente detrás del 54, que dice de entrada: «Están sujetas»; pues bien, entre los supuestos de sujeción se encuentran la constitución de los derechos reales y de los préstamos, cualquiera que sean la naturaleza y clase de estos últimos, y sabido ya que la prenda, como derecho real, así como el contrato de préstamo, quedan sometidos al impuesto, como regla general, será preciso examinar los supuestos excepcionales en que el sometimiento a la acción impositiva no se produce, y tales supuestos nunca se dan para la prenda, aunque sí para los préstamos, cuando constituyan actos habituales de tráfico de las empresas transmitentes.

Considerando que el único documento presentado a la Abogacía del Estado, el 27 de octubre de 1972, con petición expresa de exención, es el de pignoración de quince efectos que se detallan, que fueron endosados a favor del Banco Exterior de España, sin que el endoso transmitiera la propiedad, ni el contrato novara expresa o tácitamente el crédito que se garantizaba, ni limitara en modo alguno las acciones que pudiera tener el Banco en virtud del mismo o de cualquier otro acto o documento distinto para exigir de cualquier persona o entidad el reembolso total o parcial de la obligación garantizada, es decir, hay una referencia constante a un contrato anterior, cuyo contenido y alcance se desconoce, pero que se ha querido dejar subsistente en su integridad, y bastaría ese desconocimiento, y la premisa de que la calificación que los interesados den a un negocio jurídico no vincula a la Administración ni a los Tribunales, para

tener sólo en cuenta lo que el documento presentado dice, que, en esencia, es que una Sociedad Anónima pignorada y un determinado Banco acepta la pignoración, por lo que la apreciación de que se ha constituido un derecho real de prenda es jurídicamente correcta, con la consecuencia de que la habitualidad en la pignoración, si llegara a darse, no impediría el sometimiento al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, bien distinto a lo que sucedería si la misma habitualidad concurriera en el simple afianzamiento.

Considerando que en el antiguo Impuesto de Derechos Reales, los préstamos garantizados con fianza, prenda o hipoteca satisfacían el impuesto, respectivamente, sólo por los últimos conceptos, o lo que es lo mismo, tributaba la garantía prestada, pero no el contrato de préstamo, con lo que el sujeto gravado era el prestamista a cuyo favor se constituía la garantía; criterio que ha sido modificado por el actual Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, puesto que, según el artículo 58 del texto refundido de 6 de abril de 1967, las fianzas, prendas, hipotecas y anticresis constituidas en garantía de un préstamo tributan exclusivamente por el concepto de préstamo, y como el sujeto pasivo en el préstamo de cualquier naturaleza es siempre el prestatario, conforme al artículo 67, apartado f), se ha producido un desplazamiento en la persona llamada a soportar el gravamen, el cual constituye el medio más eficaz de defensa del prestamista, a quien le basta con aducir que no es él, sino el prestatario, quien tiene que sufrir la carga impositiva; pero si así no se argumenta, se está poniendo de relieve que el prestatario ya cumplió sus obligaciones tributarias, siendo precisamente la desconexión de la garantía, con referencia al préstamo, lo que le imprime autonomía fiscal y lo que obliga a contemplar esa garantía como hecho imponible nuevo, en el que se grava a la persona favorecida, que es el prestamista.

Considerando que es cierto que el artículo 58 del texto refundido no exige la unidad de acto entre el otorgamiento del préstamo y la constitución de la garantía, y así, en el caso contemplado por la Sentencia de 3 de julio de 1976, se dio lugar a la subsunción posterior de la hipoteca en el préstamo, pero fue precisamente porque en la escritura de constitución del préstamo se anunció una garantía sobre un buque en construcción y se hizo constar que el destino del capital prestado sería la construcción del buque, y en la Sentencia de 30 de noviembre de 1977, se dio cabida en el préstamo a una segunda garantía, además de la hipotecaria sobre varias fincas, puesto que esa segunda garantía no se había pactado ni antes ni después de la formalización solemne del préstamo, es decir, en ambos casos se tuvo a la vista la escritura de constitución del préstamo, y se apreció con ella que la garantía o fue simultánea al préstamo o, al menos, estaba prevista en el momento de concederse el mismo, mientras que en el caso que ahora se contempla no hay referencia alguna a la escritura de préstamo ni tan siquiera a las cláusulas esenciales de la misma, y sólo se dice, en el documento intervenido por Agente de Cambio y Bolsa, que el crédito bancario fue concedido para financiar la parte de pago aplazado de la exportación de un buque atunero; y como no se da a entender que la única garantía inicialmente prevista iba a ser la pignoración ulterior de unos efectos mercantiles, cabe perfectamente que el crédito se garantizara ya en la misma escritura de constitución y que lo que más tarde se hizo fuera una superposición de garantía, que pierde la cobertura fiscal

del préstamo, so pena de dar al artículo 58 una amplitud tal que hicieran caer en el olvido no sólo de sus antecedentes, sino hasta de su misma finalidad, que atiende a la calificación y liquidación conjunta del préstamo y de su garantía; pero es que si se da por buena, la afirmación hecha dentro del plazo concedido por esta Sala, para aportación de la escritura o documento de constitución del préstamo, de que la instrumentación del crédito se vino haciendo sin documentación contractual, quedaría de manifiesto que ni el préstamo pagó el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, ni lo pagaría tampoco la garantía prendaria constituida con posterioridad.

Considerando que por tratarse de una garantía fiscalmente autónoma, cual es la prenda, en la que es indiferente la habitualidad, la sujeción al impuesto no queda excluida, y por no invocarse exención alguna de las que contempla el artículo 65 del texto refundido, debe ser revocada la sentencia apelada y restablecidos los actos administrativos anulados por la misma.

C. M. A.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

LIQUIDACION DE MANDAMIENTO JUDICIAL ORDENANDO PRACTICAR EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD LA ANOTACION PREVENTIVA DE HABER SOLICITADO UN COMERCIANTE EL ESTADO DE SUSPENSION DE PAGOS: NO ESTA EXENTA DEL IMPUESTO DE ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS, AUNQUE EN PRINCIPIO LA DECRETE EL JUEZ DE OFICIO, PUES DERIVA DE LA VOLUNTAD DEL SUSPENSO (RESOLUCIÓN DE 10 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de Granada mandamiento expedido por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de dicha ciudad para que en el Registro de la Propiedad se tomase anotación de haberse presentado en suspensión de pagos el comerciante don Juan E. C., de acuerdo con providencia del Juzgado, a cuya vista se giró liquidación por el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados con una base de 29.108.887 pesetas (importe de las obligaciones que aparecían en el pasivo del balance presentado por el solicitante de la suspensión de pagos), por el número 36 de la Tarifa, con una deuda tributaria a ingresar en el Tesoro de 358.170 pesetas, incluyendo el recargo y demora por presentación fuera de plazo.

El citado comerciante interpone reclamación económico-administrativa alegando la exención del número 12 del artículo 101, apartado 2.º del Texto Refundido en relación con el artículo 4.º de la Ley de 26 de julio de 1922 de suspensión de pagos.

El Tribunal Provincial de Granada desestimó la reclamación, por lo que el interesado interpone recurso de alzada ante el Tribunal Central, que también lo desestima por la doctrina siguiente:

Doctrina.—«Considerando que el único problema que se ha de resolver en la presente reclamación, hace referencia a la sujeción o no sujeción al pago del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, en su modalidad de Actos Jurídicos Documentos, del mandamiento de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad correspondiente, de la

solicitud formulada por un comerciante de ser declarado en estado de suspensión de pagos y para que tenga efectos sobre las fincas respecto de las que se toma anotación por ser su titular dominical el mismo comerciante.»

«Considerando que a efectos de resolución de dicha cuestión es de tener en cuenta que el Texto Refundido del I. G. T. P. de 6 de abril de 1967, al regular el tratamiento fiscal de las antiguas anotaciones preventivas a practicar en el Registro de la Propiedad, ha excluido la tributación de las mismas del propio ámbito del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales *inter vivos*, trasladando su tributación a la especial modalidad de «Actos Jurídicos Documentados» y extendiendo el hecho imponible a todo tipo de anotaciones preventivas que se practiquen en los Registros Públicos, de cuya amplia definición cabe estimar, en principio, como sujetas al pago, toda clase de anotaciones que, con independencia de la Oficina en que se practiquen, tengan como principal finalidad, según su propia definición expone, prevenir una especial situación jurídica, ámbito de aplicación que permite incluir en el concepto gravable a todas aquellas anotaciones que con la expresada finalidad se practique en cualquier Registro Público, con entera independencia del de la Propiedad, a que habían venido limitadas con anterioridad; y fijando así el hecho imponible, es evidente consecuencia la de sujeción al pago de la anotación preventiva a que hace referencia la reclamación por ordenarse su práctica en un Registro Público, cual es el Registro de la Propiedad.»

«Considerando que tal principio de generalidad en la sujeción al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados de las anotaciones preventivas, tiene, como única limitación, la exención contenida en el apartado 12 del número 2 del artículo 101 del Texto Refundido citado, según el cual gozarán de exención del Impuesto aludido “las anotaciones preventivas cuando no tengan por objeto un derecho o interés valuable susceptible de ser determinado y las que se practiquen de oficio en virtud de precepto legal expreso que así lo ordene”, supuesto, el primero, que carece de valoración —por aplicación— al supuesto debatido en la presente reclamación, no sucediendo lo propio con la forma de practicarse la anotación, que puede engendrar dudas en relación con su posible aplicación para determinar la sujeción o pago del Impuesto o el supuesto contrario, con la consiguiente desestimación, o estimación del recurso.»

«Considerando que a tales efectos y para formular una adecuada conclusión en cuanto al mencionado extremo, se hace preciso aclarar los términos referentes a la forma de practicarse la anotación, cuya exacción fiscal se discute, que, por practicarse sobre inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad, ha de estar comprendida necesariamente en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, y, concretamente, en su apartado 10.º, expreso de las anotaciones ordenadas practicar con arreglo a dicha Ley o a otra cualquiera, cual sucede en este caso con el artículo 4.º de la Ley reguladora de las suspensiones de pagos de 26 de julio de 1922, conforme al que la providencia judicial, teniendo por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos, se anotará en el Registro de la Propiedad donde estén inscritos los bienes del suspenso.»

«Considerando que, si bien en principio, tal clase de anotación al ordenarse su práctica de oficio por el Juzgado llamado a resolver el expediente de la suspensión de pagos en cumplimiento de un precepto legal expreso

(cual es el art. 4.º de la Ley de 26 de julio de 1922), pudiera estimarse comprendida entre las que se declaran exentas en el artículo 101 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, es lo cierto que la razón causal de la anotación deriva, en definitiva, de la voluntad del suspenso—como declara el Tribunal Económico Administrativo Provincial—, al solicitar la declaración de tal estado de suspensión de pagos y, por ello, no puede ser estimada dicha forma de anotación, dado el criterio estricto de interpretación de las disposiciones de exención o bonificación, entre las declaradas exentas, por no llevarse a cabo de oficio por el Juzgado, al no disponerse con tal carácter su expedición en la disposición legal que autoriza u ordena su práctica, ya que deriva, en definitiva, de la voluntad del interesado al iniciar el expediente de suspensión, razones todas que llevan a la conclusión de falta de concurrencia de los supuestos legales necesarios para el otorgamiento de la exención pretendida y consiguiente desestimación de la reclamación.»

«Considerando que la anterior doctrina ha sido pronunciada ya por este Tribunal en su Resolución de 23 de mayo de 1972.»

COMENTARIO.—La tributación de las anotaciones preventivas de solicitud de suspensión de pagos, que patrocina esta resolución, constituye, en nuestra opinión, una especie de ensañamiento fiscal con quien se encuentra al borde de la ruina económica.

El fundamento último de todo impuesto, sea directo o indirecto, es la capacidad económica del sujeto pasivo. Pues bien, ya se nos dirá qué capacidad económica tiene quien carece de liquidez suficiente para estar al corriente de sus obligaciones. Es paradójico que, en esa situación, aparezca el Fisco como un nuevo acreedor contra el suspenso, por el mero hecho de producirse la publicidad registral de su situación inicial de solicitud, publicidad, por cierto, que nada dice en su favor. En ningún aspecto, se modifica lo que acabamos de decir por el hecho de existir suspensión de pagos con una presumible finalidad torcida, pues esto corresponde resolverlo al Juez, y, en cualquier caso, no es misión del Derecho Fiscal sancionar conductas sospechosas, ni mucho menos generalizar supuestos excepcionales.

Ante lo absurdo de liquidar el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en estos casos, nos parece más lógico proceder exactamente al contrario de como procede la presente resolución, que sigue los pasos de su antecesora, la Resolución de 23 de mayo de 1972. Claro que, desde el punto de vista del Liquidador de Distrito Hipotecario, no parece prudente que siga un criterio fiscal aislado, mientras los órganos de reclamación no se hagan eco de soluciones análogas a las que pretendemos aquí fomentar.

Comienza la presente resolución señalando la amplitud del hecho imponible en materia de anotaciones preventivas, hasta el punto de que ve como única limitación del citado hecho imponible, la exención del número 12 del artículo 101 del Texto Refundido.

Hace tiempo que mantuvimos posición distinta, allá por el año 1970 en un estudio titulado «Liquidación de anotaciones preventivas» (en esta *Revista*, núm. 480, págs. 1147 y ss.). Allí intentamos combatir declaraciones similares a la de esta resolución, de JUAN ROVIRA TARAZONA y de FRANCISCO FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, que señalaban una gran amplitud del hecho imponible, del que no excluían ninguna anotación preventiva. Renominamos esta posición «teoría monista del asiento registral» y frente a ella expusimos

la «teoría dualista de los elementos acto y asiento» con la consecuencia práctica de que no todas las anotaciones estaban sujetas, a través del argumento extraído del número 2 del artículo 100. Aprovechamos ahora esta ocasión para reafirmarnos en nuestra opinión, aunque hayan pasado nueve años, por lo cual no podemos aceptar que la única limitación del hecho imponible sea el número 12 del artículo 101, cuando existe también la importante limitación del número 2 del artículo 100.

Una vez que la resolución expone este preámbulo preparativo de su posterior recorte del precepto, se encara directamente con el mismo, es decir, con el número 12 del artículo 101. De los dos supuestos de exención que señala, a la resolución sólo le interesa el segundo, pues pasa sobre ascuas el caso de no ser objeto de la anotación, interés valuable susceptible de ser determinado, diciendo que es inaplicable a las anotaciones de solicitud de suspensión de pagos.

En el estudio que acabamos de citar, nosotros dimos mucha importancia a ese supuesto de exención, por lo que recordaremos lo que dijimos entonces: «En este caso (concurso, quiebra y suspensión de pagos) se pueden producir dudas a propósito de su exención, pues en el fondo de una quiebra, concurso o suspensión de pagos, hay intereses económicos valiables. Pero estos intereses no son objeto de estas anotaciones. La anotación tiene aquí por objeto de hacer constar la existencia de un procedimiento o situación especial, que puede afectar a los bienes del deudor. Tal objeto no es valuable. Y es que conviene tener en cuenta que una cosa es que el concurso, quiebra o suspensión de pagos se inicie por deudas claramente valiables en dinero y otra muy distinta es que el objeto de la anotación sea hacer constar la existencia de dichos procedimientos especiales. Porque las deudas no se anotan, ya que son el lado pasivo de un Derecho de crédito. Y, además, estas anotaciones, tal como están reguladas en la legislación hipotecaria, son análogas a las anotaciones de demanda de incapacidad, y en estas últimas hemos visto que no hay duda sobre la declaración de exención.» Citábamos la opinión de LACRUZ, en pro de esta analogía, y decíamos que las anotaciones de demanda de incapacidad están exentas por el número 12 del artículo 101, «pues no sólo no es valuable el objeto de la anotación (que es la acción contenida en la demanda), sino que tampoco puede determinarse el valor del objeto de la acción, que es obtener la incapacidad o limitación de las facultades dispositivas de una persona».

También ahora aprovechamos esta ocasión para añadir algún argumento más en este aspecto. El artículo 104, número 1, apartado e), dice que están obligados al pago del impuesto en las anotaciones, «la persona a cuyo favor se practiquen». La expresión subrayada no es un simple matiz literalista, sino que hace ver ese fundamento del impuesto que recalcábamos al principio. Mal se puede decir que una anotación de solicitud de suspensión de pagos se practica *a favor* del suspenso, sino todo lo contrario: es una carga más que añadir a las ya existentes que implica una limitación de sus facultades dispositivas. El suspenso quizá obtenga un beneficio con el expediente de suspensión de pagos si llega a un convenio favorable con los acreedores, pero en cualquier caso la *publicidad registral* de la situación inicial del expediente no se puede decir que constituye un beneficio para el solicitante de la suspensión, sino que es una anotación de interés público y por eso se ordene de oficio por el Juez

conforme al artículo 4.º de la Ley de Suspensión de Pagos. Por tanto, la normativa general del sujeto pasivo no se adapta a la tributación de estas anotaciones.

Además, los que entienden que debe liquidarse la anotación aluden como base liquidable al conjunto del pasivo, es decir, a las deudas. Pero si esto es así hay otro desfase entre el sujeto pasivo y la base liquidable. El pasivo es lo que le perjudica al supuesto contribuyente y, por tanto, si ese es el interés que se garantiza o se publica, mal puede decirse que sea el interés del sujeto pasivo. En todo caso, la situación inicial de la suspensión de pagos no está constituida sólo por el pasivo, sino por un patrimonio que tiene su activo y su pasivo, por lo que no se ve por qué haya que atenerse exclusivamente a este último. La prueba es que la Resolución de 23 de mayo de 1972 admite que exista un límite de la base calculada por el pasivo y ve ese límite en el valor de las fincas sobre las que se practica la anotación. Nosotros lo que vemos es esa contradicción entre el interés que se dice publicado o garantizado (el pasivo) y el sujeto pasivo del impuesto. Todo esto lo que revela es que el supuesto contenido económico de la anotación de solicitud de suspensión de pagos no es tal para el solicitante de la suspensión. El Fisco deberá conformarse con liquidar los posibles actos resultantes de la suspensión de pagos y del convenio, pero nunca ensañarse con el solicitante por el mero hecho de que el Juez ordene, y el Registrador practique, la anotación prevista en el citado artículo 4.º de la Ley de 1922.

Pero vamos a suponer que no es aplicable el primer caso de exención del número 12 del artículo 101 a las anotaciones de solicitud de suspensión de pagos, tal como entiende, sin profundizar, la presente resolución. Aun en ese supuesto, a nosotros no nos cabría ninguna duda de que la anotación estaría exenta aplicando el segundo caso del número 12 del artículo 101.

A la resolución esto, al menos, le plantea algunas dudas iniciales. Dice que «puede engendrar dudas» y más adelante añade: «en principio, tal clase de anotación, al ordenarse su práctica de oficio por el Juzgado llamado a resolver el expediente de la suspensión de pagos en cumplimiento de un precepto legal expreso (cual es el art. 4.º de la Ley de 26 de julio de 1922), pudiera estimarse comprendida entre las que se declararon exentas en el artículo 101 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967».

Ante esta última declaración de la resolución, pensamos que es acertadísima si no fuera porque no es su «última declaración», sino que se expone como frase u oración concesiva («si bien en principio»), para luego a continuación llegar a la criticable solución, cuando tenía en sus manos el criterio acertado que se ha escapado de la resolución, a través de esa oración concesiva, que debería haber sido la oración principal.

Hasta tal punto estimamos acertada esa solución—hipotética desde la perspectiva de la resolución, claro está—que no tenemos ningún inconveniente en rectificar la interpretación que hicimos en el repetido estudio acerca de la expresión «anotaciones que se practiquen de oficio», contenida en el número 12 del artículo 101. Ahora decimos que no cabe hacer la distinción entre anotaciones *decretadas de oficio por el Juez* y anotaciones *practicadas de oficio por el Registrador*, pues a los efectos fiscales del número 12 del artículo 101 lo que importa es que la anotación no sea de las solicitadas por el sujeto pasivo del impuesto «a cuyo favor se prac-

tiquen» (argumento de relación entre el núm. 12 de art. 101 y el apartado e) del núm. 1 del art. 104). Por tanto, no sólo están exentas las que el Registrador practique directamente de oficio, sino también las que practique por orden del Juez, si éste actuó de oficio, como aquí ocurre conforme al artículo 4.º de la Ley de Suspensión de Pagos.

En este aspecto, la frase concesiva de esta resolución sigue ese criterio acertado de considerar comprendido en el número 12 del artículo 101 las anotaciones *decretadas de oficio*. Reconocemos que la distinción que entonces hicimos era muy literalista y no tenía en cuenta el fundamento de la exención.

Pero lo que no podemos admitir de ninguna manera es la última sentencia de esta resolución, que viene a continuación de la oración concesiva, diciendo que «es lo cierto que la razón causal de la anotación deriva, en definitiva, de la voluntad del suspenso al solicitar la declaración de tal estado de suspensión de pagos».

Me causa gran sorpresa este argumento, hasta tal punto que no creo se le hubiera podido ocurrir al más relevante de los *sofistas* griegos. De modo que se llega a la conclusión de que es una anotación solicitada y a voluntad del comerciante que inicia el expediente, aunque éste no haya dicho ni palabra sobre el asunto y haya sido el Juez el que la decretó cumpliendo lo dispuesto en el repetido artículo 4.º de la Ley.

Para comprobar que se trata de un argumento sofístico, exponemos las siguientes consideraciones, que esperemos no sean «sofísticas»:

1.ª Con esa interpretación, el segundo caso del número 12 del artículo 101 del Texto Refundido quedaría en letra muerta, pues en toda anotación «de oficio» siempre podría buscarse una iniciación voluntaria del procedimiento en el que tiene lugar, pues el Juez no inicia «de oficio» los procedimientos en los que se decretan *luego* anotaciones de oficio. Nos parece que esta *reductio ad absurdum*, consistente en dejar un precepto sin contenido, es suficiente para deshacer esa argumentación de la causa próxima y la causa remota.

2.ª En el supuesto de laboratorio, que exponemos a efectos dialécticos, de que el solicitante hubiera manifestado en el escrito inicial que, por su parte, no habría inconveniente en suprimir el trámite de la anotación, alegando, por ejemplo, que carece lógicamente de liquidez, el Juez tendría que hacer caso omiso de esa manifestación, pues el artículo 4.º de la Ley es imperativo. Pero este ejemplo de laboratorio lo que demuestra es que la anotación de solicitud de suspensión de pagos está por encima de la voluntad del suspenso, pues como decíamos antes, protege un interés superior y hasta distinto del interés del solicitante. Por la misma razón, el Registrador no podría admitir la renuncia a la anotación por parte del solicitante, pues se decreta de oficio por el Juez. Esto demuestra una vez más que la voluntad del suspenso no cuenta para nada.

3.ª Con esa distinción de la «razón causal remota» (la voluntad del suspenso) y de la «razón causal próxima» (el Juez en cumplimiento del art. 4.º de la Ley), la resolución confunde los planos del supuesto. No se trata de *un mismo plano* en el que haya una voluntad próxima y otra remota, sino dos voluntades que juegan en *distintos planos*. La voluntad del solicitante se dirige exclusivamente al *aspecto sustantivo final*, que es lo que constituye su *pretensión procesal*: la declaración del estado de suspensión de pagos. Los trámites del procedimiento son automáticos y no

parten de la voluntad del solicitante, sino de la propia Ley y del Juez, que en estos casos tiene abundantes intervenciones «de oficio», sin conexión con ninguna razón causal remota. Una de ellas es la anotación de solicitud de suspensión de pagos decretada «de oficio» conforme al artículo 4.º Otras, por ejemplo, serán las medidas de publicidad que decreta al declarar el estado de suspensión de pagos, medidas de publicidad que según el artículo 8.º de la Ley quedan a su arbitrio, y en las que se ve todavía más claro su carácter «de oficio», pues de él parte exclusivamente la decisión de si procede o no darle la publicidad de la anotación preventiva.

Por último, esta posición que hemos defendido en el comentario viene confirmada por el espíritu que animaba a ciertos sectores de la Administración cuando allá por el año 1974 se planteó la reforma del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales. En un Anteproyecto que circuló por diversos sectores y que fue realizado por un grupo de trabajo de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, se preveía expresamente la exención de las anotaciones de quiebra y suspensión de pagos. Los Registradores que estudiamos ese Anteproyecto—paralizado desde dicho año 1974—vimos acertada esa solución porque era conforme al artículo 101, número 12 del Texto Refundido.

Es de esperar que en futuras decisiones, el Tribunal Central no se deje impresionar por el fantasma económico que hay detrás de la anotación de solicitud de suspensión de pagos y declare la exención de la misma y de las sucesivas que se decreten de oficio en el expediente, sin perjuicio, claro está, de que se liquiden en su día, por el concepto del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, los actos jurídicos resultantes del convenio de acreedores, si es que están sujetos en concreto a dicho Impuesto o al de Actos Jurídicos Documentados.

J. M. G. G.

LIBROS



ARTOLA, MIGUEL; CONTRERAS, JAIME, y BERNAL, ANTONIO MIGUEL: *El latifundio. Propiedad y explotación, siglos XVIII-XX*. Serie Estudios. Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura. Madrid, 1978. Un tomo de 197 págs.

Es corriente considerar por algunos al latifundo algo así como el «conjunto de todos los males, sin mezcla de bien alguno», tal como definiera al mismísimo infierno el padre RIPALDA, dejando en esto en mantillas el terrorífico relato de DANTE ALIGHIERI.

La serie de sapos, sabandijas y exageraciones que en algunos libros se han atribuido a la finca de gran extensión, por el solo hecho de serlo, es solamente equiparable a la misma retahila que se atribuye, por el contrario, a sus oponentes, el minifundio y la dispersión parcelaria. Una cosa sí es cierta, y es que mientras la parcela minúscula es casi siempre deficitaria y antisocial por definición, la gran finca puede no ser necesariamente perniciosa si está bien explotada, con criterios no sólo técnico-económicos apropiados, sino también y principalmente sociales. Es curioso constatar que a quien tiene una industria de cualquier tipo se le llama encomiásticamente «creador de puestos de trabajo», mientras que al que monta una explotación agrícola en la que se trabaje en condiciones dignas y adecuadas se le ha de tachar de oligarca y otras lindezas por el estilo, tan sólo porque su finca pase o no de un determinado tope de hectáreas. Por eso debe aclararse que el latifundio, en su sentido peyorativo, es un término que sólo debe aplicarse en justicia a la finca mal explotada y sólo a ella.

Por otro lado, hay que poner las cosas en su punto, relacionando la extensión de la tierra con su productividad. No es lo mismo el suelo marginal, sólo apto para monte y ganadería, en el que la parcelación es un mito irrealizable y antieconómico (y antisocial, pues sólo se repartiría pobreza), que la tierra regable de cultivo intensivo, donde la explotación indicada es la familiar. Lo que pasa en materias sociales es que suele ser inevitable el enfoque político y, lo que es peor, a veces demagógico, que tinta la materia de razonamientos supuestamente científicos, pero casi siempre tendentes a llevar el agua al propio molino del exponente de turno.

Sobre las características estructurales del suelo de nuestra Patria, tanto respecto a su propiedad como en cuanto a los sistemas de llevanza, se ha escrito tanto y tan alegremente a veces, que no es infrecuente encontrar, junto a meritorios estudios meditados, no pocos errores de bulto. Y es que «la ignorancia es atrevida», como decía con suficiencia un amigo nuestro.

Porque escribir del campo es algo a lo que se atreve todo el mundo, casi siempre desde un despacho ciudadano y sin conocer ni vivir en absoluto los auténticos problemas de los agricultores; pero, eso sí, soltando

recetas salvadoras a troche y moche. Así le va al pobre y vapuleado campesino español con tanto redentor gratuito como surge a la vuelta de cada esquina.

Ya he comentado en otra ocasión que en un curso de conferencias sobre el tema genérico de la propiedad y la distribución de la tierra en España, junto a una mayoría de exponentes preparados y estudiosos, no faltó alguno que lució su osadía lanzando un programa que él mismo hubo de calificar de «utópico», en acto de autodefensa refleja y pudorosa, ante la reacción de los asistentes, que le vapulearon desde todos los ángulos en el coloquio posterior. El asunto no es tan baladí como para permitirse ensayos y piruetas con el pan y el sudor de los campesinos. Un poco de seriedad en estos temas, por favor.

Afortunadamente, entre los buenos conferenciantes de aquella ocasión (¿quién ha dicho que todos los hombres son iguales?, ¿quién niega que haya «buenas» y «malas» cosas en este variopinto mundo?), decíamos que entre las buenas conferencias estuvo la de Miguel Artola, catedrático de Historia Contemporánea de la Universidad Autónoma de Madrid, quien expuso documentadamente el tema de la evolución del latifundio desde el siglo XVIII, y cuyo texto pueden ver quienes tengan interés en conocerlo en la revista *Agricultura y Sociedad*, número 7, abril-junio 1978.

Ahora, el Servicio de Publicaciones Agrarias de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura recoge en este libro los trabajos de investigación llevados a cabo en Andalucía por el Departamento de Historia Contemporánea de la citada Universidad, en relación con el tema del latifundio, exponiéndolos en tres partes, que comentaremos por separado.

En la *Introducción* se nos dice que la palabra latifundio es de uso reciente, pues a principios del siglo XIX aún no figuraba en el *Diccionario de la Academia*. Es un cultismo que incita a pensar en un origen urbano (¡ya salió lo que decíamos!) y quienes lo utilizan apenas distinguen si se trata de una gran finca, determinada materialmente por estar bajo una sola linde, o de una gran propiedad que puede ser resultado de la agregación de un número variable de fincas o parcelas, que ni siquiera se especifica si han de tener cierta proximidad física. En lo que respecta a su utilización, cuando no se considera inculto por definición, como se dice en algunas ocasiones, se supone el absentismo del propietario y como consecuencia necesaria se habla de una gestión inadecuada que simultáneamente limita la producción y restringe la demanda de mano de obra.

Nos sigue diciendo el libro que para evitar errores corrientes es preciso clarificar el tema, distinguiendo entre la unidad territorial del latifundio en cuanto realidad física y la unidad de explotación; lo primero se constata simplemente en la continuidad de la linde, en tanto que lo segundo deriva de una gestión agrícola singular. Habitualmente se trata el término de modo impreciso en cuanto a la primera alternativa de patrimonio o finca y nunca se toma en consideración la forma de explotación, como si ésta viniera determinada por las dimensiones del terreno. En el propósito de evitar ambigüedades, los autores parten del sentido estricto del término latifundio, que lo define como una finca de extensión superior a unas determinadas dimensiones, aceptando las 250 hectáreas que propuso PASCUAL CARRIÓN como línea de separación; pero a diferencia de este último, consideran necesario eliminar las fincas superiores de esa extensión que arro-

jen un producto desproporcionadamente bajo, ni tampoco consideran latifundios las fincas de menores dimensiones, aunque, por ser de regadío, arrojen un producto muy superior al de las grandes.

La investigación se ha realizado partiendo del Catastro de Ensenada, que proporciona una información limitada, pero muy homogénea, que ha permitido la selección a partir de una descripción sistemática de las magnitudes fundamentales de todos y cada uno de los grandes patrimonios existentes en la Andalucía del siglo XVIII. A primera vista salta que seguir la historia de grandes explotaciones agrícolas concretas, intentando conocer cómo llegaron a formarse y su desenvolvimiento posterior, no ha debido ser tarea fácil, lo que hace resaltar la valía del estudio.

En la *Parte Primera*, titulada *Propiedad y explotación de la tierra en la Andalucía del siglo XVIII*, MIGUEL ARTOLA empieza determinando el territorio geográfico que constituían los cuatro reinos de Andalucía en aquella época (Sevilla, Granada, Córdoba y Jaén) en base al citado Catastro de Ensenada y al Nomenclátor de Floridablanca, comprendiendo un total de 744 núcleos de población, entre ciudades, villas y lugares, de los cuales 306 eran de realengo, 402 de señorío secular y el resto, en número de 22 y 14, respectivamente, dependían de señoríos eclesiásticos o de las Ordenes Militares.

Entrando ya en el estudio de la propiedad de la tierra andaluza en aquella época, el autor mantiene que la mayor parte de los ingresos de las casas nobiliarias no procedían de esos señoríos jurisdiccionales, sino de las rentas percibidas por ceder el uso de las tierras de su propiedad. No había confusión alguna entre los derechos jurisdiccionales y las rentas de la propiedad; la tierra era cedida a corto plazo en arrendamientos que se solían pagar en especie, mientras que las rentas señoriales estaban frecuentemente congeladas y se percibían como contribuciones indirectas. Y partiendo de esta distinción, se han considerado grandes propietarios, a efectos de esta investigación, no a los que tenían mayores extensiones, sino aquellos cuyas tierras arrojaban un producto bruto más elevado, según las especificaciones del Catastro.

Las diferencias de fertilidad de las tierras, dice ARTOLA, han desempeñado un decisivo papel a la hora del asentamiento de los poderosos o ha convertido en poderosos a los que se asentaron en las tierras más ricas; en cualquier caso, dice, las tierras más fértiles constituyen el soporte económico de la más rancia nobleza que se distribuye a lo largo del territorio andaluz, de acuerdo con una precisa dosificación que se corresponde estrictamente con la jerarquía de los títulos.

Institución típica de la época es el «Mayor Hacendado», individuo que disfruta de los más elevados ingresos del lugar, cualquiera que sea la naturaleza de éstos. Pero como era de esperar, dada la naturaleza de aquella economía, en la inmensa mayoría de los casos, el «Mayor Hacendado» es un terrateniente y la parte más sustancial de sus ingresos procede de la tierra, aunque hubo excepciones. Los libros del «Mayor Hacendado» permiten identificar a los propietarios o rentistas más ricos de cada uno de los pueblos de Andalucía, aunque esto no debe interpretarse como que fuesen las mayores fortunas de la región, pues en algunos lugares éstos no tenían más que un modesto patrimonio e incluso podrían ser considerados como auténticamente pobres; por el contrario, en los lugares más extensos y ricos, el «Mayor Hacendado» no tiene habitualmente más que

una pequeña parte del término, lo que deja abierta la posibilidad de que a su zaga existiese todo un grupo de grandes propietarios mucho más ricos que los «Mayores Hacendados» de otros pueblos.

En cuanto a la explotación del latifundio en el Antiguo Régimen y especialmente en el siglo XVIII, ARTOLA señala la influencia que en este punto pudo tener la dimensión del patrimonio territorial y las posibilidades de inversión que el sistema económico ofrecía. Según esto, el gran propietario era inevitablemente absentista desde el momento en que sus bienes aparecían dispersos y a tal distancia unos de otros que no les era posible el acceso regular y continuado que una explotación directa exige. Aunque se le reprochase, el terrateniente que trataba de maximalizar sus rentas no podía adoptar un criterio empresarial y optimizar la explotación por falta de organización.

Por ello, este gran propietario, siempre según opinión de ARTOLA, no era tanto por razones de mentalidad nobiliaria cuanto por criterios económicos por lo que se decidía en favor de formas de explotación basadas en la cesión temporal de la tierra a cambio de una renta, que se cuidaba de actualizar contratando por períodos cortos o exigiendo un porcentaje del producto bruto.

La forma de explotación que se utilizaba en la Andalucía del siglo XVIII no era otra que el arrendamiento pactado por un corto número de años, de tres a seis habitualmente, con objeto de recuperar a su término la libre disposición del patrimonio, condición necesaria para acreditar el derecho de propiedad en una época sin registros públicos y para actualizar las rentas. Para adaptar la oferta de este bien de producción a las circunstancias del mercado fragmentaban los latifundios en parcelas, para las que sí existían demandas competitivas, con lo que se conseguía maximalizar sus rentas.

Esta primera parte, en la que se intercalan varios cuadros demostrativos de los resultados de las encuestas, concluye con un apéndice en el que se comparan las jurisdicciones y la propiedad en los diversos estados señoriales, detallando los «Mayores Hacendados» en cada caso.

La *Parte Segunda*, dedicada monográficamente a *La explotación del patrimonio del Duque de Osuna*, precisamente en los años medios del siglo XVIII, está escrita por JAIME CONTRERAS, quien se introduce en el estudio exponiendo el esquema triangular en que se basaban las relaciones de producción en Andalucía.

En un vértice, los grandes propietarios que no explotaban directamente las tierras, sino que las entregaban en arrendamientos renovables a corto plazo y con subidas periódicas del precio de la renta; para disminuir los gastos burocráticos dimanantes de una gran cantidad de contratos prefieren contratar con pocos colonos, dispuestos éstos a arrendar extensiones considerables de tierras. El segundo vértice del triángulo lo ocupa el gran arrendatario, que ha de obtener necesariamente beneficios suficientes para pagar la renta; puede seguir dos caminos: o subarrendar las tierras a pequeños colonos (pelentrines) subiendo el precio de la renta o cultivar la parte más fértil de los cortijos y dedicar la tierra de calidades inferiores al sistema subarrendista. CONTRERAS coloca en el tercer vértice al jornalero que ha de vender la fuerza de su trabajo diariamente en la plaza del lugar a cambio de un salario.

Estas relaciones vienen configuradas por un contrato de arrendamiento cuya característica esencial es la periodicidad, contrato libre que vincula al rentero con el gran propietario mediante el cumplimiento de normas taxativas. Este modelo constituye el núcleo esencial que expresa las contradicciones entre los intereses sociales y económicos de los diversos estamentos de la Andalucía del siglo XVIII.

Entrando ya en el aspecto concreto del Duque de Osuna, estudia el modelo de contrato utilizado, cuando en 1730 el Duque puso en oferta la totalidad del patrimonio que poseía. Para el 90 por 100 de las tierras arrendadas, la duración queda fijada en cuatro años; el resto de las tierras no fueron arrendadas, aunque se pregonaron como las demás, quizá porque fuesen de mala calidad, terrenos marginales, rozas sueltas y dispersas.

Después de exponer las particularidades de cada uno de los términos afectados, el trabajo de esta parte termina con un apéndice en el que se relacionan los que fueron mayores arrendatarios del Estado de Osuna en dicho año 1730.

La *Parte Tercera*, debida a ANTONIO MIGUEL BERNAL, se titula *El latifundio y su evolución*, y se ocupa primero de la génesis y transformación de los latifundios andaluces.

El autor prefiere centrar en la Edad Media la época de nacimiento de los latifundios, siendo en esencia dos de los procesos de su formación, bien sean transformadores de la naturaleza jurídica de la tierra o acumulativos. Por el primer procedimiento, el latifundio surge con un cambio habido en la conceptualización jurídica de la tierra, al pasar de tierras señoriales, comunales o de propios a tierras privadas; por el segundo, se va configurando en el tiempo como agregaciones de tierra que se hacen a un núcleo inicial.

Por todo ello, sigue diciendo el autor, aparte de los latifundios, que ya venían de lejos, desde la Edad Media, se constituyen grandes explotaciones agrícolas que tienen como base inicial a donadíos y heredades del repartimiento, que se perfilan con la implantación del régimen señorial y en los siglos XVI y XVII avanzan a costa de la venta de tierras baldías iniciada por Felipe II, y la venta de jurisdicciones, vasallos y despoblados con Felipe IV, para consolidarse con la formación de patronatos y mayorazgos y, por último, con las tierras eclesiásticas, comunales, baldíos y propios, que fueron desamortizados.

Con estos supuestos estudia la típica morfología y evolución de varios cortijos concretos, las rentas que estas tierras producían, incluyendo también una relación de los distintos grupos de propietarios de estas grandes fincas, para terminar con un apéndice en el que se recogen todos los datos encuestados, señalando las fuentes de información.

En resumen, un concienzudo trabajo de investigación histórica, revelador del *status* social andaluz en los últimos siglos, presupuesto inevitable con el que hemos de contar en la época actual a la hora de afrontar con serenidad los problemas del campo, que están ahí, no esperando teorías utópicas, sino soluciones viables y justas.

GROUSSARD, RENÉ, y otros: *Contribution à une nouvelle politique foncière*. Centre National pour l'Aménagement des Structures des Exploitations Agricoles. París, septiembre de 1978. Un tomo de 238 páginas.

El propio Ministro de Agricultura francés abre las páginas de este libro con un prefacio en el que dice que «en los meses próximos, el Parlamento habrá de definir la naturaleza de los compromisos recíprocos que ligarán a la agricultura y la nación durante los años venideros; de estas nuevas líneas jurídicas dependerá aquello con lo que podrá contar cada parte: lo que la agricultura podrá esperar de la nación y lo que la agricultura podrá aportar a la nación». Sigue diciendo que es preciso renovar la legislación de orientación agrícola de 1960-1962 y que la elaboración de estas soluciones requiere gran reflexión.

Y esto es lo que se encomienda al Centre National pour l'Aménagement des Structures des Exploitations Agricoles (conocido en Francia por sus iniciales: C. N. A. S. E. A.), que es un establecimiento público nacional, creado en 1965, bajo la tutela del Ministerio de Agricultura, viniendo a constituir el centro de un conjunto de actuaciones en favor de los agricultores, tales como subvencionar la instalación de jóvenes empresarios agrícolas, remunerar a los aprendices, indemnizar a los campesinos ancianos que ceden su explotación, facilitar las mutaciones profesionales, aconsejar planes de desarrollo y favorecer operaciones conjuntas de ordenación territorial, contribuyendo así a la modernización de la agricultura y a la ordenación de la esfera rural. La originalidad del C. N. A. S. E. A., según el libro, reside en ser un lugar permanente de diálogo entre los poderes públicos y los representantes de los agricultores; en efecto, en los departamentos o provincias, se ha confiado una parte de sus misiones a organismos profesionales con los cuales ha llegado a un acuerdo para asegurar su tutela: las Asociaciones Departamentales para la Ordenación de las Explotaciones Agrícolas (A. D. A. S. E. A.). Esta institución representa así un sistema, sin duda único en Europa, de participación de un grupo socio-profesional en la aplicación de una política.

En el seno de este organismo ha nacido el libro que comentamos y su director general, RENÉ GROUSSARD, para introducirnos en los temas a tratar, nos explica que el problema territorial no puede ser resuelto ni por las diligencias individuales ni por el colectivismo, y habrá que preguntarse si no sería ya tiempo de aplicar al dominio territorial los dinámismos cooperativos y mutualistas que han tenido tanto éxito en otros sectores de la agricultura.

Bajo el título *Quelques réflexions sur la politique foncière*, comunicación a la Academia de Agricultura de Francia, el propio GROUSSARD traza unas líneas sobre la política agraria francesa, puesta en marcha por las leyes de orientación agrícola de 1960-1962. Esta legislación apuntaba a desarrollar la explotación familiar, limitar ciertos engrandecimientos territoriales (leyes sobre acumulaciones), facilitar la instalación o potenciación de ciertos tipos de explotaciones, ayudas financieras, posibilidad de disponer de las tierras de agricultores retirados o la de adquirir por medio de las S. A. F. E. R. explotaciones viables o parcelas que faciliten su agrega-

ción a ellas. A pesar de sus defectos, dice, esta legislación ha permitido en menos de quince años pasar de una media de superficie explotada por agricultor de 15 a 25 hectáreas.

Sin embargo, estos cambios favorables, ¿se adaptan a los deseos de nuestra sociedad moderna? No es fácil resumir en pocas palabras las aspiraciones de cientos de miles de agricultores, pero todos manifiestan un deseo casi general: el ansia profunda de poder planificar la actividad agraria en un nivel de seguridad; las fórmulas del arrendamiento no garantizan siempre una permanencia en la explotación ni tampoco una rentabilidad aceptable. La situación es resumida así por un campesino: «Mi abuelo tenía una recolección remuneratoria; mi padre equilibraba sin muchas dificultades los malos años, compensándolos con los buenos; en cuanto a mí, tengo una recolección de endeudamiento». Es, pues, urgente, dice el autor, buscar formas que permitan ayudar a los agricultores a encontrar la seguridad sin comprometer su capacidad de producción, es decir, rindiendo un servicio al país. Y esto ocurre, aclaramos nosotros, en una Francia con agricultura superprotegida por las barreras y beneficios de la Comunidad Económica Europea; de donde se deduce que en todos los campos cuecen habas.

Por eso, GROUSSARD considera que el objetivo fundamental de una política territorial, en Francia al menos, debe apuntar a que el mayor número posible de familias tenga la satisfacción de poderse asentar con seguridad sobre un pedazo de tierra. Esto supone una doble actuación:

- desarrollar la explotación familiar como útil de trabajo del modo de vivir agrícola, y
- procurar que el mayor número de urbanos que lo deseen puedan vivir fuera de los grandes núcleos, en casa individual o en pequeños grupos.

Para todo esto hará falta un ordenamiento legal y administrativo, pues no se puede dejar que estos movimientos se operen en completo desorden.

Las medidas que propone GROUSSARD pueden encuadrarse bien en la intervención del Estado o en la propia política territorial:

A) Los poderes públicos tienen en este aspecto importantes responsabilidades:

- Deben velar para que nuestro aparato de producción agrícola corresponda a los deseos actuales y pueda adaptarse con flexibilidad a las necesidades imprevisibles del mundo entero.
- Deben velar especialmente para que la ayuda recaiga sobre los menos favorecidos; los valores humanos y sociales de que la propiedad es portadora no tienen ningún sentido si aquellos que también quisieran promover estos valores resultan descartados por un injusto sistema social.
- Los poderes públicos son también responsables del porvenir, y este porvenir, cualquiera que sea, sólo puede ser forjado por los hombres responsables, capaces de decidir, de prever y de organizar. La idea más fecunda, que se traduce en los planes de desarrollo, tiende a asociar los esfuerzos de los individuos con la ayuda pública.

B) Los sectores de la política territorial, teniendo en cuenta a la vez los deseos de los interesados y las exigencias del interés general, pueden concretarse en tres orientaciones:

1. Generalizar los planes de ocupación de suelos.
2. Suavizar los modos de apropiación pública utilizando únicamente el procedimiento de expropiación en los casos donde no sea posible el acuerdo amistoso.
3. Fomentar el espíritu cooperativo y mutualista a propósito de la distribución de derechos sobre la tierra.

De este modo, concluye GROUSSARD, deben encomendarse a los interesados para que estos cuadros se correspondan con el interés general, dejando para ellos mismos la resolución de los problemas que afecten al destino y gestión de su patrimonio.

En una segunda parte del libro, GEORGES SÉVERAC estudia la «Evolución reciente de la propiedad» en 19 comunas rurales francesas, distribuidas en cuatro zonas bien definidas, apoyando su análisis principalmente en los diversos tipos de superficie de las explotaciones y el modo en que, en la finca o fuera de ella, residen los propietarios.

De sus encuestas deduce el sentido evolutivo de la propiedad rural, que se orienta hacia estos cuatro fenómenos bien dispares:

- La tendencia de los herederos es la de conservar su lote hereditario bajo la forma de propiedad territorial con preferencia a pedir su pago en dinero.
- Una preferencia marcada a acceder a la propiedad edificada.
- Tendencia de la mayor parte de las familias de propietarios rurales no agricultores de abandonar esas fracciones de su patrimonio.
- A la inversa de los tres fenómenos precedentes, desempeña un último comportamiento que conduce a una reagrupación territorial por parte de los agricultores que quedan en el campo, los cuales tratan de agrandar su superficie.

Parece, según SÉVERAC, que el único factor eficaz de concentración de la propiedad territorial campesina está constituido por los comportamientos de la compra y el matrimonio de los agricultores, mientras que las demás fuerzas socio-económicas han evolucionado en el sentido de una fragmentación acusada.

HENRI DE FARCY incluye en este libro tres trabajos. En el primero estudia el coste del «derecho a explotar», es decir, los gastos que deben hacer los agricultores, que para cultivar han de arrendar tierras a un propietario o bien contratar un préstamo para comprarlas. Para saber lo que representa el «peso territorial», o sea, el conjunto de gastos, sean rentas o intereses, dentro del presupuesto general de la explotación, y si ese «peso» es soportable, el autor ha realizado un sondeo en cuatro regiones francesas: Aisne, Finistère, Alta Saboya y Tarn, estudiando el precio de la tierra agrícola, los impuestos, los gastos de los préstamos, las rentas de los arrendamientos y la importancia relativa que tienen en el presupuesto de gastos de la explotación. Concluye que hay fuertes diferencias que dependen de factores muy variados y propugna una regulación legal que corrija tales desigualdades.

El segundo trabajo de HENRI DE FARCY estudia las actitudes de los agricultores frente a la propiedad de la tierra, según encuesta realizada en el otoño de 1977 en las mismas cuatro regiones francesas citadas. Destaca el atractivo casi universal de los agricultores franceses en favor de la propiedad: de 120 campesinos encuestados, 109 concuerdan en la opinión de que la propiedad «es el medio de afirmar la seguridad sobre su instrumento de trabajo», y también consideran la compra como «obligatoria para el arrendatario de una tierra puesta en venta» y que «se constituye así un capital que no se devalúa y puede transmitirse a los hijos». Respecto a las formas asociativas de posesión y explotación, los agricultores franceses no se manifiestan partidarios de la copropiedad, por la aspiración individualista de «ser jefe en su casa» y no depender del arbitrio de otro; en cambio, parece positiva la imagen de las Agrupaciones Agrícolas de Explotación en Común (G. A. E. C.), aunque muestran claras dudas respecto a formas más simples de asociación. En resumen, la idea de poseer o trabajar bajo forma asociativa comienza a penetrar en las mentalidades campesinas, pero si se aceptan las formas jurídicas establecidas, se duda al lanzarse a formas nuevas a no ser que resuelvan ciertos problemas del modo más adecuado. Termina la comunicación exponiendo el resultado de la encuesta respecto a las tierras que se eligen a la hora de comprar, que son las cercanas a la familia y los vecinos, acudiendo de modo masivo a las S. A. F. E. R. o bancos de tierras para adquirirlas.

El tercer trabajo de HENRI DE FARCY es la síntesis de dos jornadas de estudios organizadas por el Centre National (C. N. A. S. E. A.) en junio y julio de 1978, con participación de expertos franceses y de otros países europeos sobre los problemas por la afectación de suelos a sus diversos usos agrícolas y no agrícolas. Se contemplan los principios directivos de la planificación de suelos, sea en general o de los agrícolas en particular, materia que últimamente está siendo objeto de atención.

De nuevo vuelve RENÉ GROUSSARD a la palestra para recapitular sobre «Política territorial y ordenación del territorio», con miras al proyecto de ley-cuadro acerca del tema que será sometido al Parlamento francés y con el que se pretenden orientar para los próximos años las relaciones entre la agricultura y la sociedad francesa.

Sus disposiciones, según cree GROUSSARD, se orientarán, sin duda, en dos direcciones: la primera, concerniente a la agricultura en sus apartados de actividades económicas, desde los proveedores hasta los clientes y consumidores; la segunda, a los aspectos referentes al plan de ocupación del espacio. Estas orientaciones deberán tener en cuenta las nuevas situaciones respectivas de agricultores y no agricultores en la ocupación del territorio, pues no es exagerado afirmar que hasta ahora las políticas del suelo agrícola y las demás se han desarrollado por separado, sin verdadera coordinación.

De un lado, las preocupaciones por el crecimiento urbano han conducido a limitar la anarquía de la construcción, a ordenar mejor los equipos, las vías de comunicación, etc.; de otro lado, la política agraria ha tendido, a la vez, a ordenar las tierras cultivadas (concentración, mejoras territoriales) o a favorecer el acceso a la propiedad de ciertas categorías de agricultores, por las acciones de las S. A. F. E. R. Las interacciones de los dos tipos de actividades vienen a ser continuas, numerosísimas y muy complejas; es preciso, mediante planes de ocupación de suelos, demarcar

las zonas de influencia para orientar y mejor definir los derechos y responsabilidades de los medios agrícolas y de los otros medios.

Con esta plantilla, el autor examina sucesivamente las dos cuestiones fundamentales suscitadas por esta nueva orientación:

- Cómo definir el tipo de actividades que, en un momento dado, pueden operarse sobre un suelo determinado: problema de afectación del suelo a un uso y no a otro.
- Cómo elegir la persona física o moral que quedará encargada de utilizar precisamente así el suelo: problema de apropiación o afectación a una persona mejor que a otra.

GROUSSARD, para dar mayor efectividad a la ordenación del territorio, propugna el establecimiento de un libro registro en cada comuna o municipio que recoja los derechos y obligaciones impuestos al suelo. La cosa, viniendo de un técnico, no de un jurista, resalta aún más. Bien sabido es que el equivalente en Francia al Registro de la Propiedad, la institución llamada «Conservation des hypothèques», tiene una regulación que se traduce en una efectividad tan débil que la hace prácticamente inoperante a estos menesteres; por eso pide el autor que este libro debería organizarse de modo que proporcionara «las indicaciones concernientes a la naturaleza del cultivo de cada parcela, su superficie, su propietario y su valor. En estas condiciones, este libro podría constituir al mismo tiempo la base de un título de propiedad, siguiendo las fórmulas de poner progresivamente a punto y ser asiento material del proyecto de la comuna local». O sea, lo que quisiera GROUSSARD en Francia es tener algo así como un Registro de la Propiedad, tal como el nuestro, sin ir más lejos.

En lo concerniente a esta planificación u ordenación del suelo, este Registro podría servir de base:

- para definir los objetivos;
- para establecerla de un modo concreto, de acuerdo con los responsables del desarrollo rural;
- para situarla dentro de un proyecto más completo.

Desde este punto, concluye GROUSSARD, se podría indicar en este libro registro claramente la afectación actual de cada parcela y las posibilidades de su evolución, y además señalar las servidumbres o limitaciones que ella pueda soportar o los derechos que le afecten en función de este objetivo común.

Como final del libro se incluye un *dossier* o resumen documentado sobre «los cambios de los bienes territoriales», referido, naturalmente, a Francia, que ha llevado a cabo Bruno Rajaud, director de Modernización de Explotaciones en el Centre National pour l'Aménagement des Structures de Exploitations Agricoles.

La ordenación rural, dice, reposa en gran parte sobre los cambios territoriales en sentido amplio, que son las transmisiones de dominio y de los derechos de uso; ordenar no será, pues, posible si no existe cierta movilidad de las fincas. En una reflexión de conjunto sobre la ordenación rural se precisa conocer no sólo las directrices, sino también las vacilaciones sobre el tráfico territorial.

En consecuencia, expone con gran amplitud el volumen de los cambios de bienes inmuebles rústicos, analizando la evolución y variaciones de los precios, así como el valor comercial de las fincas o derechos transmitidos, todo ello con profusión de tablas y anexos demostrativos.

Resumiendo, al revés de lo que nos dicen los clásicos letreritos puestos en las ventanas de los trenes, en materias sociales y en tantas otras es siempre conveniente asomarse al exterior. Ver la situación de Francia, que es precisamente el país típico de la Comunidad Económica Europea, reconforta un poco, aunque sea tan sólo por el pobre consuelo del mal de muchos, ya que la agricultura del país vecino se parece bastante a la nuestra, según hemos podido ver.

Por otro lado, que la ordenación del territorio es una necesidad que se impone y que el Registro de la Propiedad puede y debe colaborar de modo importante en esta tarea, es una idea que modestamente hemos defendido antes y nos alegra verla confirmada desde el otro lado de los Pirineos, que eso parece que da más tono. Todo ello nos ha compensado con creces del pequeño trabajo extra de traducir este interesante libro desde el idioma de MOLIÈRE para poderlo comentar y resumir.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PORTALIS (JEAN-ETIENNE-MARIE): *Discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés*. Editorial EDEVAL. Valparaíso (Chile), 1978.

Los Congresos Internacionales suelen tener tres o cuatro momentos cruciales, cuales son: la formulación de conclusiones a través de las ponencias presentadas y discutidas, la exaltación de la amistad realizada entre los miembros del Congreso a través de sus sesiones y el intercambio de publicaciones, obsequios y recuerdos. Dejo al margen, por supuesto, los efectos y trascendencias que los Congresos tienen, tanto en el ámbito personal como en el de grupo, así como las repercusiones sociales, políticas y científicas de los mismos. No hay que olvidar tampoco, aunque también lo margino, esa incidencia que el Congreso tiene en el conocimiento de los países, que se traduce en esta frase mía: «cuando el turismo se disfrazaba de Congreso». Pues bien, consecuencia del último al que he asistido, ha sido el que haya caído en mis manos la primera traducción literal española del famoso *Discurso* que el jurista PORTALIS pronuncia sobre el proyecto de Código Civil francés, hecha por MANUEL DE RICABONA Y RICABONA, publicada en el año 1978 en Valparaíso (Chile) y amablemente cedida por otro gran jurista y gran amigo llamado FERNANDO FUEYO LANERI. Codo a codo, día a día, hemos asistido juntos al II Congreso Internacional de Derecho Familiar, y en el pórtico de la despedida me ofreció como presente este ejemplar inestimable de una joya jurídico-literaria.

El *Discurso* se pronuncia el 1.º de pluvioso del año IX, lo que equivale en fechas al 20 de enero de 1801, y para comprenderlo, dice su prologoista y traductor, conviene relacionarlo, por un lado, con el movimiento codificador francés y, por otra parte, con la trayectoria de su vida y su

significación personal en la Francia de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. Quizá eso suponga solamente una valoración histórica de esta pieza jurídica, pero a mí se me antoja que por sí solo, por su belleza, por la fuerza de sus ideas, por la precisión en que están expuestas, por la lógica y el sentido común que en todas ellas se trasluce, el *Discurso* cobra una dimensión incalculable, aparte de una actualidad importante cuando el mundo jurídico—adjudando de una codificación surgida como consecuencia de una revolución popular—está intentando unas nuevas normas que superen las que se consideran trasnochadas, retrógradas e inadecuadas para una evolución de madurez jurídica, social, política y popular. Cerraría los ojos con auténtica complacencia si en el momento de pronunciarse el discurso que avale la próxima reforma de nuestro Código —y ésta puede ser mi valoración crítica del *Discurso*—surgiese de nuevo la voz de PORTALIS explicándome las razones de la reforma, pero como este hecho se me antoja irrepetible, casi seguro que volveremos a incidir en una nueva y dramática improvisación.

Considerando la influencia que la etapa codificadora francesa supuso en todo el mundo, y particularmente en nuestro país, la dimensión de esta publicación cobra valores inusitados; pero sin llegar a estos matices convendría precisar, para situar la publicación en su forma objetiva, que es única en lengua castellana en este momento, pues la que hiciera CARLOS SUÁREZ ANZORENA, publicada en Buenos Aires en 1959, era una traducción «excesivamente» libre. En su lengua vernácula es muy difícil de encontrar, siendo las citas que de ella se hacen fragmentarias e incompletas. De ahí que debamos agradecer a editores y traductor esta labor, que nos presta un gran servicio y pone a nuestro alcance una herramienta de trabajo de primera calidad, pues estudiar Derecho en sus fuentes—aparte de ser una satisfacción intelectual—supone siempre la apertura de claridades en aras de un mejor entendimiento.

Con minuciosa precisión el prologuista-traductor va ofreciendo al lector la situación histórica en que se gesta el *Discurso*, que va unido al brote final de la codificación francesa. Termina su trayectoria histórica con esta cita: «así fue gestándose, a lo largo de la Revolución, la codificación civil francesa». En palabras de GENY, todas las Asambleas revolucionarias contribuyeron a esta obra, a la que puso término el Consulado y el Imperio. Las tendencias individuales de los cuatro miembros de la Comisión se pueden resumir situando a TRONCHET y BIGOT DE PREAMENEAU bajo el influjo del Derecho consuetudinario tradicional, y MALEVILLE, así como PORTALIS, el del Derecho romano, calificándose al último de ellos como el «filósofo del grupo». En el examen que se hace de este último autor es preciso destacar cómo, si bien a él se debe que surja de la codificación lo que se ha denominado Escuela de la exégesis, con tan recortada comprensión del Derecho y su notoria sumisión a los textos legales, también es el pionero que perfila con sorprendente exactitud los procedimientos para salvar la insuficiencia de los textos legales anticipándose en el tiempo a las doctrinas de la libre investigación científica.

El *Discurso* en su unidad lo queremos dividir nosotros en cinco partes, que van a permitirnos resumir su extenso y excelente contenido. Responde la primera a la razón justificativa de la codificación, la segunda al Derecho y a las leyes en general, la tercera a la familia, la cuarta a los bienes y los contratos y la quinta a las sucesiones.

Parte primera.—Esta generación nuestra que vio hacer la guerra de pantalón corto y al empezar a utilizar el largo se convirtió en generación puente para que por encima de ella pasasen los vencedores—y hace poco los vencidos—y por debajo depositasen sus necesidades los de la nueva ola, ha visto con terror aparecer el fenómeno de la urgencia legislativa y por eso encuentra casi sacramentales estas palabras que PORTALIS pronuncia en el año 1801, al comienzo del siglo XIX: «Las leyes no son meros actos de poder; son actos de sabiduría, de justicia y de razón. El legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio. No debe perder de vista que las leyes se hacen para los hombres, y no los hombres para las leyes; que éstas deben adaptarse al carácter, a los usos, a la situación del pueblo para el cual se dan; que es preciso ser sobrio en cuanto a novedades en materia de legislación, porque si ante una institución nueva es posible calcular las ventajas que la teoría nos ofrece, no lo es conocer todos los inconvenientes que sólo la práctica puede descubrir; *que hay que mantener lo bueno, si lo mejor es dudoso*; que al corregir un abuso deben tomarse también en cuenta los peligros de la propia corrección; que sería absurdo entregarse a ideas de perfección absoluta en cosas que no son susceptibles sino de una bondad relativa; *que en lugar de cambiar las leyes, es casi siempre más útil brindar a los ciudadanos nuevos motivos para que las amen*; que la historia apenas nos ofrece la promulgación de dos o tres leyes buenas en el transcurso de muchos siglos; que, por último, el proponer cambios no corresponde más que a aquellos que han nacido predestinados a penetrar, de un golpe de genio y por una suerte de iluminación repentina, toda la constitución de un estado».

Y ante ello permítidme que recuerde una visión de la pequeña pantalla donde se reproducían en directo ciertas sesiones de las dos Cámaras nacionales: la alta y la baja. Parlamentarios y Senadores iban dando al país—con ligeras excepciones—la sensación de pobreza dialéctica, de ausencia de preparación y de un inusitado deseo de exhibición. ¿Cómo es posible que el pueblo se haya dejado pastorear para elegir a este conjunto tan poco lúcido? Se me abren las carnes—jurídicas, por supuesto—sólo de pensar que por esas manos tengan que pasar los proyectos que han de modificar nuestros cuerpos legales.

No deben dictarse leyes inútiles, ya que debilitan las necesarias y comprometen la certeza y la majestad de la legislación, decía PORTALIS, y seguía hablando de que se cometería un error si se pensase en la existencia de un cuerpo de leyes que hubiera proveído por anticipado todos los casos posibles; de ahí que es al Magistrado y al Jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes, a quienes toca dirigir su aplicación.

Creo, sin temor a equivocarme, que en esta parte el autor del *Discurso* tiene una gran lucidez en cuanto penetra en la problemática jurídica de la codificación y deja llenos de matices todos los temas que toca: la plasmación en leyes y la acción del tiempo sobre ellas; la interpretación, doctrinal y auténtica; la costumbre; la equidad (retorno a la ley natural), etc. Termina esta bella página jurídica con dos frases que resumen su idea: A la experiencia incumbe ir colmando los vacíos que dejamos. Los códigos de los pueblos se hacen con el tiempo; mas hablando con propiedad, no acaban de hacerse jamás.

Parte segunda.—Al tratar en esta segunda parte del Derecho y de las leyes en general, el autor exprime su idea para brindarla casi en aforis-

mos. Voy a destacar solamente tres de estas ideas para luego referirme en general a las otras que no me han producido tanto impacto.

Los diversos pueblos, dice el autor, en sus recíprocas relaciones viven bajo el solo imperio del Derecho; los miembros de cada pueblo son recogidos, en cuanto hombres, por el Derecho, y en cuanto ciudadanos, por las leyes. La razón, en tanto gobierna ilimitadamente a todos los hombres, se llama Derecho natural, y en las relaciones de pueblo a pueblo, se llama Derecho de gentes. Con menos palabras no se pueden ofrecer más precisas definiciones e ideas más elementalmente decisivas para los hombres del Derecho.

La precisión del contenido de las leyes penales y criminales viene expresada bajo el pensamiento de ROUSSEAU, y a pesar de la crítica que le hiciera CARRARA, creo que resplandece en ella un sentido social importante: no regulan las relaciones de los hombres entre sí, sino las de cada uno con las leyes que velan por todos.

Y, por fin, la diferencia esencial entre leyes y reglamentos que ha sido formada por esa tremenda avalancha que lo público—de la mano del Derecho administrativo—está ejerciendo sobre el Derecho privado (véase el famoso discurso de recepción de GARCÍA DE ENTERRÍA en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia: «Legislación delegada y control judicial»). Las leyes, propiamente dichas, expone el autor, difieren de los simples reglamentos. A las primeras corresponde sentar en cada materia las reglas fundamentales y determinar las formas esenciales. Los detalles de ejecución, las precauciones provisionales o accidentales, los problemas de momento o variables, en una palabra, todo lo que requiere más bien la vigilancia de la autoridad que administra, que la intervención del poder que instituye o que crea, es de competencia de los reglamentos. Los reglamentos son actos de magistratura, y las leyes, actos de soberanía.

Igualmente destacan la serie de ideas precisas en torno a la promulgación de las leyes, su obligatoriedad, su contenido, los actos contrarios a ellas y los principios de la irretroactividad de las mismas.

Parte tercera.—Tres cuestiones de auténtica actualidad aborda el autor en esta parte de su discurso: el matrimonio, el divorcio y los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. ¿Ideas decimonónicas? Pudiera ser, pero a poco que se lea con detenimiento el contenido de todas esas directrices que se van señalando, se descubrirá la gran intuición que el autor tiene para prever el futuro que estamos viviendo y en el cual, al amparo de unas ideas de protección y exaltación del feminismo, se va a lograr destruir la base esencial de donde se sustenta la idea de Estado. No creo que toda esa serie de artilugios protejan, en definitiva, a la mujer, pues en la mayor parte de los casos del llamado «divorcio administrativo» lo que van a producir es una explotación legal de la misma. No debemos olvidar que todo avance—como dice DELIBES—supone un retroceso. Todo disparo se acusa con un culatazo. Resolver situaciones no es generalizarlas.

Claro que no creo que esta recensión sea el lugar adecuado para exponer mi criterio sobre estos puntos, y si me he permitido anticipar un comentario es por lo que me sugieren las ideas que el autor vierte en sus páginas destinadas a esta materia. Quizá no valga la pena ahora reproducir literalmente lo que para el autor supone el matrimonio como acto natural que la religión santificó y que en su esencia elimina lo que podríamos llamar el egoísmo individual, pero lo cual no supone la eliminación

de posibles causas que puedan romper o aflojar el vínculo. Para el autor, el divorcio se proscribe o permite, según las costumbres y las ideas recibidas en cada país, según la mayor o menor libertad que se cree que debe dejarse a las mujeres, según que los maridos sean más o menos monarcas, según que se tenga interés en afianzar el gobierno doméstico o en hacerlo menos rígido, en favorecer la igualdad de las fortunas o en impedir una división excesiva... El matrimonio no es, en modo alguno, una situación, sino un estado. No debe parecerse a esas uniones pasajeras y fugaces que el placer forma, que con el placer finan y que han sido reprobadas por las leyes de todos los pueblos civilizados.

Toca los temas del poder paterno, el nacimiento de los hijos fuera del matrimonio, la investigación de la paternidad, la mayoría de edad, el domicilio, la ausencia, etc.

Parte cuarta.—En esta parte se estudia, como apuntábamos al comienzo, la propiedad, los bienes y los diferentes modos de adquirir o perder la propiedad, así como los principios que rigen o deben regir la contratación. Sustancialmente se van recogiendo la distinción entre muebles e inmuebles, entre inmuebles y riquezas mobiliarias, principios de la contratación, prueba formal del contrato, el dinero como signo de valor, la contratación mercantil, las leyes relativas al Registro de las hipotecas, los contratos por razón de matrimonio, etc.

Parte quinta.—Quizá sea la más breve, pues está destinada a las sucesiones, de las que dice el autor le parece la menos importante. Arranca de una idea sobre la que giran luego todas las opiniones que sustenta sobre esta materia. ¿Tiene su base el derecho de suceder en la ley natural o simplemente en la legislación positiva? El derecho de propiedad termina con la vida del propietario: consiguientemente, después de su muerte, ¿qué será de sus bienes, que han quedado vacantes por su fallecimiento? Convenimos en que nadie tiene, por derecho natural e innato, el poder de ordenar después de su muerte y sobrevivir, por decirlo asimismo, por medio de un testamento. El poder que un testador recibe de la ley, ¿no es el poder de la propia ley?

Con ello termina la publicación, a la que se añade una nota bibliográfica de las obras del traductor y una explicación que la Editorial hace de la colección «Juristas Perennes». En el colofón de esta recensión no cabe añadir nada más. Únicamente señalar que al término de la lectura del *Discurso* se vuelve a sentir uno más cerca de lo jurídico, del Derecho, que de las leyes que intentan recogerlo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

HEINRICH RICHTER, DAVID; BENDER, MANFRED, y SIMMERDING, FRANK:
Grundbuch, Grundsüch, Grenze (Registro, Finca, Linderos). Berlín,
Ed. Schweitzer, 1978.

El primero de los autores citados publicó en 1950 un *Manual sobre el Derecho Registral Alemán*, material y formal, en relación con el Catastro, y con especial enfoque hacia los territorios bávaro y renano, ya que en

Alemania el Catastro está bajo la normativa y jurisdicción de los *Ländern*. Desde la fecha consignada varios Catastros han quedado totalmente terminados y otros se hallan en muy avanzado estado; han aparecido normas de trascendencia considerable, como son las de Propiedad Horizontal; se han introducido novedades importantes en la llevanza del Registro, como son las hojas sueltas y la más profunda coordinación con el Catastro, y, por fin, se están realizando ensayos para la introducción del mundo de la electrónica en los ámbitos registral y catastral y aun la unificación de las instituciones.

Teniendo en cuenta todo ello y el que la obra enunciada se había revelado de considerable utilidad práctica para los profesionales, principalmente el Notario BENGEL y el Ingeniero SIMMERDING han procedido a su puesta al día y consiguiente ampliación y rectificación, lo que han realizado en forma tan profunda que hasta puede hablarse de nueva configuración. No obstante, como el esquema esencial correspondía a RICHTER, no sólo su nombre encabeza la publicación, sino que ocupa rango preferente.

Como se ha dicho, nos hallamos ante un *Manual*, un *Handkommentar*, en el que se recopilan normas de constante uso, se comentan concisamente y se señalan los problemas que presenta la práctica cotidiana ofreciendo soluciones, con la consiguiente información y bibliografía, incluso con determinación de página. La perspectiva fundamental se centra, no obstante, en los problemas provocados por la medición o delimitación de los inmuebles, en cuyos temas sus comentarios se amplían, profundizando desde diversos ángulos. Al lado del Notario, sobre todo en parcelaciones y urbanizaciones, aparece, cada vez con trazos más acentuados, la figura de un «tercer hombre», el técnico en mediciones, que pasa a ser otra de las figuras clave del mundo que se ha dado en llamar de la jurisdicción preventiva.

La obra se inicia con una recopilación normativa y, en primer lugar, la Ordenanza Registral (*Grundbuchordnung*), con todas las alteraciones desde su publicación en 1897 hasta el día 1 de enero de 1978. Siguen los correspondiente reglamentos, íntegros, y, en forma total o fragmentaria, diversas disposiciones relativas al Catastro. Contiene, igualmente, modelos de todos los folios y secciones registrales, de las hojas catastrales y de los correspondientes planos de zonas urbanas.

Una introducción nos lleva brevemente al campo de los antecedentes históricos, con incursiones a la publicidad en Grecia y Roma, pero con singular dedicación a los precedentes registrales germanos, que comienzan en 1135. Las normas fundamentales en vigor son el BGB de 1896, la Ley de Propiedad Horizontal de 1950 y la Notarial de 1961, además de las consignadas anteriormente. También en 1961 se autoriza la utilización de hojas sueltas, de cuya facultad hace uso Baviera en 1969.

Los llamados «principios», sistematización del Derecho registral, tanto en sus aspectos material como formal, completan la introducción. Algunos, como el de consentimiento o el de especialidad en lo relativo a la finca (*Grundstück*), tienen especial interés.

El eje de la obra, no obstante, está constituido por los comentarios que se realizan, párrafo por párrafo, de la Ordenanza Registral, adaptándose a las seis secciones en que está dividida y cuyos comentarios contienen la normativa complementaria. No es posible seguir paso a paso los

mismos, y sí sólo a título de recuerdo destacar algunos de los extremos que consideramos de mayor interés.

El órgano encargado del Registro y su esfera de competencia está a cargo de los *Ländern*, pero a partir de 1935 la figura del *Amtsgerichte* pasó a ser el órgano común, sin perjuicio de que en ciertas zonas los Notarios-funcionarios de la Administración continúen ejerciendo sus funciones como titulares del Registro.

Con independencia, y dado que en la GBO el Notariado desempeña un importante papel, advirtamos que en Alemania existen tres tipos de Notario: el simple o *Nurnotariat*, depositario exclusivo de fehacencia; el *Amtsnotariat*, Notariado profesional con título jurídico, verdadera profesión liberal, y el Notariado del Estado, estricto funcionario público. Tal estructura ha sufrido algunas alteraciones desde 1969.

La finca tiene acepciones de índole ordinaria, registral, jurídica y catastral-económica. La relación Catastro-Registro es intensa y tiende a acentuarse, aunque varía según los territorios. El *desideratum* no es sólo una plena concordancia, sino una total identidad, tipo suizo. Es de advertir, sin embargo, que las instituciones helvéticas parecen estar de vuelta de este camino.

El folio real, porciones territoriales, es la regla general. Excepcionalmente aparece el folio personal con fincas correspondientes a un solo propietario. A efectos registrales se consideran fincas y tienen folios propios el derecho de superficie, la propiedad minera, ciertos derechos de pesca u otros regulados por los derechos territoriales o locales. Todos los inmuebles susceptibles de propiedad privada son inscribibles quedando, en consecuencia, excluidos caminos, ríos y otros. La inscripción es voluntaria para aquellos cuyo tráfico es poco denso o excepcional: escuelas, iglesias...

Existen libros especiales de minas y ferrocarriles.

El BGB no hace referencia al derecho de segregación o división de predios, pero la doctrina lo considera inherente al poder dispositivo del titular. En nuestros días, en numerosos casos es objeto de procedimientos especiales o autorizaciones expresas; dimanar de los derechos de edificación, agrario, forestal y normas locales. El parágrafo 2 de la GBO procura ya a la coordinación con el Catastro, bien en forma directa, exigiendo que en los casos de segregación se acompañe plano certificado por autoridad fehaciente (que los *Ländern* circunscriben a las catastrales), bien permitiendo que el Ministro de Justicia dicte las disposiciones oportunas para la coordinación, a cuyo efecto los diversos Estados tienen normas previas a la inscripción, complementarias, o de ambas clases.

El libro catastral (*Flurbuch*) con su plano (*Flurkarte*) constituye no sólo una representación topográfica, sino una descripción del total inmueble con sus características físicas, económicas y jurídicas. Ya hemos anotado las tendencias al Catastro único para múltiples finalidades financieras, fiscales, militares, históricas, etc., al Banco de Datos Territoriales, pero no puede decirse que tal tendencia sea moderna, pues ya en 1808 las normas dictadas en Baviera consignaban tales objetivos. Los libros catastrales gozan de una presunción *iuris tantum* de veracidad enunciada en términos muy próximos a los del Derecho suizo.

No obstante, la concordancia no siempre se mantiene y de ahí las constantes alteraciones catastrales, bien dimanantes de motivos exclusivamente internos, administrativos (alteraciones de normas de utilización,

construcción, urbanización, anchura de calzadas, etc.), bien de la voluntad de los particulares con ánimo concordatorio. No faltan motivos comunitarios, como delimitación de zonas comunales. Las colonizaciones tienen procedimientos especiales simplificados para evitar los cuantiosos dispendios a que podrían dar lugar los procedimientos ordinarios.

Pese a todo, se estima que la plena coordinación Catastro-Registro no se alcanzará sino con la adopción de procedimientos electrónicos.

Se inscriben las renunciaciones a la propiedad, que aparecen en los casos de fincas ruinosas o cuyo valor no compensa los gastos de sostenimiento. Devienen *res nullius* o tienen normas especiales en algunos territorios.

No sólo las fincas en estado de propiedad horizontal, sino también las participaciones de comunidades indivisas pueden abrir folio especial. Es discrecional de los encargados del Registro, al objeto de facilitar la fluidez de la mecánica registral.

La inscripción procede cuando existe el consentimiento del titular inscrito (*eintragenen Berechtigte*) o cuando existe acuerdo (*Einigung*). En principio basta el consentimiento unilateral, pero hay importantes limitaciones: transmisiones de inmuebles, constitución o transmisión de derechos de superficie y otros impuestos por los derechos locales. Tal consentimiento del titular puede ser suplido por acuerdo judicial en los casos de rectificaciones, liberación de gravámenes y otros similares.

Ya hemos anotado que en la obra que se recensiona los temas relativos a límites son objeto de amplio y detallado examen. Los problemas son complejos: casos de error o confusión en que puede determinarse el lindero primitivo (*Grenzverwirrung*), el oscurecimiento sin tal posibilidad (*Grenzverdunklung*), los casos contenciosos o *Streitig*, los casos de coincidencia o discrepancia de Registro-Catastro-posesión con corrientes y excepcionales hipótesis, la intervención del «técnico» en mediciones y sus simples procedimientos extrajudiciales, así como los contratos de delimitación o *Grenzfeststellungsvertrag*. Todo ello está expuesto con minuciosidad y pulcritud extraordinarias y eludimos el detalle por sus escasos paralelos en el Derecho hispano.

La extensión de la presunción *iuris tantum* a las condiciones físicas del inmueble se limita al solar o parte de territorio, no extendiéndose a las cualidades, volumen y otros datos de lo edificado o plantado. Por ello los procedimientos de rectificación tienen amplio desarrollo.

La influencia del mundo exterior, la alteración de las técnicas y las necesidades influyen tanto en la organización como en las finalidades del Registro y del Catastro. Sin duda alguna, el Registro como simple institución destinada a la protección de la propiedad privada, celoso guardián, está hoy desplazado. Necesidades sociales mucho más amplias, lo propio que limitaciones cada vez más intensas de los derechos inscritos, exigen una profunda revisión. Si las necesidades exigen fluidez, simplicidad y amplitud en las informaciones, la economía impone la adopción de nuevas técnicas que faciliten aquéllas y sustituyan por maquinaria los elevados costos de un personal cuya curva ascendente es desproporcionada en el cuadro general de costos.

Se tiene ya perfecta conciencia de que nuestra era está abandonando el «mundo del papel». Los datos útiles para instituciones actualmente diversas pueden captarse de una sola vez, almacenarse en ordenadores, relacionarse mediante programas establecidos y extenderse hasta metas que hoy se re-

presentan como sueños inaccesibles. A través de pantallas o adecuadamente impresos están al alcance de interesados y aun directamente en otros locales de la Administración de Justicia, del Fisco, Urbanismo, etc., así como en los despachos de profesionales. Los inmensos estantes de libros se contraen en volúmenes reducidísimos.

El ordenador no implica la desaparición de los datos históricos en beneficio de los vigentes, aunque permite relegarlos a segundo rango para no obstaculizar la sencillez en la información. Simplificación, racionalización, son consignas que suponen mayor facilidad en la captación y almacenamiento de datos. Pero ello es sin merma alguna para el contenido material de los asientos, su aspecto sustantivo, que en Alemania, después de los ensayos efectuados, se conserva íntegramente, aunque se ha observado que sus tradicionales tres secciones son fácilmente reducibles a dos, como en el sistema austríaco.

La obra concluye ofreciendo modelos de los futuros folios registrales y sus secciones: la primera comprensiva de los datos físicos del inmueble y la relación de titulares; la segunda, los asientos, en versión esquemática, y la relación de cargas. También nos muestra un ejemplar de las futuras informaciones de lo que hoy es Catastro, pero ya con el nombre de *Grundstückdatenbank*.

Es un futuro inmediato que se está elaborando a base de pacientes esfuerzos y escrupulosas actividades con la esperanza de ofrecernos avances no sólo cuantitativos, sino también cualitativos. Las instituciones escleróticas no pueden resistir las ondas sincrónicas sociales. Las historias de los pueblos no son autónomas, sino solidarias y cada día más. Pretender hacer retroceder la historia o aislarla en una *turris eburnea* no pasa de ser una ilusión o una nostalgia.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

REVISTAS

II. NOTICIAS DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Abril-junio 1978

El Código Civil como supletorio de los derechos nacionales españoles, por Encarna Roca Trias, págs. 227 a 287.

La recepción de la obra, por Antonio Cabanillas Sánchez, págs. 287 a 315.

Julio-septiembre 1978

Los efectos jurídicos de la gestión representativa, por Luis Díez Picazo, págs. 489 a 509.

Empresa comunitaria y sociedades agrarias, por Alberto Ballarín Marcial, págs. 509 a 555.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Núm. 136. Julio-agosto 1978

Notas sobre el proyecto de nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por H. Rodríguez, págs. 905 a 953.

Núm. 137. Septiembre-octubre 1978

Fiscalidad de los grupos de empresas, por A. Esteban Marina, páginas 1173 a 1199.

Algunas reflexiones sobre la noción de base, por E. Lejeune Valcárcel, páginas 1199 a 1221.

Tributación de los beneficios deri-

vados del juego, por L. Mateo, páginas 1221 a 1265.

Colaboración de las entidades financieras en la gestión tributaria, por M. Cruz Amorós, págs. 1265 a 1289.

El nuevo delito fiscal, por G. Quintero Olivares, págs. 1313 a 1333.

Los gastos de viaje. Contabilidad y fiscalidad, por J. Gibaja Núñez, páginas 1289 a 1313.

El origen político de la crisis económica, por E. Moldes Teo, páginas 1333 a 1347.

Uniformidad e independencia parcial en la elección colectiva, por J. Salinas Sánchez, págs. 1347 a 1367.

Núm. 138. Noviembre-diciembre 1978

Instituto de Estudios Fiscales, Impuesto sobre Sucesiones, Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, por R. de Miguel López, páginas 1674 a 1680.

L. M. Cazorla Prieto: *El Secreto Bancario*, por M. Basols Coma, páginas 1680 a 1682.

F. de Luis y L. del Arco: *La descentralización fiscal*, por E. Moldes Teo, págs. 1682 a 1696.

D. Strasser: *La Hacienda de Europa*, por A. Iglesias Suárez, págs. 1696 a 1705.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Abril-junio 1978

Comentarios a la reforma parcial del Reglamento Hipotecario (R. D. 27

- de agosto de 1977), por José María Chico Ortiz, págs. 7 a 47.
- Naturaleza jurídica y proceso de formación, requisitos para la validez y efectos jurídicos así como libertad de circulación de los documentos notariales en Derecho alemán, a la luz del Derecho Internacional Privado alemán*, por Horst Heiner Hellge, págs. 47 a 99.
- Régimen jurídico del establecimiento de extranjeros*, por Francisco Lucas Fernández, págs. 99 a 183.
- La función notarial de tipo latino*, por Juan Vallet de Goytisolo, páginas 183 a 201.
- Zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros*, por Francisco Lucas Fernández, págs. 201 a 295.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Julio-agosto 1978

- Limitaciones legales a posibles aumentos de las rentas urbanas*, por José González Porras, páginas 583 a 595.
- La codificación y el Derecho foral*, por Encarna Roca Trias, págs. 596 a 642.
- Adquisición de inmuebles por mujer casada no administradora con capital ganancial*, por Enrique Rubio Torrano, págs. 643 a 660.
- Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una justa causa*, por Pablo Salvador, págs. 661 a 697.

Septiembre 1978

- Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario*, por Manuel Albaladejo, págs. 737 a 749.
- La institución en favor de los parientes*, por Silvia Díaz Alabart, páginas 750 a 767.
- Las fusiones especiales de la sociedad anónima*, por Sebastián Moll de Miguel, págs. 768 a 802.

Octubre 1978

- La llamada «Patria Potestad de hecho»*, por José María Castán Vázquez, págs. 841 a 844.
- Importancia de las reivindicaciones y memoria de las patentes de invención en España, en orden a conseguir una adecuada protección del invento y precisiones para su redacción e interpretación*, por Juan Felipe de Martí de Salazar, páginas 845 a 857.
- Inversiones extranjeras en zonas estratégicas. Adquisiciones onerosas inmobiliarias por personas físicas*, por Juan-José Rivas Martínez, págs. 858 a 908.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL IBEROAMERICANO

Núms. 2-3. Año 1978

- Nuevos y más rápidos procedimientos en las causas matrimoniales*, por Lamberto de Echeverría, páginas 287 a 311.
- Poder judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial*, por José Vicente Gimeno Sendra, págs. 311 a 337.
- Para una sistematización de los actos procesales en el proceso de trabajo*, por Juan Montero Aroca, páginas 337 a 381.
- Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios*, por Alberto Monton Redondo, págs. 381 a 399.
- La demolición de la administración de justicia en la futura Constitución de 1978*, por Andrés de la Oliva Santos.
- La ausencia del imputado en el proceso penal*, por Manuel Ortells Ramos, págs. 433 a 493.
- Proceso y método*, por Francisco Ramos Méndez, págs. 493 a 533.
- El acusador privado*, por Juan A. Robles Garzón, págs. 533 a 573.
- El secretario como integrante funcional del órgano jurisdiccional*, por Jesús Seoane Cacharrón, páginas 573 a 651.

Núm. 4. Año 1978

Los Tribunales de Jurados en la nueva Constitución española (1978), por Víctor Fairén Guillén, páginas 709 a 789.

Las garantías colectivas e individuales en la Constitución mexicana ejemplificadas por el juicio de amparo, por Héctor Fix-Amudio, páginas 789 a 837.

El Derecho procesal en la nueva Constitución, por José Almagro Nosete, págs. 837 a 903.

Reflexiones acerca de la legitimación procesal activa, por Manuel Morón Palomino, págs. 903 a 925.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Julio-septiembre 1978

Sobre la oportunidad de una regulación específica de la cooperación agrícola, por José Luis del Arco, páginas 7 a 29.

Las asociaciones agrarias y la libertad sindical, por Francisco Corarl Dueñas, págs. 29 a 51.

Oportunidad de un Derecho sucesorio agrario, por Víctor M. Garrido Palma, págs. 51 a 73.

Sobre los orígenes del Derecho agrario en España: La construcción ideológica de la ilustración, por Eduardo Sevilla-Guzmán, páginas 73 a 87.

Estimación de elasticidades de oferta de algunos de los principales productos agrarios españoles, por A. Iñiguez y J. Silvio Martínez Vicente, págs. 87 a 125.

Abril-junio 1978

Antecedentes españoles en orden a la regionalización, por Julián Marías Aguilera, págs. 9 a 31.

La conciencia regional en la España de nuestros días, por Manuel García Ferrando, págs. 31 a 51.

Regiones y dependencias, por José Luis Sampedro, págs. 51 a 71.

Difusión de innovaciones. Sistemas de ciudades y autonomías regio-

nales, por Luis Racionero Grau, páginas 71 a 87.

Política agraria, regiones y Mercado Común, por Alberto Ullastres, páginas 87 a 115.

Ensayo de análisis en España, a nivel regional, de las relaciones entre el desarrollo agrícola y el desarrollo global, por L. Judez y A. G. Velázquez, págs. 115 a 143.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Núm. 199. Julio-septiembre 1978

Dimensión psico-sociológica del deportista en el contexto de la vida municipal, por Julián Carrasco Belinchón, págs. 537 a 561.

Delimitación del suelo urbano en municipios carentes de Plan de Ordenación, por Miguel Figueira Louro, págs. 561 a 581.

Las elecciones municipales en la Bética Romana (Una aproximación a la Lex Flavia Malacitana), por Juan-Francisco Rodríguez Neila, páginas 581 a 633.

Núm. 200. Octubre-diciembre 1978

Geografía administrativa de Aragón, por Aurelio Guaita, págs. 737 a 761.

Las infraestructuras urbanísticas básicas, por Antonio Carceller Fernández, págs. 761 a 783.

La Administración local de Galicia en la hora de las autonomías, por Juan-Manuel de la Cuetara Martínez, págs. 783 a 849.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 408. Septiembre 1978

Poder judicial y Estado de Derecho, por José María Ramos González, páginas 890 a 907.

El delito de omisión del deber de socorro, por Luis Portero García, páginas 907 a 922.

Núms. 409-410. Oct.-noviembre 1978

Breves consideraciones sobre la reforma de la emancipación en el

Código Civil, por Enrique Ruiz Vadillo, págs. 1018 a 1027.
Poder judicial y Estado de Derecho, por José María Ramos González, páginas 1027 a 1053.

Núm. 411. Diciembre 1978

Breves consideraciones sobre la reforma de la emancipación en el Código Civil, por Enrique Ruiz Vadillo, págs. 1186 a 1201.
Las obligaciones del aceptante cambiario, por Pedro Navarro Vilarrocha, págs. 1201 a 1209.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Núm. 1. Julio 1978

Problemas que plantea la actuación arbitral, por Tomás Ogayar y Ayllón, págs. 7 a 59.
El artículo 12, 5.º, del Código Civil y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo, por M.ª Paz Andrés Sáenz de Santa María, págs. 59 a 77.

Núm. 2. Agosto 1978

La propiedad horizontal e nel Derecho puertorriqueño, por Eduardo Vázquez Bote, págs. 109 a 203.

Núm. 3. Septiembre 1978

Arbitraje y los negocios, por Bernardo M. Cremades, págs. 233 a 261.
La educación ante el Derecho, por Jesús Valdés y Menéndez, páginas 261 a 313.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 3. Julio-agosto 1978

El artículo 1.090 del Código Civil, por Pablo Salvador, págs. 551 a 599.

La contratación entre cónyuges, en el Código Civil y en los derechos especiales, por Nicolás Gómez de Enterría Gutiérrez, págs. 599 a 649.

Dogmática creadora y política criminal, por Santiago Mir Puig, páginas 649 a 665.

La revisión de la causa en los procesos matrimoniales canónicos, por Juan Luis Acebal Luján, págs. 665 a 705.

Apéndice a «El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El vínculo matrimonial ¿es disoluble o indisoluble?», por Enrique Fosar Benlloch, págs. 705 a 739.

Núm. 4. Octubre-diciembre 1978

Constituciones de Cataluña y comentarios de juristas catalanes relativos al fideicomiso, por M.ª Teresa Tatjer Prat, págs. 815 a 827.

Derecho inmobiliario y Derecho civil, por Plutarco Marsá Vancells, páginas 827 a 907.

El dret els espais naturals protegibles, por Lluís Paluzié I Mir, páginas 907 a 919.

En vísperas de la reforma del Derecho concursal español, por Francisco Vicent Chuliá, págs. 919 a 993.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

La legislación española sobre el patrimonio histórico artístico. Balance de la situación de cara a su reforma, por Tomás Ramón Fernández, págs. 13 a 37.

La unificación de los sujetos en el régimen jurídico privado de las urbanizaciones, por Roberto Blanquer Uberos, págs. 37 a 111.

De las normas subsidiarias del planeamiento municipal con ámbito provincial, por Herminio Núñez Maroto, págs. 111 a 123.

