

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLV * Mayo-Junio 1969 * Núm. 472

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo; y

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección : General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 2 25 53 16.

Precio : 200 pesetas al año.

Número suelto : 50 pesetas.

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

Depósito legal: M. 968.—1958

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
“Notas sobre el enriquecimiento sin causa”, por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO	569
“Problemática de la caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria”, por JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ	605
“El Derecho inglés: orden jurídico inmobiliario y registral”, por JUAN ANTONIO LEYVA DE LEYVA	671
 NOTAS:	
“Un nuevo libro de Derecho Inmobiliario Registral”, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA	715
 LEGISLACION:	
“Crónica legislativa”, por FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL	745
 VIDA JURIDICA:	
“El régimen económico-matrimonial legal en Europa”, de EUGENIO FERNÁNDEZ CABALETRO	757
 JURISPRUDENCIA:	
Resoluciones y Sentencias:	
I.—Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA	763

II.—Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia Civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO, RAFAEL IZQUIERDO ASENSIO, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LUCINI 779
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ 824

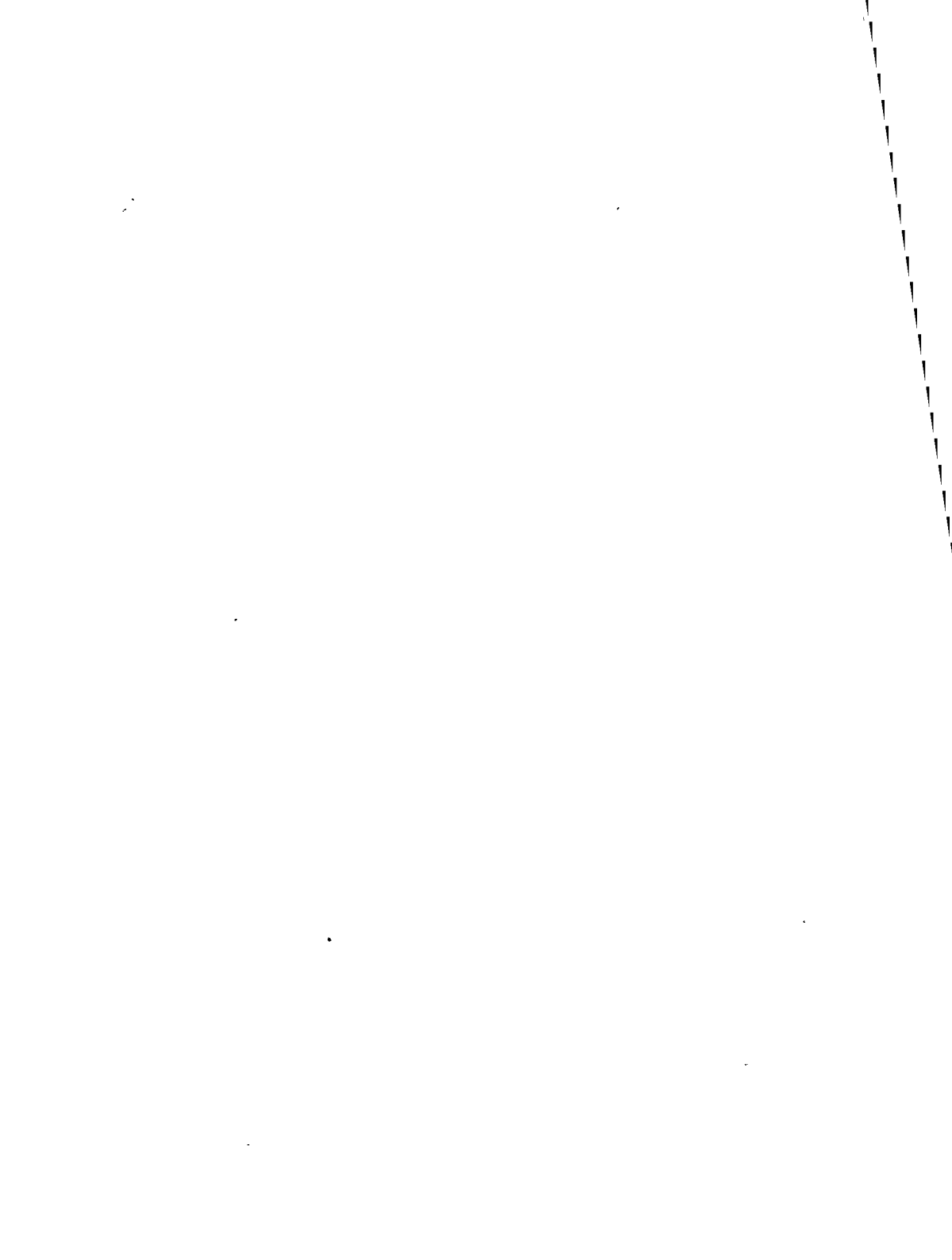
- III.—Resoluciones del Tribunal Económico - Administrativo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS 833

LIBROS:

- “Lecciones de Derecho Fiscal”, de LUCAS BÉLTRÁN FLORES, por JOSÉ MENÉNDEZ 841
- “La venta de herencia”, de ANGEL CRISTÓBAL-MONTES, por JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA 843
- “Aguas públicas y obras hidráulicas”, de SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, por JOSÉ QUESADA SEGURA 845
- “Arbitrage Civil et Commercial”, de JEAN ROBERT, por PEDRO A. FERRER SANCHÍS 848
- “Contribución Territorial Urbana”, de HENRÍQUEZ RUBENS, por JOSÉ MENÉNDEZ 851
- “Le fonds de commerce”, de M. VERCRUYSE y E. LAUWERS, por TERESA PUENTE MUÑOZ 852

- REVISTAS:** 861

ESTUDIOS



Notas sobre el enriquecimiento sin causa

SUMARIO: I. Concepto y génesis.—II. Fuente de la acción de enriquecimiento: ¿principio o ley?—III. Naturaleza de la acción.—IV. Presupuestos de la acción: se enumeran. Casuística.—V. Presupuestos. Enriquecimiento y empobrecimiento conexos.—VI. Presupuestos. La falta de causa.—VII. ¿Debe ser directo el desplazamiento? Acción de *in rem verso*.—VIII. El problema de la subsidiariedad.—IX. Contenido de la acción. Prescripción.

I. CONCEPTO Y GÉNESIS.

Del artículo 1.901 del Código civil se deduce que cualquier prestación hecha sin causa alguna que la justifique, es decir, absolutamente indebida, puede ser reclamada por quien la realizó, por cuanto lo prestado sólo puede conservarse por el *accipiens*, mediante liberalidad u otra justa causa. Hay base en tal precepto, pues, para construir una *condictio sine causa generalis*; una acción genérica de enriquecimiento, de ámbito y eficacia distintos a la típica *condictio indebiti*, y en la cual—contrariamente a ésta—ni el error es presupuesta de la acción, ni, para enervarla, se preocupa el artículo 1.901 del *indebitum* ni del error. O sea: el *accipiens* que pretenda retener lo recibido habrá de demostrar, frente a la reclamación del *tradens*, no simplemente que éste, cuando realizó la prestación, sabía que no era debida, sino precisamente, y en sentido positivo, que su adquisición se justifica por una *causa para retener* lo recibido, presente en la mente del *solvens* al hacer la atribución. Faltando tal causa, la *condictio* debe prosperar siempre, aunque el *solvens* cumpliera una «obliga-

ción» que supiera inexistente; habiéndola, no ha lugar a la restitución, aunque no hubiera deuda y, por tanto, se pagase algo no debido jurídicamente, como en el caso de las llamadas *obligaciones naturales*.

La construcción del artículo 1.901 es aplicación particular de un principio todavía más genérico, según el cual *nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro*.

Las palabras «enriquecimiento injusto» tienen aquí una significación específica. Ciertamente, casi todo el Derecho patrimonial se halla dirigido a impedir el despojo y conservar la integridad de los bienes, y en este sentido, la reivindicatoria o la acción dirigida al cobro de un crédito, por ejemplo, impiden el enriquecimiento del poseedor no propietario o el deudor, y el empobrecimiento del propietario no poseedor o el acreedor. Mas no se trata aquí de acciones particulares en defensa de concretos derechos subjetivos (la propiedad, el crédito), sino de una acción genérica destinada a corregir los desplazamientos patrimoniales carentes de causa, y precisamente sobre la base de esa falta de causa en el *accipiens*, con independencia de los singulares derechos subjetivos del *tradens*, y sólo en la medida del empobrecimiento de éste.

Tampoco acertaría mínimamente con la finalidad de la acción quien la concibiera como un instrumento general de equilibrio en el movimiento de las riquezas. Al contrario, el Derecho, por razones de seguridad y exigencias de tráfico, de una parte, confirma y protege adquisiciones que no responden ni a una donación ni a una contraprestación equivalente: por ejemplo, en virtud de usucapión, o a costa del poseedor de mala fe, o en determinados supuestos de accesión, etc.; y, de otra, no requiere en los cambios una equivalencia exacta objetiva, y sí sólo subjetiva: si se vende una cosa por precio muy superior o inferior al valor real, el Código no concede acción al empobrecido para recuperar la diferencia de precio.

Por consiguiente, para que exista un enriquecimiento legalmente «injusto», se requiere que ningún precepto autorice para retener al acrecimiento experimentado por un patrimonio. Sólo entonces dicho acrecimiento puede ser reclamado por quien, a consecuencia de él, haya experimentado en sus bienes un empobreci-

miento correlativo y conexo, y entonces mediante una acción que tiene su base, junto o no con un precepto específico, y para el supuesto concreto, en el principio general antes aludido.

Por supuesto, la calificación de enriquecimiento como *injusto* no arguye necesariamente la comisión de un acto ilícito por el enriquecido: no se requiere culpa suya para que exista lucro indebido, y, en cambio, la culpa da lugar a una indemnización que se mide, ateniéndose tan sólo al daño experimentado por la víctima, al margen por completo de que haya proporcionado o no ventajas al responsable, mientras la nivelación del enriquecimiento no puede superar el aumento patrimonial experimentado por el *accipiens*.

La acción, tal como la vemos hoy, es de reciente creación legal (por ejemplo, Alemania) o jurisprudencial (Francia), aunque sus raíces penetran hasta el Derecho romano. En éste, diversas acciones denominadas con el nombre genérico de *condictio*, en supuestos en los cuales se había verificado una adquisición de propiedad con arreglo a Derecho estricto, pero social y moralmente no justificada, permitían, en casos concretos, reclamar la devolución de lo entregado o su equivalente. Es discutible si, en época tardía, llegó a existir, a modo de generalización de las concretas *condictiones*, una *condictio sine causa generalis*, destinada a la reclamación de cualquier incremento patrimonial sin causa, y precisamente en la medida en que el incremento se produjo (no, pues, la devolución de un objeto o un importe concretos), es decir, del enriquecimiento propiamente dicho. En cualquier caso, con independencia de ella, una máxima de POMPONIO que recogió JUSTINIANO (D. 50, 17, 206: *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*), sin pensar probablemente en darle consecuencias directas, sirvió asimismo a los glosadores para construir la teoría del enriquecimiento injusto, que contemplan como una reacción del Derecho natural, del *ius bonum et aequum*, contra la solución rigurosa y técnica. El supuesto que les sirve de paradigma es el de la transmisión de bienes válida *iure civile*, pero que no se justifica según la equidad.

El sistema romano común de las *condictiones* pasó a las Partidas (5, 14, 28 a 54), que enunciaron la norma de principio según la cual “ninguno non deue enriquescerse tortizeramente con daño

de otri" (7, 34, 17), si bien en ellas la acción general de enriquecimiento tiene escaso desarrollo y no encontró eco en la doctrina.

II. FUENTE DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO:

¿PRINCIPIO O LEY?

El principio prohibitivo del enriquecimiento injusto no se halla formulado en los primeros Códigos latinos, que concretan su regulación a la *condictio indebiti*. El nuestro, más original, no se limitó a recoger la doctrina del pago de lo indebido, sino que estableció, además, tomándola del anteproyecto belga de LAURENT, la *condictio sine causa* por prestación injustificada (art. 1.901). Pero la prohibición del lucro sin causa no arranca de aquí: al contrario, venía siendo proclamada desde bastante antes, y con mayor amplitud, sobre la base de las Partidas, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y ha ido adquiriendo, en época reciente, notable precisión en la propia jurisprudencia, sin relacionarla, por cierto, con la fórmula del artículo 1.901, desde luego de ámbito más limitado.

Explica así el Tribunal Supremo, en numerosas sentencias a partir de la de 12 de enero de 1943, cómo, "a pesar de las múltiples manifestaciones que el Código civil contiene en punto al enriquecimiento ilícito, no hay norma legal ni consuetudinaria que, en forma sistemática, general o específica, gobierne la acción de enriquecimiento ilícito, y así pasa a primer plano de fuente jurídica el principio de que a nadie le es lícito enriquecerse a costa de otro, reconocido unánimemente como derivación del Derecho natural por la legislación romana, por la tradicional española, por la doctrina científica y por la jurisprudencia", que desde el primer momento, y en un crecido número de decisiones, "lo invocó para atender a múltiples situaciones en que la equidad exigía su aplicación" (1).

(1) Véanse, de tenor idéntico o aproximado, entre otras, sentencias de 10 de marzo de 1956, 27 de marzo de 1958, 22 de diciembre de 1962 y 23 de marzo de 1966.

Según la sentencia de 22 de diciembre de 1962 «nuestro Código civil, al igual que la mayoría de los de su época—salvo el alemán de 1895—, no recoge en

Como se ve, para el Tribunal Supremo, frente a aquellas legislaciones modernas (por ejemplo, C. c. alemán e italiano), en las cuales la recuperación genérica del lucro injusto viene concedida al empobrecido expresamente por la ley, que regula sus condiciones, aquí funciona, en defecto de norma legal genérica, un principio de Derecho que hace sus veces y cuyas condiciones de aplicación viene determinando la jurisprudencia en relación con su finalidad y con los preceptos del Código que regulan situaciones análogas concretas.

Sin embargo, si bien la ley no determina exactamente las condiciones de ejercicio y el contenido de la acción, acaso resulta exagerado negar a la acción todo fundamento legal directo en una norma más o menos de principio, es decir, ya para el Derecho anterior a 1889, en las Partidas, que prohíben expresamente el enriquecimiento injusto (7, 34, 17); ya para el Derecho vigente, en el artículo 1.901.

En mi opinión, en tal precepto encuentra la acción general de enriquecimiento, por inducción directa, una sólida base. Ciertamente, aparentemente, el artículo 1.901 se limita a sentar una presunción de error, una vez demostrado el *indebitum*, pese a la cual el *accipiens* podrá retener si, por su parte, prueba la existencia de "otra justa causa" de la atribución. Pero el texto tiene una significación ulterior ineludible. Por de pronto, está pensado para una situación distinta del simple pago de lo indebido por error, porque si hubiera error, la reclamación sería siempre posible al amparo del artículo

una construcción unitaria aquellos diversos supuestos de desplazamiento patrimonial sin causa, sino que en diferentes artículos regula alguno de esos tipos; y por ello tuvo que ser la jurisprudencia la que, por vía de generalización, hubo de proclamar aquel principio, haciendo posible su aplicación a casos que no estaban comprendidos en tales preceptos».

Y concretamente para la *condictio* por disposición sin derecho dice la sentencia de 10 de marzo de 1956 que «tiene una importancia extraordinaria, pues su objetivo es una compensación justa en los casos en que la ley, por razones de seguridad del tráfico, declara válidas las disposiciones de personas que obran sin derecho, permitiendo brindar apoyo suficiente en nuestro Derecho positivo a este tipo de *condictio*, algunos preceptos esparcidos en el Código civil y, sobre todo, el sentido de los mismos desentrañado por la doctrina y la jurisprudencia, cabiendo afirmar en términos generales que la misma trata de hallar una compensación justa de los intereses en pugna, viniendo obligado el disponente a entregar lo que ha obtenido en virtud de la disposición, es decir, que por no serle posible al verdadero titular reclamar contra el tercero que ha adquirido en firme, ha de tener reconocida una pretensión dirigida contra el disponente y fundada en el principio».

lo 1.895. La reclamación fundada en el artículo 1.901 no presupone el error del *solvens*: es posible sin él, y a ella sólo cabe oponer una razón para no restituir que—paralelamente—tuviera presente el *solvens* al hacer la entrega, según se desprende del tenor del precepto. O sea, que la *causa retinendi* no es, en el artículo 1.901, una mera excepción objetiva, que valdria por si misma y sin necesidad de reiterarla en un nuevo precepto (por ejemplo, la imputación de lo recibido en pago de una deuda antecedente o la compensación con una ulterior); ni tampoco una razón moral que exime, por si, de restituir; sino una causa subjetiva, esto es, un *quid*, a la vez, realmente existente, creado o tenido en cuenta por el *solvens* al hacer la atribución, y que justifica ésta: primero en la mente de aquél, y luego, por mandato del legislador, en el orden jurídico objetivo.

En un planteamiento así, el precepto queda dividido en dos partes: la primera, en relación inmediata con el pago de lo indebido, estableciendo la presunción de error; y la segunda, autónoma y ajena a aquel instituto, relativa a la firmeza de determinados desplazamientos patrimoniales. Ambas parten de un mismo supuesto, pero tal supuesto desempeña en cada una un papel distinto.

a) Se presume el error cuando se paga lo que nunca se debió o está ya pagado. Aquí, la inexistencia actual de deuda es *causa eficiente* de la presunción.

b) Cuando uno entrega a otro lo que no debe, el *accipiens* puede retenerlo si demuestra que la atribución se hizo en vista de una justa causa realmente existente. Aquí, la inexistencia actual de deuda no es causa de la *retentio*, en ningún sentido.

Las dos partes del artículo 1.901, así, tienen un período común, que desempeña papel diferente en cada una; y en el resto son independientes. En particular, cualquier exigencia de error del *solvens* en la segunda, o la inversa pretensión de retener el *accipiens* lo adquirido, destruyendo la presunción de error establecida en la primera (¡para el pago de lo indebido!), atenta contra la lógica interna del texto, pues si el propio legislador presupone que la entrega se hace “a título de liberalidad o por otra justa causa”, es evidente que no hay ni puede haber error en el *tradens*, el cual,

en la mente del legislador, es consciente de no ser deudor de la cosa entregada, y obra movido precisamente por una causa distinta.

Ahora bien: si frente al hecho del *indebitum*, el *accipiens* puede alegar otra *causa retinendi*, pero no simplemente la falta de error del supuesto *solvens*, resulta que toda entrega indebida, aun no siendo *solvendi causa*, da lugar a obligación de restituir al *tradens*, indudablemente fundada en una regla prohibitiva del injusto enriquecimiento, implícita en el artículo 1.901. Pues decir que “cuando se entregó cosa que nunca se debió” el *accipiens* únicamente puede defenderse probando que la entrega se hizo por donación u otra causa justa, equivale a establecer la necesidad de justa causa en toda atribución o prestación, y a dejar en claro asimismo el derecho de quien pide la devolución en cualquier otro caso, obrase o no con plena conciencia de entregar lo que no debía. “Lo prestado sin causa puede reclamarse”, viene a decir el precepto.

La misma regla se aplicará por analogía, e incluso con mayor razón, cuando el lucro provenga, no ya de una voluntaria entrega, sino de apoderamiento ilícito del enriquecido.

El principio jurisprudencial prohibitivo del enriquecimiento, pues, duplica en parte un amplio ámbito atendido por la interpretación del artículo 1.901, y, en realidad, a la vez que de la tradición y de la equidad, puede estimarse emanado de dicho texto, en cuanto no suponga directamente aplicación del mismo, y, por tanto, de fuente primaria.

III. NATURALEZA DE LA ACCIÓN.

Ya he aludido a que, más comúnmente, las acciones de Derecho patrimonial tienden, en alguna forma, a conservar, a través del cambio o la recuperación, el equilibrio entre patrimonios, y, por ende, a evitar un enriquecimiento sin causa. En algunas, la finalidad de equilibrio se halla en un primer término, por referirse a prestaciones recíprocas (arts. 1.124; 1.291-1.º y 2.º; 1.469 y siguientes etc.); pero también consiguen evitar un lucro injusto, por ejemplo, una acción de daños o una confesoria. Ello no sería su-

ficiente para considerarlas como acciones de enriquecimiento, pues, como asimismo he explicado, la *condictio generalis* se funda exclusivamente en el desplazamiento sin causa, mientras estas otras acciones operan sobre la base de una *causa* nominada: la defensa de un concreto derecho o atributo subjetivo que sirve de título de pedir, y, las más veces, de medida al contenido económico de la condena.

En ciertas hipótesis el enriquecimiento del demandado aparece claramente en el Código civil, como límite de la acción o de la eficacia solutoria de una atribución; en particular, en tema de obligaciones o créditos del incapaz (pago recibido por él, art. 1.163; restitución por nulidad del contrato, art. 1.304; mandato, artículo 1.716; depósito, art. 1.765). Bien se ve—pese a la contraria opinión de PACHIONI—como en tales eventos la acción no pierde su carácter inicial: no es específica de enriquecimiento, sino la misma que competía contra una persona capaz, con su contenido económico limitado. La medida de la acción es el enriquecimiento del demandado, pero ello para evitar, si la reclamación se extendiera a términos más amplios, un empobrecimiento suyo contrario a la equidad y que, a falta de las normas concretas citadas, sería conforme al Derecho positivo. La acción, entonces, no se halla fundada en, sino restringida al enriquecimiento.

Estos mismos propósitos de evitar el empobrecimiento éticamente injustificado, pero autorizado por una regla jurídica general, han conducido al legislador, en muchos supuestos de adquisición o restitución en virtud de un derecho subjetivo concreto, a dictar normas correctoras que permiten al demandado conservar o recuperar en todo o en parte el importe en que se empobrecería, y constituyen una limitación de los derechos del demandado victorioso tras la victoria: la conservación o atribución de la propiedad o posesión de la cosa, o la adquisición de las acciones, llevan consigo la obligación de abonar a otra persona ciertas expensas hechas en beneficio del objeto recobrado, siempre que el valor de tales aumentos se conserve en dicho objeto y enriquezca al demandante. Así en temas de frutos (C. c., arts. 356, 472-3.º, y, en general, 453); accesión (arts. 360, 361 y 383); expensas del poseedor (arts. 453 y 1.897 en relación con el 458) y, en particular, del demandado de retracto (art. 1.518); en más lejana relación,

gastos y suplidos del mandatario, gestor oficioso, comodatario, depositario, mejoras del arrendatario en ciertos casos, etc.

Insisto: evitar un lucro contrario a la equidad es aquí motivo primordial de la ley, que con tal fin dicta una regla particular, rectificando anterior disposición más general y concediendo al empobrecido un derecho a la integridad de su p  trimonio del que se deducen, a su vez, las correspondientes acciones y excepción frente a la reivindicación del propietario, etc. Mas sin tal regla particular, el aumento del patrimonio del demandante, aun siendo inicuo (contrario a la equidad), no será *sin causa*, pues la encontraria en la regla general, y, por tanto, ni aun la presencia de una norma legal explícita en el Ordenamiento español que estableciera la *condictio sine causa generalis* dará lugar al reembolso de gastos o impensas.

Se hace aquí patente el doble fundamento de la *condictio*. Uno, subjetivo y espiritualista, la implanta en el campo de la equidad y de los deberes morales: es el último recurso cuando hay una injusticia flagrante en que una persona se enriquezca a costa del empobrecimiento de otra (RIPERT). Otro, objetivo y materialista, se queda en la mecánica de los cambios patrimoniales, acordando el derecho al reintegro si frente a un patrimonio empobrecido falta causa para retener el enriquecido; cada uno debe restituir la ventaja que le ha proporcionado otro sin causa. El primero, constituye el motivo del legislador; el segundo, representa el supuesto del nacimiento del derecho. Es este último exclusivamente el que cuenta en el momento de conceder o negar la acción, siquiera venga influido por el primero a través del concepto de "justa causa" para retener, cuya existencia o defecto podrá apreciar el juzgador, en buena medida, a falta de precepto expreso, conforme a patrones de moral social y equidad.

En consecuencia, las pretensiones nacidas de gastos e impensas frente a la adquisición o recuperación de un titular de mejor derecho no son, estructuralmente, acciones de enriquecimiento, pues, aparte de que no siempre se ajustan en el *quantum* a ese límite, tampoco podrian ejercitarse en forma de acción t  pica de enriquecimiento y a falta de precepto expreso, ya que sin él hay una causa para retener—la regla de accesión, por ejemplo—que libera al adquirente de cualquier reclamación.

Acciones de enriquecimiento, en sentido estricto, son, en suma, exclusivamente aquellas que pueden ejercitarse sobre la base de un precepto, estableciendo expresamente la recuperabilidad general del lucro injusto, o bien fundadas en un principio prohibitivo proclamado por la jurisprudencia con independencia de si, además, vienen o no concedidas por un texto particular. En tales condiciones apenas hallamos en el Código civil como supuestos particulares, sino los artículos 1.698-2.º (interpretativamente, y en el caso particular de recuperación, por el socio que obró sin poder de la sociedad frente a tercero, del provecho ocasionado a aquélla en detrimento propio) y 1897 (responsabilidad del *accipiens indebiti* de buena fe).

La jurisprudencia ha intentado distinguir en la obligación de restituir el lucro sin causa; de una parte, un instituto arraigado en diversos preceptos del Código civil, y de otra, una norma supletoria o principio general del Derecho. Dice así la sentencia de 12 de enero de 1943, y repiten desde entonces otras hasta la de 23 de marzo de 1966, que la máxima prohibitiva del enriquecimiento tiene “en nuestro Ordenamiento jurídico, no sólo la significación de un principio general de derecho aplicable como fuente de carácter subsidiario, sino muy acusadamente de una institución jurídica recogida en una serie abundante de preceptos legales, siquiera sea en forma inconexa, sin verdadera y propia sistematización generalizadora”, por lo cual “es indudable que, en todo caso, no basta invocar el principio de que se trata a modo de una regla general y abstracta, sino que es preciso demostrar y justificar en cada caso la procedencia concreta de la acción de enriquecimiento en relación con las particularidades que representa el respectivo desplazamiento patrimonial y con los elementos y requisitos que ha de reunir la acción para ser un saludable postulado de equidad y justicia, y no un motivo de grave perturbación y trastorno en la seguridad de las relaciones jurídicas”.

La fórmula jurisprudencial, dirigida a rechazar una extensión excesiva de la pretensión de enriquecimiento frecuentemente alegada en juicio sin más fundamento que vagas reglas morales, es poco feliz. Ya he explicado cómo en el Código civil hay escasas aplicaciones del *principio*, aunque la *idea* esté latente en todo el Derecho patrimonial. Apenas puede hablarse, pues de *institución*

jurídica con separación de la regla genérica (ley o principio del Derecho, ambos desarrollados por la jurisprudencia) en que se apoya. En teoría, la acción puede deducirse casi siempre del artículo 1.901, aplicado directamente o por *analogia legis* (es decir, al menos como principio general deducido de una norma), pero en todo caso no creo que la distinción entre ley o principios generales como base de la pretensión de enriquecimiento, o sea, entre los supuestos legales de *condictio sine causa* en sentido propio anclados en los artículos 1.698, 1.897 y 1.901, y el principio jurisprudencial, lleve consigo consecuencias importantes. En cualquier supuesto, y apliquense la ley o los principios, lo esencial será discriminar si hay o no causa *causa retinendi*, y en consecuencia si debe negarse o admitirse la reclamación.

La obligación de restituir lo prestado, atribuido o apropiado *sin causa*, no es contractual (pues no proviene de contrato), ni delictual (pues aunque en su nacimiento parte a veces de un acto ilícito, la obligación surge con independencia de la ilicitud), ni legal (pues media siempre un hecho actual en su originación). Propiamente, y teniendo en cuenta que aún los actos ilícitos se contemplan, en tema de enriquecimiento, desde un ángulo independiente de los conceptos de culpa y dolo y atendiendo a la presencia o ausencia de *desplazamiento patrimonial* y *causa* exclusivamente, el concepto genérico más próximo al enriquecimiento es el de cuasi-contrato, calificación que nada resuelve, al faltar en el Código reglas generales que disciplinen tan borroso instituto.

La acción de enriquecimiento es siempre personal, dirigida a la recuperación de un *valor* situado sin causa en poder de un concreto sujeto, y del que, igualmente sin causa, fue privado otro sujeto: es la identidad del valor reclamado y de la falta de causa la que pone en relación personal a ambos, creando en el uno la obligación de restituir y en el otro la exigencia. No obstante, en el concepto de *valor* pueden entrar también las cosas concretas: mediando falta de causa coincidente en el prestar y el retener, la acción puede dirigirse igualmente a la restitución de una cosa individualizada o a la entrega de un equivalente pecuniario. Esto segundo será lo más frecuente, pues mientras no se haya perdido la propiedad de una cosa, lo normal será reivindicarla de quien la posea, y sólo cuando pierda su individualidad o pase por título

oneroso a manos de un tercero de buena fe, habrá de recurrirse a la *condictio*. Pero no cabe excluir que el legitimado para reivindicar prefiera en casos intentar la acción personal de enriquecimiento (que, según veremos más adelante, no es subsidiaria), ya para recuperar una cosa concreta, todavía en poder de quien le despojó de ella o a quien él se la transmitió indebidamente, y que entonces se enriquece con su posesión; ya para pedir al adquirente inmediato el importe de la cosa vendida a un tercero de mala fe o donada a él, en lugar de intentar la recuperación contra dicho tercero. Lo fundamental es demostrar la presencia, en el patrimonio del demandado, de una cosa o un valor; la ausencia de *causa retinendi*, y la procedencia del matrimonio del demandante, que se empobrece con su pérdida. La recuperación, a partir de ahí, puede versar indistintamente sobre propiedad o posesión; sobre cosas concretas o valores.

Finalmente: el perjudicado puede oponer también el enriquecimiento por vía de excepción, y cuando llevo dicho o diré de la acción vale, *mutatis mutandis*, para ella.

IV PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN: SE ENUMERAN. CASUÍSTICA.

Aun aplicable el artículo 1.901 como expresión de la regla prohibitiva del lucro sin causa, de hecho el Tribunal Supremo apenas lo invoca, y en todo caso tal regla, sea de origen legal o principal, precisa de ulteriores concreciones y complementos. A ello se dedicó la jurisprudencia, a través de multitud de litigios, en los que el análisis, siempre superficial, fue calando con alguna mayor profundidad al compás del progreso de la doctrina, y en particular a partir de la monografía de NÚÑEZ LAGOS sobre el "enriquecimiento sin causa en el Derecho español", y la traducción y anotación del *Derecho de obligaciones*, de ENNECERUS y LEHMANN.

Fruto de esos progresos es la formulación de conjunto de los presupuestos de aplicación de la regla prohibitiva del lucro injusto a que llegan, sintetizando y recogiendo numerosas decisiones anteriores, las sentencias (entre otras) de 26 de enero de 1956, 27 de marzo de 1958 y 23 de marzo de 1966, a cuyo tenor para que proceda

la *condictio* se requiere "la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, que puede producirse, tanto por un aumento del patrimonio (*lucrum emergens*) como por una no disminución del mismo (*damnum cessans*); un correlativo empobrecimiento del actor, como consecuencia de la ventaja obtenida por el demandado; existiendo una conexión perfecta de enriquecimiento y empobrecimiento por virtud del traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado, y una falta de causa o justificación, lo que es compatible con la buena fe. No enriqueciéndose torticeramente, el que adquiere una utilidad en virtud de un contrato legal que no ha sido invalidado o en virtud de un legítimo derecho que se ejercita sin abuso, o en virtud de una sentencia que lo estima procedente en Derecho; no siendo posible sostener, cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos que pueden lesionar la equidad, que los beneficiados indirectamente con ellas se enriquezcan injustamente".

Me parece importante ahora, antes de seguir adelante, ver cómo se ha conducido la jurisprudencia al analizar los presupuestos de la *condictio* y dar lugar o no a la acción en casos concretos, y a este propósito expongo a continuación cinco ejemplos:

Caso 1.—Sentencia de 26 de noviembre de 1926. El actor, obligado a transportar correspondencia, creyó que debía transportar también la recogida en los vapores de determinadas compañías (cuando eran ellas las que debían dejarlas en la Administración principal de correos), y así lo hizo durante cuatro años. Aclarado el error, se dirige contra las compañías en demanda del enriquecimiento experimentado por ellas. El Tribunal Supremo, contra la decisión del juzgado y la Audiencia, entiende que no son aplicables los preceptos sobre gestión de negocios, por haberse actuado de modo involuntario y por error; pero que tampoco cabe el resarcimiento sobre la base del lucro injusto de los demandados, porque el tribunal inferior fundó su fallo en un principio de derecho sin declarar categóricamente que no había ley aplicable al punto controvertido.

Fácilmente se advierte la débil fundamentación de esta desafortunada sentencia, que impone al tribunal una obligación que

la ley no declara (manifestar la falta de ley aplicable), y de paso grava al demandante con las consecuencias del incumplimiento, por el tribunal (no por él) de esa supuesta obligación. Como señala Díez PICAZO, así se lee en el artículo 6.º del Código civil algo que no dice, pues dicho artículo exige, para aplicar los principios generales, que no haya ley aplicable, pero no que el tribunal diga formalmente que no la hay.

El caso es, con toda claridad, de enriquecimiento por parte de las compañías, que ahorraron los gastos que hubiera representado para ellas el transporte de la correspondencia a que estaban obligadas.

Caso 2.—Sentencia de 28 de enero de 1956. Durante la guerra civil, un comité se hizo cargo, en Tarragona, de las cuentas corrientes de determinadas empresas que quedaron colectivizadas, y sustituido dicho comité por el Ayuntamiento republicano, se le transpasaron íntegras aquellas cuentas en noviembre de 1936, disponiendo el Ayuntamiento de ellas, incorporadas ya a su patrimonio. Ulteriormente, el Ayuntamiento de Tarragona, en 1941, a virtud de expediente del desbloqueo, obtuvo la cantidad de 738.000 pesetas, procedentes de cuentas en establecimientos bancarios, donde el 18 de julio de 1936 no tenía saldo alguno. Ante la reclamación de los titulares legítimos de las empresas en otro tiempo colectivizadas, el Banco les abonó la cantidad de 200.000 pesetas, y repitió contra el Ayuntamiento. El Tribunal Supremo declara que el Ayuntamiento se enriqueció sin título alguno, frente el Banco que había abonado las 200.000 pesetas a sus antiguos cuentacorrentistas, produciéndose en dicha cantidad la disminución del patrimonio del Banco, y entendiéndose que, mientras el Ayuntamiento nacional se subrogó en las obligaciones del republicano, el Banco se subrogó en los derechos y acciones de los cuentacorrentistas, sin que sea alegable aquí la prescripción de la acción de daños, ni que se trate de un delito de expoliación, del que el actual Ayuntamiento de Tarragona no es continuador ni responsable.

Caso 3.—Sentencia de 10 de marzo de 1956. Los demandados se apoderaron en los años 1939 a 1942 de material del Ejército, consistente en alambres de espinos y piquetas de hierro abandonado, en el que fue campo de operaciones durante la guerra, en la provincia de Guadalajara, pretendiendo el Estado la devolución de las cantidades que produjo la venta de tales materiales, sobre la base del injusto enriquecimiento experimentado por los vendedores y demandados. El Tribunal Supremo declara la distinción entre la acción de daños y la de enriquecimiento, y afirmando que esta última no es subsidiaria, y puede ejercitarse aun prescrita la otra, considera el caso como de *condictio* por disposición sin derecho, cuyo objetivo es una compensación justa en los eventos, en que la Ley, por razones de seguridad del tráfico, declara válidas las disposiciones de personas que obran sin derecho. En consecuencia, entiende que hay enriquecimiento sin causa, al darse aquí todos sus elementos integrantes, habiendo de ser entregado el precio al verdadero titular, y si la prestación recibida fuera de distinta naturaleza, también debe serle entregada, pues en ella se cifra la ventaja patrimonial que indebidamente ha obtenido el disponente.

Caso 4.—Sentencia de 27 de marzo de 1958. El actor, durante su noviazgo con una hija del demandado, realizó obras en la vivienda propiedad de éste, con el fin de habilitarla para instalar en ella su hogar; obras que mejoraron el edificio y aumentaron su valor, tanto intrínseco como en renta. Rotas luego las relaciones, el actor reclama el importe de las obras, y el Tribunal Supremo aprecia en el caso la existencia de todas las condiciones propias del enriquecimiento injusto, pues el demandado consintió expresamente en que el actor hiciera las obras necesarias de adaptación en la casa e intervino en ellas, y desaparecida, al romperse las relaciones, la razón de ser de dichas obras, “surge un enriquecimiento para el demandado, que incorpora a su patrimonio la obra realizada por el actor de buena fe; un empobrecimiento del demandante, cuyo patrimonio disminuye en el importe de la obra y materiales incorporados a la misma, y un nexo causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, pues conformes los litigantes

en que las obras las costeó el actor con consentimiento explícito del demandado, y con vistas a la boda concertada, al no celebrarse ésta y apropiarse de aquéllas el recurrente, con el aumento de valor que ha tenido el edificio, se traspasan los linderos de la equidad y de la buena fe, con daño para el actor”.

Caso 5.—Sentencia de 23 de marzo de 1966. El demandado, adjudicatario de la construcción del grupo de viviendas “Salas Pombo”, obtuvo la revisión de precios al amparo del Decreto-Ley de 18 de enero de 1957 cuando, tiempos antes, había subcontratado con los actores la realización material de los trabajos de carpintería, fontanería y mano de obra para su instalación en un grupo de 430 viviendas. El Tribunal Supremo hace notar cómo “la repercusión en los costos de los aumentos ocasionados en la mano de obra y en los materiales de construcción en 1956, por las excepcionales circunstancias que obligaron a la revisión, recayeron en estos trabajos, directa y exclusivamente”, originando para los subcontratistas el alza de precios producida las naturales pérdidas, que fueron las que el legislador pretendió compensar, y que se traducen en una notable ventaja patrimonial para el demandado frente al claro empobrecimiento de los actores, sin que exista causa alguna que justifique el enriquecimiento del contratista ni haya precepto legal que excluya en este caso la aplicación de tal principio; antes bien, “son las propias razones de interés social las que le imponen, aunadas con las de equidad a que se refiere la Exposición de Motivos del Decreto-Ley de 18 de enero de 1957, debiendo ser partícipes de los beneficios todos cuantos soportaron las circunstancias más onerosas que sirvieron de fundamento a la revisión de precios alcanzada por el recurrido frente a la Administración”.

V. PRESUPUESTOS. ENRIQUECIMIENTO Y EMPOBRECIMIENTO CONEXOS.

Doctrina y jurisprudencia exigen concordemente, como requisito de la *condictio*, la presencia de un enriquecimiento del demandado, conexo con un empobrecimiento del demandante.

a) *El enriquecimiento*.—Supone el ingreso en el patrimonio de algo que aumenta su valor o consistencia, como la adquisición de una cosa o un derecho real o de crédito; el robustecimiento de los mismos mediante garantías personales o reales, o la liberación de una obligación o gravamen. Igualmente la adquisición de la posesión; si alguno se apodera de cosa ajena, o la recibe indebidamente, no adquiere la propiedad, pero si (inmediatamente o en breve plazo) la posesión, y el dueño de la cosa puede dirigirse contra él mediante la *condictio*, si le resulta más ventajosa que la *reivindicatio*.

El enriquecimiento se transforma en su consistencia, y acaso en su importe, por adquirir un tercero (cuando así lo establece la ley) la propiedad de la cosa que hasta entonces poseía el enriquecido, en cuyo momento la posibilidad de reclamación del empobrecido se reduce al precio y, en su caso, los daños. Los frutos de la cosa se suman o no al importe del enriquecimiento, según la buena o mala fe del obligado.

La noción del enriquecimiento comprende también la evitada disminución del patrimonio, como cuando alguno paga la deuda de otro, o realiza expensas necesarias sobre cosa de otro para impedir que se destruya o deteriore. No producen propio y verdadero enriquecimiento, en cambio, los gastos hechos para alejar un simple peligro de destrucción o disminución de la cosa, ya que la ventaja resultante no es valuable con seguridad en una suma de dinero.

b) *El empobrecimiento*.—Pero la restitución no tiene lugar, sino en cuanto el enriquecimiento se ha obtenido *a expensas* de otro. No es necesario que sea a costa exactamente del patrimonio de otro: basta, como dicen ENNECERUS y LEHMANN, “que la obtención de la ventaja por parte de uno haya costado algo a otro, esto es, tiene que causarle una desventaja o ser causada por una tal desventaja”. “La expresión *a expensas*—añaden—abarca también los casos en que lo obtenido no pertenecía todavía al patrimonio, pero hubiera sido adquirido de no mediar la circunstancia que opera el desplazamiento patrimonial (repudiación de una herencia o legado); sin duda, puede tratarse igualmente de servicios prestados o de un gasto de actividad o de tiempo, y no de una propia disminución del patrimonio. Desde luego, los casos típicos serán los de tal disminución, a la que equivale la falta de aumento”.

No se produce enriquecimiento cuando alguien, trabajando o gastando en favor propio, acrece eventualmente el patrimonio de una tercera persona, como si alguno paga una traida de aguas a su casa, de la que luego pueden aprovecharse los vecinos, o destruye un muro divisorio de su finca y mejora así las vistas de la colindante, o practica obras en una urbanización de las que resultan favorecidos los propietarios de las restantes parcelas, etc.: el enriquecimiento de éstos es un efecto reflejo de los muchos que la gestión de cada patrimonio tiene sobre la economía general, pero no puede decirse que haya sido conseguido *a expensas* del que realizó los trabajos, ni que éste resulte empobrecido. En definitiva, hay que distinguir, en este aspecto, entre la manifestación de actividad anormal del empobrecido y el simple ejercicio de actividad normal que no produce acción, porque el enriquecimiento no es entonces sino el resultado del juego ordinario de la vida social.

c) *Relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento.*—No basta que el demandado se enriquezca y el actor se empobrezca: además, el empobrecimiento ha de ser precisamente causa del enriquecimiento. Ha de tratarse de enriquecimiento y empobrecimiento correlativos, conexos. Por ejemplo: no hay enriquecimiento injusto cuando el precio señalado a la mercancía en el contrato sufre posteriormente una elevación en el mercado (sentencia de 24 de septiembre de 1953), pues el plus de beneficio que en tal caso obtiene el comprador al revender por un precio superior al previsto no sólo se halla justificado por el contrato de compra, sino también por los de venta: por lo demás, el detrimento se produce en el patrimonio de aquel que inicialmente vendió la mercancía; y en relación con estos subcompradores, falta, por tanto, conexión entre lucro y pérdida.

La indemnización alcanza al punto de concurrencia del empobrecimiento y el enriquecimiento, y no al exceso de uno sobre el otro.

Normalmente, el aumento y correlativa disminución de los patrimonios se deben a la actividad física o jurídica de sus titulares, consistente las más de las veces en una prestación aparentemente debida hecha por el actor al demandado. Pero no es necesario que el enriquecimiento se opere mediante prestación del empobrecido al enriquecido, pues, como dice FERRANDIS, ni la gene-

ralidad del principio permite circunscribirlo a tales casos, ni la jurisprudencia ha mencionado tal exigencia al establecer los requisitos de la *condictio*. Es más: la misma afirmación de que el enriquecimiento puede producirse por una "no disminución del patrimonio" (*damnum cessans*), hecha en las sentencias de 12 de enero de 1943 y 28 de enero de 1956, excluye la idea de la necesidad de una prestación. Así, la ventaja aportada al patrimonio enriquecido puede también ser debida a la intervención del actor pagando la deuda del demandado, o a trabajos hechos sobre el inmueble del demandado por el actor que lo ocupa sin vínculo contractual con el propietario, o a actos unilaterales del demandado, apoderándose de la cosa del actor, o acaso vendiéndola a un tercero o consumiéndola, o arrendándola sin derecho para ello (por ejemplo, un comodatario); o a servicios prestados al demandado, que habitualmente suelen pagarse en dinero (2); o a acontecimientos naturales o sociales, dependientes de la voluntad de los respectivos titulares que aumentan el valor de un patrimonio, disminuyendo el del otro correlativamente; o a hechos fortuitos, como serían la mezcla o la unión casuales si no tuvieran regulación específica. Lo único preciso es que el valor del empobrecimiento sea reconocible en el patrimonio al que ha sido transportado (3).

(2) La jurisprudencia francesa concede acción de enriquecimiento a la persona que sin intención liberal ni contrato de trabajo ha realizado para otra trabajos habitualmente remunerados: su actividad representa un valor económico del que se considera empobrecida. En esta situación considera que se halla la concubina, a la que permite reclamar el valor de los servicios de carácter doméstico, prestados por ella durante los años de vida común.

(3) Por no provenir el enriquecimiento del patrimonio del supuesto empobrecido, niega la acción la sentencia de 2 de julio de 1946: el actor, M., había prestado a los cónyuges G., fondos que no eran suyos, sino de la caja de una comunidad que regentaba, y el Tribunal Supremo entiende que «aun llegando a admitir en el caso controvertido en enriquecimiento sin causa de los cónyuges G., tal enriquecimiento no se habría producido a expensas del patrimonio particular de M., sino del perteneciente a la indicada comunidad, y a ésta correspondería la acción en el indicado supuesto». No obstante, en tema de *condictio indebiti* lo determinante es el hecho del pago realizado por el demandante y no la procedencia de los fondos, y cabría pensar que la regla debe ser la misma para la *condictio sine causa generalis*, por aplicación analógica de los preceptos sobre cobro de lo indebido al supuesto del artículo 1.901, si bien en el presente caso el Tribunal Supremo parece apreciar que la entrega la realizó el demandante en su condición de gerente de la sociedad, y de ser ello así la solución es correcta.

VI. PRESUPUESTOS. LA FALTA DE CAUSA.

Llegamos al elemento clave, generador de la acción; el enriquecimiento debe ser injustificado o sin causa. Mas, ¿qué se entiende bajo estas palabras?

Correlativamente con el fundamento de la acción, son dos las direcciones fundamentales al respecto (aparte quienes, como GIERKE, creen que no existe ningún concepto unitario de la falta de causa jurídica).

Para unos, la falta de causa equivale a falta de equidad o bien de licitud ética. Es la tesis más corriente entre los romanistas y se caracteriza por cierta vaguedad. Por ejemplo, KOSCHEMBAHR-LISKOWSKY cree que hay falta de causa, siempre que, según la intuición de personas honradas, llega a ser advertido como ilegítimo un aumento de patrimonio. Y Ursicino ALVAREZ habla de un acrecentamiento del activo patrimonial "en circunstancia tales, que pugnan con los postulados de la justicia y de la equidad cristalizados en el propio Ordenamiento positivo o apreciados libremente por el Juez en cada caso".

Con relación a nuestro Ordenamiento positivo, no cabe negar que la imprecisión de las palabras "otra justa causa" en el artículo 1.901, y la admisión como fuente jurídica de los principios generales del Derecho, entre los cuales puede filtrarse la equidad, otorgan al juez cierta libertad en la apreciación de la justicia o injusticia del enriquecimiento. Pero esta libertad tiene unas fronteras bastante estrictas en los preceptos legales y en la analogía, de modo que nunca podría servir la equidad como criterio discreetivo y absoluto para determinar la presencia del enriquecimiento, sino sólo subsidiariamente y en casos aislados.

De mayor entidad jurídica, otra dirección, en relación con el Código civil alemán, considera carentes de causa jurídica a los desplazamientos patrimoniales que han tenido lugar sin la voluntad del empobrecido o faltando el fin de la prestación, es decir, en definitiva; faltando un fundamento obligacional (JUNG), o existente el lucro sin causa cuando se verifica la transmisión, pero falta la base jurídica relativa o de Derecho de obligaciones (PLESSEN). La teoría resulta aceptable para aquellos supuestos en

los cuales, acaecida una transmisión o una adquisición de propiedad u otro derecho real, falta la causa objetiva o título (art. 609 del C. c.); pero deja fuera de su ámbito otros supuestos de enriquecimiento, o es difícilmente adaptable a ellos.

En todo caso, de tal posición se ha de retener el sentido objetivo de la causa que, como dice CARBONNIER, forma una barrera contra los excesos de la teoría, pues en numerosas hipótesis una persona tiene derecho a enriquecerse a expensas de otra, porque su enriquecimiento obedece a un título jurídico. A partir de aquí, cabe aproximar el concepto de "justa causa" al de causa de las obligaciones contractuales del artículo 1.274, extendiéndolo en la medida de lo posible a los cambios patrimoniales y, en general, a toda atribución patrimonial, mediante las nociones de liberalidad y de equivalencia. Por ende:

a) Para retener una prestación pactada será *justa causa*, o la intención liberal del empobrecido, si ha querido dar algo o prestar un servicio gratuito al enriquecido; o el equivalente recibido conforme al contrato por el empobrecido, o bien su esperanza no fallida de obtenerlo luego; elemento éste de tipo psicológico, que elimina el enriquecimiento cuando se cumplen las relaciones recíprocas entre los contratantes, no enriqueciéndose sin causa los vendedores que cobran precio muy caro o los compradores que adquieren muy barato, o los deudores que aprovechan la depreciación monetaria (cuyo remedio se halla en otros instrumentos jurídicos). La equidad sólo puede intervenir aquí en la interpretación del fin del negocio y la apreciación de si se ha cumplido o no. En principio, la falta de causa vendrá determinada por la ausencia de intención liberal de la esperada prestación correspondiente, y la acción de enriquecimiento normalmente se interpondrá sólo si no hay otra que abarque más ampliamente el mismo objeto.

b) El desplazamiento, por voluntad unilateral del perjudicado, carecerá de justa causa cuando no obedezca a motivos de liberalidad ni al designio de conseguir una prestación ulterior o si ésta no se verifica. Aquí pueden encontrar encaje los servicios prestados sin intención estrictamente liberal y que ordinariamente se retribuyen, a los cuales falta la causa, aun cuando quien con ellos se enriquece no tuviera intención de retribuirlos, y en tanto que obje-

tivamente no resulte la intención de quien los presta, de no ser remunerado en ninguna forma. La equidad y la moral social recobran en este punto notable influencia.

c) Finalmente, las atribuciones, por mero hecho de tercero o casuales o por causas naturales, etc., no tienen en principio otra *causa retinendi* que la ley, y darán lugar a acción de enriquecimiento si ésta no las confirma.

Las anteriores orientaciones no resuelven definitivamente las dificultades, y en los casos-límite la apreciación de la existencia de justa causa seguirá dependiendo del arbitrio del Juez. Que se trata de una cuestión de criterio, lo demuestra, por ejemplo, la famosa sentencia de un tribunal francés de 15 de junio de 1892, en supuesto en el cual un comerciante suministró abono a un arrendatario de finca rústica, que luego cesó en el arrendamiento por desahucio, dejando la finca abonada. El comerciante pretendía que le indemnizase el propietario el precio del abono, invocando la plusvalía que su suministro había ocasionado a la propiedad, plusvalía en la cual él se había empobrecido; mientras el propietario del terreno sobre el que se depositaron los abonos invocaba, para legitimar el beneficio obtenido con ellos, el contrato de arrendamiento que le autorizaba a retener las mejoras una vez extinguido éste. El juez dio la razón al comerciante proveedor, pero sin duda para ello hubo de pesar las razones morales que aconsejaban tal decisión, que, desde luego, no es evidente y representa un alto grado de arbitrio en la determinación de la existencia o ausencia de justa causa. Tan es así, que en otro supuesto (y presumiblemente por motivos de seguridad jurídica o en una consideración más conceptual) rehusaron los tribunales en Francia a un propietario de objetos de arte, fraudulentamente despojado de éstos, acción de enriquecimiento contra los intermediarios que los habían adquirido del ladrón y revendido a un poseedor de buena fe con muy grandes beneficios, pese a que tales intermediarios objetivamente se habían enriquecido con dichos beneficios, aun de buena fe, y que moralmente más parece que hubieran debido ceder sus intereses de conservación de la ganancia ante la involuntaria pérdida del propietario.

La jurisprudencia española aprecia la existencia de *justa causa* y niega la acción de enriquecimiento, cuando la atribución se ha verificado por sentencia judicial (4); cuando media un convenio válido entre las partes, aunque sea oneroso para una de ellas (5), o tal atribución tiene como título un testamento; cuando proviene de un derecho que se ejercita sin abuso (6); o se halla fundada en preceptos legales concretos (7) o en la costumbre (8); o cuando me-

(4) Sentencia de 10 de junio de 1955. «Al sostener que la sentencia recurrida ha producido un enriquecimiento injusto en el patrimonio del actor a costa del demandado, sin causa justificada, olvida el recurrente que el fenómeno jurídico del enriquecimiento injusto, según la definición y conceptos establecidos en nuestro ordenamiento legal, no puede producirse a causa de una resolución judicial definidora de derechos entre partes y siempre motivada, la que, si incurrió en error, puede ser corregida mediante el ejercicio, por la parte que se estima agraviada, de los remedios de fondo y procesales que las leyes tienen establecidos».

(5) Entre otras muchas, sentencia de 16 de diciembre de 1959. En el caso, los socios habían prestado a la sociedad servicios personales importantes, que habían repercutido en un aumento extraordinario del haber social. La reclamación, por un socio, de retribución de dichos servicios se rechaza por el Tribunal Supremo apreciando la existencia de un contrato que obliga a todos los socios a cooperar con los trabajos propios de su especialización al auge y desarrollo de la sociedad, de modo que el beneficio producido por esos trabajos esta insito en las plusvalías sociales que se repartieron adecuadamente, y que sirvieron de retribución al reclamante.

(6) Entre otras, sentencia de 19 de abril de 1965 «Los principios del abuso del derecho y del enriquecimiento injusto, elaborados por la doctrina paulatina y constante de esta Sala, son abiertamente incompatibles con el ejercicio legítimo de un derecho por su titular, de acuerdo con la vieja máxima, llegada inalterable hasta nuestros días, según la cual *qui iure suo utitur neminem laedit*; por que el uso de una titularidad conforme al derecho nunca puede ser abusivo y porque no puede reputarse como injusto, ni siquiera como tal enriquecimiento, la percepción de aquello que corresponde por la ley». La afirmación es harto rotunda, y acaso hubiera debido ser más matizada.

(7) Inversamente, a falta de precepto legal, se aprecia el enriquecimiento en el caso, muy dudoso, de la sentencia de 20 de noviembre de 1964. El usufructuario había reconstruido la finca. Se entiende que el artículo 487 del Código civil se limita a autorizar al usufructuario a hacer mejoras útiles o de recreo negando respecto de ellas el derecho de indemnización, pero nada dice de obras tan importantes y afectantes a la sustancia de la cosa como las efectuadas, cuyo importe, al no hallarse afectado por el artículo 487, puede reclamar el usufructuario al cesar el usufructo.

En general, la tendencia del Tribunal Supremo es precisamente la contraria a la de esta decisión, y así indica en bastantes decisiones que «cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos que pueden lesionar la equidad, los beneficiados indirectamente por ellas no se enriquecen injustamente» (por ejemplo, sentencias de 26 de enero de 1956, 27 de marzo de 1958 y 23 de marzo de 1966).

(8) Sentencia de 27 de marzo de 1958. «La costumbre generalizada en nuestro país de que los novios sean convidados, con frecuencia, a comer o pasar temporadas en casa de los futuros suegros hace imposible aplicar a tales complacencias la teoría del enriquecimiento injusto, puesto que es indudable la voluntad de obsequiar que en tales relaciones media, y que no ha estado ausente en el presente caso».

diante la acción de enriquecimiento se intenta eludir la prescripción (sentencia de 7 de enero de 1891).

Además de la falta de causa o como una cualificación de dicha falta, las sentencias de 24 de junio de 1920, 22 de marzo de 1946, 5 de julio de 1948 y 5 de enero de 1956 parecen exigir, para que la acción nazca, que el enriquecimiento se haya obtenido empleando medios reprobables. "Basta advertir—dice FERRANDIS—, para descartar esta idea, que el enriquecimiento puede haberse producido exclusivamente por obra de una actuación del empobrecido, sin que en la conducta del enriquecido se aprecie ese empleo de *medios reprobables* que hace pensar en una maquinación identificable con el dolo o al menos muy próxima a él. Aciertan, en cambio, otras sentencias coincidentes en declarar que la teoría del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista sólo mala fe, negligencia, acción culpable de ningún género ni conducta ilícita por parte del enriquecido, sino simplemente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, es decir, sin causa o sin derecho, lo cual es compatible con la buena fe". En este sentido, con expresiones diversas, pueden verse las sentencias de 6 de junio de 1951, 16 de junio de 1952, 28 de enero de 1953, 12 de abril de 1955, 27 de marzo de 1958, etc.

VII. ¿DEBE SER DIRECTO EL DESPLAZAMIENTO? ACCIÓN DE "IN REM VERSO".

El Tribunal Supremo mantiene en numerosas sentencias que, para dar lugar a la reclamación, el desplazamiento patrimonial debe ser directo de un patrimonio a otro (por ejemplo: 9 de abril de 1949, 28 de octubre de 1950, 31 de octubre de 1951, 26 de enero de 1956, 27 de marzo de 1958 y 23 de marzo de 1966) (9). Mas tal exigencia que el Tribunal Supremo propone precisamente en unos supuestos en los cuales su manifestación es superflua, y, desde luego, no sirve de base a la decisión ni aun juega papel en ella, parece escasamente justificada: en realidad, ni se deriva del prin-

(9) También la sentencia de 22 de diciembre de 1962 parece fundar su fallo favorable a la acción de enriquecimiento en que no hubo atribución patrimonial indirecta.

cipio prohibitivo del enriquecimiento, ni del sentido general del Código, donde, al contrario, numerosas normas particulares admiten acciones en supuestos paralelos a los de lucro indirecto.

La tradición a este respecto es antigua. Ya en el Derecho romano, la acción, llamada de *in rem verso*, tendía en sus orígenes a garantizar al tercero que contrataba con un hijo de familia o un esclavo (incapaces, por tanto) una pretensión contra el padre o el *dominus* dirigida a recuperar el aumento sin causa que el patrimonio de éstos hubiera experimentado a consecuencia de los contratos concluidos por las personas bajo su dependencia. Y tardíamente se admitió también que el préstamo de dinero hecho a una persona libre que obra en su propio nombre, pero por cuenta de otro, diera lugar a reclamación contra el tercero por cuya cuenta obró el prestatario, cuando se demuestra que el dinero ha pasado efectivamente a su poder (C. 4, 26, 7), mediante una acción útil de *in rem verso*.

Para el Derecho italiano (C. c. de 1865) señala PACCHIONI cómo de la existencia de una acción general, destinada a repetir cualquier enriquecimiento injusto, se deduce, cuando sobre la base de un contrato otorgado en nombre y por cuenta propios resulta enriquecido un tercero, la posibilidad de accionar contra éste, como si TICIO toma dinero prestado de CAYO y lo dona a SEMPRONIO. No vale, dice el autor, el argumento de que falta toda relación entre CAYO y SEMPRONIO, y, por consiguiente, relación de causalidad, porque en todo caso el enriquecimiento de SEMPRONIO es injusto, y esto basta para que se pueda accionar contra él. A mi modo de ver, el ejemplo es muy desafortunado (pues el enriquecimiento no es "sin causa"), pero la deducción de principio es exacta.

En nuestro Derecho, la sentencia de 26 de noviembre de 1926, en relación al artículo 1.158, afirma que, "para reclamar un pago hecho en nombre de un tercero, nuestro Código civil admite la acción de *in rem verso*, dándole mayor amplitud que los Códigos extranjeros". Mas la jurisprudencia no se ha ocupado expresamente de otros supuestos de actuación del atribuyente intermedio en nombre propio: a lo más, sin mencionar la *versio in rem*, la sentencia de 23 de marzo de 1966 (citada *supra*, IV, caso 5) examina un problema relacionado con ella y da lugar a la pretensión de los subcontratistas de elevar el precio pactado de sus

prestaciones, frente al contratista principal que había obtenido, a su vez, la revisión global de precios y el consiguiente complemento sobre el importe de la contrata.

Los autores son poco explícitos. PUIG BRUTAU presupone la admisibilidad de la acción de *in rem verso*, sin detallar sus límites. NÚÑEZ LAGOS, tras señalar el abolengo de la *versio in rem* en el Derecho patrio (a partir del Fuero real, 3, 20, 11, y hasta el artículo 1.158 del C. c.), presenta los dos supuestos básicos, o sea, el de pago hecho por el intermediario al acreedor de la deuda de otro, que no ofrece dificultad y es el resuelto por la legislación histórica y la vigente, y el de atribución por el intermediario a un sujeto, de la cual resulta un enriquecimiento para otro, como si el intermediario compra a Juan en nombre propio, pero realmente por cuenta de su mandante Pedro, quien adquiere luego los bienes comprados o el importe de ellos al ser nuevamente vendidos; mientras Juan no puede cobrar el precio del intermediario insolvente.

En casos como éste, lo importante no es la relación directa entre enriquecido y empobrecido, sino la existencia de un vínculo de conexión suficiente entre empobrecimiento y enriquecimiento. Cuando exista, opinan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER con amplio criterio que la acción *in rem verso* “funciona en nuestro Derecho frente a todos los casos de atribución indirecta, incluso para aquellos que pudieran considerarse como dudosos en cuanto a si hay atribución directa o indirecta, siempre que en el supuesto se den todos los requisitos del enriquecimiento injusto”; y que “los casos no previstos expresamente en la Ley serán gobernados por iguales reglas, ya por analogía o ya, principalmente, por la necesidad de hacer efectiva la rectificación patrimonial del equilibrio operado por el enriquecimiento injusto”. El argumento es, en principio, convincente; los supuestos en que el Código se refiere a atribuciones patrimoniales, más o menos indirectas, o en las que median tres personas, son muy numerosos (aparte el art. 1.158, cita NÚÑEZ LAGOS los 365, 645-2.º, 1.085, 1.163-2.º, 1.366, a 1.368, 1.410-3.º, 1.894, 1.688, 1.689-2.º 1717-2.º, y 1.842 del C. c., además de 287, 586, 588 y 812 del C. de com.).

Mas sobre la base remota de estos preceptos y la próxima del principio prohibitivo del lucro sin causa, será preciso analizar en

cada supuesto concreto si la relación de causalidad se estima suficiente para autorizar la acción del empobrecido contra el tercero, enriquecido a través del patrimonio de una persona intermedia o varias, y esta cuestión apenas ha sido abordada por la doctrina: concretamente, sólo NÚÑEZ LAGOS enuncia los siguientes tres índices de conexión:

1. "Cuando una cosa corporal es índice del desplazamiento *inter patrimonios* (arts. 356, 365, 1.717, párrafo 2.º, etc.)".
2. "Cuando sin tratarse de cosas corporales se puede inducir que el tránsito de valor por el patrimonio del intermediario se ajustó a un especial destino o afectación y no fue debido a un acaso o a motivos sobrevenidos con posterioridad a su ingreso en el patrimonio intermediario. A la misma razón que en el supuesto anterior, la misma disposición."
3. "Casos de representación frustrada para el derecho, a la que se ha confiado el empobrecido (C. c., arts. 1.698, 1.717-1.º, 1.408-1.º, respecto de la mujer cuando no pueda obligar gananciales; 246 del C. de com., etc.)".

Fuera de ellos, son pensables otros: en definitiva, será el arbitrio judicial el que haya de decidir, a la vista de las circunstancias del caso y de las soluciones de los preceptos vigentes para supuestos típicos, más o menos análogos.

Nótese, por último, que en los desplazamientos indirectos la falta de causa habrá de apreciarse en la atribución hecha (por mediador), al que definitivamente retiene la prestación o en cualquier modo recibe el aumento patrimonial.

VIII. EL PROBLEMA DE LA SUBSIDIARIEDAD.

La acción de enriquecimiento, autónoma y derivada de un precepto legal (art. 1.901) o un principio general del Derecho, cubre, como se ve, un campo muy amplio, en el cual coincide en parte con otras acciones: por ejemplo, si alguien incorpora a su patrimonio una cosa ajena y se enriquece con su posesión y acaso con su propiedad, en el primer supuesto el dueño tiene la reivin-

dicatoria, y en ambos, una acción delictual si la apropiación fue ilícita, y la *condictio indebiti*, si hubo entrega por el dueño. En el segundo (cosas fungibles que se mezclan con las propias, consunción, enajenación que transmite la propiedad a tercero), al menos cuando no le compete otra acción, tiene la de enriquecimiento. Pero, ¿y si le competen otras?

El problema de si la acción de enriquecimiento nace sólo a falta de toda otra, se plantea fundamentalmente cuando esas otras acciones han prescrito o no pueden prosperar a falta de prueba, etcétera, y la *condictio sine causa* sigue viva. Cabe entender, entonces, que si el empobrecido tenía cualquier diversa acción para hacer valer su derecho, nunca pudo tener acceso a la de enriquecimiento, la cual sería subsidiaria, no ya en el sentido de no poder ejercitarse habiendo viva otra, sino de que nunca llega a nacer. O sea, de que sólo se da cuando el empobrecido no tendría, para obtener lo que le es debido, ninguna pretensión nacida de contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito, no pudiendo ser intentada para escapar a las reglas por las cuales la ley ha definido expresamente los efectos de un derecho o de un contrato determinado. Tal es la tesis de AUBRY y RAU, que ha tenido eco muy amplio en la doctrina y domina en la jurisprudencia francesa. No obstante, diversos civilistas galos, como COLIN y CAPITANT o MAURY, señalan que "el hecho de que una persona disponga de varias acciones para hacer valer su derecho, y que puede ejercitarlas indiferentemente la una o la otra a su elección, no es raro en Derecho civil y no tiene nada de anormal.

Corrientemente, los autores franceses no niegan la acción de enriquecimiento por el mero hecho de existir a su lado alguna más. En cambio, buena parte de ellos la rechazan cuando la otra acción existente ha perdido la oportunidad práctica de éxito, por defecto de prueba, prescripción o cualquier otro obstáculo.

En el Derecho español se inclinan por la subsidiariedad de la acción (sin trazar netamente las fronteras de la misma) NÚÑEZ LAGOS, FERRANDIS VILELLA y HERNÁNDEZ GIL. Este último plantea la cuestión sobre el caso resuelto por la sentencia de 12 de abril de 1955, de intrusión ocurrida en una mina con ocasión de los trabajos llevados a cabo para la explotación de otra contigua. La Ley y el Reglamento de minas confieren al propietario que padece

la intrusión la acción del artículo 1.902. En el caso no se ejercitó esta acción, sin duda por haber transcurrido el plazo de prescripción de un año, y si la *condictio* por enriquecimiento injusto. El Tribunal Supremo rechaza la tesis de la subsidiariedad, y da lugar a la demanda. HERNÁNDEZ GIL estima, impugnando tal solución, de una parte que "la subsidiariedad de una acción no aparece estrictamente ligada al hecho de que proceda de una norma de rango subsidiario, ya que, por ejemplo, la acción de rescisión es subsidiaria por expresa declaración de una norma legal de primer grado (art. 1.294), aunque, naturalmente, si la norma es subsidiaria, habrá de serlo también la acción". Y afirma que, cuando la acción de enriquecimiento no procede de una norma legal concreta (por ejemplo, el art. 1.895), sino del principio general del Derecho prohibitivo del lucro injusto, "la acción dirigida a corregir la situación de enriquecimiento tiene que ser subsidiaria, porque subsidiaria es la fuente del Derecho de que procede. Si el supuesto de hecho generador de un desequilibrio patrimonial ha sido previsto por una norma legal o consuetudinaria para derivar del mismo una consecuencia jurídica y dotar al perjudicado de una acción protectora de sus intereses, es claro que ha de estarse a lo que resulte de la norma legal o consuetudinaria. Sólo cuando falten disposiciones de esa clase, podrá acudir a la acción de enriquecimiento como último y único remedio para reparar el desequilibrio patrimonial, porque únicamente entonces podrá entrar en juego el principio general del Derecho en que descansa". Y señala, además, la perturbación del régimen del Derecho de las obligaciones y el quebranto de la seguridad jurídica que acarrearía una frecuente concurrencia de acciones.

El carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento viene proclamado por diversas sentencias, como las de 12 de enero de 1943, 5 y 28 de enero de 1956 y 22 de diciembre de 1962. Pero en todos estos casos, tal carácter subsidiario no es *ratio decidendi*; al contrario, en la sentencia de 1943 se rechaza la revisión de un pago hecho en moneda depreciada por haber disciplinado la ley estrictamente el régimen de tales pagos, y, por consiguiente, porque el enriquecimiento no ha sido sin causa; y la misma presencia de causa señala la sentencia de 5 de enero de 1956; mientras que las de 28 de enero de 1956 y 23 de diciembre de 1962 dan

lugar a la acción de enriquecimiento, y la primera de ellas, en un caso en que había concurrido la acción de daños, extinguida luego por prescripción.

En efecto, cuando se plantea más urgentemente el tema de la subsidiariedad, por existir diversas pretensiones, el Tribunal Supremo afirma la posible concurrencia de acciones diferentes, y así, la citada sentencia de 12 de abril de 1955 señala cómo el hecho de la intrusión minera “pudiera ser determinante del ejercicio de diferentes acciones, como la interdictal, para retener o recobrar la posesión; la reivindicatoria, para obtener la devolución del mineral extraído o la sustitutoria del equivalente pecuniario; y la declarativa de culpa”, caso en el cual “se estaría en presencia de concurrencia de acciones que no tienen orden preestablecido de precedencia”. En particular—añade—, la “acción de restitución, por enriquecimiento torticero, tiene sustantividad propia frente a la de indemnización de daños y perjuicios, de la que la independizan múltiples notas diferenciales que la doctrina científica ha señalado, entre las que conviene destacar, por su aplicación al caso de autos, estas dos: la acción aquiliana requiere en el provocador la concurrencia de un hecho ilícito, culposo o negligente, que no resulta afirmado en la sentencia recurrida, y la *condictio* puede surgir por el solo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con ignorancia o de buena fe por parte del provocador, cual ocurre frecuentemente en materia de intrusiones mineras; y, por otra parte, la acción de enriquecimiento supone siempre en el autor del hecho un incremento de patrimonio, que no es indispensable en el supuesto de la acción aquiliana”. Por lo cual, y haciendo notar de paso “que muy nutrida doctrina científica repudia la tesis de que la *condictio* funciona siempre como norma subsidiaria de Derecho”, da lugar a la acción de enriquecimiento, no obstante haber prescrito la de daños. Poco después siguen la misma vía la sentencia ya citada de 28 de enero de 1956 (10); la de 10 de marzo de 1956, en un

(10) «Frente a la pretensión de daños y perjuicios—dice—tiene independencia sustantiva la de enriquecimiento, que nace normalmente de un acto jurídico lícito, aunque también pueda nacer de un acto ilícito, encaminándose siempre contra el enriquecimiento sin causa, prescindiendo en absoluto de las nociones de culpa e imputabilidad, y dejando en la penumbra al agente provocador de la acción patrimonial, siendo la noción *sin causa* la primordial y

supuesto de apropiación de bienes del Estado y disposición de ellos sin derecho, dando lugar a la acción de enriquecimiento, no obstante haber prescrito, como en los dos supuestos anteriores, la de daños y perjuicios; y la de 27 de marzo de 1958, en otro en el cual había posible concurrencia de la acción de enriquecimiento con la derivada de la ruptura de esponsales.

En mi opinión, esta línea jurisprudencial, que se limita a negar la subsidiariedad como regla general, es acertada. La *condictio sine causa* es, muchas veces, una acción *dependiente*, pero ello no importa su incompatibilidad con cualquier otra más o menos coincidente o paralela.

En términos generales hemos de convenir con COLIN y CAPITANT en que la hipótesis de concurso de acciones es clásica en el procedimiento civil, y la solución de principio es que el titular de diferentes acciones tiene derecho a ejercerlas sucesivamente o a escoger entre ellas. La concesión de una acción, fundada en un concreto derecho o situación o supuesto de hecho, no impide la existencia de otra dirigida a un resultado práctico semejante o distinto, sobre una base jurídica o fáctica que contempla ese mismo derecho o hecho desde otro ángulo. Así no es subsidiaria la *condictio indebiti*, que puede interponerse en lugar de la reivindicatoria, aun existente ésta.

En nuestro caso, tampoco podría deducirse la subsidiariedad incondicionada del carácter supletorio como fuente de los principios generales del Derecho (discutido en cierta medida). Estos se invocan "en defecto de ley aplicable exactamente al punto controvertido", pero ello no implica que, autorizada legalmente la reclamación sobre una base, no pueda autorizarse, además, sobre otra distinta, una reclamación, paralela, mientras la decisión de la ley no le cierre expresamente la puerta o se trata de una acción cuyo fundamento se halle todo él incluido en el ámbito de otra concedida por la ley, pues entonces la aplicación de ésta al punto controvertido impide la invocación de la fuente subsidiaria.

definitiva, fijando la relación de causa a efecto entre el agente provocador y el enriquecimiento entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido, y tendiendo a la restitución su objeto y su medida—salvo desviaciones concretas—en la cuantía del enriquecimiento».

Se ha de admitir, por tanto, la acción de enriquecimiento, en tanto su ejercicio no suponga, con otro nombre, el de otra acción distinta, negada o prescrita. Así habrá de examinarse en cada caso:

a) Si se pide exactamente lo mismo o no.

b) Si el Derecho, al conceder la específica acción recuperatoria o creditual, elimina, expresa o implícitamente, cualquier otra que tenga idéntico fundamento, o incluso cualquier otra que, teniendo fundamento distinto, persiga el mismo resultado u otro parecido.

c) Si, al menos, al señalar a la acción específica un plazo de prescripción, ha pretendido el legislador hacer cesar, desde su vencimiento, cualquier posibilidad de reclamación referida al mismo objeto, o sus subrogados, o parte de él.

Conforme a estas orientaciones, no cabría superar mediante la acción de enriquecimiento, por ejemplo, el plazo de prescripción de la acción reivindicatoria de bienes muebles, porque al limitar la pretensión más fuerte, implícitamente se aprecia la voluntad del legislador opuesta a que siga viva la más débil, estando ambas fundadas en una misma idea de evitar el enriquecimiento; de límites mucho más amplios en un caso y más concretos (e incluidos totalmente en los anteriores) en el otro. Y tampoco el contratista podría pedir, sobre la base del enriquecimiento, aumento de precio por haberse elevado el de los materiales, contra la explícita prohibición del artículo 1.593. Ni cabría hacer valer, a título de enriquecimiento injusto, una acción de reclamación de honorarios o salarios prescrita (11).

Pero, evidentemente, caducado un talón de cuenta corriente, mediante el cual se ha hecho un pago, puede quien lo recibió de su deudor, si no lo hizo efectivo a tiempo, reclamar la cantidad debida; o bien el perjudicado por una apropiación, pedir el importe del enriquecimiento prescrita la acción del artículo 1.902 o la delictual (probablemente, aun entonces la restitución abarca, por analogía, todo lo previsto en el art. 1.896); o el que sufrió

(11) Según la sentencia de 7 de enero de 1891, no puede prosperar la acción de enriquecimiento si, aun suponiendo prestados los servicios cuyo precio se demanda, ha prescrito la acción para reclamar tales salarios.

daños en su propiedad que beneficiaron al autor de ellos, puede reclamar su importe, no ya sobre la base del acto ilícito cometido, sino del desplazamiento patrimonial consumado, pues el fundamento de pedir es distinto, y no iba a ser de peor condición el dueño a quien oculta o violentamente se priva de su propiedad, que aquel que la entregó voluntariamente.

IX. CONTENIDO DE LA ACCIÓN. PRESCRIPCIÓN.

En los supuestos de buena fe del enriquecido (o de mala fe de ambos), el enriquecimiento del demandado sólo puede reclamarse en cuanto coincide con el empobrecimiento del demandante. La condena no puede sobrepasar la menos elevada de ambas sumas, porque el empobrecido no puede exigir más que la reconstitución de su patrimonio, y al patrimonio enriquecido no se le puede imponer más que ser reconducido a su nivel inicial. El enriquecimiento deberá persistir en el día que se interpone la demanda, de modo que sólo podrá reclamarse el valor (debido al empobrecido) que sea reconocible entonces en el patrimonio al que ha sido transportado, en cualquier forma que este reconocimiento pueda tener lugar.

La jurisprudencia es poco expresiva a este respecto, y aunque ha mantenido como afirmación de principio la restitución de la cantidad coincidente entre pérdida y lucro, sin embargo en las aplicaciones prácticas tiende a imponer la de las cantidades gastadas en beneficio del enriquecido, sin limitar la suma al lucro efectivamente experimentado. Sirva de ejemplo el ya explicado caso de la sentencia de 27 de marzo de 1958 (*supra*, IV, caso 4: obras por el novio en piso propiedad del padre de la novia): no queda clara en la sentencia la justificación del importe a restituir, que acaso no fuera el de las obras, sino el del valor efectivamente ganado por el inmueble, en tanto en cuanto supusiera un efectivo enriquecimiento para el demandado, lo cual habría de juzgarse también según el criterio aplicado por el Código a las mejoras practicadas por el poseedor de buena fe o a las reglas de accesión, si bien simplemente como orientación para graduar equitativamente la cuantía del enriquecimiento. Aquí, en suma, y en even-

tos semejantes, el concepto "sin causa" debe ser atemperado, en cuanto al importe de la restitución, con consideraciones procedentes de la equidad, a través del concepto que de ella tienen esos otros institutos jurídicos. Quizá, con todo, si no lo ha hecho así la sentencia, se deba a que la frustración de la finalidad para la que se realizaron las obras impone una obligación de restituir más urgente que la nacida del mero enriquecimiento y, en definitiva, más cercana a la típica *condictio ob causam datorum* que a la *condictio sine causa generalis*.

Si el enriquecido ha dispuesto gratuitamente de la cosa y la adquisición del tercero, por alguna razón (retransmisión ulterior, por ejemplo), ha quedado inatacable, la acción de restitución se dirigirá contra el transmitente por el valor que los bienes tenían al tiempo de la enajenación (según FERRANDIS, por aplicación analógica del art. 978-3.º, ya que 1.897 solamente contempla el supuesto de la enajenación a título oneroso). En definitiva, aparecen aplicables a este supuesto los artículos 1.897 y 1.898 y concordantes.

Del artículo 1.186 se deduce, por analogía, que el enriquecido viene obligado a restituir al demandante cuantas indemnizaciones haya recibido por la pérdida parcial o total de la cosa, así como por los menoscabos que sufriera (lucros *ex re*), pero no las ventajas y ganancias debidas a las adquisiciones que realice a cambio de lo que constituyó, en principio, el enriquecimiento (lucros *ex negotiatione*), opinión ésta de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, que debe aceptarse, matizando, que, en definitiva, la restitución se contrae a lo que sea mera sustitución del valor de la cosa en que consistió inicialmente el enriquecimiento.

Si el enriquecido es de mala fe, podría discutirse la aplicabilidad o no, por analogía, del artículo 1.896. Por la negativa cabe alegar que nos hallamos ahora en un terreno ajeno a la responsabilidad por acto ilícito; mientras en dicho precepto se mezclan, junto a decisiones nacidas de la regla prohibitiva del enriquecimiento injusto, otras procedentes de la que veda causar daño a otro mediando culpa. Mas, probablemente, cuando la situación de intereses sea idéntica a la del artículo 1.896, valdrá la invocación analógica de tal precepto, con independencia de la idea de enriquecimiento, y en cuanto texto legal expreso y fuente de primer grado. No así cuando se trate de una situación de intereses distin-

ta; en particular, no valdrá en el supuesto de pago indebido sin error, en el cual, al faltar el error (u otro vicio equivalente), no puede decirse que el supuesto *solvens* sea de buena fe.

La acción de enriquecimiento, como personal sin plazo señalado en la ley ni deducible de los principios generales del Derecho, estará sometida, en cuanto a su prescripción, al de quince años del artículo 1.964.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.

Problemática de la caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONSIDERACIONES DE ORDEN PROCESAL Y MATERIAL: A) *Caución y postulación*. B) *Caución y beneficio de pobreza*. C) *Caución y competencia*. Inhibitoria. Declinatoria. D) *Caución y tercero que la constituya*: a) Naturaleza de la obligación de caucionar. b) Alcance de la obligación contraída por el tercero que cauciona. E) *Caución y terceros frente al proceso*: 1. Tercero frente a la caución: a) Tramitación. Efectos. b) Mutabilidad de la caución. c) ¿Caduca la caución? 2. Tercero frente al objeto del proceso: a) Litisconsorcios: 1') Voluntario. 2') Necesario. b) Intervención: a') Intervención principal: a'') Oportunidad. b'') Forma de la intervención. b') Intervención adhesiva. c') Intervención provocada.

I. INTRODUCCIÓN.

Una simple reflexión sobre la caución, en el doble campo del Derecho civil y procesal, es decir, como manifestación o medio de aseguramiento de los derechos, en su proyección genuina de derecho material, o aplicada, de derecho formal, nos revela la importancia y complejidad de los problemas que pueden suscitarse, circunstancia que, por las características del instituto de la caución, y, sobre todo, en su especial aplicación en el ámbito del proceso, se manifiestan con una inusitada gravedad (1). Esta gravedad fue destacada cuando decíamos (2) “que la problemática, de-

(1) Hemos procurado destacar la importancia de la *caución* en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en anteriores trabajos: «Caución y proceso cautelar en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria», publicado en el número 446-447 de esta REVISTA, julio-agosto de 1956, páginas 855 a 879, y «La caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Naturaleza, Fundamentación», en igual REVISTA, año XLIV, mayo-junio de 1968, número 466, páginas 653 a 685.

(2) Vid. mi trabajo *La caución en el artículo 41...*, cit., pág. 675.

rivada de las medidas asegurativas, constituye, en el ámbito del Derecho sustantivo, una ardua materia que puede calificarse de *labyrinthus inextrincabilis*. Complejidad que se acentúa cuando se proyectan tales medidas en el proceso, pues a las dificultades naturales que de su aplicabilidad, efectos y consecuencias se plantean, entre las partes y terceros, producto de la insuficiencia y dispersión de sus normas, se unen las derivadas del proceso" (3).

La trascendencia de la "caución", en su concreta aplicación en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, suscita un ingente número de cuestiones que no sólo gozan de relieve dogmático, sino lo que es más urgente para el profesional, de un alto valor pragmático. La necesidad de afrontar el estudio de esa problemática, con un criterio que, con arreglo a la lógica *ad homine*, elimine el mayor número de conclusiones erróneas, nos ha inducido a establecer premisas que creemos acertadas, tanto en lo que afecta a las diferencias que estimamos esenciales entre *caución* y *proceso cautelar* como en la determinación de lo que constituye su naturaleza y fundamentación.

Si importante e indispensable era fijar la distinción entre ambos institutos jurídicos—caución y proceso cautelar—, la necesidad de establecer el ámbito, efectos y contenido de la caución, en su proyección en el proceso, constituye presupuesto imprescindible.

De aquí nuestra preocupación en establecer las características que singularizan a la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Constituye el pórtico que permitirá adentrarnos en el examen de los problemas que, tanto en el orden adjetivo como sustantivo, se pueden plantear.

Esta doble vivencia de los problemas—adjetiva y sustantiva—impregna la relación jurídico-procesal de matizaciones específicas, que es preciso analizar, al objeto de establecer las consecuencias

(3) Circunstancias que se ven agravadas por la problemática misma planteada por las diversas teorías sobre la naturaleza del procedimiento civil. Así entre aquellos que lo consideran como un «derecho técnico en su manifestación más acusada, dominado por razones oportunistas de conveniencia, pero conteniendo valores de eternidad (FRIEDRICH STEIN) y los que afirman que el proceso civil no es otra cosa que el producto de la experiencia de los prácticos, dictado con prosaico espíritu burocrático (SONNEN)», existen una serie de concepciones variadísimas. Vld. ADOLFO SCHÖNKE: *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1950, págs. 14 y sigs.

concretas que se produzcan en uno y otro aspecto (4). No olvidemos que la perfecta conjunción del instituto de la caución en el proceso permite el desenvolvimiento de su misión reparadora: restablecimiento del equilibrio perturbado por el transgresor (5). Esta circunstancia contribuye a la complejidad de los problemas, pero permitirá, teniendo en cuenta la función del proceso, en íntima conexión con la naturaleza y fundamentación de la caución, sentar las consecuencias de una adecuada orientación, de acuerdo con el sentido tradicional e histórico de nuestro Derecho (6), supliendo la deficiencia e insuficiencia de normas específicas. "El Derecho moderno—dice MARÍN MONROY (7)—es un devenir, es y deja de ser en todo momento, según la lógica del devenir cultural, no puede oponerse al devenir como ser en sí. Hacerlo sería una contradicción lógicamente imposible y, además, en la materia que nos ocupa, la injusticia total, la parcialidad absoluta" (8).

Este afán, esta preocupación, nos induce al examen de los más trascendentales problemas que pueden plantearse en el ámbito procesal y material.

(4) Vid. F. RODRÍGUEZ VALCÁRCEL: *Breves reflexiones sobre temas procesales*. «Revista de Derecho Procesal», año VI, enero-marzo de 1950, núm. 1, págs. 41 a 67 y de modo particular al tratar de la relación procesal y material.

(5) Vid. el interesante trabajo de JOSÉ RODRÍGUEZ U.: *El proceso civil y la realidad social*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, vol. XVIII, Caracas, 1957, cap. I «La Visión del Proceso: El proceso y el derecho material».

«El proceso», dice GIUSEPPE CHIOVENDA: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial 'Revista de Derecho Privado', Madrid, 1954, tomo I, trad. y notas de E. GÓMEZ ORBANEJA, pág. 53, debe dar, en cuanto sea posible prácticamente, a quien tiene un derecho, todo aquello, y, exactamente, aquello que tiene derecho a conseguir».

(6) «Las instituciones y las ramas fundamentales del Derecho—dice V. LETELIER—: *Génesis del Derecho y de las instituciones civiles fundamentales*, Santiago de Chile y Buenos Aires, 1919, pág. 607—están, naturalmente, sujetas a la Ley de la evolución permanente, como que su desarrollo jamás se ha paralizado» y continúa—pág. 642—porque «en realidad nunca hubo en parte alguna ningún legislador que pretendiese inventar el Derecho».

(7) ANTONIO MARÍN MONROY: *La irretroactividad de las Leyes y el Derecho antiguo*, en el núm. 186 de esta REVISTA, noviembre, 1943, pág. 753.

(8) Véase cuanto expusimos en nuestro trabajo *La caución en el artículo 41 de la...*, cit., al tratar de la «Definición» y «Fundamentación».

II. CONSIDERACIONES DE ORDEN PROCESAL Y MATERIAL.

La autonomía de la acción, y la diversidad de concepciones que pueden formularse sobre ella (9), desligada del derecho material, produce la consecuencia de que para ejercitar una acción no se precisa que el Derecho exista; basta que procesalmente se alegue su existencia (10). Sin embargo, pueden presentarse situaciones en que para la efectividad de un derecho, desconocido o perturbado, opere el Ordenamiento jurídico procesal con más intensidad, desencadenando una protección jurisdiccional (11) más efectiva, bien con la eficacia de los títulos guarentigios, bien provocando un desplazamiento de la carga probatoria (12).

En definitiva, es la consecuencia que se deduce del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en atención a los principios que le inspiraron y le atribuyen fuerza para su ejecución inmediata—*executionem paratam*—.

A esa conclusión se llega sin entrar en la naturaleza de dicho procedimiento (13), pues basta la existencia presuntiva del derecho accionado y de su contenido económico para que se manifieste con dicha eficacia, es decir, respecto de aquellos derechos inscritos que sean susceptibles de posesión, uso o servicio. Es la secuela, derivada del principio de legitimación, y de la *fides publica*, consagrados en los artículos 1.º, 38 y 97 de la Ley Hipotecaria.

(9) Véase, VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios de Derecho Procesal*, Edit. «Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, págs. 62 y sigs.; mismo autor: *Acción, derecho procesal y derecho político*, «Revista de Derecho Procesal, año VII, julio-septiembre de 1951, núm. 3, págs. 395 a 429, concretamente, pág. 396. En la pág. 75 del primer trabajo citado y en la 408 del segundo, concibe la acción «como el derecho de extirpar la actividad jurisdiccional del Estado».

(10) Véase, CARLOS VIADA Y MANUEL COMELLAS: *El ámbito judicial en el despacho de ejecución*, «Revista de Derecho Procesal», año V, enero-marzo de 1949, núm. 1, págs. 39 a 106, concretamente «Conclusiones finales», pág. 98.

(11) Véase mi trabajo *Proceso Cautelar: El artículo 1.419 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, «Revista de Derecho Procesal», IV octubre-diciembre de 1964, páginas 51 y sigs. sobre la concepción del proceso. Véase también bibliografía por mí citada en dicho trabajo. EDUARDO J. COUTRE: *Introducción al estudio del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1949, Depalma.

(12) Véase, MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ: *Normas de presunciones. En el derecho civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, «Ediciones Nauta, S. A.», Barcelona, 1963.

(13) Véase el magnífico trabajo del profesor HERCE QUEMADA: *Naturaleza jurídica del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista Temis de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza», núm. 1, 1957, pág. 39 a 65.

Pero en toda declaración, presuntiva *iuris tantum*, puede darse la situación contradictoria de que, existiendo los presupuestos para la acción, el derecho documentado haya quedado extinguido o bien la pretensión posesoria carezca de contenido. La situación jurídica, proclamada por la inscripción, atribuye a quien resulta su titular—principio de legitimación—el goce y disfrute (14)—*ius possidendi*—del derecho registrado. El ejercicio de la acción, basada en una *praepsumtio seu legis* de naturaleza *iuris tantum*, no deja de entrañar cierto riesgo, propio del estado de no comprobada que la pretensión observa. Sin embargo, no constituye óbice, en beneficio de esa apariencia de realidad, el adoptar, con la urgencia y premura requerida, las medidas adecuadas para la reintegración de la posesión, uso o servicio dimanante del derecho inscrito. Y si el tenedor pretende combatir la presunción declarada por el Registro, es lógico que deban adoptarse previsiones adecuadas que garanticen, no sólo el verdadero objeto de la pretensión litigiosa—medidas cautelares, previstas en el párrafo 2.º del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y regla 3.ª del 137 del Reglamento—, sino aquellas otras precisas para la efectividad, en su día, del resultado económico del juicio—caución prevista en los párrafos 4.º y 5.º del artículo 41 y reglas 5.ª y 6.ª del Reglamento—, sin perjuicio de que en la fase cognitoria, a través de una *sumaria cognitio* (15), se compruebe que se ostenta la posesión en virtud de relación jurídica dimanante de titular anterior (16) o que el

(14) Véase, EDUARDO MOLERO MASSA: *Un precario singular: El artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Conferencia en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación y «Revista General de Derecho», 1949, págs. 286 y sigs.; RODRÍGUEZ-SOLANO ESPÍN: *El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Bosch, 1953, Barcelona, págs. 18 y sigs.; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, tomo I: ATARD: *La posesión en la legislación hipotecaria española*, «Anales Academia Matritense del Notariado», Reus, tomo III, Madrid, 1946, págs. 63 a 91; etc...

(15) El ser el conocimiento completo o no serlo, puede ser referido a las condiciones de la resolución del juez o a las formas. Así, una cosa es el conocimiento sumario y otra, el procedimiento sumario. El conocimiento es completo cuando al demandado, antes de la resolución del juez, se le permite hacer valer todas las excepciones—dilatatorias y perentorias—a la demanda y cuando ésta aún en caso de rebeldía del demandado se examina en todos sus elementos constitutivos. Esto puede ocurrir, tanto con las formas más complejas—procedimiento formal—, como con las más simples—procedimiento sumario—. Sumariedad referida a la forma, supone simplificación de los actos judiciales. Referida al conocimiento, supone limitación en las causas de oposición.

(16) «En su más simple formulación tradicional—dice LUIGI BAGOLINI: *Notas acerca de la relación jurídica*, trad. FRANC. ELÍAS DE TEJADA, «Revista

título adolece de vicios que lo invalidan o le privan de la adecuada reipersecutoriedad. Es decir, la efectividad del título, prestada la caución, no es inmediata, sino hasta el momento en que se produce el fallo de protección del derecho inscrito.

La ejecutividad del título documentado se dilata hasta que se resuelva en el proceso incidental las causas de oposición susceptibles de ser invocadas, previa adopción de las medidas asegurativas formales y facultativas que garantizan el derecho inscrito y su contenido.

Esas medidas asegurativas están inspiradas en principios distintos, como distinta es la *ratio essendi* que las motiva. Ya expusimos las características y diferencias que separan a unas y otras, y cómo son objeto de diverso tratamiento jurídico-procesal (17). Mientras la caución constituye presupuesto objetivo de la relación, como "*carga*" que pesa sobre aquel contra quien se dirige la acción, dispensable únicamente por renuncia expresa del titular inscrito, el proceso cautelar es potestativo, tanto en el tiempo como en el espacio.

Así se produce en ese momento de adopción de cautelas, lo que CHIOVENDA denomina "juicio hipotético", y KIRSCH, constitución de la relación a fines procesales, que cesa al entrar en vigor la decisión del juicio contradictorio que le sigue.

Lo anterior hace que la caución, exigida en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en su doble aspecto sustantivo y adjetivo, no pueda constreñirse en reglas de orden cuantitativo o cualitativo. Precisa seguir las reglas de prudente discreción en uno y otro aspecto, siempre que se acomode a cualesquiera de las formas de garantía admitidas en derecho (18). No en vano las hemos calificado como "proveimientos instructorios" (19). Ello hace que la caución ofrezca

A. de Derecho Civil», tomo III, fascículo I, enero-marzo. 1950, páginas 7 a 21, concretamente 7—es entendida la *relación jurídica* como correlatividad del derecho de un sujeto respecto a la obligación de otro sujeto, como relación de dos sujetos, uno de los cuales posee un derecho a algo a lo que está obligado el otro», y continúa—pág. 13—: «la relación jurídica es conexión entre derecho de un sujeto de otro sujeto hecha posible mediante la imposición por el Ordenamiento jurídico de diversas obligaciones a los sujetos».

(17) Véase mi trabajo *Caución y proceso cautelar*., cit.

(18) Véase mi trabajo *La caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, citado a tratar de la «Naturaleza».

(19) Véase mi trabajo citado antes, págs. 653 y sigs. y nota 3 Véase CARNELUTTI: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Carlos Sentís Melendo, Uteha, Argentina, Buenos Aires, 1944, tomo I,

un dilatado campo al jurista para el desarrollo de múltiples problemas.

De un primer examen del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y, concretamente, de su párrafo 11, podría sentarse la conclusión, a nuestro juicio errónea, de inadmisibilidad absoluta de cualquier cuestión incidental que pudiera suscitarse. La limitación, establecida por dicho párrafo, ha de ser entendida, única y exclusivamente, respecto a causas de contradicción de orden material, distintas de los motivos específicamente establecidos. No puede afectar a la observancia de normas de derecho procesal, no sólo de carácter preceptivo, sino respecto de aquellas a las que se asigna un efecto dispositivo y cuya invocación se deja a la actividad de las partes—excepciones formales—. El orden procesal, la pureza del procedimiento, impone ese condicionamiento. La necesidad de prever actitudes que puedan afectar al proceso, desvirtuándole en su manifestación inicial, exige velar por su pureza, sin que dicha limitación pueda tener otro alcance distinto del indicado. La necesidad de dispensar una eficaz protección a los derechos inscritos, coordinando la insoslayable pureza del procedimiento, encuentra su plasmación complementaria en la regla 10.^a del artículo 137 del Reglamento.

De esta norma se deduce una doble consecuencia: 1.º La posibilidad de suscitarse cuestiones incidentales. Y éstas, tanto pueden promoverse por el actor que impugne la no admisibilidad del escrito inicial, o por cualquier otra causa, como por el demandado que acuse defectos esenciales a la relación jurídico-procesal que afecten al orden público. Ahora bien, las cuestiones que se provoquen sólo podrán ser recurridas en un solo efecto. 2.º Al limitar a un solo efecto los recursos que se interpongan *antes* de formular la demanda de contradicción, potencializa al máximo la protección registral. Al no operar el efecto suspensivo, la continuidad del procedimiento no se interrumpe.

El legislador, al ir conjugando las diversas e inmensas posibilidades que brinda la ciencia jurídico-procesal, ha creado una figura que armoniza los encontrados intereses derivados de los

página 246 y tomo II, pág. 196, núm. 194, que distingue, además, entre «provelimientos instructorios contenciosos y proveimientos instructorios no contenciosos».

derechos inscritos y las situaciones jurídicas extrarregistrales susceptibles de protección. Esas especiales características del proceso, regulado por el artículo 41, es lo que ha motivado las divergentes posiciones doctrinales en torno a su naturaleza jurídica (20).

Un examen profundo, valorativo, de las inmensas posibilidades que encierra el artículo 41 nos revela la existencia de una pieza maestra (21). Representa, para nosotros, la más eficaz protección de las libertades humanas, al coordinar tendencias irreconciliables, y proporcionar oportunidad para que triunfe la justicia, en una materia tan cara al hombre como la propiedad inmobiliaria (22). "La libertad es la vocación en el concierto de las criaturas—dice CARNELUTTI (23)—, pero no es la libertad de uno, sino la libertad de todos la que hace historia. Luego, para una libertad que se desvía, existe otra que se le contrapone, y en la relación entre las diversas libertades ha visto desenvolverse el curso de los cielos. El orden mismo del derecho positivo, apoyado como toda obra de arte sobre la limitación de la naturaleza, muestra esta creación que fructifica, para el bien común, el juego de la libertad el derecho subjetivo, que tiene en la propiedad individual el más puro ejemplo..."

A) Caución y postulación.

Si la caución se caracteriza por una serie de notas que tipifican, con una especial homogeneidad, a las medidas asegurativas procesales (24), el *periculum in mora* (25), afectante al contenido eco-

(20) Véase HERCE QUEMADA: *Naturaleza jurídica del artículo 41 de...*, cit.

(21) Ha sido uno de los artículos de la Ley Hipotecaria más duramente criticados.

(22) Véase J. L. RUIZ SÁNCHEZ: *Crédito Personal Agrario y sus garantías jurídicas*, «Santillana, S. A.», Madrid, págs. 22 y sigs., cuando desarrolla la especial *affectio* que siente el hombre por la tierra que cultiva, véase, también, la nota 25 de la «Introducción».

(23) Autor citado: *Nuevas reflexiones sobre el juicio jurídico*, trad. Urbano Ruiz Gutiérrez, «Revista de Derecho Procesal», núm. 1, 1957, 2.ª época, páginas 17 a 43.

(24) Véase mi trabajo: *Proceso cautelar...*, cit., págs. 52 y sigs. y *Caución y proceso cautelar...*, cit. págs. 858 y sigs.

(25) Véase J. RAMIRO POBETTI: *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*, tomo IV, *Tratado de las medidas cautelares*, «Ediar, S. A.», Editores Buenos Aires, 1956, cap. III, *Presupuestos de las medidas cautelares*; Chiovenda, «Instituciones de Derecho Procesal Civil», tomo I, pág. 299.

nómico del derecho inscrito, constituye el interés jurídico que la justifica como derivación de la presunción posesoria establecida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Y si el titular inscrito está presuntivamente legitimado para poseer, y, en consecuencia, para obtener los rendimientos económicos que de su derecho se deriva, la denuncia de una situación anómala, conceptuada por la Ley como conjetural, autoriza, como es lógico, a que se traten de salvaguardar los posibles perjuicios y menoscabos que pueda experimentar, y que como presupuesto inmediato, objetivo, que permita dar efectividad al mandato legal contenido en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, se exija la caución al detentador que pretenda formular oposición, basado en alguno o algunos de los supuestos de contradicción previstos en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Si no fuese así, el resultado económico del derecho inscrito podría quebrantarse. Y como la presunción posesoria actúa con plena intensidad, en beneficio del titular inscrito, su exigibilidad se establece *inaudita pars*, esto es, sin posibilidad de impugnar ni su oportunidad ni la forma de llevarse a efecto.

La publicidad registral opera atribuyendo al promotor la presunción de exactitud y legitimidad del derecho inscrito. Por ello, quien distinto del titular goce de la posesión, uso o servicio, se conceptúa como detentador. Como tal, se le exige la obligación de garantizar el contenido económico del derecho cuestionado. Es una carga objetiva que se le impone para que pueda entrar a justificar la causa de esa tenencia o goce. La necesidad de constituir la caución actúa como *conditio iuris*, con un efecto suspensivo en la relación (26).

El artículo 41 de la Ley Hipotecaria establece que “a la persona o personas designadas por el propio titular como causante del despojo o perturbación se las emplazará para que, en el término de seis días, puedan personarse en autos”, y “si comparecieren, prestarán caución adecuada...”.

Emplea la Ley los términos procesales: “emplazamiento, personación, comparecencia”, con reenvío a la Ley de Enjuiciamiento Civil, no sólo para su verificación, sino también para la tramitación del procedimiento de contradicción establecido. Ello nos con-

(26) Véase CARNELUTTI: *Sistemas de Derecho Procesal*, cit., tomo I, título 3.º «Del proveimiento cautelar», págs. 387 y sigs.

duce a la obligada consecuencia de que la persona o personas que pretendan formular oposición o bien simplemente traten de personarse o comparecer, deberán hacerlo de acuerdo con las normas rectoras del procedimiento. Esto es, con observancia de los artículos que regulan la comparecencia y personación en juicio —artículos 3.º y 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—(27).

B) *Caución y beneficio de pobreza* (28).

Si trascendente es examinar la defensa judicial del pobre, por las interesantes consideraciones de orden jurídico-social que se plantean, la proyección de esta cuestión, en el ámbito del procedimiento regulado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, no deja de ser sugestiva.

Prescindiendo de las argumentaciones justificativas de su regulación, es inconcuso que, en este procedimiento, una y otra parte pueden obtener y ampararse en el beneficio de justicia gratuita en los términos y condiciones que establece nuestro Ordenamiento. Pero su condicionamiento no puede alcanzar fines u objetivos distintos de aquellos que son propios de la institución, porque no sólo se desvirtuaría, sino que podría afectar, menosca-

(27) Este último reformado por la Ley de 23 de julio de 1966

(28) Véase LEONARDO PRIETO CASTRO, en «Resoluciones de Audiencias», *Procedimiento provocatorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, Comentarios a la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, Sala 2.ª, de 19 de junio de 1947*, «Revista de Derecho Procesal», año IV, enero-marzo, 1948, núm. 1, páginas 159 a 172; del mismo autor: «Dispensa de la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en caso de pobreza legal», *Comentarios a la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, Sala 2.ª, Auto de 30 de junio de 1948*, «Revista de Derecho Procesal», año IV, núm. 2, 1948, págs. 361 a 365; MANUEL GONZÁLEZ-ALEGRE: *Los procedimientos judiciales de la Ley Hipotecaria*, Bosch, editor, Barcelona, 1958; CAYETANO FRANCESCHINI: *El beneficio de pobreza. La defensa por pobre en el Derecho Procesal civil*, Trad. por José Xirau, Editorial Reus, Madrid 1927; NICOLAS GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO: *El proceso monitorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Procesal», año VI, número 3 julio-septiembre, 1950, págs. 411 a 431; JUAN A. DE ZULUETA: *El Beneficio de pobreza y la necesidad de su reforma*, «Revista de Derecho Procesal», año VIII, octubre-diciembre, 1952, núm. 4, págs. 539 a 549; RÍOS SARMIENTO: *La reforma del Beneficio de Pobreza*, «Revista Gral. Leg. y Jur.», tomo CXLI; Véase, también, además de las obras generales; ROBERT WYNESS MILLAR: *Los principios formativos del procedimiento civil*, trad. de la doc. Catalina Grossman, «Ediar. S. A.», Editores Buenos Aires, 1945; ANTONIO MORAL LÓPEZ: *El beneficio de pobreza del titular registral del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. ¿Cuándo ha de postularse?*, «Revista de Derecho Español y Americano», enero-marzo, 1960, año V, núm. 21, págs. 60 y sigs.

bando, derechos de la otra parte, con efectos perjudiciales en el equilibrio que debe existir en las relaciones jurídico procesales, contrarias a la razón teleológica del legislador e inspiradoras del oficio jurisdiccional (29).

No obstante lo consignado, existen comentaristas que no admiten la posibilidad de que el opositor pueda obtener el beneficio de pobreza. Así, MOLERO MASSA (30) y ENRÍQUEZ LÓPEZ (31), argumentan que la necesidad de prestar caución, no sólo es contraria a su otorgamiento, sino que, teniendo en cuenta la especial regulación del artículo 41 de la Ley y 137 del Reglamento, concretamente, el párrafo 11 del artículo 41, no existen términos hábiles para formular otras alegaciones que aquellas que son objeto de regulación como causas específicas de contradicción (32).

La opinión generalizada, por el contrario, es favorable a la admisión del beneficio de pobreza (33). Pero con tal afirmación no quedan resueltas las cuestiones planteadas. Subsisten las que se derivan de la posibilidad de sustituir o no, en su integridad o parcialmente, la caución exigida por el artículo 41 por la juratoria, en caso de pobreza legal.

El problema de las cauciones procesales es, indudablemente, como calificaba CHIOVENDA (34), gravísimo. Como, en definitiva, constituyen una limitación al ejercicio de un derecho, el juez, al disponerlas, ha de hacer uso de la más precavida prudencia, con el fin de evitar que pueda ser medio para denegar la justicia. Esa ponderación valorativa debe tener reflejo en el aspecto cuanti-

(29) Véase WERNER GOLDSCHMIDT: *Seguridad y Justicia en el pensamiento de Goethe*. «Revista de Derecho Procesal», año VIII, abril-junio, 1952, núm. 2, páginas 197 a 225 que inicia su estudio partiendo de la frase atribuida a Goethe: «Prefiero cometer una injusticia que cometer un desorden».

(30) Autor citado: *Recursos contra las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento regulado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, sus efectos*, «Revista General de Derecho», 1949, pág. 308.

(31) Autor citado: *El procedimiento de ejecución de las acciones reales*, en esta REVISTA. 1946, pág. 244.

(32) Tesis semejante fue mantenida por el Juzgado de primera Instancia, número 6, de Valencia, de fecha 10 de febrero de 1947. Véase HONORATO SURERA: *Derecho Procesal Hipotecario*, Bosch, editor, Barcelona, 1958, 2.ª edición, pág. 28, nota 1.

(33) Véase RODRÍGUEZ-SOLANO: *El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, cit., págs. 22 y sigs.

(34) Autor citado: *La condena en las costas judiciales*, 2.ª edic. Soc. E. Foro, Roma, 1935, pág. 433.

tativo (35), pero analizando los presupuestos preventivos que por la caución se tratan de amparar, en relación con la norma que la regula. Mantener la idea del índice meramente cuantitativo como rector, puede constituir, o un pensamiento aporético o un juicio sofisticado (36).

La conjunción de esos dos elementos determinativos del *quantum* y forma, respecto de la caución exigida por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, proporcionará, en definitiva, la medida justa y facilitará, no sólo su compatibilización con el contenido económico perseguido, sino con el instituto de la pobreza legal. Es la armónica coordinación entre justicia y norma (37).

Las relaciones entre Derecho procesal civil—formal—y Derecho civil—material—no pueden por menos de ser estrechas, pues, como hace notar Rocco (38), las partes, al cambiar la relación de derecho material, pueden influir en la relación procesal. Tal es el caso, por ejemplo, de la renuncia expresa a la caución prevista por el artículo 137 del Reglamento Hipotecario, regla 6.ª (39).

Esta conexión entre Derecho procesal y civil se revela de forma evidente en la caución del artículo 41. En ella se destaca la existencia de un aspecto sustantivo y otro adjetivo, que pudieran seguir distinta suerte, según que la renuncia provenga del titular registral, en cuanto que está legitimado presuntivamente por el contenido de la inscripción, o bien se lleve a efecto por el Es-

(35) Véase FRANCO NEGRO: *Sobre la oportunidad de adoptar por parte de distintos Estados la institución italiana de fianza para costas*, «Revista de Derecho Procesal», año X, enero-marzo, 1964, núm. 1, págs. 71 a 83.

(36) «El Juez—dice PIERO CALAMANDREI—no es una máquina de calcular, sino un hombre vivo. Un ser pensante».

(37) MAX ERNST MAYER—*Filosofía del Derecho*, «Labor», Barcelona, 1937, páginas 180 y sigs.—dice: «Es natural al Derecho el no poder ser siempre justo; por tanto, quien proclama la justicia como ideal jurídico, proclama un ideal que conduce al error... El Derecho es un orden basado en normas. Pero quien siembra normas no puede cosechar justicia. La norma ofrece valores perdurables, garantiza la seguridad jurídica; pero la justicia está cada día a la altura del tiempo; la norma mide por igual medida: garantiza la igualdad jurídica; a la justicia, en cambio, no pasa inadvertida ninguna desigualdad. El Derecho considera cada caso particular desde el punto de vista impuesto por la regla general; la justicia penetra, por así decirlo, en el corazón del caso».

(38) Ugo Rocco: *Derecho Procesal Civil*, trad. esp. cit. pág. 119.

(39) Un acto procesal puede afectar a una relación material, por ejemplo, la renuncia a una apelación, haciendo que la sentencia adquiera la autoridad de cosa juzgada, e influye en la relación de derecho material que permanece inalterada, tal como resulta por la sentencia.

tado a través del beneficio de pobreza. Cuestión ésta que plantearía el problema de su posible reducción y que ulteriormente analizaremos.

Así, las consecuencias de tal acto serían diferentes, en cuanto que el concurso de los intereses jurídicos en juego están atribuidos a distintos titulares: el Estado y el titular inscrito. El Estado, por el aspecto adjetivo que la caución asegura—prevención de una actuación procesal costosa—(40), que podría actuar sustituyendo la obligada caución por su modalidad juratoria—artículo 14-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, si bien con las consecuencias y efectos que se previenen en los artículos 31, 32, 36, 37 38 y 39 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (41).

Para comprender el alcance de la cuestión planteada, hemos de seguir el sistema savigniano de interpretación. Así, cuando el tenedor de un derecho inscrito, demandado por el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, solicita y obtiene el beneficio de pobreza, la caución exigida, integrada por los dos aspectos—subjetivo y adjetivo—perfectamente diferenciados cualitativamente, no pueden ser sustituidos en su unidad cuantitativa por la caución juratoria.

Se argumenta como tesis favorable a la sustitución de la caución efectiva o material, por la caución moral o juratoria, en su integridad unitaria, el que si con ella se trata de evitar que, por causa de pobreza, se vea desamparado judicialmente, sin poder hacer uso de los recursos que autoriza la Ley a los que lo son, con más fuerza ha de entenderse cuando no se trata de un recurso, sino de la propia defensa; por ello, “es de consignar—dice GONZÁLEZ ALEGRE (42)—la firme creencia que, en caso de pobreza, bastaría la caución juratoria como bastante para admitir la oposición”. Y continúa: “no podemos olvidar que si la caución responde a los fines de afianzar daños y perjuicios, frutos y costas, la Ley autoriza a la parte a pedir, y al Juez a acordar, cuantas

(40) Artículos: 33, 1968-9; 1.748, 1.751, 1.767, y 1.809 de la Ley E. C

(41) GONZÁLEZ-DELEITO—*El proceso monitorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Procesal, año VI, núm. 3, julio-septiembre, 1950, página 418—mantiene la exigibilidad de la caución en el proceso del artículo 41, sin perjuicio de que el contradictor, a efectos de costas y gastos judiciales, obtenga el beneficio de pobreza

(42) Autor citado *Los procedimientos judiciales de la Ley Hipotecaria*, citada pág. 40.

medidas sean procedentes para asegurar lo acordado en la sentencia, y, por ende, sobre estos extremos; medidas para las que goza el juzgador de un amplísimo campo, sin más restricción que su procedencia, por lo que, en definitiva, pasa a segundo lugar la caución exigida con esos mismos fines", para concluir que, en caso contrario, "se llegaría a la indefensión del supuesto perturbador" (43).

FRANCESCHINI (44) mantiene que "imponer la caución (en caso de ejecución provisional) al pobre o tal sólo a aquel que no está en satisfactoria condición económica, equivale a la negación de su derecho", dificultando el principio de estricta justicia. En realidad, su fundamentación tiene un sentido humanista (45).

PRIETO-CASTRO (46) no comparte dicha doctrina y participa del criterio contrario mantenido por el auto de 30 de junio de 1948, dictado por la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Madrid.

La tesis mantenida por GONZÁLEZ-ALEGRE, independientemente de realizar una interpretación extensiva del número 4 del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una idea de subordinación. Así, la caución, en cuanto a sus resultados y fines, está subsumida en los procesos cautelares regulados por el artículo 137-3.º del Reglamento Hipotecario. Nosotros hemos mantenido la perfecta diferenciación entre uno y otro instituto procesal (47), pues responden a distintas concepciones teleológicas.

Por otro lado, adentrándonos en el examen de la causa de la

(43) Esta tesis se mantuvo en la resolución de la Audiencia Territorial de Albacete, Auto de 23 de abril de 1943, citado por PRIETO-CASTRO, en *Dispensa de la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en caso de pobreza legal*, citada pág. 361.

(44) CAYETANO FRANCESCHINI: *El beneficio de pobreza...*, cit. núm. 36, 40, 46, 47, 48, 49, 50 y 926. págs 35, 36, 38 y sigs. y 614.

(45) «La idea humanista posee dos significaciones teóricas bien definidas. Una de ellas se encuentra expresa bajo la concepción, conocida por todos como humanitaria..., la cual se siente mejor que se define, puesto que, en el fondo, se trata de una llamada al corazón. Todo el humanismo responde a un sentido pietista de la vida. El humanitarismo así concebido, es la anarquía del orden y de la Ley, representa mejor que un criterio de justicia, un criterio de bondad». ENRIQUE JIMÉNEZ ASEÑO: *La proyección humanística en el proceso penal o el humanismo como criterio de justicia penal*, «Revista de Derecho Procesal», año VI, abril-junio, 1950, núm. 2, págs. 355 a 380, concretamente 358; JUAN BEYTO PÉREZ: *Historia de las doctrinas políticas*, edición Aguilar, Madrid, 1948; HANS BARTH: *Wahrheit und Ideologie*, «Manesse Verlag», Zurich, 1945.

(46) En trabajo citado en la nota 43.

(47) Véase mi trabajo: *Caución y proceso cautelar en el artículo 41...*, citada.

caución como acto jurídico-procesal, nos encontramos con un concurso o pluralidad de factores determinantes del acto causado (48). Es decir, de la necesidad imperativa—objetiva—de su exigibilidad o de su expresa renuncia en base a su contenido y razón de existencia. De un lado, la apariencia de derecho—*fumus boni iuris*—constituida precisamente por la justificación documental—certificación del Registro que acredite la vigencia sin contradicción alguna—del asiento correspondiente—artículo 41 de la Ley Hipotecaria y 137 del Reglamento—; y de otro, los temores de insolvencia del detentador—*suspectio debitoris*—y la atribución presuntiva del contenido económico—goce y disfrute—del derecho inscrito, en virtud del principio de legitimación, constituyen esa pluralidad de factores determinantes del acto causal-procesal—con causas—. Su estudio comparativo con el número 4.º del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil revela, de modo palmario, distinta causa. Se pretende con la modalidad de caución juratoria, facilitar, al que ha obtenido la declaración de pobreza, simplemente la interposición de recursos (49).

La naturaleza misma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como de cualquier otra norma, no autoriza una interpretación extensiva cuando se encuentren involucradas instituciones inspiradas en razones finalistas contrarias, salvo que expresamente se disponga otra cosa. No olvidemos que la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, con un contenido, función y fin específico, constituye presupuesto que dilata la inmediata actividad reintegrativa del derecho inscrito y reclamado. Representa la exigencia de la caución el aspecto sancionador—pático—de la situación provocada por el detentador.

Si el proceso se considera como instrumento de la paz jurídi-

(48) Véase JAIME GUASP: *Indicaciones sobre el problema de la causa en los actos procesales*, «Revista de Derecho Procesal», año IV, julio-septiembre, 1948, núm. 3, págs 403 a 430: «No es la causa—dice el autor citado, pág 409—un requisito subjetivo, porque no es una cualidad intrínseca a la persona e indesligable de ella, sino, por el contrario algo que yace fuera del sujeto aunque venga a influir sobre la exteriorización de su querer. El motivo, a diferencia de la aptitud y de la voluntad, característicos requisitos subjetivos, no se adhiere de tal modo al agente del acto que su consideración separada del mismo resulte inimaginable. Hacer de la causa jurídica de un acto (acto procesal), un requisito subjetivo equivale muchas veces, a confundir indebidamente el porqué, objetivo del acto con la conciencia, intención o ánimo de su autor».

(49) Véase PRIETO-CASTRO: *Dispensa de la caución*., cit., pág. 364.

ca (50), tendente al restablecimiento del orden perturbado, las características que ha de reunir el proceso serán consustanciales con el derecho que se trata de proteger. Para que la inscripción registral goce de la fuerza y eficacia que le atribuyen los principios hipotecarios, el legislador ha establecido, como presupuesto genérico para la efectividad de esa protección, el mandato contenido en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, dirigido a los órganos jurisdiccionales, y, además, la observancia de otros presupuestos específicos que condicionan los distintos procesos encaminados a salvaguardar tales derechos inscritos—artículo 40 de la Ley Hipotecaria y concordantes—. La caución es uno de ellos, una consecuencia de esa exigencia, adecuada a la especial naturaleza de la pretensión esgrimida y protegida. Así se actualiza el fin del proceso: concretar la voluntad abstracta y genérica de la Ley y la voluntad individual y específica del titular del derecho inscrito (51).

Si en el análisis realizado hemos llegado a la positiva conclusión de imposibilidad sustitutoria de la caución material por la juratoria, en caso de pobreza legal del tenedor del derecho inscrito en su unidad, a este mismo resultado nos conduce la evolución del artículo 41 (52).

Hemos sentado la consecuencia de que la concurrencia del principio de legitimación registral, y de aquellos que le complementan, imbuyen a la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria de especiales características que la singularizan. La exigencia de la caución, tendente a garantizar el resultado económico del juicio, permite que la efectividad del título no sea inmediata. Constituida esa garantía, se admite la posibilidad de una fase cognitoria, de conocimiento sumario, que, por el carácter de la resolución que pone término al proceso, no impide la discusión más amplia en el

(50) Véase JOSÉ RODRÍGUEZ U : *El proceso civil y la realidad social*, citada pág. 19.

(51) Véase mi trabajo *Caución y proceso cautelar* ... cit, pág 857 y nota 5.

(52) Se puede consultar: JESÚS MARTÍNEZ CORBALÁN: *La reforma de la Ley Hipotecaria: examen del artículo 41 en relación con sus predecesores*, en esta REVISTA, tomo XIX, año 1946, págs. 96 a 108. mismo autor *Más sobre el artículo 24 (38 Ley Unificada) y 41 de la vigente Ley Hipotecaria*, igual REVISTA y año, págs. 521 a 541; ENRIQUE DEL VALLE FUENTES: *Consideraciones sobre la nueva Ley reformadora de la Ley Hipotecaria*, igual REVISTA y año, páginas 8 a 19, DOMINGO ENRÍQUEZ LÓPEZ: *El proceso de ejecución de las acciones reales*, igual REVISTA y año, págs 244 a 253. etc...

declarativo correspondiente. Es la secuela derivada del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, atenuada, en cuanto permite, con el condicionamiento de la caución, formalizar una limitada oposición frente a la efectividad y protección inmediata que merece el título inscrito (53).

Evolución del artículo 41.

La formulación del artículo 41, tal como es objeto de regulación actual, ha sido objeto de un proceso histórico y doctrinal (54). Su evolución nos proporciona un conocimiento más cabal de la eficacia de los principios hipotecarios, su fundamentación, y medios que el legislador ha tenido que arbitrar para la protección de los derechos inscritos. Sobre todo, nos muestra la última fase de ese devenir lógico en la protección de los derechos inscritos en el que se trata de coordinar el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral (55). Los principios hipotecarios que amparan y protegen la inscripción y lo que ella representa frente a terceros. Su coordinación es equilibrio, equilibrio circense, dinámico, que, como tal, algunas veces se admira, pero puede conturbar el ánimo (56).

(53) Véase LEONARDO CIMIANO: «El artículo 41 de la Ley Hipotecaria», *carácter en que aparece colocado el contradictor respecto del propietario inscrito*, en esta REVISTA, año XXV, noviembre-diciembre, 1949, núm. 258, págs. 705 a 719.

(54) Véase las críticas que al artículo 41 se han realizado por los hipotecaristas Bibliografía citada en la nota 2 de mi trabajo: *Caución y proceso cautelar*, cit.: LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario Registral*, Librería Bosch, Barcelona, 1968, pág. 167.

(55) Véase MANUEL DE LA PLAZA—*Derecho Procesal Civil Español*, Editorial, «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1945, tomo II, pág. 303—pone de relieve la necesidad y carácter urgente de la reforma del procedimiento, por que, independientemente de otros problemas se creó «una escisión en la doctrina de los Tribunales, que unas veces mantuvieron a toda costa el estado posesorio resultante de la inscripción, y otras, abrieron paso, con mayor o menor cautela, a la realidad de la posesión extrarabulas, haciendo posible la oposición, aunque tampoco se logró acuerdo completo en lo relativo al cauce procesal por el que debía discurrir...», con lo cual no se consiguió el efecto que el artículo 41, antiguo, pretendió. Véase JERÓNIMO GONZÁLEZ: *La reforma de la Ley Hipotecaria en sus artículos 41, 399 y 400*, en esta REVISTA, 1927, págs. 426 y 429.

(56) Véase MÉNDEZ TURIEL ALVAREZ DE TOLEDO: *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Privado», 1931, págs. 45 y sigs.; COSSIO: *Leciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1945, 109; *Boletín de la Justicia Municipal*, núm. 196, págs. 1.185 y sigs., «Revista de Derecho Procesal», 1949, páginas 215 y sigs., en las que se comentan y transcriben resoluciones moti-

La comprensión del problema radica, no sólo en asimilar el contenido y efecto ambivalente que la caución entraña—sustantivo y adjetivo, en su univocación—, sino en el sistema adoptado por nuestro Registro que “por la forma en que recibe y publica las titularidades—dicen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (57)—es *tendencialmente exacto*”. Lo anterior, unido a una precavida ponderación de los límites cuantitativos de la caución, evitará que el procedimiento, y concretamente una caución desorbitada, constituya obstáculo para la defensa de legítimos derechos y situaciones (58).

La exigencia contenida en el párrafo 4.º del artículo 41 y la consecuencia establecida en el siguiente, son consustanciales con la naturaleza del procedimiento regulado y con su especial fin perseguido.

Un examen evolutivo de la protección dispensada al titular inscrito nos confirma la tesis mantenida.

La Ley de 8 de febrero de 1861, y las modificaciones que ulteriormente se introdujeron en 1869 y 1877, no contenía precepto alguno que otorgasen una especial protección procesal al titular inscrito frente al poseedor sin causa. Era preciso acudir al juicio declarativo ordinario (59) para discutir, tanto sobre la posesión, titularidad de la finca o derecho inscrito, y, en consecuencia, no era preciso pedir la cancelación del asiento respectivo.

Los artículos 15 y 16 de la Ley de 21 de abril de 1909 (60) sen-

vadas por el referido procedimiento 41, en las que se pretenden declaraciones de derechos como las de inexistencia de contratos de arrendamientos, simples deslindes, verdaderos desahucios de colonos o inquilinos, con abuso de los límites y verdadera función teleológica del procedimiento.

(57) Autores citados: *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pág. 164

(58) Véase FUENTES: *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista General de Leg. y Juris.», tomo 186, págs. 596 y sigs.

(59) Véase LÓPEZ DE HARO: *La reforma del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Privado», 1927, pág. 269.

(60) El artículo 15 de la citada Ley decía: «Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código Civil, que tiene la posesión de los mismos y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido Código, a favor del propietario y poseedor de buena fe, y será mantenido en ellos por los Tribunales con arreglo a los términos de la inscripción y reintegrado, en su caso, judicialmente por el procedimiento establecido en el título XIV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La posesión inscrita producirá, mientras subsista, iguales efectos que el dominio a favor del poseedor y conforme al artículo 446 del Código Civil».

El artículo 16 disponía: «No se podrá ejercitar ninguna acción contradic-

taron los hitos de la protección registral procesal al titular inscrito. Representó una reforma trascendentalísima en orden a la reintegración posesoria de los derechos inscritos a favor de sus respectivos titulares. Pero sus resultados prácticos no fueron los que se deducen de un examen superficial de tales preceptos (61). No obstante, la semilla sembrada llegaría a germinar en fecundos frutos. La inscripción atribuye al titular inscrito la posesión civil, presumiéndose que goza del contenido económico que la posesión comporta. En consecuencia, debía ser protegido eficazmente. Esta protección se dispensaba a través del procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la posesión judicial, en el título XIV del libro III—artículos 2.056 a 2.060—, sin admitir oposición alguna anterior a la reintegración (62). La contradicción debía tener cauce a través del procedimiento declarativo adecuado, interesando la nulidad o cancelación de dicha inscripción (63).

El artículo 15 de la Ley de 21 de abril de 1909 pasa al 41 de la Ley de 16 de diciembre de 1909, con muy ligeras modificaciones (64). Los problemas de su efectividad, y los inconvenientes que de su interpretación se derivaron, posiblemente motivados por su más entusiasta que meditada concepción (65), produjeron

toria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción en que conste dicho dominio».

(61) Véase M. DE LA PLAZA: *Algunas observaciones críticas sobre el artículo 41 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento para su aplicación*, «Revista de Derecho Privado», 1916, pág. 70.

(62) Así se expresaba MARTÍNEZ PARDOS, Director General de los Registros, en el prólogo de la obra de HIGUERAS SABATER: *Reforma de la legislación hipotecaria*, Madrid, 1909, pág. XXVII.

(63) Véase RODRÍGUEZ-SOLANO: *El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, cit., págs. 23 y sigs.

(64) El artículo 41 de la citada Ley decía: «Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código Civil, que tiene la posesión de los mismos y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el título II del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe, y será mantenido en ellos por los Tribunales con arreglo a los términos de la inscripción y reintegrado, en su cargo, judicialmente por medio del procedimiento establecido en la Ley E. C.).

El artículo 16 pasó a ser el 24.

(65) Véase ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 303, nota 1—dice que «este precepto, que no figuraba ni en el proyecto del Gobierno ni en el dictamen aprobado por el Senado, se logró introducirlo por entusiastas Registradores, a la sazón Diputados a Cortes, y al frente de ellos, el señor MARTÍNEZ PARDOS, en el dictamen de la comisión del Congreso, el cual fue aprobado sin enmienda alguna, y, por tanto, sin discusión».

los graves inconvenientes que surgieron, derivados de su dispar interpretación (66), en orden al procedimiento establecido por dicho artículo, en relación con el 100 del Reglamento de 6 de agosto de 1915 (67).

El procedimiento del artículo 41 de la Ley de 16 de diciembre de 1909, como hemos expuesto, no alteraba el régimen establecido. Recogía el principio de que, "quien tiene inscrito el dominio de inmuebles, se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos". Ahora bien, este principio originó problemas de interpretación en relación con las normas de protección procesal. La cuestión radicaba en si esa presunción posesoria era de naturaleza *iuris et de iure* o bien *iuris tantum*. El problema era realmente procesal.

Independientemente de la posición doctrinal dubitativa, respecto al alcance de la presunción, la cuestión quedaba centrada en orden a la aplicabilidad del artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Un sector (68) mantenía la consecuencia de que la posesión judicial de los artículos 2.056 a 2.060 de la citada Ley, en la mayoría de los casos, consistía en requerir a los inquilinos, colonos o poseedores para que reconocieran la posesión al titular registral, sin dar lugar al lanzamiento. Otros mantenían criterio opuesto (69). La jurisprudencia siguió también posturas dispares. Así hubo una tendencia en la que, manifestada la oposición por el tenedor, el expediente—jurisdicción voluntaria de los ar-

(66) Véase LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pág. 167; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., tomo I, página 306, nota 1.

(67) El artículo 100 del Reglamento establecía: «El procedimiento a que se refiere el artículo 41 de la Ley, es el regulado por el título XIV del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Interesante es, también, el artículo 101 que decía: «Si el que tuviese a su favor inscrita la propiedad o posesión de una finca o derecho real creyera que otra inscripción primera de posesión, hecha con posterioridad y bajo número diferente, se refiere al mismo inmueble o derecho real, podrá pedir la posesión judicial por los trámites expresados en el artículo anterior, con citación de los interesados en la nueva inscripción, y el Juez, al decretarla, ordenará, cuando la identidad total o parcial apareciese probada, que se extienda nota suficiente al margen de la inscripción de posesión últimamente practicada».

(68) MANUEL DE LA PLAZA: *Algunas observaciones críticas sobre el artículo 41 de la Ley Hipotecaria...*, cit., «Revista de Derecho Privado, 1916, pág. 70; CARAZONY: *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria en lo procesal y en la jurisprudencia*, cit., en esta REVISTA, 1942, pág. 2.

(69) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., tomo I, pág. 304.

artículos 2.056 a 2.060—se hacía contencioso por aplicación del artículo 1.817, y para obtener el lanzamiento, había que acudir al juicio de desahucio (70). Y otra, que fue prevaleciendo (71), “terminó por proclamar la doctrina de que el titular inscrito tenía la posesión real de la finca y podría obtener el lanzamiento del poseedor” (72).

La anterior doctrina jurisprudencial podía provocar, y de hecho originó, alteraciones de orden público, que hizo sentir la necesidad de una reforma (73). Esta se plasmó en el Real Decreto-Ley de 13 de junio de 1927, completada por la de los artículos 100 y 101 del Reglamento Hipotecario, modificados por el Real Decreto de 19 de julio del mismo año (74). El resultado práctico de

(70) Sentencias del Tribunal de 5 de marzo de 1914. 6 de octubre de 1915: 15 de diciembre de 1916, 8 de febrero de 1921; 7 de diciembre de 1917; 20 de enero de 1920; 24 de enero de 1922; 10 de junio de 1924. 3 de febrero de 1925; 17 de junio de 1926; 7 de julio de 1927; etc.

(71) Véase sentencias del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1925; 2 de junio de 1925. 12 de febrero y 29 de abril de 1927; 4 de marzo y 24 de mayo de 1941.

(72) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., tomo I, pág. 305.

(73) En la exposición de motivos del Real Decreto-Ley de 13 de junio de 1927 se expresa con estas palabras: «El artículo 41 de la Ley Hipotecaria, correspondiente al artículo 15 del proyecto presentado al Congreso de los Diputados por la Comisión respectiva, en 16 de febrero de 1909, fue incluida en la reforma inmobiliaria aprobada por el Senado sin ninguna justificación explícita, y, esta circunstancia, a la redacción general y equivocada del texto de la Ley de 21 de abril del mismo año, ha provocado un verdadero trastorno en el régimen de la propiedad territorial». Y, continúa más adelante: «Frente al propietario, según el Registro, no podía existir poseedor legítimo, y los llevadores de tierras durante siglos, en virtud de títulos más o menos defectuosos, se veían violentamente lanzados en procedimientos sumarios sin poder alegar su posesión inmemorial. Justo, es decir, que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo intentó, en varias ocasiones, oponerse a esta arrolladora corriente, pero la letra de la Ley prestaba tan poca base a las normas tradicionales, que en las últimas sentencias se reconoce plenamente la prelación y ventajas de la posesión tabular frente al criterio real del que se creía poseedor legítimo. Ni los principios hipotecarios, ni los postulados de la acción social agraria permiten la consagración de tales ideas». Véase JERÓNIMO GONZÁLEZ: *La reforma de la Ley Hipotecaria en sus artículos 41, 399 y 400*, en esta REVISTA, 1927, página 425.

(74) El artículo 41 del Real Decreto-Ley de 13 de junio de 1927 quedó redactado de la siguiente manera: «Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume a los efectos del Código Civil que tiene la posesión de los mismos y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido Código, a favor del propietario y del poseedor de buena fe, mientras que los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica o que existe un poseedor de mejor condición, a tenor del artículo 435 del mismo Cuerpo Legal. La posesión inscrita producirá iguales efectos que el dominio, en favor, del poseedor».

El artículo 100 del Reglamento de 19 de julio de 1927 dispuso: «Quien

esta reforma fue mitigar el rigor atribuido al artículo 41 de la Ley Hipotecaria anterior, al condicionar la efectividad posesoria a la prueba en contrario, referida no sólo a que el contradictor fuese un propietario verdadero, sino incluso un poseedor de mejor condición (75).

Si la legislación de 1909 provocó críticas y la necesidad de una reforma por el excesivo desconocimiento que de la posesión de hecho se hacía, en cuanto quedaba indefensa frente a la protección registral, la de 1927 no satisfizo tampoco por el signo contrario en que se inspiraba.

Así, el procedimiento, establecido para la reintegración posesoria, era el de jurisdicción voluntaria establecido en la legislación anterior, pero con dos variantes: 1) Si existía oposición, se concedía un plazo de quince días para que el opositor formulase escrito de reclamación, al cual podía contestar el titular inscrito en plazo de seis días. 2) La tramitación del procedimiento declarado contencioso, conforme al artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acomodaba a las normas de los artículos 1.642 a 1.650, siendo potestativo valerse o no de Abogado y Procurador (76).

La inocuidad del procedimiento, frente a la posesión no inscrita, en contraste con la escasa efectividad tutelar a los derechos registrados, provocó el ambiente preciso para una nueva reforma. Esta había de aunar, de modo eficaz y ponderado, la necesaria y real protección, al titular registral, en orden a la reintegración posesoria del derecho inscrito, frente a situaciones jurídicas merecedoras de respeto y tutela jurisdiccional.

tenga inscrito el dominio o cualquier derecho real susceptible de posesión, podrá solicitar, con arreglo a los artículos 2.057 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la posesión judicial, aun en los casos en que proceda el interdicto de adquirir. Si a la solicitud presentada se hiciera oposición por algún interesado, el Juez, sin perjuicio de dar la posesión pedida, concederá al opositor un plazo de quince días para que formule por escrito su reclamación. Las reclamaciones se unirán a los autos y se entregarán sin demora ni publicación de edictos al que hubiese obtenido la posesión, para que las conteste o exponga por conveniente dentro de seis días. El procedimiento se tramitará como contencioso, con arreglo a los artículos 1.642 a 1.650, ambos inclusive, de la referida Ley, siendo potestativo valerse o no de Letrado y Procurador».

(75) Véase ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., tomo I, pág. 307.

(76) Véase en nota 74 el artículo 100 del Reglamento de 19 de julio de 1927.

Así se llega a la Ley de 30 de diciembre de 1944 (77), reformada por la de 8 de febrero de 1946 y Reglamento de 14 de febrero de 1947.

En la Ley y Reglamento vigente se han fusionado, de modo perfecto, la necesaria e indispensable protección a las titularidades registrales que, comportando posesión, uso y servicio, sean disfrutados por otro u otros. Las fases legislativas que ha ido atravesando la protección del titular inscrito han discurrido por las más extremas situaciones, frente a la posesión de hecho. En la actualidad, a nuestro juicio, ha encontrado un ponderado equilibrio en el artículo 41. A su efectividad ha contribuido extraordinariamente la *caución*. La caución ha permitido estabilizar los encontrados intereses derivados de la inscripción y los principios que la protegen, y la necesidad de acceder a situaciones excepcionales susceptibles de merecer una protección jurídica. Por ello estimamos que la caución exigible no puede ser objeto, insistimos, de una estimación cuantitativa reglada. Su fijación vendrá condicionada por la titulación y motivaciones del escrito inicial, al objeto de que se cumpla la justicia, función primordial de los organismos jurisdiccionales (78).

La caución ha contribuido a la estabilidad entre Justicia y

(77) Prescindimos de examinar el anteproyecto del señor PORCIELÉS.

(78) CATRHEIN dice, que «la idea del Derecho es inseparable de la Justicia, de modo que para él es Derecho todo lo que consideramos justo en la convivencia social»; el P. SUÁREZ dice, que «el Derecho es lo recto, según la razón natural»; DEL VECCHIO, que «la Justicia es el deber ser jurídico, o sea, la forma lógica del Derecho; una de las definiciones que de la Justicia da Aristóteles, es aquella que entre dos supuestos pone igualdad»; véase GREGORIO TREVIÑO: *Justicia y Derecho*, en esta REVISTA, año XXIV, marzo, 1948, núm. 238, páginas 179 a 183, concretamente 179; véase CASTÁN: *La noción del Derecho a través de los sistemas filosófico-jurídicos tradicionales y modernos*. Discurso en la solemne apertura de Tribunales de 15 de septiembre de 1947; mismo autor: *La Justicia y su contenido a la luz de las concepciones clásicas y modernas*. Discurso pronunciado en la solemne apertura de Tribunales, en 15 de septiembre de 1967, Reus, Madrid, 1967; mismo autor: *La idea de la Justicia en la tradición filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español*. Discurso en la solemne apertura de Tribunales de 15 de septiembre de 1946, Reus, Madrid, 1946; M. DE LA PLAZA: *Jueces y equidad*. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1947; ITURMEN-DI BAÑALES: *Perfeccionamiento de la organización y procedimiento de la Justicia*. Discurso en la solemne apertura de Tribunales en 15 de septiembre de 1964, «Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia», 1964, Madrid, sobre todo en las «Consideraciones finales»; JAIME M. MANS PUIGARNAU: *Hacia una Ciencia General del Derecho*, Bosch, casa editorial, Barcelona, 1962, especialmente, cap. III «El Derecho y la Justicia», págs. 54 y sigs.; etc...

Derecho. Entre aquellas orientaciones doctrinales, tendentes a una protección a ultranza de los derechos inscritos, marginando cualquier otra situación jurídica o la contraria que inutilizaba la fuerza y eficacia de los principios hipotecarios. Esta conjunción de Justicia y Derecho (79) elimina las posibilidades impugnativas que pretenden afectar la viabilidad de la caución. Excluyen, asimismo, toda argumentación encauzada a obtener por la vía de una idea *humanística* del Derecho su sustitución por la caución juratoria en caso de pobreza legal, pues responde a funciones y fines distintos. Aceptar la sustitución es quebrar el equilibrio. Nos encontraríamos con una atenuación del rigor jurídico-procesal, en perjuicio del titular inscrito. Daría lugar a una considerable mitigación de la protección procesal del titular registral, en beneficio del opositor, que gozara del beneficio de pobreza y actuase de mala fe. Y si pudiera pensarse que el actuar de mala fe no es presumible y constituye la excepción, es preciso reconocer la unidad insustituible de la caución en aras de la "seguridad jurídica", de la estabilidad y legitimidad de ese derecho y su contenido económico, proclamado por la fe pública y legitimación (80). Constituye, pues, pieza clave del sistema.

Si hemos considerado la caución como unidad, la posibilidad de una sustitución en parte por la juratoria no es posible. La discrecionalidad, en su fijación cuantitativa por el órgano jurisdiccional, constituye elemento ponderativo suficiente. Los efectos de la solicitud de pobreza legal, por el contradictor, son, unos, pro-

(79) En el orden constituyente—dice MANS PUIGARNAU: *Hacia una Ciencia*, cit., pág. 55—la Justicia es el ideal del Derecho, en el orden constituido es el resultado del Derecho. El concepto de justicia es, pues, *a priori* y *a posteriori*, respecto del de Derecho. El Derecho es derecho porque es justo, y lo justo es justo porque está arreglado a Derecho. La Justicia es, a la par, la causa y el efecto, el principio y el fin, el ideal y la realización del Derecho».

(80) Ha dicho ORTEGA Y GASSET, que «la vida», es constitucionalmente inseguridad... Estamos inseguros, incluso, de si mañana cada uno de nosotros va a existir; pero mucho más inseguros de lo que va a pasar con los contenidos particulares de nuestras vidas: salud, fortuna, acierto, amor, dolor, placer... Por lo mismo, necesita el hombre asegurar alguna dimensión de su vida, saber siquiera en ella a qué atenerse, para desde ella afrontar con brío el problemático resto. Esto era el Derecho para los romanos. Gracias a esta seguridad de su derecho, el ciudadano de Roma podía hincar en él confiadamente los talones, y... sintiéndose amparado, por así decirlo, en su retaguardia, podía buscar sin azoramiento, como comportarse para desarrollar su vida personal con entereza y seriedad, y formarse un carácter compacto y enérgico». MANS PUIGARNAU: *Hacia una Ciencia del Derecho*, cit., pág. 57, nota 9.

visionales—artículo 27 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—; otros, definitivos, que se consolidan y actúan con la declaración de firmeza de la resolución final que ponga término al incidente de pobreza, coordinados con la correspondiente del proceso principal, en orden a la declaración de costas.

No sólo se oponen las razones antes expuestas, sino otras de oportunidad. La simple solicitud de pobreza daría lugar a constituir la caución juratoria. Se eludiría el valladar establecido por la regla 5.ª del artículo 137 del Reglamento, en perjuicio del principio de inmediata ejecutividad, reconocido al título inscrito, que únicamente se difiere con la caución, que abre paso a una limitada cognición. Por otro lado, fijada la obligación de caucionar en la providencia de admisión del escrito inicial, se produce un efecto preclusivo que impediría retrotraer el proceso. En caso contrario, el objetivo de la oposición sin obstáculos se conseguiría, en perjuicio de la inmediatividad reconocida al título inscrito, máxime cuando le queda la posibilidad de oposición, e incluso de exigir responsabilidad indemnizatoria, en el declarativo.

Así, la exigibilidad de la caución y su prestación es presupuesto básico para la oposición. La demanda de pobreza constituye actividad de contradicción: es, pues, incidente del proceso de oposición. Y su tramitación se ha de acomodar a lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (81), porque de otra manera se tropezaría con el obstáculo del párrafo 11 del artículo 41, que impide la paralización u obstaculización del procedimiento.

Por otro lado, si se admitiese la posibilidad de sustitución parcial, lógicamente la renuncia expresa a la exigibilidad de la caución debería afectar, única y exclusivamente, a aquella porción destinada a garantizar derechos subjetivos del renunciante; sin embargo, se extiende al conjunto, al todo. Esto es así, porque se concibe como una unidad, aunque pueda estar integrada por diversos elementos. Se le ha imbuido de las propiedades de los cuerpos compuestos; separando sus elementos componentes deja de existir como tal cuerpo.

(81) GONZALO DE LA CONCHA Y PELLICO: *Cuestiones procesales que plantea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista General de Derecho», 1949, páginas 467 y sigs.-pág. 476.

C) Caución y competencia.

Para el examen de este problema hemos de partir del párrafo 11 del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y de la regla 1.ª del 137 del Reglamento. En el primero se establece que "cualquier otra alegación (distintas, decimos nosotros, de las causas de oposición) se reservará para el juicio declarativo que corresponda, sin producir el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece este artículo". El segundo dispone que "sólo será Juez competente para conocer del procedimiento el de primera instancia del partido en que radique la finca, y si ésta radicase en más de uno, se estará a lo dispuesto en la regla 1.ª del artículo 210 de la Ley".

En dichas normas se establece, no sólo la competencia cualitativa o *ratione materiae* para entender en esta clase de procedimientos al Juez de 1.ª instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (82), sino que se regula la competencia territorial: *forum rei sitae* (83).

Si por razón de la competencia cualitativa no existe problema, porque a ella se oponen los citados artículos de la Ley Hipotecaria, y, concretamente, los 54 y 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la segunda pueda plantear dudas. Siendo las normas reguladoras del proceso, esencialmente de orden público (84), los propios organismos jurisdiccionales deben velar por su estricta observancia, al objeto de que la relación jurídico-procesal quede bien

(82) Dicho artículo dispone: «Para que los Jueces y Tribunales tengan competencia, se requiere: 1.º Que el conocimiento del pleito o de los actos en que intervengan esté atribuido por la Ley a la autoridad que ejerzan. 2.º Que les corresponda el conocimiento del pleito o acción con preferencia a los demás Jueces o Tribunales de su mismo grado» Véase el artículo 298 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(83) No deben ser objeto de confusión, «jurisdicción» y «competencia». Véase LÓPEZ MORENO: *Principios fundamentales del procedimiento civil y criminal*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1901, tomo I, págs. 103 y siguientes; M. DE LA PLAZA: *Derecho Procesal Civil*, cit., tomo I, pág. 131 y siguientes; FERNÁNDEZ DE VELASCO: *El acto administrativo*, ed., «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1929; ALVAREZ GENDIN: *Nociones sobre la Jurisdicción contenciosa-administrativa*, en «Revista de Derecho Privado», noviembre, 1936.

(84) Véase JOSÉ ANTONIO DORAL: *La noción de orden público en el Derecho Civil Español*, «Ediciones Universidad de Navarra, S. A.» Pamplona, 1967.

constituida—artículo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. Pero si el peso específico de esa obligación de depurar el proceso corresponde al Tribunal, también existe una parte no desdeñable que recae sobre las partes, e incluso afectan al instrumento con que el juicio mismo se inicia (85).

Ahora bien, mientras se dan la existencia de normas procesales de *ius cogens* (86) y, por tanto, de estricta observancia, existen otras cuya eficacia se deja a la actividad de las partes. Así surge la existencia de una serie de requisitos previos—presupuestos—procesales (87) que, como esenciales e iniciales de cada juicio, deben concurrir, y aquellos otros que se reservan al demandado para que, como simples obstáculos formales, sean invocados por él en momento oportuno (88), como excepciones de carácter formal (89).

Así, antes de que el Tribunal entre en el conocimiento de la acción ejercitada, tiene que examinar y declarar la existencia de

(85) Puede acontecer que el Tribunal carezca de jurisdicción o sea incompetente, o que el asunto que se plantee penda ya antes, o la parte carezca de capacidad para ser tal, o de capacidad procesal, o no esté suficientemente representado, etc...

(86) Las normas de competencia por pertenecer a la esfera de derecho público—*ius cogens*—son absolutas e imperativas. Véase sentencia 13 y 19 de febrero de 1948, 14 de marzo y 29 de abril de 1950, etc ..

(87) JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ: *Los problemas de admisibilidad en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, en esta REVISTA, 1951, año XXVII, número 272 págs. 119 a 133; KISCH: *Elementos de Derecho Procesal Civil*, traducción PRIETO-CASTRO, cit., págs. 161 y sigs.; LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA: *Eficacia del artículo 207 en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Judicial», año V, núm. 20, octubre-diciembre, 1964, páginas 87 a 129; VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial, «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1955, págs. 403 y sigs., al tratar de «La demanda en el Proceso Civil Español», pág. 438 y sigs., concretamente 450 y sigs.

(88) CARLOS VIADA Y MANUEL COMELLAS—*El ámbito Judicial en el despacho de ejecución*, «Revista de Derecho Procesal», año V, enero-febrero-marzo, 1949, número 1, págs. 39 a 106, concretamente 39—dicen: «La delimitación de las actuaciones judiciales, en la primera fase del juicio (ejecutivo), se halla en íntima relación con el problema de los llamados presupuestos procesales. Se designan en la doctrina como tales, *aquellos requisitos previos* o condiciones mínimas, que han de darse para que pueda establecerse con eficacia la relación jurídica procesal; y al determinar cuales son esos presupuestos, la opinión de los tratadistas no se muestra unánime».

(89) No es concebible que si el escrito se presenta en nombre de un fallecido; de un incapaz comprendido en el artículo 200 del Código Civil, sin estar debidamente representado; de mujer casada sin licencia marital o habilitación; con defectos de postulación; con la falta de reclamación previa en la vía administrativa; etc..., se pueda invocar el párrafo 11 del artículo 41, para rechazarlas de modo absoluto, y haya que ir al juicio declarativo ordinario para que se anule el proceso tramitado con esos defectos.

tales requisitos. Reuniendo el escrito correspondiente los generales establecidos por la Ley, el Juez dictará providencia de admisión, emplazará a la parte contraria y acordará la sustanciación de las medidas asegurativas que se hubiesen interesado, conforme a lo establecido en el artículo 137, reglas 2.ª y 3.ª del Reglamento, en relación con el 54 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Puede el Juez, en esta primera providencia, acordar también la fijación de la caución que deba prestar el contradictor, una vez personado en autos, o bien resolver sobre la cantidad, forma y plazo de prestarla en el proveído, teniéndole por personado, una vez comparezca. La *praxis* nos enseña, ante la ausencia de normas específicas en la Ley y Reglamento, la posibilidad de este actuar, correcto en el orden procesal, con evidentes repercusiones en la conducta del posible contradictor. La trascendencia de la cuestión planteada tiene un evidente reflejo en relación con la competencia que se promueva por inhibitoria.

Si la competencia se conceptúa como la facultad y el deber de un Juzgado o Tribunal para conocer determinado asunto (90), la organización y distribución del conocimiento de los asuntos exige establecer *a priori* la esfera de atribuciones, acudiéndose a un triple criterio de fijación. Así surge la competencia objetiva, territorial y funcional. Ya indicamos que no existe cuestión respecto de la competencia objetiva y funcional. El problema, en relación con la caución, puede suscitarse, como hemos anticipado, con el *forum rei sitae*, que se establece con carácter exclusivo y excluyente (91).

Esta peculiaridad que se imprime al conocimiento de la acción derivada del artículo 41 de la Ley Hipotecaria le insufla una especial característica que hace que el Juez de 1.ª instancia la conceptúe como presupuesto previo (92). Requisito de orden público que debe tener presente, al tiempo de decidir sobre su admisibilidad, con la repulsa *ad limine*, si no se presenta ante el Juez donde radique la finca. Lo anterior podría estimarse como contrario a lo preceptuado en el artículo 74 de la Ley de Enjuicia-

(90) Véase PRIETO CASTRO, trabajos citados.

(91) Véase RODRÍGUEZ-SOLANO: *El proceso del artículo 41...*, cit., pág. 95

(92) Véase MIGUEL FENECH: *La función del Juez en la dirección del proceso civil (Facultades procesales de dirección)*, «Revista de Derecho Procesal», I-II, enero-junio, 1964, págs. 33 a 43.

miento Civil, que admite la prorrogación del fuero territorial, ante la prohibición de promover, *ex officio*, cuestiones de competencia. Pero si hemos señalado que la fijación de la competencia—*forum rei sitae*—por la Ley Hipotecaria es de carácter exclusivo y excluyente (93), es porque tal Ley—Ley especial—lo ha elevado a la categoría de presupuesto procesal (94).

Lo expuesto se ratifica por la misma regla 1.^a del artículo 137 del Reglamento, *in fine*, en cuanto establece un criterio determinante de competencia—artículo 210 de la Ley—cuando la finca se extienda a más de un partido judicial. Ello nos conduce a negar, tanto la sumisión expresa como tácita—*forum prorrogatum*—(95).

(93) Véase MORENO MOCHOLI. *El nuevo proceso que crea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Privado» 1948, págs. 1.062 y sigs., concretamente, 1.092; Véase, también, ALVAREZ M. TALADRIZ. *voz «Sumisión» Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, tomo XXIX, pág. 260, VÍCTOR FARRÉN GUILÉN: *El principio de Autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites*, «Revista de Derecho Procesal», año VII, abril a junio, 1951, núm. 2, págs. 187 a 213.

(94) No existe contradicción en lo expuesto, porque, si se le da la cualidad de presupuesto procesal a la competencia funcional y adjetiva, no es razonable que se deje a disposición de las partes la alegación de faltas de otros presupuestos, que tienen la misma naturaleza. Como manifestación genuina de lo expuesto, la Base 10.^a de la Ley de Bases de la Justicia Municipal, plasmada en el artículo 32 del procedimiento en la Justicia Municipal, según Decreto de 21 de noviembre de 1952.

(95) La sumisión tácita se funda en una presunción. Por parte del demandante, por el hecho de la interposición de la demanda. Del demandado, porque después de personado en el juicio realice cualquier acto procesal que no sea pedir al Tribunal que se declare incompetente—declinatoria artículo 58 de la Ley E. C.—, o acudir al que se estime competente para que solicite la inhibición del incompetente—art. 72-II—, absteniéndose de realizar otros actos—art. 75 de la Ley E. C.—.

Es preciso tener presente que los términos del artículo 137, regla 1.^a del Reglamento, elimina la sumisión expresa. ALVAREZ M. TALADRIZ—*voz «Sumisión» Enciclopedia Jurídica Seix*, cit., pág. 260—razona que la sumisión expresa no puede darse en estos procesos ya que no existe base para ello, al tener su fundamentación en el asiento practicado en el Registro, que se acredita con la correspondiente certificación y título, pero como quiera que se admite como una de las causas de contradicción—art. 41 de la Ley Hipotecaria, causa 2.^a—, el que posea el contradictor la finca en virtud de «contrato» o de cualquier otra relación jurídica entre las partes de la relación procesal, podría pensarse en el pacto o cláusula de sumisión expresa, pero hay que descartarla: a) Por los términos estrictos del artículo 137, regla 1.^a del Reglamento. En tal supuesto, la sumisión expresa sólo afectará a las relaciones meramente obligacionales. b) Porque si se trata de acciones reales y, por, tanto, sometidas al *forum rei sitae*—art. 62-3.^a, I Ley E. C.—con más intensidad se ha de exigir tratándose de la reintegración posesoria de los derechos inscritos, pues, el lugar de situación, constituyó base para la inscripción, artículo 1.^o de la Ley Hipotecaria y 2.^o del Reglamento.

No obstante lo expuesto, puede darse la circunstancia de que se impugne la competencia. El demandado puede disentir de la implícita declaración de competencia que supone la admisión del escrito inicial, y promover cuestión, bien en forma de declinatoria, bien en forma de inhibitoria.

La posibilidad de incompetencia puede surgir por una errónea valoración de las circunstancias determinantes del lugar de situación de la finca: fijación del elemento principal—artículo 210, regla 1.ª, de la Ley Hipotecaria—o por el concurso de otras concausas que induzcan a error en la admisibilidad del escrito inicial.

El tenedor de la posesión, uso o servicio del derecho inscrito, contra el cual se deduzca el procedimiento del artículo 41, puede, en consecuencia, promover la cuestión de competencia, bien como excepción dilatoria al tiempo de formular la demanda de contradicción (96)—declinatoria, artículo 79-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil—o bien como presupuesto previo—inhibitoria, artículos 72 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

Centrado el problema en el examen de la caución, en relación con la competencia, hemos de examinar la situación del demandado respecto de ella. Con la admisión del escrito inicial, se comienza la primera fase del proceso. Hemos indicado que, en la providencia de admisión, se puede decidir o no sobre la caución, cuantía, forma y plazo de prestarla. Examinaremos separadamente cada una de las formas de promover la cuestión de competencia, para determinar sus consecuencias en el orden propuesto.

1. Inhibitoria.

“La inhibitoria se intentará ante el Juez o Tribunal a quien se considere competente, pidiéndole que se dirija oficio al que se

(96) Estimamos, con RODRÍGUEZ-SOLANO—*El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, cit., núm. 64 a 69, págs. 293 a 296—que puede suscitarse la competencia, como excepción dilatoria, al tiempo de formular la demanda al igual que otras que afecten a la relación jurídico-procesal, porque la prohibición del párrafo 11, del artículo 41, hace referencia explícita, como únicas que pueden ser invocadas, aquellas que tengan el carácter de excepciones materiales, taxativamente limitadas, pero no a las de carácter formal que afectan a la contextura propia del juicio. Véase la abundante bibliografía por él mismo citada.

estime no serlo, para que se inhiba y remita los autos"—artículo 72-II de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

La inhibitoria se sustanciará con arreglo a los trámites previstos en los artículos 84 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, los efectos suspensivos del procedimiento que provoca la inhibición no operan hasta que por el Juez o Tribunal requerido se reciba el oficio de inhibición—artículo 89 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. Si tenemos en cuenta que el plazo de personación son de seis días—regla 4.^a del artículo 137 del Reglamento—, que pueden ser aumentados, caso de no residir en el lugar del juicio, por aplicación del artículo 526 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en un día más por cada 30 kilómetros de distancia, la posibilidad de promover la cuestión de competencia con efectividad, tiene que ser coordinada con el plazo de personación, porque en otro caso se dictaría el auto resolutorio, prevenido en la regla 5.^a del artículo 137 del Reglamento.

Si la cuestión promovida provoca en tiempo la suspensión del proceso, es preciso tener presente si la caución se señaló con la admisión del escrito inicial o no. En este supuesto no existe problema, pues provocando el oficio inhibitorio un efecto suspensivo, mientras no hubiese discurrido el plazo de personación, hasta tanto se resuelva, total y definitivamente, sobre la competencia—al no haberse fijado la caución—, no existen términos hábiles para su concreción, cuanto menos para su exigibilidad. Resuelta positivamente a favor del requirente la competencia, será éste quien, con la recepción de los autos, acordará su fijación, en cuantía, forma y plazo, en que debe prestarse la caución.

En el primer caso, esto es, si se hubiese fijado la caución al admitir el escrito inicial, podrían suscitarse dudas. No obstante, estimamos que no procede exigir la prestación de la caución. RODRÍGUEZ-SOLANO (97) expone como argumentos de esta tesis: 1.º "El que las Leyes de competencia son de orden público, y como en el momento de proponer la inhibitoria no se contradice el dominio o derecho real de la otra parte litigante, cuya efectividad es la que se pretende garantizar, aunque no totalmente con la caución, no parece haber inconveniente en no estimarla como indispensable—

(97) Autor citado: *El proceso del artículo 41 de la...*, cit., pág. 102.

ble. 2.º En que si el demandado presta la caución previamente en el Juzgado donde se sigue el proceso del artículo 41, como cualquier pretensión que realice, que no sea la de promover la incompetencia, entraña una sumisión tácita, conforme al número 2.º del artículo 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal necesidad es incompatible con el ejercicio de la inhibitoria, sin que pudiera ello suplirse, prestando la caución en el Juzgado requiriente, porque éste carece de antecedentes para poder exigirla y admitirla.”

A tales razonamientos podríamos adicionar que:

1.º La exigibilidad de la caución, constituida como “carga objetiva” que pesa sobre el tenedor de la posesión, uso o servicio del derecho inscrito, si bien, con un contenido sustantivo y adjetivo, pero de derecho permiso, no puede preterir o prevalecer sobre normas de orden publico (98).

2.º Porque para que la inhibición produzca el efecto pretendido en el Juzgado requerido, no sólo tiene que haberse manifestado positivamente el Juez requiriente, sino que el oficio de inhibición sea recibido antes del plazo fijado para el emplazamiento, puesto que en otro caso aquél dictará auto, conforme a la regla 5.ª del artículo 137 del Reglamento. Constituye dicha norma principio disuasorio frente a una posible actividad meramente dilatoria. No afecta perniciosamente los derechos inscritos. La dilación se producirá de mantener su propia competencia el Juez requerido. Pero la naturaleza de la cuestión planteada no menoscaba la eficacia derivada de la protección a los derechos inscritos, porque el caso particular planteado debe posponerse a los principios que amparan el Registro (99), a tenor de los artículos 1.º de la Ley Hipotecaria, y regla 1.ª del 137 de su Reglamento,

(98) F. RODRÍGUEZ VALCÁRCEL. *Breves reflexiones sobre temas procesales*, «Revista de Derecho Procesal», año VI, enero-marzo, 1950, núm. 1, págs. 41 a 67—concretamente 47—dice: «La relación procesal, por tener como presupuesto necesario la intervención más o menos activa del Poder Público encarnado en el Juez, es de naturaleza pública, carácter o nota que no ostenta la materia en el proceso civil. Sin que esto quiera decir que una vez abierta aquella deba proseguirse necesariamente contra la voluntad de las partes, por muy beneficiosa que pudiera resultar para la paz del derecho»

(99) Véase autor citado en anterior nota al tratar de la «Distinción entre relación procesal y material», págs. 47 a 49.

pues depura y decanta las futuras acciones que se ejerciten. Mantener lo contrario implica, a nuestro juicio, un excesivo formalismo, y si "la forma es la superación del caos, el formalismo es la descomposición de la forma" (100).

3.º Porque la purificación o clarificación de la cuestión de competencia suscitada permitirá una mayor efectividad del derecho inscrito, y una simplificación, en orden a la ejecutoriedad de la reintegración posesoria.

4.º Porque las cuestiones de competencia que se susciten contribuirán, con la doctrina que se establezca, a la mayor exactitud de las inscripciones. No podemos olvidar que el artículo 210 de la Ley Hipotecaria, regla 1.ª, a que remite el artículo 137 del Reglamento, para la determinación de la competencia, cuando la finca radique en dos o más partidos judiciales, se encuentra incluida en el título VI de la Ley, bajo el epígrafe "De la concordanza entre el Registro y la realidad jurídica".

La entidad registral finca, concebida en su unidad, excluye la posibilidad de competencia compartida, cuando se extienda a más de un partido judicial. Así lo confirma la regla 1.ª del artículo 137 del Reglamento, al imponer la observancia del principio *accessorium sequitur principale*, y establecer qué debe entenderse por parte principal.

2. Declinatoria.

"La declinatoria—dice el artículo 72-III de la Ley de Enjuiciamiento Civil—se propondrá ante el Juez o Tribunal a quien se considere incompetente, pidiéndole que se separe del conocimiento del negocio y remita los autos al tenido por competente."

Según el artículo 79-I de la citada Ley, se sustanciará como excepción dilatoria o en la forma establecida para los incidentes. Es preciso tener en cuenta que la cuestión de competencia deberá articularse como excepción dilatoria (101) al tiempo de formular

(100) Discurso de L. LÓPEZ RODÓ, en presentación de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, a las Cortes.

(101) No entramos en el examen y justificación de esta afirmación teorema-tica.

la demanda de contradicción y, por consiguiente, como presupuesto previo deberá prestar la caución exigida, de acuerdo con el artículo 137, regla 5.ª, del Reglamento. Este régimen, en cuanto a la forma de oposición de la excepción de incompetencia por declinatoria, debe observarse respecto de todos aquellos otros motivos de oposición que se funden en depurar la relación jurídico-procesal, sin que les afecte la prohibición establecida en el párrafo 11 del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (102).

D) *Caución y tercero que la constituya.*

Hemos definido la caución, en sentido genérico, como "seguridad que da una persona de que cumplirá lo pactado, prometido o mandado" (103). La constitución suficiente de esa garantía puede llevarse a efecto por el propio interesado o por cualquier persona—física o jurídica—. No existe obstáculo, en el orden material o formal, que lo impida. Fijada la caución, tanto en cantidad como en la forma en que debe ser prestada, la actuación del tercero que la proporcione debe acomodarse a ese condicionamiento, adscribiendo la caución, así constituida, a la protección del contenido económico—sustantivo y adjetivo—del derecho reclamado, con los efectos correspondientes derivados de la doble función que cumple la caución: seguridad y realización (104). Esta última, subordinada al proveimiento resolutorio final. Así no sólo se hace depender de la desestimación de las causas o motivos de oposición material y formal que se hayan invocado, sino de la valoración estimativa que por los conceptos de frutos, daños y perjuicios indemnizables, se reclamen, así como de la facultativa apreciación que se haga por el Juez, en orden a calificar como temeraria y maliciosa, la conducta observada por el detentador vencido, a través del proceso.

(102) Véase GONZALO DE LA CONCHA: *Cuestiones procesales que plantea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, cit., pág. 471 y sigs.; ALVAREZ ABUNDANCIA: *Alcance procesal de un precepto hipotecario*, «Revista de Derecho Privado», 1952, págs 38 y sigs.; AZPIAZU: *Artículo 41. Proceso de ejecución para el ejercicio de las acciones reales derivadas de derechos inmobiliarios inscritos*, en esta REVISTA, 1945, págs 857 y sigs.; etc. y argumentos anteriormente expuestos.

(103) Véase mi trabajo: *La caución en el artículo 41.*, cit., pág. 656.

(104) Véase mi trabajo citado en la nota anterior, al tratar de los «Factores integrantes de la caución», págs. 682 y sigs.

Si la resolución final, ejecutoria, absuelve de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios, y no condena en costas, la caución se cancelará a instancia de la persona que la constituyó. Ha cumplido su función de seguridad.

Si, por el contrario, dicha resolución condena al contradictor en las consecuencias sustantivas y adjetivas que la caución protege, el caucionero debe responder en los límites de la exigida y por él constituida. Ahora bien, como cuestiones conexas y previas, es preciso dilucidar, con nitidez, dos fundamentales: a) Naturaleza de la obligación de caucionar. b) Alcance de la obligación contraída por el tercero que presta la caución.

a) Naturaleza de la obligación de caucionar (105).

Dimos un concepto de la caución en el orden procesal, diciendo "que se designa al conjunto de medidas que, con finalidad precautoria, se adopta, según el derecho positivo, *frente al sujeto activo de una pretensión procesal*" (106). Y si estimamos que la caución exigida por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria constituía una carga objetiva (107), asignándole el carácter de presupuesto previo por imperativo legal—regla 5.ª del artículo 137 del Reglamento Hipotecario—era con la finalidad de mantener su despersonalización. Ya hemos señalado que no existe obstáculo legal alguno, ni de orden sustantivo ni adjetivo, para que pueda prestarse por un tercero. A demostrar esta afirmación y sus consecuencias, se encamina nuestra preocupación.

Si la caución es una carga y toda carga comporta, en definitiva, una obligación, ésta supone atribución de facultad y pretensión para otro, dando así nacimiento a una relación jurídica que, para LEVI (108), "es todo vínculo entre sujetos, considerado en función

(105) Para sentar las conclusiones que estimamos procedentes en el orden jurídico-procesal de la caución constituida por un tercero, hemos de exponer una serie de antecedentes que actuando como *supuestos operativos* del raciocinio, pudieran, en principio, estimarse como pueriles; no obstante y a riesgo de tal calificación, procederemos a su exposición de la manera más breve y concisa posible.

(106) JAIME GUASP: *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 1.351 y citado en mi trabajo: *La caución en el artículo 41...*, pág. 678.

(107) Véase mi trabajo antes citado, pág. 662.

(108) ALESSANDRO LEVI: *Teoria generale del Diritto*, Cedam, Padova, 1953, 2.ª edición, pág. 30.

de la norma de derecho, que califica y regula el comportamiento recíproco y correlativo de los mismos". Para FELICE BATTAGLIA (109), es "dualidad y conexión de contenidos, que significa dualidad y conexión de sujetos oponentes; de acciones como de sujetos. Al sujeto al que se le concede la facultad o la pretensión, en términos generales el poder, le llamamos sujeto activo; mientras que se denomina sujeto pasivo aquel a quien viene impuesto el deber o la obligación, cualquiera que sea; en una palabra, *la carga*. Defínese a un sujeto como activo y a otro como pasivo; mas nada excluye el que aparezca como activo, según una norma determinada y pasivo con relación a otra, o al contrario. Ningún sujeto es activo o pasivo por sí mismo, llegando a ser tal a causa de la intervención de la norma" (110).

Así, la relación jurídica emerge, directa o indirectamente, del acto humano o de acontecimientos naturales que el legislador ampara, pero referido a personas (111). Esto es: toda regla de Derecho tiene sentido como regulación de conductas humanas (112). Por ello, CASTÁN ha dicho (113) que "las relaciones sociales de los hombres se regulan por el Ordenamiento jurídico.

(109) Autor citado. *Curso de Filosofía del Derecho*, trad. española, vol. II. Reus, Madrid, 1951, pág. 215.

(110) WERNER GOLDSCHMIDT—citado por CASTÁN, en *Situaciones jurídicas subjetivas*. Discurso pronunciado en la solemne apertura de Tribunales, celebrada en 16 de septiembre de 1963, Edit. Reus, Madrid, pág. 7—dice, definiendo la relación jurídica, que es «un vínculo entre, por lo menos, dos personas, de acuerdo al cual se engendran derechos y obligaciones que conciernen a objetos del derecho». Además de las obras generales, para el estudio de la relación jurídica se pueden consultar: BENIGNO MANTILLA PINEDO: *La relación jurídica*, «Revista de Derecho Español y Americano», núm. 31, julio-agosto-septiembre, 1962, págs. 209 a 225; LUIGI BAGOLINI: *Notas acerca de la relación jurídica*, trad. Francisco Elías de Tejada, en «Revista Anuario de Derecho Civil», tomo III, fasc. I, enero-marzo, 1950, págs. 7 a 21; AHRENS: *Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit*, parte general, cap. III, págs. 2 sigs.; JAIME GUASP: *La cultura del Jurista*, «Revista de Derecho Procesal», 1957, núm. 4, octubre-diciembre, págs. 875 y sigs., especialmente 902 y sigs.; F. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil Español*, Editorial, «Revista de Derecho Privado», tomo I, vol. II, «Los actos jurídicos», Madrid, 1958, págs. 1 y sigs.; ENNECERUS: *Tratado de Derecho Civil*, Bosch, casa editorial, Barcelona, 1947, tomo I, parte general, vol. I, págs. 285 y sigs.; DEMOFILO DE BUEN: *La teoría de la relación jurídica*, en el libro homenaje a don Felipe Clemente de Diego, pág. 181; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1959, tomo I, volumen II, págs. 9 y sigs.

(111) Véase PUIG PEÑA: *Tratado*..., cit., págs. 1, 5 y sigs.

(112) Véase RODRÍGUEZ VALCÁRCEL: *Breves reflexiones sobre temas procesales*, cit., pág. 41 a 67.

(113) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español, común y foral*, tomo I, volumen II, 8.ª edic., Madrid, 1952, pág. 5 y sigs.

La norma impone deberes en provecho de uno o varios hombres, a la vez que autoriza a éstos para exigir el cumplimiento de tales deberes”, y añade que “la relación jurídica no es otra cosa que una relación de la vida práctica a la que el Derecho objetivo da significado jurídico, atribuyéndole determinados efectos, o, en otros términos, una relación de la real, protegida y regulada, en todo o en parte, por el Derecho”.

De esta manera, la relación constituida en el ámbito del Derecho procesal (114), ya tenga carácter absoluto—de derecho preceptivo (que impone o prohíbe el acto con sanción de sus consecuencias)—, ya se inspire en normas permisivas—que simplemente autorizan—genera prestaciones a cargo de un sujeto—sujeto pasivo—que trasciende en beneficio del otro—sujeto pasivo—para exigir las. Si la finalidad específica de la caución de la Ley Hipotecaria es garantizar el resultado económico del proceso y, por tanto, tiende a prevenir las consecuencias derivadas de ese contenido que de la posesión, uso o servicio del derecho inscrito se vea privado su titular, es incuestionable la atribución sustantiva que, en principio, reconoce en quien ejercita acción tendente a la reintegración posesoria. Pero la caución contiene también una carga adjetiva, representada por la necesidad de garantizar la posible condena en costas, que hace que le hayamos asignado un contenido ambivalente—sustantivo y adjetivo—, con lo cual podría dudarse de su carácter como presupuesto de derecho permisivo; no obstante, fue así concebida y como unidad inescindible. Integra un todo que no puede seguir distinta suerte. Bajo esta concepción unitaria se ha investido al titular inscrito, de la facultad de no exigir la caución mediante el condicionamiento de la renuncia expresa.

El carácter público de las Leyes procesales es nota peculiar reconocidas por todos. De ahí su obligación. Pero se plantea el problema de si las partes en el proceso pueden excusar la aplicación de la Ley, bien renunciando a sus propios beneficios, bien regularizando, en el propio interés, el trámite establecido. Esta cuestión está íntimamente ligada con la afirmación de la exis-

(114) El artículo 1.089 del Código Civil dice: «Las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia».

tencia de normas procesales de derecho preceptivo y derecho permiso (115). Tratándose de normas de derecho preceptivo, la posibilidad modificativa es nula. En cambio, las normas de derecho permiso, en consideración a un interés privado, faculta para disponer, en cierto modo, del proceso, bien para excusar su aplicación—caso del artículo 137, regla 6.^a, del Reglamento Hipotecario—, bien para moldearlo precisamente en contemplación de ese interés privado—por ejemplo, la renuncia a la práctica de la prueba—.

Así, es incuestionable, que el legislador, consciente de la necesidad genérica de protección de los derechos inscritos, en razón a los principios hipotecarios, y en el afán de coordinar Registro y realidad extrarregistral, no olvidó la esencia privatística de los intereses en juego. Como consecuencia de ello imprimió a la caución un doble carácter:

1) La articuló como presupuesto previo—carga objetiva—que había de satisfacer quien, como tenedor, se opusiera a la acción reintegradora de la posesión, uso o servicio del derecho inscrito, con un contenido privado, tendente a dar satisfacción a la presunción posesoria. Es decir, a las resultancias que, en el orden económico, se ha visto privado su titular, compensando los sacrificios, valorados en dinero, que le hayan sido inferidos. Razón por la cual, dentro de esa calificación de sacrificios, no sólo se comprenden los frutos que deban devolverse y los daños y perjuicios causados, sino aquellos otros que pudieran resultar como consecuencia de la acción entablada: costas.

2) Como consecuencia de lo anterior, y en atención al interés esencialmente privado que la caución protege, *invistió su exigibilidad, con el carácter de norma procesal de derecho permisivo*, en beneficio exclusivo del titular inscrito.

La caución supone, en definitiva, *una obligación* (116), un de-

(115) Véase M. DE LA PLAZA: *Derecho Procesal Civil Español*, cit., tomo I, página 26

(116) ROCA SASTRE—*Derecho Hipotecario*, cit., tomo IV, pág. 81—define la obligación diciendo, que «es una relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (o varios) tienen el derecho de exigir (prestación) a otro sujeto (o varios) una determinada prestación (consistente en dar, hacer o no hacer) y, en su defecto, a procurarse una congrua satisfacción o equivalente en dinero (el *id*

ber, que pesa sobre el detentador de la cosa o derecho inscrito, que le permitirá, mediante su prestación, es decir, garantizando los probables resarcimientos económicos, formalizar la oposición. Ese contenido económico faculta para que pueda llevarse a efecto su constitución por un tercero (117).

b) Alcance de la obligación contraída por el tercero que cauciona.

Si se reconoce la posibilidad de sustitución en la obligación de caucionar, es necesario determinar la naturaleza y alcance de esa sustitución para establecer la cualidad del vínculo contraído por el caucionero.

El que lleve a efecto su constitución el propio tenedor o un tercero en su nombre, es indiferente en el ámbito jurídico—material o formal—, puesto que lo que se pretende es garantizar el resultado económico del juicio—el *idem debitum*—.

En la admisibilidad de la sustitución, independientemente de las razones de orden jurídico que abonan en su beneficio, es necesario tener presente otras de orden ético, pues, en otro caso, se imposibilitaría formular la demanda de contradicción al tenedor que le asistiera la posibilidad de ver estimada una de las causas de oposición, por la circunstancia de carecer de medios suficientes para prestarla.

Creemos que, para sentar la conclusión oportuna, es preciso tener presente: 1.º Que la caución se constituye como presupuesto procesal, encaminado a prevenir el probable resultado económico

quod interest, o interés contractual positivo), a base de la responsabilidad del deudor».

(117) Véase ROBERTO DE RUGGIERO: *Instituciones de Derecho Civil*, trad. de la 4.ª edic. italiana por R. Serrano Suñer y J. Santa Cruz Tejeiro, Reus. Madrid, 1931, tomo II, págs. 186 y sigs., al tratar de «Transmisión de las obligaciones»; F. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil*, cit., tomo IV, vol. I, páginas 135 y sigs., capítulo «La transmisión de las obligaciones»; ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU: *Estudios de Derecho Privado*, Edit., «Revista de Derecho Privado», Madrid, s. f., tomo I, «Obligaciones y Contratos», págs. 159 a 197 y «Transmisión pasiva de las obligaciones», págs. 294 a 321; ENNECCERUS-LEHMANN: (*Tratado de Derecho Civil*), *Derecho de Obligaciones*, cit., tomo II, volumen I, págs. 362 y sigs.; FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Transmisión de las Obligaciones*, Madrid, 1912, etc...

del proceso, y como carga (118) que pesa sobre el tenedor del derecho inscrito. 2.º Este presupuesto procesal, en razón a su contenido y atribución esencialmente privativo, se ha configurado como norma procesal de derecho permisivo en beneficio del titular inscrito (119). 3.º La caución cumple una doble función: de garantía y satisfactiva. 4.º En la caución opera el resultado, es decir, en cuanto se hace depender de la resolución en el mérito, actúa con el efecto propio de las condiciones suspensivas (120): fijados cualitativamente el alcance de los perjuicios—es decir, su existencia—se da paso a la fase de realización, integrada por las de concreción cuantitativa, si no se hubiere fijado en la resolución final, y la de ejecución. 5.º La resolución final vincula, directa e inmediatamente, a los que han sido partes en la relación jurídico-procesal. 6.º Respecto del caucionero, cualquiera que sea la forma en que se haya constituido la caución, responde, directa e inmediatamente, en los límites concretos en que la caución fue establecida y admitida por el Juez, si no es atendida por el contradictor vencido en juicio. 7.º La caución garantiza el *quantum*, en que, *a priori*, se estimaron pudieran ascender los frutos, daños y perjuicios, y cortas, según la apariencia de realidad y naturaleza del derecho reclamado, derivada de la inscripción registral, que pueden ser objeto de desestimación o estimación total o parcial en la resolución final. En lo que exceda de la caución responde personalmente el contradictor.

Por otro lado, la caución deberá prestarse en la forma y cuantía que se fije por el Juez, pero caben dos posibilidades, si se hubiese establecido un *quantum* con libertad de forma:

a) Que el mismo demandado o una tercera persona afecte un bien concreto y determinado en garantía del cumplimiento de la futura obligación de indemnizar los resultados económicos del

(118) Véase JAMES GOLDSCHMIDT: *Derecho Procesal Civil*, cit., «Las cargas procesales», págs. 201 y sigs.

(119) Véase GIUSEPPE CHIOVENDA: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial, «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1954, trad. y notas de E. Gómez Orbaneja, tomo I, págs. 83 y sigs., que examina la Ley Procesal, su concepto, objeto y clases.

(120) Véase mi trabajo: *La caución en el artículo 41...*, cit., págs. 682 y siguientes.

juicio. La cosa objeto de afección no puede sustraerse a la responsabilidad que sobre ella pesa.

b) Que en lugar de afectar una cosa con un derecho real de garantía, una persona distinta del obligado se avenga a asumir la deuda, de manera que, en definitiva y por aplicación del artículo 1.911 del Código civil, pueda el titular inscrito contar con dos patrimonios afectados al cumplimiento de la obligación.

En el primer supuesto no se aumenta el número de personas obligadas, ni aun en el caso de que un tercero afecte especialmente una cosa al cumplimiento de la obligación—artículo 1.857, párrafo 2.º, del Código civil—. Pero hay que distinguir: En el caso de “fiador real” (121), se aumentaría el número de bienes afectados al cumplimiento de la obligación. El patrimonio del tenedor del derecho inscrito respondería, en su totalidad, por aplicación del artículo 1.911 del Código civil, del resultado económico del juicio con obligación personal, y el bien especialmente gravado, en razón al derecho real constituido. Respecto del caucionero existirá responsabilidad real por el débito ajeno, pero nunca dirigido personalmente contra él; esto es, el caucionero no asume, de manera especial, ninguna clase de deuda (122).

En el segundo supuesto, cuando se asume la obligación personal por deuda ajena—garantía personal—, la obligación que se trata de garantizar queda fortalecida al aumentar el número de deudores personales. Pero el que saliera garante por la caución, limita su responsabilidad al *quantum* establecido, por aplicación del artículo 1.817 del Código civil, con los efectos previstos en el 1.856. Si la fianza, como contrato, es una medida de cautela convencional o extraprocesal, cuando ésta se constituye en el ámbito del proceso, tiene la conceptualización de judicial, y deben observarse las normas que específicamente la regulan (123). En realidad, la caución del artículo 41 tiende a la efectividad de la sentencia final. Constituye, pues, una medida provisional, encaminada a

(121) Véase ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., vol. I, pág. 507, habla del fiador real.

(122) ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU: *Estudios de Derecho Privado*, cit., volumen I, pág. 195.

(123) Véase J. RAMIRO PODETTI: *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*, tomo IV, «Tratado de las medidas cautelares», «Ediar, S. A.», Editores, Buenos Aires, 1956, pág. 30.

asegurar la ejecución futura, "cuyo objeto es garantizar la paz, mediante la regulación de una situación de hecho provisional en el caso de una relación jurídica litigiosa" (124), frente a otra relación, en la cual la norma atribuye la titularidad presuntivamente—*fumus bonis iuris*—.

E) *Caución y terceros frente al proceso* (125).

Hemos concebido la caución como manifestación heterogénea de las medidas de garantía. Y cualesquiera que sea la modalidad exigida—real o personal (126)—, la caución afecta al patrimonio del caucionero al cumplimiento de la obligación. El que la efectividad de la caución se haga depender de un acontecimiento—resolución final desestimativa de las causas de oposición y estimativa de la indemnización que la caución cubre—no elimina la consecuencia establecida. El afectar un bien con una caución, que garantice una obligación a término o condicionada, hasta tanto llegue el día o la condición se cumpla, merma la capacidad dispositiva del caucionero que no puede disponer de su patrimonio, si no es con la carga de la caución.

La constitución de la caución no sólo vincula a las partes interesadas, sino que puede afectar a terceros. Estos pueden, como consecuencia de la caución, ser menoscabados o preteridos en sus

(124) JAMES GOLDSCHMIDT *Derecho Procesal Civil*, «Editorial Labor, S. A.», 1936, trad 2ª edición alemana y apéndices por L. Prieto-Castro y N. Alcalá Zamora, pág. 747.

(125) El concepto de «tercero» como acertadamente dice ROCA SASTRE, no es privativo del Derecho Hipotecario, antes bien, tuvo su formación en el campo del Derecho Civil. Así el concepto de tercero en definitiva, no es distinto en el Derecho Procesal. En el Orden procesal, respecto a la intervención de tercero en la relación procesal, pueden consultarse: CARNELUTTI: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, cit., núms. 102, 143, 376 y 590, igual autor: *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. Jaime Guasp, Barcelona, 1942, número 99; SEGNI: *Intervento in causa*, «Nuovo Digesto Italiano», Unione Tipográfica, Editrice Torinese, Torino, 1936, págs. 94, núm. 3; JAPIOT: *Traité Élémentaire de procédure civile et commerciale*, Paris, 1935, págs. 541 y siguientes; MANUEL DE LA PLAZA: *Derecho Procesal Civil Español*, cit., tomo I, págs. 291 y sigs., PODETTI en el «Tratado de tercería» de la obra *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*; JAMES GOLDSCHMIDT: *Derecho Procesal Civil*, «Editorial Labor, S. A.», 1936, cit., págs. 437 y sigs., concretamente 445 y sigs.; RODRÍGUEZ-SOLANO: *El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, cit., págs. 105 y siguientes y 166 y sigs.

derechos, con las consecuencias correspondientes. También el tercero puede, en razón a lo que constituye el objeto de la litis y por razón de una vinculación refleja o provocada, mostrar un relativo interés respecto de la caución.

Por ello, cuando nos preguntamos sobre la eficacia de una relación jurídica-procesal (127), significamos el despliegue de las mutaciones que se operan en el mundo de la realidad jurídica, no sólo respecto a quienes fueron partes, sino respecto de aquéllos que son terceros (128). Así se distingue una eficacia *inter partes*—constitutiva, modificativa, preceptiva, declarativa y extintiva; también puede hablarse de una eficacia preliminar o previa—y una eficacia respecto de terceros.

Con relación a terceros, dice Díez-Picazo (129), hay eficacia “cuando el negocio incide y afecta de alguna manera a la situación jurídica de personas que han sido totalmente ajenas a la realización del negocio y que no son tampoco destinatarios del mismo”.

Constituida la relación jurídica-procesal entre partes conocidas y determinadas puedan darse la concurrencia de terceras personas que resulten afectadas por las consecuencias que lleva insito el proceso. En el ámbito del negocio jurídico bilateral se mantenía el principio *res inter alios acta*. No afecta a terceros—*nec prodest, nec nocet*—. Afirmación, en cierto modo, correlativa, a la de que la cosa juzgada beneficia y perjudica únicamente a las partes. Esta consecuencia no es absoluta. Y si bien la eficacia directa se produce entre las partes, existe una eficacia indirecta de gran relieve para terceros, que no sólo se provoca con la resolución final, sino con otros actos procesales. Dentro de esa eficacia indirecta cabe distinguir una eficacia *refleja* y una eficacia *provocada*.

La primera tiene lugar cuando la relación jurídica repercute

(127) Véase J. L. RUIZ SÁNCHEZ: *Crédito Personal Agrario y sus garantías jurídicas* «Editorial Santillana, S. A.», cit., págs. 859 y sigs., y bibliografía citada.

(128) Sobre el concepto de tercero, en general, existe abundante bibliografía. Entre los hipotecaristas: ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, citada, tomo I, págs. 402 y sigs.; LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho Inmobiliario registral*, cit., págs. 260 y sigs.; DUALDE: *Todavía sobre el concepto de tercero*, en «Revista de Derecho Privado», 1947; etc...

(129) Autor citado: *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, cit., páginas 813 y sigs.

en la espera ajena, en virtud de un fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas.

Se produce tal efecto cuando varias relaciones se encuentran, respectivamente, *supra* o subordinadas; cuando se condicionan entre sí o cuando una de ellas deriva y descansa en la otra. Así, una relación jurídica produce efecto entre las partes con eficacia directa, y un efecto o eficacia refleja, respecto de terceros, en cuanto a la relación derivada o coexistente. Esa relación de derivación, subordinación o coexistencia, puede surgir por la voluntad de las partes o en virtud de la norma.

La eficacia *provocada*, respecto de terceros, tiene lugar cuando el negocio o relación jurídico-procesal es utilizado como fundamento de una toma de actitud o de una pretensión, por iniciativa de cualquiera de los titulares de los intereses en juego (130). Se dan dos supuestos: uno, en el que una de las partes puede pretender el cumplimiento de una determinada prestación frente a tercero—oponibilidad—, y otra, en que el tercero es quien puede, apoyado en el negocio jurídico o relación procesal, pretender una prestación de una de las partes.

Es evidente que en cuanto que la resolución final, o el acto procesal ejecutado, caución en nuestro caso, puede afectar a un tercero se encuentra *legitimado*, para actuar en defensa del derecho de que se crea asistido. La posibilidad de actuación del tercero o terceros que se crean perjudicados, constituida la caución, es incuestionable.

Pero la intervención del tercero o terceros puede manifestarse en un doble sentido:

1) Puede verse disminuido o menoscabado su derecho porque sobre la cosa afectada por la caución ostente un derecho preferente o prioritario. Ese derecho, que recae sobre la caución, con total independencia de la titularidad inscrita, que motiva la acción de reintegración de la posesión, tiene que ser y es objeto de tutela procesal. La protección y defensa de tales derechos no está

(130) DÍEZ PICASO: *Eficacia e ineficacia*. . cit., pág. 818; BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, Edit., «Revista de Derecho Privado», Madrid, sin fecha, págs. 186 y sigs.; ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, citado, págs. 1 a 113; SAVATIER: *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, «Revista trimestral de Droit Civile», 33, 1934, págs. 525 a 545.

en contradicción con la acción ejercitada, ni con las normas procesales que le regulan.

2) El interés del tercero o terceros puede estar vinculado con la titularidad inscrita, es decir, con lo que constituye el elemento objetivo del proceso. Las consecuencias de la acción real abreviada—ejecución—, que representa el artículo 41, le pueden afectar con un efecto reflejo, o provocado, en razón al interés que tenga respecto al derecho inscrito o a la relación que le vincule con el demandado.

En el primer supuesto, el objeto directo e inmediato del proceso—reintegración posesoria—carece de relevancia jurídica para el tercero. En cambio, en el segundo, constituye la esencia de su interés. Da lugar así a una doble actitud o conducta divergentes respecto de la caución. Para unos constituye el objetivo esencial de su intervención en el proceso; para los otros tiene carácter meramente secundario. Para aquéllos es el fin; para éstos es simplemente el medio. Por ello los examinaremos separadamente.

1. Tercero frente a la caución.

Toda medida cautelar, cualquiera que sea su especie y duración, repercute en el patrimonio de aquel a quien le afecta. Limita en algún grado las facultades de disposición o goce. Desde la misma caución personal, que vincula el patrimonio con la responsabilidad universal; el secuestro, que priva la tenencia del bien secuestrado, y, en consecuencia, la posibilidad de disponer de él y de usarlo, hasta la misma anotación preventiva, que si bien no impide en ningún grado el uso, ni tampoco la disposición del bien, hace más difícil su enajenación o disminuir su precio. Cualquier forma de caución repercute en el contenido económico-patrimonial del caucionero.

Estas circunstancias que afectan a la caución, cualquiera que sea la persona que la constituya, puede repercutir en un tercero, bien porque, en beneficio del actor, vea disminuida la garantía patrimonial, que cubría su preferente derecho; bien porque la cosa caucionada no corresponda al caucionero, es decir, éste no sea el *verus dominus*, sino el tercero; bien porque, aun siendo el

titular, la constitución de la garantía afecta, menoscabando, un derecho que ostente sobre tal cosa, haciéndola incompatible o inconciliable con su posibilidad de ejercicio.

El tercero, en estas circunstancias, puede ejercitar las acciones oportunas, tendentes a provocar la desafección de la cosa dada en garantía. Si el caucionero constituyó la caución, depositando una cantidad en metálico; o bien afectando su patrimonio—garantía personal—con la responsabilidad universal (131); o bien dispuso de una cosa, excediéndose en sus facultades dispositivas, el tercero puede invocar la acción tuitiva de los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, las posibilidades que pueden presentarse para impugnar la constitución de la caución son extraordinariamente diversas. Tantas cuantas sean los motivos que pueden provocar una actividad de naturaleza tuitiva jurisdiccional, en razón del derecho que estime preferente o prioritario (132).

Entendemos que el cauce procesal para el ejercicio de las acciones, de que se crea asistido el tercero frente a la caución prestada, son las tercerías (133): de mejor derecho y de dominio, por aplicación del artículo 1.543 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las posibles dudas que pudieran suscitarse se desvanecen, teniendo en cuenta la función, fin y naturaleza del procedimiento de reintegración posesoria del artículo 41, que hacen la aplicabilidad del artículo 1.543 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como inquestionable. El fenómeno procesal que provoca la entrada de un

(131) Véase mi obra: *Crédito personal agrario. y sus garantías jurídicas*, citado al tratar de «Responsabilidad patrimonial universal», págs. 649 y siguientes, y bibliografía citada. además, RODRÍGUEZ ARIAS: *Comentando el artículo 1.911 de nuestro Código Civil*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1951, primer semestre, págs. 29 a 35; TOMÁS OGAYAR AYLLÓN: *Fijación de la fecha de retroacción de los efectos de la quiebra*, «Revista de Derecho Procesal», año 1958, 2.ª época, núm. 3, págs. 667 y sigs; IBARRA FRANCO: *La retroacción absoluta de la quiebra en el derecho español*, Imprenta Octavio y Félez, S. L., Zaragoza, 1960; JORGE CARRERAS LLANSANA: *Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el derecho español*, «Revista de Derecho Procesal», año 1958, 2.ª época, núm. 3, 513 a 567; etc...

(132) No examinamos los múltiples supuestos que pueden presentarse así: acción pauliana, rescisoria, resolutoria, revocatoria, etc... *Ad exemplum*, la falta de pago del precio en el supuesto del artículo 1.504 del Código Civil, etc...

(133) Se entiende por tercería la oposición que hace o reclamación que deduce un tercer litigante—tercerista, tercero—en un juicio ya pendiente entre otros interesados.

Véase PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Civil*, cit., tomo II; MIGUEL Y ROMERO: *La intervención de tercero en juicio*, «Revista de Legislación y Jurisprudencia», tomo CXL, 1921, págs. 250 y sigs.

tercero en el proceso iniciado entre partes conocidas—titular inscrito, tenedor del derecho susceptible de reintegración posesoria y caucionero en su caso, que en nombre del tenedor presta la caución—se le denomina “intervención principal”.

La caución garantiza los resultados económicos del juicio—juicio de conocimiento sumario—, cuya concreción cualitativa—cuestión de existencia—y cuantitativa—cuestión de estimación—no pueden establecerse *a priori* de modo definitivo, sino con la resolución final. Se trata, pues, de una afección cuantitativa que, fijada *ab initio*, no reúne los requisitos de exigibilidad y liquidez. Como tal, sólo en la fase de realización puede establecerse y fijarse, cumplido el acontecimiento final que la condiciona (resolución final) y cuya efectividad ha de tener su cauce por las reglas que establecen los artículos 919 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, la conclusión indudable aboga por la aplicabilidad del citado artículo 1.543, que determina: “Las disposiciones de esta sección serán aplicables a las tercerías que se interpongan en los procedimientos para ejecución de sentencias *y en cualquier otro juicio o incidente en que se proceda por embargo o venta de bienes.*”

a) Tramitación. Efectos.

El tercero perjudicado promoverá la oportuna tercería que se tramitará, conforme a lo establecido en los artículos 1.532 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra los que sean partes en el proceso principal. El procedimiento de tercería, no sólo por aplicación del artículo 1.534, sino por lo dispuesto en el artículo 41, párrafo 11, debe ser sustanciado en pieza separada.

Si los demandados en la tercería no contestasen se procederá, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.539, y si se allanasen, conforme al artículo 1.541.

El actor en el procedimiento principal, ante la interposición de una tercería que, en definitiva, pone en entredicho la apariencia de bondad de la caución constituida, puede interesar que se lleve a efecto sobre otro bien o derecho. Ahora bien, hemos de tener en cuenta, según que dicha petición se haya formulado dentro del

plazo establecido por la Ley y Reglamento Hipotecario, para constituir la caución. A nuestro juicio puede distinguirse:

1. Si la petición se hubiese formulado en tiempo hábil y requerido, no se constituyera por el tenedor del derecho inscrito la caución sobre otros bienes, entendemos que actuaría plenamente la regla 5.^a del artículo 137 del Reglamento, con sus drásticas consecuencias.

La posibilidad de exigir que se constituya caución sobre otra cosa o derecho, entra en las facultades discrecionales del Juez, atribuidas y reconocidas de modo expícito por la regla 6.^a del artículo 137 citado, y, por otro lado, en cuanto que constituida puede o no estimarla suficiente—regla 7.^a—.

En este supuesto, esto es, dentro de tiempo hábil, el Juez, en virtud de las facultades indicadas e incluso sin necesidad de excitación de parte, puede exigir que se constituya caución sobre otros bienes o derechos. Porque cualquiera que fuese la conducta observada por el tenedor del derecho inscrito, sobre quien pesa la carga de caucionar, desde el momento en que se interpone una tercera, la calificación de suficiencia de la caución constituida no puede establecerse. La apariencia de titularidad plena e ilimitada sobre la cosa o derecho caucionado se ha quebrado. Esta conclusión se acentuará si no contesta a la demanda de tercera o, más aún, si se allana. Por estas circunstancias, el Juez, estimamos, debe actuar *ex officio*, al menos para requerir a la parte actora para que se manifieste si renuncia expresamente a la caución o, en su caso, exigirla sobre otros bienes.

2. Si transcurrido el plazo de constitución de la caución se impugnara ésta, a través de tercera, el problema presenta otra faceta distinta. El tenedor del derecho inscrito, al realizar todos los actos jurídico-procesales que, como presupuestos objetivos, se establecen por la norma, quedó habilitado para formalizar la demanda de contradicción, salvando el escollo que la insuficiencia o falta de prestación sanciona el artículo 137 en su regla 5.^a Esa posibilidad sancionadora precluyó (134) al dar nacimiento a

(134) Véase PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Civil*, cit. tomo I: M. DE LA PLAZA: *Derecho Procesal Civil Español*, cit. tomo I, págs. 318 y sigs.; SEGNI: *El principio de eventualidad y la reforma del proceso civil*, en «Studi Sassari», 1937, págs. 81 y sigs.

la segunda fase del proceso, sin posibilidad de retroceder. El tiempo es un factor determinante de la oportunidad de los actos procesales. Desde el momento en que ha pasado la fase o etapa que la Ley destina para cada actividad, no es posible realizar el acto, y las consecuencias que pueden deducirse, positivas o negativas, repercuten en las partes. El tiempo, pues, condiciona la actividad procesal.

El posible contradictor, al constituir la caución, superó el condicionamiento establecido por la Ley, siendo presumible su buena fe, mientras no se demuestre otra cosa. Aun en el supuesto contrario, desconociéndose las circunstancias que podían invalidar la declaración de suficiencia de la caución, dentro del período oportuno, fue declarada hábil, abriéndose, en virtud del principio de impulsión del proceso (135), la segunda fase, sin que se pueda retroceder. En tal situación, la finalidad atribuida a la caución, como obstáculo o valladar para la inmediata ejecutividad del título inscrito, se cumplió. Pero la posible realización del derecho que el titular inscrito tiene sobre la caución, dependerá también de la resolución final firme, que ponga término a la tercería. De donde se deduce que a las circunstancias normales de eventualidad que condiciona su derecho para obtener la devolución de frutos e indemnizaciones por daños y perjuicios y pago de costas, habría que adicionar la resultante del proceso de tercería entablado.

A nuestro juicio, y como medio de superar ese otro riesgo que afecta a la caución, el actor puede ejercitar el derecho que le atribuye el artículo 1.455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el que se establece: "Podrá, asimismo, el acreedor pedir la mejora del embargo en el curso del juicio, y el Juez deberá decretarla, si

(135) En lo que a este principio se relaciona, el Real Decreto de 2 de abril de 1924, declarado subsistente por otro de 31 de mayo de 1931, al que otorgó fuerza de Ley la de diciembre de 1931, derogó los artículos 308, 309, 311, 312 y 521 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciéndose, por un lado, que no sería necesario que los litigantes instasen el curso del procedimiento, una vez iniciado éste, y que las autoridades de orden judicial, observen y hagan observar, sin excusa alguna en toda clase de juicios y actuaciones, los términos procesales—artículo 1.º—; y, por otro lado, que transcurrido un término procesal improrrogable—o prorrogable (art. 306 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil)—quedará de derecho *caducado* y perdido el trámite o recurso que hubiera dejado de utilizarse, sin necesidad de escritos de apremio y acuses de rebeldía.

estimase que puede dudarse de la suficiencia de los bienes embargados para cubrir principal y costas. También la decretará *cuando se funde la petición en haberse entablado demanda de tercera* o se limite a bienes especialmente hipotecados a la seguridad del crédito que se reclame.”

b) Mutualidad de la caución.

El “proveimiento instructorio” que fija la caución—“proveimiento instructorio cautelar”—no tiene la santidad de cosa juzgada, y, no obstante, el efecto preclusivo que se establece por la Ley, no quiere con ello significarse imposibilidad de modificación por el órgano jurisdiccional, cuando concurren circunstancias que así lo aconsejen. Ya hemos visto cómo en el juicio ejecutivo puede llevarse a efecto, mejorándola.

El interesado, en un momento determinado del proceso, dado el contenido subjetivo que hemos asignado a la caución, puede renunciar expresamente, en cuyo caso se dejaría sin efecto. Por otro lado, sin la intervención de tercero, puede disminuir el contenido económico de la caución, haciéndola insuficiente al fin perseguido. En tales supuestos, entendemos aplicable el párrafo 1.º del artículo 1.455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La insuficiencia ulterior de la caución, inicialmente bien constituida, que abrió la segunda fase del proceso, no puede hacerlo retrotraer. Ello es lógico, porque independientemente del principio de preclusividad que lo impide, no debe ser objeto de sanción el contradictor, que ve disminuido su patrimonio por eventos que afectaron al valor de la cosa caucionada y le obligan a sujetar otro u otros, como complemento de dicha garantía.

c) ¿Caduca la caución? (136).

La provisoriedad y accesoriedad son notas que peculiarizan a la caución. Así, los diversos modos extraordinarios de terminación del

(136) Véase VALENTÍN SILVA MELERO: *Caducidad de la Instancia*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Barcelona, 1951, tomo III, págs. 507 a 509; JAIME GUASP: *Comentarios*, 1.ª edición, vol. I, págs. 1.135 y sigs; M. DE LA PLAZA: *Derecho Procesal Civil Español*, cit. tomo I, págs. 495 y sigs.

proceso son medios de extinción de la caución: desistimiento, transacción, conciliación. ¿Pero puede operar la caducidad? (137).

El contenido económico que la caución trata de cubrir ha de ser estimado, cualitativa y cuantitativamente, en la resolución final. Si la sentencia acoge las pretensiones del actor, como la medida cautelar tenía por objeto asegurar la ejecución, no caduca. Se transforma en una medida más enérgica, que dura hasta la satisfacción del derecho del acreedor (138). Pero por las notas antes apuntadas, si el proceso principal caducase (139), arrastraría la caución. Podría dudarse de la posibilidad de actuar la caducidad, teniendo en cuenta el principio de impulso procesal (140). No obstante, pueden darse supuestos de inactividad de las partes, por ejemplo, cuando éstas interesan la suspensión del proceso de común acuerdo.

(137) Es preciso no confundir *caducidad* y *decadencia*. Uno y otro están íntimamente ligados con la inactividad de los que intervienen. La *decadencia* implica pérdida a realizar un acto procesal determinado. No afecta a todo el proceso; sino a un acto concreto que en un momento preciso dejó de realizarse. Provoca la pérdida del derecho que se debió ejercitar: preclusión (caducidad, trámite). La *caducidad* supone inactividad total de las partes. Esta es la que da lugar a la extinción del proceso.

(138) Es necesario tener presente que son institutos jurídicos distintos *caducidad* y *prescripción*, por ello el artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: «Las disposiciones de los artículos que preceden no serán aplicables a las actuaciones para la ejecución de las sentencias firmes. Estas actuaciones podrán promoverse hasta conseguir el cumplimiento de la ejecutoria, aunque haya quedado sin curso durante los plazos señalados en el artículo 411».

Cualquiera que sea la acción ejercitada—dice constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo—, la ejecutoria que recae constituye nuevo título del que se deriva acción personal para el cumplimiento de la sentencia, *que prescriba a los quince años de quedar firme*.

(139) Es necesario tener presente las normas establecidas en los artículos 411 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(140) Por esa razón en el proceso austriaco y alemán se desconoce la institución de la caducidad, a pesar de aparecer regulada la paralización del proceso, bien por fallecimiento, por pérdida de la capacidad procesal o cesación del representante legal, o por inactividad del Tribunal por causa de fuerza mayor. Pero todos estos casos no pueden dar lugar a la caducidad, ya que estas causas terminan por el transcurso del plazo establecido y en todo caso porque el Tribunal tiene la obligación y misión de impedir paralizaciones que excedan del término legal, o del acordado por el propio órgano jurisdiccional.

2. Tercero frente al objeto del proceso (141).

Como la sentencia final no goza de la santidad de cosa juzgada (142), las partes y los terceros pueden impugnar la resolución que ponga término al procedimiento de reintegración posesoria, formalizando una más amplia discusión del título, que ampara a la contraparte, a través del juicio declarativo correspondiente, pero pueden también los terceros manifestar su voluntad de participar en el proceso entablado, como intervinientes.

Así, si el tercero puede acudir al proceso declarativo para combatir los efectos reflejos de la resolución que se dicte, también en el proceso de reintegración posesoria puede intervenir de modo directo en evitación de tener que acudir a aquel proceso. Su participación vendrá cualificada por la posición que adopte o sea llamado, en relación con las partes.

No olvidemos, como derivación de los efectos de la relación jurídico-procesal, que sus consecuencias no se limitan, única y exclusivamente, a las partes. Puede afectar a terceros con efectos reflejos o provocados. La naturaleza de la relación determinará el vínculo y participación directa e inmediata o mediata e indirecta que puedan tener los sujetos implicados. Unas veces, esa participación aflora de la misma relación en forma manifiesta y terminante, con una conjunción plural—activa, pasiva o mixta—; otras, es preciso una actuación provocada por una de las partes, al objeto de dar entrada al tercero; otras, es la propia actividad del tercero la que se exterioriza de manera espontánea en defensa de sus intereses. Así surgen los diversos supuestos de pluralidad

(141) Además de las obras generales que tenemos citadas: Véase HUGO ALSINA: *Unificación de la legislación acerca de la intervención de terceros en la relación procesal*, «Revista de Derecho Procesal», año 1957, 2.^a época, número 4, págs. 825 y 849; FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios de Derecho Procesal*, citado, págs. 125 y sigs.; RODRÍGUEZ-SOLANO: *El procedimiento del artículo 41.*, citado, págs. 172 y sigs.

(142) «El principio de que la cosa juzgada sólo afecta a las partes en litigio—dice CHIOVENDA: *Romanismo y germanismo en el proceso civil*, 'Ensayos de Derecho Procesal Civil', trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1949, tomo I, página 301—aceptado por las legislaciones modernas, tiene un antecedente en el sistema romano de la *litiscontetatio*, que se desarrollaba ante el Juez y con la presencia de las partes, a diferencia del proceso germánico que tenía lugar ante el pueblo reunido en asamblea, por lo que la sentencia producía afecto de cosa juzgada respecto de todos los ciudadanos».

de partes que deben ser examinados. La finalidad esencialmente perseguida es, no sólo de orden procesal, sino jurídico-material. Se trata no sólo de conseguir que la relación procesal quede bien constituida entre las personas que deben ser parte en la misma, sino que participen todos aquellos que puedan tener interés. El fenómeno de pluralidad de partes tiene una doble manifestación que la doctrina ha distinguido en *litisconsorciales* e *intervención*, que examinaremos lo más breve posible en relación con el objeto de nuestro trabajo.

a) Litisconsorcio.

Como una manifestación de pluralidad de partes, la acumulación de autos es similar a la acumulación de acciones. Pero así como respecto de aquélla, la Ley expresamente la prohíbe—regla 9.ª del artículo 137 del Reglamento Hipotecario—al no indicar nada respecto a la acumulación de acciones, hay que abogar por su prosperabilidad (143).

El litisconsorcio es el fenómeno procesal producido por la pluralidad de demandantes—litisconsorcio activo—o demandados—litisconsorcio pasivo—, o de unos y otros—litisconsorcio mixto—.

Esa pluralidad puede tener su causa en razones de economía procesal; en evitación de que puedan dictarse sentencias contradictorias en casos que tengan ciertos elementos comunes—conexidad propia—o simplemente homogéneos—conexidad impropia—. Surge así los supuestos de litisconsorcios voluntarios, en los que cabe distinguir los que se producen en virtud de causa simple o compleja—conexidad propia e impropia—(144).

Si la pluralidad de partes—activa, pasiva o mixtas—viene impuesta por la naturaleza de la relación jurídica, de tal modo que la demanda sólo puede proponerse válidamente por o contra va-

(143) RODRÍGUEZ-SOLANO: *El proceso del artículo 41...*, cit., págs. 93 y 94, opina en igual sentido. A las argumentaciones de orden puramente interpretativo en aplicación del aforismo «*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*», se expondrá otras, al tratar del litisconsorcio necesario, que abundan en la sabia prevención de la Ley, al limitar la prohibición a la acumulación de autos.

(144) V. FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios*, cit., págs. 129 y sigs, examina el litisconsorcio en los casos de conexión impropia, que no analizamos, ya que no es objeto de regulación en nuestro derecho.

rias (o por y contra), varias personas nos encontramos con la modalidad de litisconsorcio necesario.

1°. *El litisconsorcio voluntario* da lugar a un proceso complejo, en el que se integra una pluralidad de litigios por razón de esas conexiones. Para que se produzca la relación litisconsorcial, por conexidad propia, es preciso que exista: a) identidad de personas; se precisa que una de las partes, actor o demandado sea la misma; b) identidad de conexión objetiva; comunidad de *causa petendi* o título—artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

Además, como presupuestos procesales, se exige que las acciones puedan ventilarse en un mismo procedimiento, que no se incompatibilicen o excluyan entre sí, y que el Juez o Tribunal ante quien se propone el litisconsorcio sea competente—artículo 154 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

El efecto del litisconsorcio es obtener la discusión del negocio y la resolución, en un procedimiento y en una sentencia—artículo 159 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. Y si todos los demandantes y demandados, como es lo frecuente, presentan las mismas peticiones y formulan las mismas excepciones, deberán litigar unidos bajo una misma dirección—artículo 531 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. Pero ello no quiere decir que exista comunidad procesal, pues se darán tantos litigios como litisconsortes (145). Lo anterior indica claramente la posibilidad de que cada litisconsorte formule sus propias excepciones.

Proyectando estas breves ideas en el campo del procedimiento del artículo 41, en relación con la caución, hemos de establecer la posibilidad litisconsorcial, como, por ejemplo, cuando varios demandados detentan la posesión, uso o servicio de fincas distintas, o sobre partes o porciones de una misma finca inscrita (146) y enclavadas en un mismo partido judicial y pertenecientes a un mismo dueño o titular inscrito.

En estos supuestos, deberá exigirse, en cuanto que se tratan de

(145) Véase artículo 531, párrafo 2.º, del 991, 1.119, 1.150, 1.166, 1.244, 1.264, 1.276, 1.316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es preciso tener en cuenta que algunos de los casos señalados, que se reputan litisconsorciales, en rigor conceptual son supuestos de intervención adhesiva.

(146) MORENO MOCHOLI: *El nuevo proceso que crea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Privado», 1948, pág. 1.094.

litigios diferentes, tantas cauciones como demandados existan. La falta de prestación por uno o algunos dará lugar a la actuación prevista en el número 5.º del artículo 137 del Reglamento, sin que, respecto de los otros, esa falta afecte a la posibilidad de formalizar la demanda de contradicción si ellos la hubiesen prestado. La existencia de un proceso complejo, integrado por varios litigios, se comprueba en tal caso (147) pero también, en orden a los pronunciamientos que pueda contener la resolución final, no sólo respecto a lo que constituye el objeto del proceso, sino a las que afecte al contenido económico—devolución de frutos, daños e indemnización de perjuicios y costas—, que puede estimarse respecto de unos y no de otros.

2'. Litisconsorcio necesario.

La finalidad perseguida por esta figura es la de obtener una resolución única para todos los litisconsorcios, por tratarse de una única pretensión (148). El concepto de legitimación activa o pasiva está integrado por todas dichas personas: a todas les afecta conjuntamente. Así se deduce que, más que una situación exclusivamente procesal, va ligada a la naturaleza de la relación jurídico-material, esto es, a una cuestión de derecho sustancial. Esa naturaleza del litisconsorcio necesario ha hecho que el legislador limite la prohibición a la acumulación de autos—regla 9.ª del artículo 137 del Reglamento Hipotecario—. La dificultad de discernir los distintos supuestos litisconsorciales—voluntarios y necesarios—, estableciendo una frontera clara y precisa entre unos y otros (149), le hizo optar por limitar la prohibición a la acumulación de autos (150). Entre provocar la admisibilidad de una relación proce-

(147) Este efecto se patentiza en caso de apelación por uno o unos y no por otro u otros, pues, la sentencia queda firme para los que no recurrieron.

(148) Como supuestos específicos de litisconsorcio necesario, se señalan los siguientes. artículo 135 y 136-1.º; 895; 1.084; 1.139 del Código Civil, también en los artículos 1.148; 1.150 del mismo Cuerpo legal, y en todos aquellos casos en que la relación material imponga que las prestaciones solamente puedan exigirse por varios o contra varios en común.

(149) La dificultad se agrava como consecuencia de la existencia de situaciones litisconsorciales de naturaleza híbrida o mixta, difíciles de precisar y que la doctrina ha calificado como «*litisconsorcios cuasi-necesarios*».

(150) Es preciso tener presente que al lado de los supuestos de litisconsorcios voluntarios y necesarios puros, se dan los litisconsorcios cuasi-

sal (151), con vicios de legitimación y excluir los supuestos de litisconsorcio voluntario, acepta éstos, en beneficio del proceso de reintegración posesoria y de lo que informan al litisconsorcio voluntario, que ni le entorpecen, dilatan o perjudican.

En relación con la caución, estimamos que, por razón de la conexidad que motiva el litisconsorcio pasivo necesario, sólo será exigible una, en concepto unitario para todos ellos.

b) Intervención.

El tercero puede intervenir en el proceso para hacer valer, frente a las partes, un derecho relativo o absoluto dependiente del título deducido en el juicio y encaminado a pretender, total o parcialmente, el objeto litigioso: Intervención principal.

El tercero, al intervenir en el proceso, provoca otros litigios contra los que son parte en el originario: uno, del interviniente principal contra el demandante, y otro, contra el demandado. Así se constituye un litisconsorcio especial o particular que algunos denominan *intervención litisconsorcial* (152) excluyente (153)—*intervenito ad excludendum*—.

Puede acudir el tercero al proceso para sostener las razones de una de las partes, en interés propio, sin alegar un derecho independiente frente a las partes primitivas, si no con el fin de coad-

necesarios, como antes indicábamos. Véase V. FAIRÉN GUILLÉN—*Estudios*., citado, pág. 138 y sigs.—, que dice respecto de esta figura: «la doctrina reconoce su aparición cuando varias personas se hallan ante un determinado evento jurídico, en situación de igualdad de calidad, de tal modo, que teniendo legitimación con referencia al asunto cada una de ellas, sin embargo, la resolución que los Tribunales puedan adoptar les afectará a todos, por ser única la relación que existe entre ellas y el evento, y modificado éste, se modifica esta relación unitaria derivada de la citada identidad de calidad—pág. 143—». Como ejemplos claros de litisconsorcio cuasi-necesarios, cita los supuestos contemplados por los artículos 67 a 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, y el 1.141 del Código Civil.

(151) En el litisconsorcio necesario puro, si no se demandan o se es demandado por todos los interesados, la demanda no puede ser admitida.

(152) HUGO ALSINA: *Unificación de la legislación acerca de la intervención...*, cit., pág. 829.

(153) Para el estudio de la «intervención principal». Véase FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios...*, cit., págs. 175 a 219; CHIOVENDA: *Principio de Derecho Procesal Civil*, cit., trad. Casals Santaló, tomo III, págs. 632 y sigs.; RAMOS FOLQUÉS: *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria, la evicción y el saneamiento*, en esta REVISTA, 1952, pág. 626; etc...

yuar—en primera instancia o en el recurso—a la victoria de aquella por la que muestra su interés. Es la *intervención adhesiva o coadyuvante*. El interés del tercero está representado por las consecuencias que pueden derivarse del proceso y que con efecto colateral repercuten sobre él (154). Es lo que podríamos denominar situación litisconsorcial cooperante—*intervento*ad adiuvandum*—.

En ocasiones, la entrada del tercero en el proceso no es voluntaria, sino provocada por una de las partes. La finalidad perseguida es excitar su intervención en el proceso, al objeto de facilitar a dicho tercero la oportunidad de cooperar al lado de una de las partes y evitar las consecuencias que, de su ausencia, podría inferir a la parte que solicitó su intervención y que ésta puede repercutir sobre él. Es la *intervención forzosa*.

Examinaremos las posibles consecuencias que estas figuras pueden provocar en relación con la caución.

a') Intervención principal.

Para que pueda tener lugar la intervención principal es preciso que quien quiera intervenir tenga la calidad de tercero, respecto del proceso entablado. Por ello, CHIOVENDA (155) dice que el interviniente principal ha de pertenecer al grupo de personas a quienes, quedando fuera del pleito pendiente de por sí, no caen bajo los efectos de su sentencia. Pero para que el tercero pueda intervenir (ya lo hemos indicado), precisa que pretenda, total o parcialmente, la cosa o derecho que es objeto de litigio. Es decir, que su pretensión sea incompatible con la del primer actor, y que a su vez, y como consecuencia de esa intervención, se incompatibilice con la actitud del demandado, al no poder darse efectividad, en la forma pretendida por el *primus petitor*.

Así, como presupuesto para que el interviniente pueda participar en el proceso, se requiere, a juicio de FAIRE GUILLÉN (156),

(154) Por ejemplo, el legatario tiene interés en la defensa que hace el heredero para sostener la validez del testamento; el vendededor no tiene interés en que su comprador sea vencido por quien alega la propiedad de la cosa por él vendida, pues, tendrá que indemnizar; el Notario tiene interés en que no se declare la nulidad de la escritura por él autorizada; etc ..

(155) Autor citado: *Principios*, cit., tomo III, pág. 634

(156) Autor citado: *Estudios*, cit., págs. 188 y 189

que afirme: A) "Que él mismo es el sujeto de derecho pretendido por el *primus petitor*, o bien que le corresponde a él exclusivamente el derecho de demandar; lo cual ocurre, en cuanto al primer caso, en los litigios judiciales sobre la propiedad, derechos hereditarios, de posesión, hipoteca, de patentes, etc.; y en el segundo, en cuanto al deudor solidario, cuando el administrador ha demandado sobre una prestación que no corresponde a la masa. B) Si el tercero quiere perseguir o pretender por razón de un derecho, por obra del cual afirma el primitivo actor estar legitimado. Ello puede ocurrir en cuanto a la entrega de una cosa, un pago en dinero o de otra clase". Continúa: "la demanda de intervención puede dirigirse interponiendo pretensiones de la misma o diversa especie, en cuanto a su calificación procesal; así, puede pretenderse la condena de ambos intervenidos; o bien, de uno de ellos, la entrega de una cosa, y del otro, el que cese de perturbar su tenencia; o bien una declaración frente a ambos".

La posibilidad de la intervención principal, en el orden doctrinal, no ofrece dudas (157). En el campo de nuestro derecho positivo existen manifestaciones que implican una aceptación de dicha posibilidad. Tal ocurre de manera explícita con el artículo 58 de la Ley Hipotecaria en relación con el 297 del Reglamento (158). Sus ventajas son indudables, no sólo por razones de economía procesal, sino para la estabilidad y efectividad de los derechos.

No obstante lo expuesto, puede estimarse que la limitación contenida en el párrafo 11 del artículo 41, y la prohibición contenida en la regla 9.^a del 137 del Reglamento, constituyen obstáculos insuperables para que el interviniente principal pueda tener acceso al proceso de reintegración posesoria (159). Pero debe admitirse

(157) JAIME GUASP: *Comentarios*, cit., tomo II, pág. 272, nota 4; V. FAIRÉN GULLÉN: *Estudios*, cit.

(158) Existen otros supuestos en materia de seguros, de accidentes, etc.

(159) RODRÍGUEZ-SOLANO—*El proceso del artículo 41.*, cit., pág. 173—refiriéndose a la intervención principal, dice: «no parece ser susceptible de aplicación en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria ya que éste, por no producir excepción de cosa juzgada permite al que se sienta perjudicado por el fallo, promover un juicio declarativo que le deje sin efecto, sin contar con que como no se autoriza la acumulación de autos—regla 9.^a, art. 137 del Reglamento—, y, en realidad, el interviniente siempre aporta una pretensión distinta de las de los litigantes a los que convierte a su vez en demandados respecto de él, de admitirse la misma, se involucrarían los cauces del procedimiento y podrían producirse derivaciones ajenas a las que no son propias de su contenido».

una intervención principal cuando el primitivo actor demandó sobre la tenencia de una finca o derecho inscrito—procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria—y el interviniente alega causa suficiente—causa 1.^a del artículo 41 de la Ley Hipotecaria—que, en unión a un preferente o excluyente *derecho inscrito*, le habilite para obtener la posesión fáctica a título de ese mismo derecho, sin desvirtuar, ni la esencia, función o alcance procesal, ni material del artículo 41 como procedimiento, tendente a la reintegración posesoria. El interviniente principal, en este proceso, tiene que formular su demanda, desvirtuando la apariencia de titularidad inscrita, a favor del *primus petitor*, en base de alguna causa eficiente establecida en el mismo artículo 41—nosotros estimamos que como única sería la 1.^a—, justificando concurrir en él, los demás requisitos que les habiliten para el ejercicio de la acción de reintegración.

La actuación del tercero interviniente, basado en lo anterior, no conculca la naturaleza del procedimiento, ni supone postergación de los principios hipotecarios, con merma de la eficacia tuitiva de los derechos inscritos. Por el contrario, al depurar los asientos registrales, contribuye a reforzar el valor de la inscripción y las consecuencias de la misma derivadas.

La intervención principal se ha conceptuado, doctrinalmente, como un caso de acumulación subjetiva de pretensiones por razón de conexión material (160). Pero prescindiendo de los múltiples y complejos problemas que esta figura provoca, hemos de examinarla en cuanto a sus posibilidades en el ámbito del proceso del artículo 41 y, concretamente, respecto de la caución.

Destacamos ya cómo para que el tercero pueda intervenir, debe fundamentar su demanda frente al *primus petitor*. En otro caso deberá ejercitar su pretensión en el procedimiento declarativo correspondiente. Frente al demandado, el tercero, amparado en título inscrito con el condicionamiento establecido por la Ley, pretende obtener, al igual que el *primus petitor*, la reintegración de la posesión, uso o servicio de que sea susceptible su derecho inscrito.

(160) CARNELUTTI: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, cit., 1944, tomo III, página 692. GUASP: *Comentarios*, tomo I, pág. 542, al argumentar en torno al artículo 161-2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si no se admitiese la intervención principal, podrían surgir situaciones paradójicas. Desde el momento que el legislador previó como causas de oposición la primera y tercera del artículo 41, presumió la existencia de anormalidades registrales con fuerza suficiente para provocar la desestimación de la pretensión reintegrativa de la posesión, basado en motivos estrictamente registrales. Negada la intervención podría darse la posibilidad de dos acciones amparadas en el artículo 41, frente al mismo demandado, tenedor de la misma cosa, que, sin ningún derecho a poseer, continuaria poseyendo. Le sería suficiente con aportar testimonio de las acciones contra él entablada, en cada uno de los procesos, para enervarlas, al amparo de la causa 1.^a, pues evidenciaría, en los respectivos procesos, que las certificaciones libradas eran incompatibles y no reunían *ab initio* la cualidad exigida por el párrafo 1.º del artículo 41. Los procesos serían independientes por la prohibición de acumulación de autos. Los actores tendrían que dilucidar sus contradictorios intereses en el juicio correspondiente y frente al demandado para obtener la reintegración posesoria. Y, mientras tanto, el demandado podría seguir con la cosa en su poder.

Dos son las soluciones dadas a la intervención principal en el orden procesal (162): una, que estima da lugar a un nuevo proceso, independiente y sólo ligado formalmente al principal, que daría lugar a su paralización, mientras el del interviniente no lo alcance procedimentalmente; y otra, que considera que la intervención sólo provoca una ampliación del proceso primitivo, en el que la intervención no retrotrae la fase procesal del proceso principal, estimándose precluidas las actuaciones anteriores a la participación del interviniente.

Si aceptamos la tesis de configurar la intervención principal como un caso de acumulación subjetiva de pretensiones, lógicamente debe estimarse la existencia de diversos procesos. Para obviar inconvenientes destaca FAIRÉN GUILLÉN cómo la doctrina alemana establece la distinción entre proceso y litigio (163). Así, en razón a la naturaleza de la relación que provocó la intervención,

(161) Véase FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios* ..., cit., pág. 193 y sigs.

(162) Véase FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios* ..., cit., pág. 195.

(163) Autor citado: *Estudios* ..., pág. 197.

podiera pensarse en la existencia de un proceso complejo, integrado por varios litigios. Aun con esta concepción es preciso tener presente cuál de las dos soluciones dadas a la intervención principal podría adoptarse al procedimiento de reintegración posesoria, salvando los obstáculos legales y los derivados de los encontrados intereses de las partes involucradas. La orientación partidaria del efecto suspensivo del procedimiento principal, hasta que el provocado por la intervención alcanzase su altura, no puede aceptarse; lo prohíbe expresamente el párrafo 11 del artículo 41.

Como principio, estimamos que, para una exacta valoración de una u otra solución, sería preciso tener presente, según se trate de procedimientos declarativos ordinarios o especiales, y dentro de éstos, sus peculiares características.

Esta idea permitiría su coordinación con el párrafo 11 del artículo 41, ya que de lo que se trata es de evitar la paralización del proceso principal, pues pugnaría con dicha norma, pero también deben mantenerse los principios procesales y especialmente el de contradicción. Por ello, en el supuesto específico que contemplamos, estimamos más racional la posición doctrinal que lo concibe como un litisconsorcio necesario, y más exactamente, como un litisconsorcio cuasi-necesario. Calificación racionalmente correcta, si pensamos que el interviniente principal, en el proceso del artículo 41, aparece entre el *possessor* y el *primus petitor*, en virtud de una conexidad que, contradictoria e incompatible como debe ser, tiene su origen en la misma causa: el Registro de la Propiedad y la exigencia impuesta por el artículo 1.º de salvaguardar los derechos inscritos y, además, tiene la posibilidad de entablar el proceso declarativo ordinario. Por ello, si se pretendiera la suspensión del curso normal del proceso, en virtud del párrafo 11 del artículo 41, el Juez tendrá que repelerla *ad limine* (164).

(164) «La elección entre el sistema de suspensión o no suspensión—dice FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios*, cit., pág. 204—del curso del litigio primitivo es muy delicada; de un lado, la consideración de este litigio está conectado con el de intervención y de que ambos exigen resoluciones en el seno del mismo proceso, y las cuales estarán conectadas a su vez entre sí, impide adoptar el sistema de los Ordenamientos que prescindiendo del objetivo de obtener sentencias coherentes, fijan esta posibilidad hasta que el litigio de intervención

La cuestión de si la intervención principal ha de provocar o no un efecto suspensivo del proceso, huelga en el de reintegración posesoria del artículo 41, ya que dicho precepto lo tiene superado. Pero se plantean otros problemas: oportunidad y forma de intervención.

Como cuestión previa, *en términos generales*, y puesto que hemos apuntado que su tratamiento procesal vendría condicionado, según se tratase de procedimientos declarativos o especiales, por las posibilidades que los mismos encierran, estimamos como más ajustada la orientación doctrinal que atribuye a la intervención principal un efecto suspensivo. El proceso primitivo se paralizaría hasta que alcanzase su fase de tramitación el del interviniente, *siempre que no exista una causa específica de derecho preceptivo que impida tal suspensión* (165).

Así, respecto del proceso del artículo 41, distinguimos:

a") Oportunidad.

Si partimos de la admisibilidad de la intervención principal en el proceso de reintegración posesoria, y de la consecuencia negativa de suspensión del proceso principal, con el efecto de afirmar la preclusión de los actos procesales ejecutados, se podría sentar la conclusión de que esa posibilidad del interviniente puede tener lugar en los procesos ordinarios, ya que no existe obstáculo de derecho preceptivo que prohíba la suspensión en los términos del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, en el proceso del artículo 41 la entrada del interviniente, sin provocar el efecto suspensivo, podría acarrear posible indefensión para el *possessor* que, desconociendo la posible intervención, adecuase su conducta procesal al *primus petitor* y no a la actuación de aquél.

En tales circunstancias, y como consecuencia de la imposibilidad de suspender el proceso, estimamos que la oportunidad del

haya finalizado—o a la inversa—; de otro lado, la apertura de esta posibilidad de suspensión pudiera ser utilizada por las partes de mala fe, para «introducir a intervinientes con el propósito de dilatar la resolución de su litigio».

(165) Con lo anterior no se eliminan la totalidad de los problemas que pueden plantearse. Existen una multitud: competencia, efectos, etc..., que no hemos de analizar.

tercero para formular la intervención principal precluiría en el momento en que el Juez diese por constituida la caución y ordenase formular la demanda de contradicción.

Respecto a la posible participación del tercero en la caución, como quiera que la petición del *primus petitor* ha de tener lugar en el escrito de iniciación y la valoración de su suficiencia se hace por el órgano judicial, la participación del interviniente principal, en este orden, se reduciría a interesar se mejorase, exponiendo las razones que creyera conveniente al efecto.

b") Forma de la intervención.

El interviniente habrá de justificar su intervención, especificando la razón de conexidad y la posibilidad de su participación en el proceso pendiente, tanto respecto del actor como del demandado. No le será dable invocar otras causas y motivos de su pretensión que aquellos que, de modo expícito, se exige por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria y 137 de su Reglamento. La forma específica de la intervención, a nuestro juicio, será demanda, dirigidas a las partes del proceso principal, acompañada de los documentos que le habilitan para el ejercicio de la acción reconocida en el artículo 41.

b') Intervención adhesiva.

El interviniente adhesivo puede participar en el proceso en cualquier estado en que se encuentre el mismo, como consecuencia de su calificación como cooperante, no de parte. Su intervención se manifiesta en la realización de todos aquellos actos que pueda contribuir a favorecer a la parte en cuyo favor actúa—*ut causam adjuvet ad victoriam*—que no hayan precluido. Por consiguiente, en su específica cualidad puede constituir la caución que se le haya exigido al detentador, si su intervención se produce en momento oportuno. Creemos que si llegara a constituir la caución, por acudir en tiempo hábil, su acto sería voluntario, pues como obligación—carga procesal—no pesa sobre él, al carecer de la conceptualización de parte principal. La cuestión tiene especial im-

portancia en orden a la limitación de la responsabilidad derivada de la caución respecto de quien la constituyó, así como a los efectos correspondientes frente al tenedor obligado.

c') Intervención provocada.

Ya expusimos cómo surge este supuesto de participación de un tercero en el proceso—*litisdenuntiatio*—. El *possessor* puede, al amparo de los números 1.º y 2.º del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en el momento mismo de personarse en autos, interesar la citación del tercero, con objeto de provocar su intervención. En razón a la naturaleza jurídica de la relación que vincule al tercero, éste acudirá al proceso, al objeto de salvaguardar el derecho de poseer del demandado y evitar las consecuencias que contra él pudiera pretender éste, de carácter indemnizatorio, provocada por su ausencia. Con su participación, el interviniente actuará consolidando la posición del demandado en interés propio. Y si en principio se consideró como adhesiva en orden a que su participación debiera ser subordinada y de ayuda, la naturaleza de la relación que le vincula hace que se haya de conceptuar como parte—artículos 1.482, 1.553, etc., de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

La específica alusión a los supuestos contemplados por los artículos antes citados, hace que la posibilidad de llamada del interviniente sólo pueda tener lugar dentro del término para contestar. Por otro lado, las especiales características del proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria nos induce a la afirmación de que esta intervención puede provocarse, tanto por el actor como por el demandado:

a') Respecto del demandado, cuando la posesión inmediata, por él mismo ostentada, provenga de una relación jurídica que le legitime para mantener dicha posesión, al amparo del número 2.º del artículo 41, y el llamado como interviniente contribuyó a su constitución. Como manifestación típica de este supuesto, el caso contemplado por el artículo 1.553 del Código civil. Esta modalidad de intervención provocada, la doctrina la conoce con el nombre de *laudatio auctoris*.

b') El actor puede, al tiempo de contestar a la demanda de contradicción, interesar en la participación de un tercero. Tal sería el supuesto, por ejemplo, de los artículos 1.481 y 1.482 del Código civil. Es la intervención llamada de garantía o indemnidad (166).

JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ,

Magistrado

(166) Véase artículos 638, 1.026, 1.069 y 1.070, 1.084, 1.397, 1.475 a 1.485, 1.529, 1.553, 1.540, 1.559, 1.681, etc., del Código Civil, son los supuestos que dentro del género «litisdenuntiatio» se denominan «*llamada formal*», frente a la *llamada simple* (garantía), artículos 1.830 y sigs., 1.206; 1834, 1849, etc...



El Derecho inglés: orden jurídico inmobiliario y registral

Ante la decepción intelectualista, experimentada en el mundo jurídico continental europeo, que se denota en: la influencia deletérea y fascinadora del dogmatismo con sus extralimitaciones lógicas, el mantenimiento del *status quo* con síntomas de enfermedad incurable, el cerrado formalismo de la sistemática moderna y, en definitiva, la racionalización del Derecho que frecuentemente ha conducido al divorcio entre la cuestión de hecho y la de derecho. Desde el siglo XIX se sintió la necesidad de ofrecer un sistema jurídico diferente, y la investigación científica del Derecho futuro, por variados derroteros, fija su atención en las cuestiones de índole social y económica, ensaya con los métodos de las ciencias exactas: logística, estadística, cálculo de probabilidades, etcétera. Sin embargo, nada más cierto que la frase de que el nuevo Derecho con el que debe sustituirse el actual se halla muy lejos de estar suficientemente elaborado. Los innovadores, aquellos que pretenden crear un nuevo Derecho, han desarrollado, parafraseando a MAX WEBER, una actividad de tipo profético.

No obstante, aun siendo así las cosas, no cabe una actitud desalentadora, el hacer perfectible el Derecho, es decir, lo que yo llamaría *sistematizar la crisis actual*, no es una cuestión insondable, y para remediar esta contingencia, en cualquier caso, parece aconsejable a la filosofía y ciencia del Derecho continental:

Primero. Revisar las nociones jurídicas sobre las que descansa la ciencia tradicional y caduca del Derecho.

Segundo. Combinar los principios abstractos con los hechos sociales, pues no hay que olvidar que el Derecho es Ley de socialidad.

Tercero. Obtener, a través del análisis, aquellos datos que permitan recomponer el nuevo Derecho.

Cuarto. Despejar el dilema Derecho natural o Derecho histórico y fenomenal.

Quinto. Preparar las reformas que la sociedad reclama como indispensables, sin incurrir en el extremo de una innovación peligrosa, ni mantenerse en una inmovilidad que contradice la marcha progresiva de los tiempos.

La ciencia de la comparación, el contraste de los sistemas jurídicos, siempre loable, el enfrentar ahora el Derecho anglosajón con el de las naciones legatarias del Derecho romano y de las construcciones germánicas, ofrecerá, sin duda, resultados muy apetecibles.

Nos importa el Derecho inglés, ante todo, por su ámbito de aplicación que ha ido extendiéndose sobre el amplio dominio colonial británico, acreditándose como una especie del Derecho supranacional. Merece consideración la valoración de la dinámica jurídica, el ser un derecho suelto, en disponibilidad, pues con razón escribía ORTEGA (*La rebelión de las masas*, epílogo para ingleses) que "las cosas no son *res stantes*, sino devenir histórico, y si el Derecho no se adapta a este movimiento de la realidad, se convierte en su camisa de fuerza". Parece elogioso el favorecimiento a la desaparición del formalismo. Y, al fin, el éxito del sistema jurídico se hace patente, mostrándonos una relación equilibrada entre el sentido de comunidad y el de libertad.

En la primera parte del presente trabajo, las características del Derecho inglés han sido condensadas, y se utilizan como medio para esbozar el importante problema de la *estructuración del Derecho y práctica jurídica*. De otro lado, su referencia era necesaria para hacer inteligible el ordenamiento inmobiliario. En la segunda parte de estas páginas tratamos del Derecho inmobiliario y registral inglés. Su contenido lo he traducido casi íntegramente de la obra de R. E. MEGARRY: *A Manuel of the Law of Real Property*. El sistema registral inglés era desconocido en nuestra Pa-

tria, sirvan de ejemplo, las brevisimas e inexactas líneas de GARCÍA GUIJARRO, en *Bases del Derecho inmobiliario en la legislación comparada*, y los *Comentarios a la legislación hipotecaria*, de MORELL Y TERRY, incluso en el *Centenario de la Ley Hipotecaria*, se silenció el tema. Sin embargo, nunca han faltado en los Tratados o Manuales de Derecho Hipotecario, la glosa al "Acta Torrens", derecho colonial de reconocida tipicidad, pero que, en modo alguno, puede excusar el estudio del Derecho de la Metrópoli, pues aunque las primeras Leyes tuvieron por modelo el "Acta Torrens", razón por la cual don JERÓNIMO GONZÁLEZ incluye a Inglaterra en el grupo de las legislaciones de filiación australiana. Hoy tal similitud sólo se manifiesta con nitidez, considerando el valor de la Certificación registral y las vigorosas facultades calificadoras conferidas al Registrador. Las discrepancias surgen contemplando la organización de registros, títulos, derechos inscribibles y efectos de la inscripción.

Colmado el vacío, al menos éste es el deseo del autor, contamos con un nuevo factor de referencia, que coadyuvará a la evolución de nuestra legislación hipotecaria. Así acrece el panorama del Derecho inmobiliario, gracias a la ardua labor que emprendieron, hace más de un siglo, los Registradores españoles.

NO RECEPCION DEL DERECHO ROMANO

La recepción del Derecho romano, que se produjo en los países del continente europeo en los albores de la Edad Moderna, obedecía a la necesidad política unificadora de sustituir las diversas costumbres y fueros locales por un Derecho de ámbito general, basado en el *Corpus Juris Civilis*. Inglaterra se liberó de la recepción del Código Justiniano; tampoco hubo recepción en el norte de Francia y Escandinavia.

La ausencia de recepción en Inglaterra se explica por el hecho de que la uniformidad jurídica ya se había logrado, gracias al impulso de los conquistadores normandos, que establecieron los Tribunales Reales, cuyos fallos se basaban en el *Common Law* o Derecho común, y lograron imponerse a las particularidades jurí-

dicas de los diversos territorios. El fuerte poder central de los reyes y los medios técnicos de administración de los Plantagenet y sus sucesores lograron crear un vigoroso Derecho nacional, que prevaleció sobre el Derecho local, y no tuvo necesidad de acudir al Derecho bizantino para unificar su sistema jurídico. De aquí que se haya dicho que el Derecho inglés es un Derecho no romanizado. Afirmación que peca de ligereza y admite crítica. Es evidente que no hubo recepción del Derecho romano en Inglaterra, pero no lo es menos que ha tenido poderosa influencia y, sin duda, existen importantes relaciones entre ambos Derechos. En el ámbito docente, el Derecho romano es materia de estudio en las Universidades inglesas; desde el siglo xii se enseña en la Universidad de Oxford. El Derecho romano clásico—no justiniano—está presente en el espíritu y los métodos del Derecho inglés. Hay un argumento fundamental y concreto que apoya esta tesis, y es que el Derecho inglés no se funda primordialmente sobre Leyes, sino sobre casos jurídicos particulares. Derecho romano e inglés, dice RADBRUCH (*El espíritu del Derecho inglés*), significan determinación del Derecho, caso por caso, ambos son *case-law*. Por lo que importa a la cuestión metódica, nos dice MAX WEBER (*Economía y Sociedad*) que «la adaptación del Derecho romano a las nuevas necesidades económicas se realizó, en gran medida, gracias a una interpretación racional de los conceptos que permitía extenderlos y reducirlos sobre la base del método analítico. Un solo proceso sobre una cuestión; un solo negocio jurídico sobre una prestación; de aquí la división plástica de la situación de hecho compleja de la vida diaria».

RASGOS POSITIVISTAS

La misma palabra Derecho, *law*, que deriva de Ley, expresa una concepción fuertemente positivista. El pensamiento inglés defiende a ultranza la idea de seguridad jurídica, la afirmación incondicionada del Derecho positivo: COKE, BLACKSTONE. HOBBS, BENTHAM, BACON y AUSTIN. Este último sostiene la disociación entre ética y ciencia. La ciencia del Derecho, escribe en su conocida obra *Ju-*

risprudence, se refiere a las Leyes en sentido estricto, prescindiendo de su bondad o maldad. Teoría de clara semejanza con la doctrina de MAX WEBER, de la exclusión de los valores de la ciencia.

El positivismo ensalza el respeto a la Ley, que es la premisa, con dos consiguientes: la seguridad (*certainity*) y eficacia jurídica. La premisa encuentra formulación explícita en el aforismo: *neminem oportet esse sapientiore legibus*; nadie debe querer ser más sabio que la Ley. La idea de certeza jurídica ha sido francamente supervalorada. BRANDEIS sostiene su artículo, titulado *The concept of legal Certainty*, que “el *stare decisis* (o precedente) es, generalmente, la política acertada, porque en la mayoría de los asuntos es más importante que la regla de Derecho aplicable sea establecida a que lo sea justamente”. Ahora bien, la exigencia de seguridad jurídica—dice acertadamente RADBRUCH—no es la criticada seguridad del mundo burgués de un derecho positivo estático, sino, por el contrario, de un derecho en movimiento constante, que hace que la vida tenga continuidad.

El positivismo inglés es un positivismo “elástico”, que ha hecho compatible la herencia de los viejos usos con los más recientes cambios sociales. Volvemos a citar al autor de *La rebelión de las masas*, quien nos dice que “el Derecho inglés consiste en puros márgenes—cualidad positiva—, que es un caso particular del estilo general que caracteriza al pensamiento británico: interpretar todo lo inerte y material como puro dinamismo, sustituir lo yacente por fuerzas, movimientos y funciones”.

Falta hacer referencia a la importancia de la eficacia jurídica. El Derecho se considera válido sólo cuando ha alcanzado cierto grado de eficacia. En la literatura inglesa y norteamericana, el Derecho se conoce a través de su aplicación por los Tribunales. La eficacia se aprecia por el tinte que luce la decisión judicial.

El positivismo no es extremado en Inglaterra. La concepción formalista, que ve el Derecho como regla sin contenido, cuya justificación es innecesaria, aparece atemperada en el Derecho inglés por el uso de la lógica jurídica, aplicada al estudio del *Common Law*. De otro lado, el idealismo, que podríamos llamar “relativista”, puesto que admite el derecho natural, encarnado en los

principios de la equidad, que PERTICONE define (*Orientaciones actuales del pensamiento jurídico*) como "fuente de las fuentes, *ratio* de los jusnaturalistas de la Edad Clásica, transportada al plano de la experiencia histórica", representa una feliz conjunción del jusnaturalismo racional y del historicismo romántico.

EMPIRISMO

Frente a la concepción europea continental, que de la mano del Código basa el Derecho en casos típicos que el legislador ha imaginado, meras hipótesis, fruto de la llamada construcción, por la vía descente del principio jurídico al caso particular, el Derecho inglés sigue la ciencia del método inductivo, y sobre la base de la vida y la naturaleza del asunto, asciende del caso particular al principio jurídico. El pensamiento jurídico inglés se ha dicho que es un arte de tipo empírico. El jurista inglés tiene el convencimiento de que el Derecho debe orientarse conforme a la naturaleza de la cuestión misma, más que por la idea del Derecho incluso se estima conveniente alejar cualquier idea previa del Derecho. En mi opinión, éste es uno de los prejuicios jurídicos continentales que deberían mitigarse.

La valoración del caso concreto, casuismo, encuentra su fórmula en la máxima: *ex facto ius oritur* (del hecho nace el Derecho). Hace tiempo que se dijo que el precepto jurídico, obtenido por abstracción, partiendo de las decisiones concretas, es lo secundario, y éstas representan la verdadera base del Derecho vigente. Por esta razón, el pensamiento jurídico inglés está más cerca de la realidad que el continental. En la misma línea, las escuelas sociológicas y realista del pensamiento americano se puede afirmar que gozarán cada día de más actualidad y representan un modelo sugestivo de gran interés para el progreso tan deseable de la filosofía del Derecho continental. Todos los juristas, no sólo el jurista ideólogo, debemos procurar la fundamentación sociológica aludida, conforme a las exigencias de justicia material que reclaman las clases no privilegiadas sobre normas antiformales.

LA TEORIA MONISTA

KELSEN intenta implantar una concepción monista del Derecho, en el sentido de negar las distinciones tradicionales en el continente europeo, tratando de demostrar que esas distinciones son relativas e insostenibles. Hoy, esta teoría no constituye un punto de vista aislado, sino que, durante todo este siglo, autores europeos y de otros continentes han argumentado hábilmente contra el dualismo tradicional de origen romano, y se ha abierto paso la opinión de que tales distinciones, al menos, no tienen un valor absoluto. Aquí nos limitaremos a exponer la realidad del monismo en el Derecho anglosajón:

a) Separación entre génesis y aplicación del Derecho. En Inglaterra y Estados Unidos, la creación del Derecho no se acaba en la legislatura. La decisión judicial o la disposición administrativa, lo mismo crean el Derecho que aplican el Reglamento, Decreto o Ley, incluso la decisión del funcionario puede revestir cualidad jurídica creadora. El pluralismo de las fuentes abarca también el campo de la contratación privada, que establece normas individuales o generales (convenios colectivos, estatutos de asociación, etc.). Ya en 1928, algunos autores, con fundamentos ideológicos, analizan este aspecto de la transacción privada, estimando que la aprobación tácita del Derecho civil no es más que una ficción (THURMAN W. ARNOLD, en su trabajo, *The folklore of capitalism*).

b) Distinción entre Derecho objetivo y subjetivo. Ante la mentalidad inglesa, todo Derecho necesita estar reforzado por la Ley (Derecho objetivo), de lo cual inducen que sin sanción legal es imposible la existencia de un Derecho (subjetivo), por la misma razón las demandas subjetivas nunca preceden al Derecho objetivo. Y aunque se admite la voluntad individual del sujeto defensiva de su Derecho, esto no equivale a la afirmación de un Derecho preexistente. La argumentación, sin embargo, no parece muy sólida, pues si bien es cierto que el Derecho subjetivo está predeterminado y garantizado por el Derecho objetivo, esta afir-

mación no implica la imposibilidad de admitir que uno y otro sean dos nociones o conceptos distintos.

c) Derecho público y privado. Inglaterra no recibió la distinción del Código de Justiniano entre *ius publicum* y *privatum*. Toda norma, dice AUSTIN, sirve al interés individual y al colectivo. Mediante la simple regulación de las llamadas relaciones privadas, el Derecho demuestra que hay un interés colectivo en esas relaciones. Desde luego, la diferencia rigurosa no existe en Inglaterra. La Revolución de 1688 estableció la soberanía del Derecho, a la cual estaba sometido hasta el rey. El resultado de las luchas constitucionales del siglo XVII fue el triunfo indiscutible del Parlamento. La administración inglesa se ha construido como un sistema indivisible e indiviso de Derecho nacional. Las cuestiones litigiosas entre ciudadanos o entre éstos y el Estado se someten a los Tribunales ordinarios.

d) Distinción entre derechos reales y personales. Sobre este tema tendremos, más adelante, ocasión de estudiarlo, al tratar los derechos legales y equidad; distinción, en cierto modo, correlativa a la de derechos *in personam* e *in rem*. En la ciencia anglo-americana se ha admitido siempre el carácter relativo de tal distinción. Y se explica, tanto porque el hábito a las distinciones del Derecho romano no tuvo acogida como porque los juristas británicos no han hecho grandes esfuerzos para justificar el Derecho, sino que, principalmente, su preocupación ha sido construirlo en la práctica, sentido pragmático, que refleja luminosamente la famosa sentencia inglesa: *Waterér is best administered ist best*. (La mejor teoría es la que resulta mejor aplicada.) Es incuestionable que el grado de racionalización del Derecho inglés es menor que el del Continente. Hasta AUSTIN no existió propiamente ciencia jurídica, lo cual hacía casi imposible la codificación, y este factor condicionó en gran medida la capacidad de adaptación del Derecho inglés y su carácter práctico. Por otra parte, la ciencia jurídica en otros países, sobre todo a partir de DEMOGUE, ha puesto en duda la autenticidad de la distinción de los derechos en reales y personales. Ya SOHM expresaba que "tal diferencia no es fundamental en la naturaleza del Derecho privado". Sin embargo, no es éste el

lugar indicado para hacer un estudio detenido del tema, que bien merecía un trabajo especial.

"COMMON LAW". "EQUITY Y STATUTE"

La Historia del Derecho inglés es singular y única, llegando en la Edad Media a unificar el Derecho como en ninguna otra parte de Europa, que, por el contrario, se regía por una legislación múltiple, local e irregular. La conquista normanda (1066) fortaleció considerablemente el poder real, hasta lograr la centralización de la justicia. A partir de entonces, las decisiones de los Jueces Reales que recorrían el país prevalecieron sobre el Derecho consuetudinario local.

El producto de esta justicia central ha sido el *Common Law* o *at Law*, frase que se emplea en tres sentidos: como derecho opuesto a *local custom*, a *statute Law*, o a *equity*, este último es el significado más frecuente. El Derecho común es un derecho de creación judicial—*judge made law*; el Juez hace la Ley—, formado mediante la aplicación de la doctrina del precedente. BLACKSTONE ve en el Juez inglés una especie de oráculo viviente, que convierte lo incierto en regla permanente.

La fuerza obligatoria del precedente (*stare decisis*) no precisa la repetición de decisiones del mismo contenido, como sucede en nuestra Patria en el proceso formativo de la jurisprudencia. En Inglaterra es suficiente un solo precedente para el nacimiento de la norma jurídica, denominada *Common Law*. Al final del siglo XII, los Royal Courts eran conocidos como los Tribunales del *Common Law*.

La insuficiencia del Derecho Común para resolver los casos jurídicos que se planteaban determinó la aparición de la *equity*, que son los dos sistemas de justicia que durante muchos siglos han convivido. La noción de la *equity* es la misma que forjó Aristóteles de la *epikeia* o equidad, es decir, atemperar las Leyes generales al caso particular. En Roma, es sabido, que fue el Pretor quien cumplió esta misión, concediendo con ponderado criterio las acciones *ex equo et bono*. A estas *actions* de los pretores corresponden los *writs* que otorgaban los Lores Cancilleres como remedio de las

anomalías del *Common Law*, convertido en *ius strictum*. La equidad se ha alimentado de varias fuentes: Derecho canónico, romano y natural. Sin embargo, el contenido fundamental lo proporcionó el recto juicio del Lord Chancellor, guardián de la conciencia del rey. En la Court of Chancery, el Chancellor, actuando con independencia del King's Council, administraba justicia, aplicando la llamada *equity*; de aquí que este Tribunal recibiera también la denominación de *Court of equity*. La equidad, que reflejaba el pensamiento de cada Canciller, variaba según la persona que ostentase el cargo, desde Lord Ellesmere (1596-1617) a los trabajos de Lord Nottingham (1673-82). Cuando Lord Eldon cesó en 1827, las normas de la equidad estaban tan definidas como las del *Common Law*.

Por la Judicature Act de 1873, los Tribunales superiores de *Law* y *Equity* se fusionan en un Supreme Court, dividida en High Court y Court of Appeal. No obstante, *Law* y *equity* subsisten como dos sistemas o fuentes distintas, aunque ahora ambas se administran por el mismo Tribunal, la unificación queda bien claro, ha sido tan sólo orgánica.

El primer escalón de la jerarquía de normas le ocupan las Acts of Parliament, que forman el *Statute Law*, derecho escrito, derecho en forma de Ley. Su promulgación constituye práctica regular a partir del siglo XIII. De hecho, se aprueban Leyes que codifican el *Common Law*. Y a pesar de la afirmación de algún autor de que el Derecho común tiene fuerza, aunque no forma de Ley, lo cierto es que el Parlamento puede derogar o modificar los preceptos jurídicos elaborados por el Derecho común, éste no puede nunca prevalecer sobre el *Statute Law*.

DERECHOS LEGALES Y DERECHOS DE EQUIDAD

Los derechos ejercitables ante los Tribunales de *Common Law* reciben el nombre de derechos legales; aquellos otros no sancionados por el Derecho común, que eran protegidos por el Tribunal de equidad, son conocidos como derechos de equidad. La diferencia se expresa, diciendo que los derechos legales son derechos *in rem*; mientras que los derechos de equidad son derechos *in per-*

sonam. En los primeros tiempos, un derecho o interés legal sobre una finca era y sigue siendo un derecho oponible a cualquier persona como derecho real sobre la finca misma; su eficacia es *erga omnes*, en contraste con los derechos de equidad de eficacia relativa, que tan sólo podían ejercitarse frente a la persona a quien el Chancellor consideraba que le afectaba la obligación.

En la evolución posterior se aprecia, por una parte, que el *Common Law* ha sido profundamente remozado y modificado, en ocasiones, por la equidad. Y hoy, importantes asuntos de propiedad real caen bajo la competencia de la Chancery División de la High Court. Y, por otra parte, se observa la extensión del ámbito de eficacia de los derechos de equidad, hasta llegar a establecerse como uno de los principios fundamentales de la equidad su posibilidad de ejercicio frente a todos, excepto contra el tercero a título oneroso y de buena fe, doctrina que se expondrá al estudiar la contratación inmobiliaria. En conclusión, un derecho legal, o sea, de Derecho común, puede ejercitarse contra el adquirente de buena fe, en tanto que el derecho de equidad no puede oponerse a esta persona. De este modo, los derechos de equidad fueron distanciándose gradualmente de los derechos personales, aproximándose más y más a los derechos reales, por lo que se han convertido en una especie híbrida, que no son enteramente, ni derechos reales, ni derechos personales.

CONCEPCION DE LA PROPIEDAD TERRITORIAL

Principio básico del Derecho inmobiliario inglés es que toda la tierra es propiedad de la Corona. En consecuencia, *nulle terre sans seigneur* (*non land without lord*), es decir, no hay tierra vacante, sin dueño, en Inglaterra. Sin embargo, sólo una pequeña parte del territorio se encuentra en posesión de la Corona; el resto está ocupado por *tenants holding*—poseedores en sentido amplio—, quienes mantienen una relación jurídica directa o indirecta con la Corona.

Esta situación se inició a partir de la conquista normanda; Guillermo I consideró suya toda Inglaterra por derecho de conquista. Para recompensar a sus seguidores y a aquellos ingleses

que dócilmente se sometieron a él, les concedió algunas tierras para que las poseyeran en su lugar (*of him*)—posesión en nombre ajeno—como dueños superpuestos (*overlord*). La transmisión de estas tierras no fue incondicional, sino para que las disfrutaran en nombre de la Corona y con ciertas condiciones o modos; por lo regular el adquirente asumía la obligación de prestar algún servicio al rey. De esta manera, la total organización social se estructuró a través de la posesión de tierras en pago de servicios.

Estos servicios llegaron a ser clasificados, y cada tipo o grupo se designaba con el nombre de *tenure* (tener, *to hold*, equivale a poseer), que manifestaba la clase de posesión existente sobre la tierra. Era esencial el plazo por el que la concesión se otorgaba. Pueden citarse como principales modalidades: la concesión *for life*, tanto tiempo como el poseedor viviese; o *in tail*, durante la vida del poseedor o cualquiera de sus descendientes; o *in fee simple*, vitalicialmente a favor del poseedor o cualquiera de sus herederos, fueran o no descendientes. Cada una de estas formas de concesión se llamaba *estate*, palabra derivada de *status*, que admite su utilización en castellano. Era posible la existencia de varios *estates* sobre la misma finca, pero, en todo caso, el dominio permanecía en la Corona. Una persona podía ser dueño de uno o más *status* en la finca, pero nunca podría ser dueño de la finca misma. El dominio del *status* más amplio, de mayor duración, “el *fee simple*” ha llegado a parecerse cada vez más al dominio de la finca misma, pero aún hoy es técnicamente cierto decir que la totalidad de la tierra es propiedad de la Corona. No obstante, en la práctica y en el lenguaje legal esto no pasa de ser una teoría, pura reminiscencia histórica, y, como más adelante veremos, la propiedad privada en Inglaterra existe de hecho y de derecho. Así, pues, desde el punto de vista teórico, el dominio (*ownership*) sólo puede tener por objeto un *status*, no la finca afectada por ese *status*.

La palabra *state* o *status* tiene varias acepciones:

a) El *quantum* de un interés en la finca o, lo que es igual, un interés sobre la tierra de duración determinada, que es el concepto usual, antes expresado.

b) Puede utilizarse este término para describir una zona de tierra o finca.

c) Por último, la palabra *estate* sirve para designar el patrimonio hereditario o caudal relicto.

El *status*, siguiendo la acepción a), señala el plazo durante el cual una persona tiene facultades sobre una finca. Los *status* se clasifican en *freehold*, y *status* inferiores al *freehold*, que son los *leaseholds* o derechos arrendaticios por tiempo determinado; las subespecies de *status* del primer grupo son los ya citados: *fee simple*, *fee tail* y *life estate*.

Resumiendo hay, pues, dos doctrinas básicas sobre el derecho de *propiedad real* que se conocen como:

I. Doctrina de las posesiones (*tenures*). La Corona posee toda la tierra, directa o indirecta, mediante las distintas clases de posesión.

II. Doctrina de los *status* (*estates*). Una persona no puede ser dueña de una finca, sino que meramente tendrá el señorío del *status* de la finca, que le permite disfrutarla durante cierto tiempo. En la propiedad raíz, el objeto de la relación jurídica no es la tierra o finca misma—propiedad de la Corona—, sino los *status* o intereses que se han constituido abstractamente sobre la finca. El autor inglés MEGARRY, en su citada obra, escribe con agudeza galaica que la respuesta a la pregunta, ¿qué clase de posesión o *status* existe sobre la finca?; es también la pregunta, ¿por cuánto tiempo?

Muy distinta es la concepción de la propiedad mueble o *propiedad puramente personal*; entonces la propiedad recae sobre la cosa misma; el objeto del derecho es la cosa directamente.

EL FEE SIMPLE O DOMINIO

Componen este concepto dos términos: «fee», significa heredable, y “simple”, sin distinción de herederos, por oposición al *fee tail*. Representa el *status* de mayor duración que pueda existir sobre una finca. Aunque teóricamente el tiempo que da derecho a su disfrute es más corto que el dominio, en la práctica son tér-

minos equivalentes, porque casi todos los vestigios de las viejas cargas feudales han desaparecido.

La duración de este *status*, en su origen, fue durante la vida del poseedor o de cualquiera de sus herederos. El término herederos, al principio excluía a los ascendientes, hasta la Inheritance Act de 1833, que permitió la sucesión de los ascendientes. Si el *fee* simple, en sus comienzos, se extinguía por muerte del poseedor original, sin descendientes o colaterales (hermanos o primos), aunque antes de morir hubiese transmitido la finca a otro poseedor, quien aún sobrevivía. En 1306 se estableció que, cuando el titular del «*fee*» simple transmitía la finca, subsistirá el derecho tanto tiempo como el adquirente tuviese herederos. Desde entonces se convierte en un derecho prácticamente eterno; virtualmente se asimila al dominio, con las facultades correspondientes de *utendi*, *fruendi*, *disponendi*...

El titular del «*fee*» simple puede disponer de su finca por testamento o *inter vivos*. Con anterioridad al siglo XII, por estimar que los presuntos herederos tenían un interés definitivo a la finca, el titular de ella, para todo acto dispositivo, necesitaba el consentimiento de los mismos. Alrededor de 1200 desaparece esta doctrina, y el titular puede disponer libremente *inter vivos*; los presuntos herederos tienen tan sólo una *spes successionis*, mera expectativa a la sucesión del «*fee*» simple. Toma carta de naturaleza la máxima romana: *nemo est heres viventis*.

En el primitivo derecho para transmitir el «*fee*» simple era necesario expresar en la transacción determinadas palabras sacramentales, por las que se define este *status*, ejemplo: a X y sus herederos, a X para siempre, o a X en «*fee*» simple. La Ley de Propiedad de 1925 abolió la necesidad de utilizar estas palabras. En la práctica, cuando se transmite este *status*, suele consignarse la expresión «in fee simple».

Este derecho puede ser: *absoluto*, sin limitación, ni condición alguna: *determinado*, a plazo; y *upon condition*, es decir, condicionado.

PROPIEDAD REAL Y PROPIEDAD PERSONAL

El Derecho inglés de propiedad real es sumamente complicado; OLIVER CRONWELL lo calificaba de "enredo malvado". Las dificultades derivan, de una parte, de la intrincada conexión de las materias que lo integran, y de otro lado, del lenguaje extremadamente técnico, cuyos términos, en muchas ocasiones, son multívocos.

En el Derecho primitivo, la propiedad era real cuando los Tribunales debían restituir al propietario desposeído la cosa misma. Si X era expulsado por la fuerza de su finca, podía ejercitar una acción real, enderezada a la devolución de la finca. Tratándose de otros bienes, la acción ejercitable era personal, y la sentencia favorable que se dictase permitiría optar entre la devolución del objeto o el pago de su valor. Consecuentemente, se estableció la distinción entre propiedad real (*real property* o *realty*), que daba derecho a la restitución en especie, y propiedad personal (*personal property* o *personalty*), que no era restituible de este modo.

En atención a un criterio físico, el Derecho crea la división de los bienes en inmuebles, en inglés *land*, y muebles. La división inglesa de la propiedad en real y personal es similar con una importante excepción. En general, todos los intereses sobre fincas caen bajo la denominación de propiedad real, a excepción de los *leaseholds* o *terms of years*—derechos de naturaleza arrendaticia que facultan a ocupar una finca por tiempo determinado—, que son clasificados como propiedad personal.

Hubo un tiempo en que el arrendatario sólo tenía acción contra el arrendador para recuperar la finca y carecía de toda acción contra terceros. En el siglo XIII se le permite reclamar daños de cualquier persona, pero no la posesión de la finca, que era únicamente exigible al arrendador, pues la historia inglesa ha conceptualizado la relación entre arrendador y arrendatario de naturaleza fundamentalmente contractual. Y aunque los arrendamientos se encuadran en el apartado de los derechos de propiedad personal, difieren de los otros bienes de esta misma clase, y por ello ocupan lugar especial, bajo la denominación de *chattels real*, distintos de los *pure personalty* o muebles, que son los enseres, existencias y valores. La frase *chattels real* denota la naturaleza, en parte per-

sonal y en parte real de estos derechos, porque la palabra *chattel* significa bien mueble—deriva de *cattle* o ganado, que al principio fueron los bienes muebles más importantes—; la segunda palabra muestra su relación o unión con la finca.

La legislación de 1925 ha borrado muchas de las diferencias existentes entre el régimen jurídico de la propiedad real y personal. Y la doctrina inglesa estima conveniente someter a la misma normativa una y otra clase de propiedad, sin embargo, no siempre resulta factible, dada la distinta naturaleza de los derechos. En general, ha prevalecido la aplicación del régimen jurídico de la propiedad personal sobre el de la real. Pueden citarse como logros de esta uniformidad parcial: en la sucesión intestada, la propiedad real y personal tienen el mismo cauce, sucediendo los *relatives* (parientes); las reglas sobre donación de fincas, en caso de muerte sin descendientes, se aplican a ambas clases de propiedad; unidad de forma en la hipoteca de tierras libres y arrendadas; en la prelación de hipotecas, la doctrina *DEARLE v. HALL* se ha extendido a las hipotecas de intereses reales de equidad.

SINTESIS HISTORICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA

MEGARRY distingue los siguientes periodos:

Primer periodo: *Formulación del principio*.—Las *Common Law Courts* fijan las normas básicas de la propiedad inmobiliaria, y comprende el tiempo transcurrido desde la conquista normanda hasta finales del siglo xiv.

Segundo periodo: *Desarrollo de la equidad*.—Abarca desde 1400 a 1533, cuando la jurisdicción del Chancery acogió aquellos casos no protegidos por el *Common Law*.

Tercer periodo: *Statute of Uses*.—Desde 1535, a la mitad del siglo xvii, época que se caracteriza por los grandes cambios que produjeron las disposiciones contenidas en el citado *Statute*.

Cuarto periodo: *Desarrollo del moderno Derecho*.—Abarca los últimos decenios del siglo xvii y todo el xviii. El *trust*, institu-

ción peculiar, de sobresaliente importancia en la historia jurídica de Inglaterra, fue definitivamente protegido.

Quinto periodo: *Reformas legales*.—Se refiere a las reformas que llevó a cabo el Parlamento durante los siglos *xix* y *xx*. Muchas de ellas tuvieron lugar durante el siglo *xix*, especialmente entre 1832 y 1845, y de nuevo, entre 1881 y 1890, pero las más importantes sucedieron en el presente siglo. En 1925, que bien puede llamarse el año inmobiliario inglés, se promulgan seis Leyes, verdadero Código inmobiliario, que entraron en vigor el día 1 de enero del siguiente año. Estas Leyes son:

- The Setted Land Act.
- The Trustee Act.
- The Law of Property Act.
- The Land Registration Act.
- The Land Charges Act.
- The Administration of Estates Act.

La legislación de 1925, más que innovar su labor, ha sido de refundición de los cambios y alteraciones que ya habían originado las Leyes de Propiedad de 1922 y 1924.

Sexto periodo: *Control social de las fincas*.—En los últimos cincuenta años, por razón del interés público, el Parlamento se ha visto precisado a dictar normas coactivas que limitan y cercenan los derechos de los propietarios de fincas. Pueden citarse como Leyes planificadoras: The Town and Country Planning Acts de 1954 y 1959; referentes al Derecho Agrario: The Agriculture Act 1947 y 1958, The Agricultural Holdings Act 1948; sobre Derecho Urbanístico: The Housing Acts de 1957 y 1961, The Public Health Acts 1936 y 1961; en materia de Expropiación Forzosa: The Land Compensation Act 1961; disposiciones más concretas son las que versan sobre el espacio aéreo, Civil Aviation Act de 1949, o Derecho Minero (hidrocarburos), Petroleum Act de 1934.

El intervencionismo creciente, las técnicas socializantes de la moderna administración, han motivado el dicho inglés de que “la presunción fundamental de la actual legislación es que el dueño posee su finca para el bien público”.

CONTRATACION INMOBILIARIA

El contrato inmobiliario no difiere de cualquier otro contrato. En Inglaterra, los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento. Hay contrato tan pronto exista acuerdo causalizado (*for valuable consideration*) sobre los elementos o circunstancias esenciales del mismo. De esta definición se desprenden dos consecuencias: primera, la onerosidad de todo contrato; el contrato normalmente existe en las transacciones que envuelven pago de una suma de capital; la hipoteca, aunque contiene la obligación de pagar una suma de dinero, raramente es precedida por un contrato; la segunda consecuencia consiste en que el convenio puede ser oral o escrito; su validez es la misma, pero su eficacia diferente. Cualquier acto dispositivo sobre fincas (venta, hipoteca, arrendamiento), expresado en forma oral, no será exigible por acción—pero podrá hacerse valer por otros medios—, salvo que el contrato se formalice después por escrito en algún Memorándum o nota, firmado por la parte que se obliga o por otra persona autorizada por ella (sección 40.^a de la Ley de Propiedad de 1925).

El *Memorándum* o nota es un simple escrito que contiene el acto dispositivo y no está sujeto a formalidad alguna. El profesor LACRUZ, refiriéndose al sistema australiano, lo define como declaración de transferencia. En Inglaterra, el Memorándum es el documento en el que se transcribe lo convenido, en cualquier momento posterior a la fecha del contrato. Existen algunas excepciones que imponen la formalización de los contratos y suelen referirse a bienes raíces. Una de ellas es la *part performance*, si se ha convenido verbalmente un arrendamiento, el arrendatario toma posesión de la finca, y el arrendador acepta el pago de la renta, éste no podrá rehusar la firma del contrato.

"CONVENYANCING" O CONVENIO TRASLATIVO
DEL DOMINIO

La venta de aquellos bienes que, en general, responden al calificativo de muebles, se denominan *sale of goods*; mientras que to-

das las operaciones de transmisión de bienes raíces corresponden a la especialidad, conocida con el nombre de *convenyancing*. La transmisión es un concepto distinto del de contrato, es el convenio traslativo, fundamentalmente la compraventa.

Se denomina *conveyance* el documento que contiene la transmisión de la propiedad. El documento de compraventa consta de las siguientes partes:

a) Encabezamiento (*commencement*). En el que se especifica la naturaleza del negocio jurídico, venta, hipoteca... (*this conveyance, mortgage*).

b) Fecha (*date*). La transmisión produce efecto a partir de la fecha fijada en el contrato.

c) Nombre, *apellido* y vecindad de las partes contratantes.

d) Título del transmitente y convenio de venta (*recitals*).

e) *Consideration*. Los contratos primitivos tenían por objeto un cambio de posesiones; de aquí el viejo principio de que sólo los contratos onerosos pueden obligar permanentemente. Su influencia en el Derecho inglés ha sido profunda, sobre todo hasta Enrique VIII, y la doctrina de la *consideration* se basa en esta necesidad.

La *consideration* es la contraprestación, que manifiesta a terceros (*inter alia*) que el negocio jurídico es oneroso. La *consideration* fundamenta la oferta y la aceptación constituye el *quid pro quo*, lo que se da por algo. A modo de causa, dice LACRUZ BERDEJO, refiriéndose a la "valuable consideration" del Derecho australiano.

f) Cláusula recibo, que indica la forma de pago del precio.

g) Palabras traslativas (*operative words*), por las que se efectúa la transmisión de la propiedad. La frase usual es "el vendedor por este acto; transmite al comprador el *status*"... (*the vendor as beneficial owner hereby conveys the purchaser...*). Si existen cargas se mencionarán en este apartado.

h) Descripción de la finca, que se transmite (*parcels*) mediante sus lindes. También cabe la descripción, con referencia a algún plano o a la hecha en transmisión anterior.

i) *Habendum* o cláusula, que indica que la transmisión se hace a favor de la otra parte contratante y no a favor de tercero.

Contiene, asimismo, las palabras que delimitan el *status: the land in fee simple*.

k) *Testimonium y attestation clause*. Es la última parte del documento y contiene la expresión del lugar del otorgamiento, firma, sello y entrega del documento al comprador. A este respecto, es importante mostrar la distinción entre las dos formas que pueden revestir los contratos escritos:

1) *Agreements under hand* o convenios firmados por las partes.

2) *Agreements under seal*, que son los consignados en un *deed*, documento que se firma, sella y entrega. Se llama *execution* del *deed*, el acto de su firma, sello y otorgamiento. En la técnica documental, el sello representó en Inglaterra el papel decisivo de ser creador de derechos.

La *completion* o conclusión del contrato suele tener lugar en la oficina del solicitador (profesional en Derecho) del vendedor, quien, además, suele fijar las estipulaciones. Efectuada la *completion*, nace el derecho del adquirente para reclamar la entrega del documento traslativo.

La propiedad se identifica con los *titledeeds* o escrituras. Convenida en firme la compra, la finca pertenece al adquirente en equidad y el riesgo de la pérdida de la cosa es del comprador (*periculum est emptoris*). La transmisión de la propiedad, según la interpretación estricta de los Tribunales de Common Law, se efectúa mediante la *conveyancing* formal, entregando al comprador el *deed of conveyance* o documento solemne de transferencia.

DOCTRINA DEL TERCERO

En el epígrafe derechos legales y derechos de equidad quedó establecida la conclusión de que un derecho legal o, lo que es igual, de *Common Law*, podía ejercitarse contra cualquier persona, incluso el adquirente de buena fe, mientras que los derechos de equidad tenían una eficacia menos extensa y no afectaban al comprador de buena fe.

La protección del comprador operará siempre que concurren las circunstancias siguientes:

1.^a *Bona fide*, entendida en el significado contractual que se utiliza en la terminología española: conducta o proceder leal, opuesta a la actitud dolosa.

2.^a Título oneroso (*for value*); la adquisición debe efectuarse por dinero o signo equivalente. Comprende los negocios jurídicos de compraventa, permuta, adjudicación en pago.

3.^a El término *purchaser*, en este caso, tiene un sentido amplísimo, no queda confinado a su acepción usual de comprador o persona que adquiere el "fee simple", sino que incluye, por ejemplo, al acreedor hipotecario y al arrendatario, quienes adquieren —"pro tanto"—un interés parcial o limitado en la finca.

4.^a Adquirente de un *status* legal. El adquirente debe demostrar que lo es de un *status* legal y no tan sólo de un interés de equidad. Si adquirió un interés equitativo, su derecho, por ser posterior al interés equitativo precedente, en virtud del principio de prioridad, le afectará dicho interés de equidad precedente.

5.^a Desconocimiento de la existencia del derecho de equidad. Hay dos clases principales de conocimiento:

a) "Actual notice", que es el conocimiento real, efectivo, de un hecho, sin que se considere como tal los hechos de los que se tuvo noticia en la forma de vagos rumores. Por Ley, una serie de derechos inscribibles, en el Land Charges Register, su inscripción equivale a comunicación real, es decir, constituye *actual notice*. Por lo que, en Inglaterra, la buena fe, contra los pronunciamientos registrales, es inoperante.

b) "Constructive notice" o conocimiento presunto. Se presume que el adquirente conoció aquellos hechos que un hombre de negocios, en circunstancias similares, hubiera conocido mediante las investigaciones adecuadas. R. E. MEGARRY nos brinda un ejemplo en el que puede apreciarse con claridad la doctrina del *tercero civil inglés*. "X compra el fee simple de una finca; más tarde establece una servidumbre legal (de common law) de paso a favor de L y otra servidumbre de paso equitativa a favor de E. Mientras X sea dueño de la finca, no hay diferencia entre los derechos de

L y E; ambos son exigibles a X. Pero tan pronto como la finca se transmita a un tercero Y, aparecerá la diferencia entre los derechos de L y E. Aunque Y adquiriera la finca sin conocimiento de la servidumbre de Derecho común o legal existente a favor de L, esta servidumbre le afectará, porque se trata de un derecho *in rem*. En cambio, si Y prueba que reúne los requisitos del tercero adquirente, desconociendo la servidumbre de equidad de E, entonces Y adquiere la finca libre de esta carga”.

INSCRIPCIONES Y REGISTROS

Prescindimos de la organización registral especial de Escocia. En Inglaterra y Gales existen tres clases de inscripción y sus correspondientes Registros especializados:

- Inscripción de Gravámenes.
- Inscripción de Deeds, que es el documento firmado, sellado y entregado al adquirente.
- Inscripción de Títulos.

INSCRIPCION DE GRAVAMENES

Características del Sistema:

a) Pluralidad de Registros, que son nominalmente: el Land Charges Register. Yorkshire Deeds Register y los diferentes Local Charges Registers.

b) El Registrador no califica ni garantiza el documento que contiene el gravamen.

c) La inscripción tiene, por fin, evitar la existencia de cargas ocultas, de modo que el adquirente de la finca pueda descubrirlas, consultando el Registro.

d) La inscripción ha reemplazado, en gran parte, la doctrina del tercero de buena fe, como se verá al examinar la eficacia de la carga inscrita.

e) Sencillez del principio de rogación, en su aspecto formal,

pues basta presentar en el Registro competente un modelo que contenga las particularidades necesarias del gravamen.

f) La tendencia legislativa es ampliar el número de cargas inscribibles, con el fin de vincular al adquirente de la finca.

El Registro de Cargas de Londres.

La disposición reguladora es el Land Charges Act de 1925, que refunde Leyes anteriores y extiende el sistema, haciendo inscribibles un mayor número de intereses.

Registros que lo integran.—Cinco Registros separados se llevan en el Land Charges Department del Registro de Londres:

1) Acciones pendientes. Una acción pendiente (llamada *lis pendens*) es cualquier procedimiento, pendiente de decisión, ante los Tribunales, que se refiera a algún interés sobre una finca. Incluye la solicitud de quiebra. Así, pues, cualquier demanda sobre la titularidad de una finca y la interposición de alguna acción para hacer efectivos sus derechos sobre la finca debe inscribirse como acción pendiente, para asegurar que, si el actual propietario intenta vender la finca antes de que el caso haya sido decidido, al adquirente le afectará la reclamación inscrita. Como puede apreciarse, desempeñan el papel de nuestras Anotaciones preventivas de demanda.

La inscripción caduca a los cinco años; pero si al terminar este plazo el procedimiento judicial no ha concluido, la inscripción es susceptible de prórroga por sucesivos periodos de cinco años.

2) Rentas Vitalicias. Conforme a la parte II del Act de 1925, son aquellas pensiones concedidas durante la vida de una o varias personas, creadas después del 5 de abril de 1855 y antes de 1926, que no se hayan constituido en capitulaciones matrimoniales o testamento. Puede ser condicional, ejemplo, a X por noventa y nueve años, si vive estos años.

Ninguna pensión puede ser presentada en este Registro después de 1925; no obstante, ciertas rentas o pensiones serán inscribibles en otros Registros; las creadas antes de 1926, pero no inscritas hasta después de 1925, son inscribibles como cargas de

la clase E. Las pensiones creadas e inscritas después de 1925 son inscribibles como cargas de la clase C (cargas generales de equidad).

Al no ser susceptibles de inscripción las pensiones creadas por capitulaciones o testamento, la mayoría de ellas quedan fuera del Registro, y producen sus efectos, de acuerdo con las reglas generales de la contratación: si son legales, obligarán a todos; si de equidad, su eficacia se detiene ante el tercero de buena fe.

De lo dicho se deduce que, tanto el Registro de pensiones como el de cargas clase E, deben desaparecer en el curso del tiempo.

3) Escritos y Ordenes de los Tribunales que afectan a las fincas. La función de este Registro es asegurar el cumplimiento de las decisiones y órdenes de los Tribunales. No comprende los escritos utilizados para interponer una acción relativa a una finca, que se incluyen en el apartado de las acciones pendientes. Los escritos esenciales incluidos en este Registro son: escritos y órdenes que afectan a las fincas dictados para la ejecución de sentencias, cumplimiento de Leyes o reconocimiento de cualquier obligación a favor de la Corona; una orden que designe el depositario o secuestrador de una finca; orden de quiebra posteriores a 1925.

El asiento tiene vigencia durante cinco años y puede prorrogarse por sucesivos periodos de cinco años.

4) Documentos de convenio con los acreedores. Pueden definirse como aquellos documentos en los que la propiedad del deudor se adjudica a sus acreedores en general o, si el deudor es insolvente, en beneficio de tres o más de sus acreedores. Un ejemplo común es la adjudicación hecha por el deudor a un tercero, *trustee*, quien pagará a los acreedores. El *trustee* es un fideicomisario; una persona interpuesta, en este caso, el adjudicatario para pago de deudas. La inscripción puede ser efectuada por el fideicomisario o por cualquier acreedor beneficiado por la adjudicación.

5) Cargas. Se dividen en cinco clases, señaladas con las letras A, B, C, D y E. Las clases más importantes, C y D, están subdivididas.

Las cargas A son las impuestas por Ley, pero que sólo llegan a existir cuando alguna persona las ejercita. Las de la clase B son

similares a las anteriores, pero difieren en que se imponen automáticamente por Ley. La mayoría de estas cargas son cargas locales, y como éstas son inscribibles en un Registro independiente, pocas de ellas se inscriben como cargas de la clase B.

Las cargas clase C se subdividen en cuatro categorías:

1.^a Hipoteca *puisne*. Es una hipoteca legal no protegida por depósito del título relativo al *status* legal afectado.

2.^a Carga limitada de propietario. Es una carga equitativa que un poseedor vitalicio o un propietario adquiere, en virtud de alguna Ley, al extinguir obligaciones *mortis causa* u otras responsabilidades y al que la Ley concede especial prioridad. El propietario, que debe pagar determinadas deudas hereditarias y pide un préstamo para la extinción de las mismas, puede gravar la finca del mismo modo que si hubiera constituido hipoteca, mediante la inscripción de la carga en este apartado. El propietario adquiere, por tanto, la condición de un acreedor hipotecario.

3.^a Carga general equitativa. Se trata de una última clase, que recoge cargas equitativas no inscribibles bajo otro apartado.

4.^a Contratos de bienes. Es el contrato oral o escrito, en el que meramente se pacta un *status* legal, hecho por persona que sea también titular de un *status* legal; contratos a favor de tercero, opciones de compra, promesas de venta y otros derechos análogos están expresamente incluidos.

Las cargas clase D comprende tres categorías:

1.^a Obligaciones *mortis causa*. The Finance Act de 1949 derogó los deberes de legado y sucesión. En el supuesto de que la defunción ocurra después de 1925, al adquirente no le afectarán los deberes sucesorios, salvo que consten inscritos.

2.^a Convenios restrictivos. Puede inscribirse cualquier convenio o pacto limitativo que grave al usuario de la finca, excepto el estipulado por arrendador y arrendatario. Así, los convenios restrictivos en los arrendamientos nunca son inscribibles.

3.^a Servidumbres de equidad. Cualquier servidumbre, derecho o privilegio que afecte a una finca, es susceptible de inscripción, siempre que tales derechos sean de equidad.

Las cargas de la clase C difieren de las de clase D, en que las primeras pueden inscribirse si fueron creadas o transmitidas después de 1925. De este modo, una carga clase D, constituida antes de 1926, en ningún caso será inscribible; sin embargo, una carga clase C, constituida antes de 1926, puede llegar a ser inscribible tan pronto como el beneficio que la carga representa se transmita después de 1925.

Cargas de Compañías.—La mayor parte de las cargas constituidas por una compañía en garantía de una obligación dineraria deben inscribirse, en el plazo de veintidós días, en el Companies Register, regulado por el Acta de 1948. La inscripción en este Registro sustituye la que se verifica en el Land Charges Register y produce los mismos efectos. La falta de inscripción trae consigo la ineficacia de la carga frente al liquidador y acreedores de la compañía.

Efectos de la inscripción:

a) Efecto positivo. La inscripción equivale a conocimiento de la carga inscrita. Por el Acta de Propiedad de 1925, la inscripción, al amparo de El Charges Act del mismo año, constituye comunicación real (actual *notice*) del interés inscrito a todas las personas relacionadas con la finca gravada. Hay excepciones a esta regla, pero, en general, la inscripción impide que cualquier persona pretenda ser tercero de buena fe del interés inscrito; la carga inscrita no puede ignorarse.

b) Efecto negativo. La falta de inscripción equivale a desconocimiento o ignorancia del interés no inscrito. Es regla general que la no inscripción de algún derecho, inscribible en el Registro, será ineficaz frente al tercer adquirente a título oneroso, aunque tenga conocimiento del derecho no inscrito. Sin embargo, las cargas de la clase C o D, no inscritas, son ineficaces sólo frente al tercero a título oneroso de un *status* legal.

Deben mencionarse como reglas especiales las referentes:

1) Solicitudes y declaraciones de quiebra, que son ineficaces frente al tercer adquirente a título oneroso de un *status* legal, sin conocimiento del acto válido de quiebra.

2) Cualquier acción pendiente es ineficaz frente al tercer adquirente a título oneroso, siempre que no tuviera conocimiento de ello.

De este modo, se verá que, salvo las excepciones contenidas en las dos reglas últimamente enunciadas, el conocimiento por el tercero del derecho no inscrito es intrascendente. Lo no inscrito puede ignorarse, aunque de hecho sea conocido. El efecto de la inscripción o de la falta de inscripción es automático.

Publicidad formal.—La consulta al Registro es una de las fases de contratación. Dos son los medios por los cuales se informa del contenido del Registro: por manifestación y mediante el Certificado oficial. Es conveniente obtener el Certificado oficial, porque libera de responsabilidad al comprador de aquellos derechos inscritos, y al “solicitor o trustee”, que pide el Certificado de cualquier error.

Efecto utilísimo del Certificado es la protección que dispensa al solicitante contra las cargas inscritas en el intervalo que media entre la fecha del mismo y la consumación del contrato. Si un comprador concluye su transacción antes de vencer los catorce días siguientes a la fecha del Certificado (excluyendo los días en que el Registro no está abierto al público, es decir, sólo se computan los días hábiles), no le afectará la presentación hecha después de la fecha del Certificado y antes de concluir la transacción, a menos que se haga prosiguiendo una comunicación preferente, que se haya presentado en el Registro con anterioridad a la fecha del Certificado. Las autoridades competentes, en la reforma de nuestro Derecho hipotecario, tomen nota de la importancia de introducir en nuestro sistema registral una disposición análoga que recoja el efecto antes citado de la Certificación del Registro de Cargas.

Crítica del Registro.

El defecto más grave del sistema para los sucesivos compradores es que el Registro se lleva por personas. El gravamen queda inscrito con referencia al nombre del dueño de la finca en aquel momento y no en relación con la finca. Así, el comprador de una

finca no puede hacer la busca por el nombre de la finca, sino que debe hacerlo por los nombres de todos los titulares previos de la finca. Defecto que trae también consigo que los honorarios por busca lleguen a ser considerables. El remedio es que cada comprador conserve el Certificado que obtuvo al comprar la finca, entregando los Certificados con el título a los sucesivos adquirientes. La doctrina de que la inscripción equivale a conocimiento presenta serios inconvenientes para los arrendatarios. Tratándose de *open contract*; que es el contrato en el que sólo se expresan los términos o circunstancias esenciales y se omite la antigüedad del título, aplicándose en los demás las disposiciones legales. El arrendatario, en esta clase de contratos, no tiene derecho a investigar la titularidad del arrendador. La doctrina *Patman v. Harland*, que permitía otorgar el *open contract* con la cláusula especial de permitir examinar el título del arrendador, fue muy criticada y ha sido abolida para todos los arrendamientos posteriores a 1925. Las disposiciones sobre inscripción de cargas, tales como convenios restrictivos, han creado una nueva dificultad, por la misma razón de que el Registro se lleva por personas y no por fincas. Un probable arrendatario deberá hacer las buscas por el nombre del arrendador; pero como no está permitido investigar el título del arrendador, no conocerá los nombres de los titulares anteriores de la finca, y así no le será posible descubrir los convenios restrictivos referentes a esos nombres. Sin embargo, como la inscripción equivale a conocimiento, se presume que el arrendatario conoce los convenios restrictivos.

Local Land Charges Register.

Además de los Registros establecidos por el Land Charges Department del Registro de Fincas, existen los Registros Locales de Cargas en los consejos de Villas y Condados. Estos Registros difieren de los que componen el Land Registry, en que las cargas se llevan por fincas y no por personas.

Los intereses inscribibles son ciertas cargas adquiridas por alguna Corporación Local, en virtud de Ley. Tienen la naturaleza de derechos públicos; generalmente, son servidumbres de Derecho

público; mientras que los Registros de Cargas lo son esencialmente de derechos privados. Citaremos algunos ejemplos de cargas de Registros Locales: Cargas para la construcción de alguna carretera, que gravará la finca situada frente a la carretera; cargas por obras sanitarias; prohibiciones o restricciones al uso de la finca, ya sean bajo plan legal o de otra forma, como alineación de edificios (*building lines*), impidiendo que cualquier finca quede más próxima al camino que la línea señalada; y ciertos procedimientos para la adquisición obligatoria de fincas o expropiación forzosa, regulados por los Town and Country Planning Acts de 1944 ó 1947.

En el Registro Local, la carga es ineficaz frente al tercer adquirente a título oneroso de un *status* legal, quien concluye la transacción antes de que la carga se inscriba.

INSCRIPCION DE DEEDS

1. MIDDLESEX.

El Registro de Deeds de Middlesex se creó por el Act Middlesex Registry de 1708. Por el Land Registration Act de 1936, sección 2.ª, deeds, transmisiones y testamentos que afectan las fincas sitas en Middlesex, y llegaron a producir efecto antes de 1937, fueron inscribibles en el Registro hasta 1939. En 1940, el Registro fue, finalmente, cerrado (Middlesex, Deeds Act, 1940). Middlesex llegó a ser una "zona de inscripción obligatoria" después de 1936, y así cualquier negocio con una finca conducirá normalmente a la inscripción del título (en el Registro de títulos).

2. YORKSHIRE.

Hipotecas, arrendamientos por más de veintiún años, cargas de equidad, pactos limitativos, servidumbres de equidad, testamentos y documentos similares que constituyen o transfieren un *status* legal, deben inscribirse en el Registro de Yorkshire, en lugar del Registro de Cargas, siempre que afecten a fincas radicantes

en Yorkshire (excepto la City de York), conforme al Acta de 1884. Los contratos no son inscribibles en este Registro.

Para obtener la inscripción debe presentarse copia detallada del deed, acompañada de su original, y posteriormente se devolverá con nota de haberse inscrito.

El Registrador no califica el documento presentado a inscripción. Los documentos inscritos, además de crear cargas, frecuentemente son eslabones del título, pues la finalidad de este Registro es ayudar al adquirente a cerciorarse del título y prevenir la posible alteración o supresión de documentos.

La prioridad se consigue a partir de la fecha de la inscripción, salvo que se pruebe la inscripción del documento dentro de los seis meses siguientes a la muerte del causante, pues entonces tendrán prioridad desde la fecha de la muerte del testador.

El documento no inscrito será ineficaz frente al tercer adquirente a título oneroso. Este efecto se produce, aun cuando el tercero (comprador o acreedor hipotecario) tuviera conocimiento del documento no inscrito, salvo que fuera culpable por fraude.

INSCRIPCION DE TITULOS

Hoy, la inscripción de títulos es de gran y creciente importancia. Sus orígenes se remontan al Land Transfer Act, promulgado en 1862 y 1875, que dispuso la inscripción voluntaria del título, y hasta el Acta de 1897 no fue obligatoria la inscripción de los títulos relativos a las fincas del Condado de Londres. La vigente regulación está contenida: Land Registration Act de 1925, reformada en 1936, y completada por el Land Registration Rules de 1925, modificada en 1930 y 1956.

Bases del Sistema:

1.ª La idea fundamental es sustituir la investigación del título que tiene lugar en la compra de fincas no inscritas, por un título garantizado por el Estado, que hace innecesaria la investigación del título del transmitente. En el caso de fincas no inscritas,

el adquirente debe examinar el "abstracto del título" (documento resumido que fundamenta el título y describe la adquisición de la propiedad por el transmitente. El vendedor debe entregar al comprador el abstracto), los deeds, los requisitos formales del título; inspeccionar la finca, asegurarse del derecho del vendedor y de la existencia de las cargas más importantes, las otras cargas deberán investigarse, de igual modo que en el caso de fincas no inscritas, es decir, en el Registro de títulos también constan muchas de las cargas que afectan a la finca, pero no todas.

2.ª La inscripción del título, en general, es voluntaria; sólo en ciertas partes del país, conocidas como zonas *compulsory*, la inscripción es obligatoria.

3.ª El sistema versa sobre la inscripción del título total de la finca, y no tan sólo del título correspondiente a cada transacción individual.

4.ª El Registrador (*Registrar*) ejerce ampliamente su función calificadora; examinado el título y admitida su inscripción, queda garantizado como título oficial, con la protección que le dota la fe pública registral.

5.ª La inscripción presenta la ventaja de que los gastos de venta o hipoteca de una finca inscrita son mucho menores que los que ocasionan las fincas no inscritas.

Relación con otros Registros.

Si el título de la finca está inscrito es innecesaria la inscripción en el Registro de Cargas o en un Registro de Deeds, puesto que la inscripción en el Land Registry reemplaza la inscripción en los otros dos Registros. Sin embargo, inscrito el título, debe hacerse aún la presentación en los Registros Locales de Cargas.

Las cargas, constituidas por compañías en garantía dineraria, exigen la inscripción en el Registro de Compañías, además de la protección por su ingreso en el Land Registry.

Secciones.—El Land Registry consta de tres secciones:

a) Registro de la Propiedad. En él se describe la finca con referencia a un plano. Se mencionan los derechos e intereses es-

tablecidos a favor de la finca, tales como servidumbres y convenios limitativos, de los que la finca inscrita es el predio dominante. Las lindes marcadas en el plano son generales, no muy exactas.

b) Registro del Propietario. En esta sección figuran: la naturaleza del título (absoluto, cualificado o posesorio), el nombre y demás circunstancias personales del propietario inscrito, y recoge cualesquiera prevenciones, prohibiciones y limitaciones al derecho inscrito.

c) Registros de Cargas. Contiene aquellos derechos que gravan la finca: hipotecas, pactos limitativos y, en general, todas las comunicaciones relativas a derechos que graven la finca.

El Land Registry se lleva por el *sistema de fichas*. Las tres secciones del Registro, en relación a cada finca, constan en una sola ficha. Una copia de ésta, llamada *Land Certificate*, se entrega al propietario inscrito como título. Pero la prueba del derecho inscrito es el mismo Registro, y no el Land Certificate, que puede estar atrasado por haberse hecho alguna presentación en el Registro, después de expedir el último Certificado.

Clases de Inscripción:

a) Inscripción obligatoria. El Land Transfer Act de 1897 introduce el principio de la inscripción obligatoria por zonas. Por el Land Registration Act de 1966, en vigor desde el 13 de enero de 1967, se alteran las disposiciones contenidas en la parte XI del Acta de 1925, sobre creación de zonas de inscripción obligatoria. La legislación inglesa, sin solución de continuidad, ha extendido las zonas en las que la inscripción del título es obligatoria, y el sistema se va generalizando rápidamente por toda Inglaterra y Gales. Actualmente, las zonas de inscripción obligatoria son: London, Middlesex, Surrey, Kent, Eastbourne, Hastings, Croydon, Oxford, Oldham, Leicester, Canterbury, Manchester, Salford, Huddersfield y Blackburn.

La inscripción obligatoria no significa que todas las fincas que radican en estas zonas deban inscribirse en cualquier caso. La inscripción es obligatoria en la venta del fee simple o dominio, arrendamientos por cuarenta o más años, y la cesión por precio de es-

tos mismos arrendamientos, arrendamientos con una duración superior a veintiún años, si el título del arrendador está inscrito, aunque la finca no radique en zona de inscripción obligatoria. Este último supuesto de los arrendamientos a largo plazo (*longleases*) procede del requisito de que los actos dispositivos de un titular inscrito deben, asimismo, inscribirse, con el fin de evitar la interrupción del tracto. Y se estima que los arrendamientos a largo plazo son actos dispositivos.

Cuando la inscripción es obligatoria, su falta causa, la ineficacia del negocio jurídico como *status* legal, a menos que se solicite la inscripción dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la transacción.

b) Inscripción voluntaria. Excepto cuando la inscripción esté prohibida (ejemplo: arrendamientos por veintiún años o menos), el titular de un *status* legal puede siempre solicitar la inscripción de su título, aunque la finca no radique en zona de inscripción obligatoria.

c) Inscripción Opcional. Los arrendamientos por treinta años, celebrados por un propietario, cuyo título no conste inscrito.

Clases de Títulos.—Hay cuatro clases de títulos con los que puede lograrse la inscripción:

1) Absoluto o Incondicionado. Confiere al propietario que inmatricula la finca el "fee" simple eficaz contra cualquier reclamación, sin perjuicio de: los títulos que se presenten en el Registro, los intereses prevalentes, a no ser que el Registro declare que está libre de ellos, y, por último, los intereses menores de los que el propietario que inmatricula tuvo conocimiento.

En el caso de fincas arrendadas, al arrendador inscrito le perjudican todos los derechos e intereses mencionados y, además, las responsabilidades derivadas del contrato de arrendamiento. El título absoluto, en el caso de fincas arrendadas, garantiza, no sólo que el propietario es el arrendador, sino también que el arrendamiento ha sido válidamente celebrado.

2) Cualificado. Este título se otorga cuando se ha presentado un título absoluto, pero el Registrador denegó la inscripción. Produce el mismo efecto que el título absoluto, salvo los defectos que

presente el título y sin perjuicio de los derechos que consten en el Registro.

3) *Posesorio*. La *possession* abarca, no sólo la posesión física de la finca, sino también la percepción de rentas y aprovechamientos o el derecho a percibir las rentas. El título es posesorio, aunque el poseedor haya otorgado un arrendamiento, porque conserva el derecho a percibir las rentas de ese arrendamiento. De lo dicho se deduce que, en Inglaterra, la posesión es indudablemente un derecho. La primera inscripción de un título posesorio protege el derecho inscrito frente a los derechos posteriores al momento de la primera inscripción, pero no hay garantía frente a los derechos existentes en el momento de la primera inscripción, es decir, que no hay garantía frente al título anterior a la primera inscripción, que debe, en consecuencia, ser investigado por el comprador, del mismo modo que si la finca no estuviese inscrita.

4) *Good Leasehold*. Se aplica sólo a los arrendamientos. Produce el mismo efecto que el título absoluto, con la particularidad de que no queda garantizado el derecho del arrendador para otorgar el arrendamiento.

Conversión de Títulos.—Después de practicar la inscripción de alguno de los títulos mencionados (en inglés se dice con alguno de los títulos, lo cual significará que el objeto de la inscripción no son los títulos, sino el derecho que ellos contienen), puede efectuarse a continuación la conversión del título. Hay dos supuestos de conversión:

a) *Conversión obligatoria o de oficio*. Siempre que se pruebe que el propietario está en posesión de la finca, el Registrador está obligado a convertir el título en absoluto para el caso de finca inscrita con título posesorio de quince años.

b) *Conversión potestativa*. El Registrador puede convertir el título inscrito en título absoluto: si la finca fue inscrita en posesión antes de 1926; si la finca fue inscrita con cualquier otra clase de título y después se transmite a título oneroso; o si la finca fue inscrita con título *good lease* durante diez años, y el Registrador estima probado que los arrendatarios han poseído la finca sin interrupción en el plazo mencionado.

Clasificación de los derechos sobre fincas inscritas:

1) *Intereses prevalentes*.—Los intereses prevalentes afectan al propietario inscrito, aunque no tenga conocimiento de ellos, ni exista referencia de los mismos en el Registro. La mayoría de estos intereses son derechos legales.

La lista completa de intereses prevalentes está contenida en la sección 70 del Land Registration Act de 1925. Los más importantes son los siguientes: derechos públicos, todas las servidumbres sean legales o de equidad, contribuciones e impuestos que gravan la finca, derechos adquiridos bajo la Limitation Act de 1939, derechos exceptuados de los efectos de la inscripción cuando se presenta un título posesorio, y casi todos los arrendamientos por más de veintinueve años.

2) *Intereses menores*.—Son aquellos que para gozar de protección deben constar en el Registro. Los intereses prevalentes no precisan la inscripción, todos los demás intereses se incluyen en el grupo de intereses menores, y necesitan para ser protegidos su ingreso en el Registro.

El interés menor puede ser protegido por una comunicación, prevención, prohibición o limitación:

a) *Comunicaciones*. Su efecto consiste en asegurar que los subsiguientes negocios con la finca produzcan efecto sin perjuicio del derecho protegido por la comunicación, sirven también de advertencia al propietario inscrito. El mero ingreso de una comunicación en el Registro no subsana una pretensión inválida. Pueden ser protegidos por comunicación: todas las cargas sobre fincas conforme al Acta de Cargas de 1925, las *rent-charges* o gravamen sobre una finca que da derecho a percibir una suma periódica y los derechos de los acreedores cuando se ha presentado una declaración de quiebra contra el propietario inscrito. En este último caso, la comunicación se llama *creditor's notice*.

b) *Prevenciones o cauciones*. Hay dos clases de prevenciones:

1.ª *Contra la primera inscripción*. Cualquier persona legitimada, para oponerse a la transmisión de una finca no inscrita que fue enajenada sin su consentimiento, presenta una prevención contra

la primera inscripción. El efecto de la prevención en este caso es evitar que el título otorgado se inscriba sin su conocimiento.

2.^a Contra procedimientos. Quien tenga algún interés en la finca inscrita puede presentar una prevención contra cualquier procedimiento que afecta a la finca. La prevención impide hacer constar en el Registro el procedimiento, sin dar previo conocimiento del mismo a la persona protegida por la prevención. En el aviso, dado a la persona garantizada, se la requiere para que se oponga al procedimiento, dentro de un plazo determinado, normalmente catorce días. El posible abuso de este medio lo evita una disposición, por la cual quien acuse daño a otro por la solicitud de una prevención injustificada está obligado a pagarle una indemnización.

c) Prohibiciones. Es una orden de los Tribunales o del Registrador que sobresee cualquier procedimiento sobre la finca, ya definitivamente, o durante cierto tiempo o evento. Un ejemplo de ellas es la prohibición de quiebra que se practica por la presentación de una orden de quiebra. Su efecto consiste en el cierre del Registro a los ulteriores actos dispositivos del propietario inscrito.

d) Limitaciones. Las limitaciones guardan similitud con las prohibiciones en que paralizan cualquier procedimiento sobre la finca hasta el cumplimiento de algún requisito o circunstancia, pero difieren en que su ingreso se hace a petición del propietario inscrito.

Derechos legales y de equidad en relación con la inscripción.

Derechos legales.—La mayoría de los derechos legales no son inscribibles. Los derechos no inscribibles, tienen eficacia *erga omnes* (*whole world*). Al adquirente de la finca, por tanto, le afectan todos los derechos legales. Esta regla tiene dos excepciones:

a) Los pocos derechos legales inscribibles, que no afectarán al adquirente si no constan inscritos.

b) El escaso número de derechos legales, que son prevalentes, al titular de estos derechos no le afectará cualquier otro derecho legal.

Derechos de equidad.—Algunos derechos de equidad tampoco son inscribibles y perjudican al adquirente de la finca, excepto al tercero a título oneroso y de buena fe, de un *status* legal. Existen también dos excepciones:

a) Los derechos de equidad inscribibles, que no fueron inscritos, los cuales son ineficaces frente al titular inscrito, aunque sea de mala fe.

b) El gran número de derechos equitativos, que son prevalentes y gozan de protección frente a cualquier otro derecho.

Negocios Jurídicos con las fincas inscritas:

A) *Transmisión "inter vivos".*—La transmisión de fincas inscritas *inter vivos* se efectúa en documento, no sujeto a formalidad alguna, que debe presentarse en el Registro con el Certificado de la finca. El Registrador toma constancia de la transmisión en el Registro y en el Certificado, y devuelve éste al nuevo titular. Una vez inmatriculada la finca, el Certificado, portador del derecho, constituye documento insustituible para toda ulterior disposición de la finca.

El nuevo titular adquiere su derecho, vinculándole todos los intereses que afectaban al transmitente, salvo que sea tercer adquirente a título oneroso, que adquiere libre de intereses menores no inscritos.

B) *Transmisión "mortis causa".*—En el Derecho inglés no se concibe que los bienes pasen directamente del causante a sus herederos; de ahí la figura del representante de la herencia" (personal *representative*), persona que tiene los bienes constitutivos del caudal hereditario en una posición análoga a la que ocupan los *trustees*, quienes poseen los bienes objeto del *trust* en provecho de los *beneficiaries*. Los representantes personales son comisarios, cuyas funciones se extienden al pago de las deudas heredi-

tarias, cumplir las obligaciones del testador y distribuir la herencia entre los nombrados. La frase representantes personales designa, tanto a los *executors*, nombrados en el testamento, como a los *administrators*, nombrados por el Tribunal en la sucesión intestada.

A la muerte del propietario inscrito, sus representantes personales pueden:

a) Solicitar la inscripción de las fincas a su nombre. Deberán aportar: si el causante nombró *executor*, la legalización del testamento por el Tribunal (*probate*); si el causante murió intestado o con testamento en el que falte la designación de *executor*, el *administrator* presentará en el Registro la autorización para administrar la finca del difunto, expedida por el Tribunal (*letters of administration*). Mientras no se autorice este documento, y debido a la peculiaridad de no admitirse la noción de la herencia yacente, se recurre a la ficción de suponer que la propiedad de los bienes hereditarios corresponde al Juez de turno, que preside la Probate División de la High Court.

b) Sin inscribir a su favor, transmitir la finca directamente a un comprador o a las personas designadas en el testamento o *ab intestato*. En este caso, deberán presentarse: la transmisión o declaración de los representantes personales, confiriendo la propiedad a las personas nombradas en el título sucesorio y el testamento legalizado o autorización para administrar con la solicitud de inscripción.

C) *Transmisión por quiebra*.—La disposición fundamental es El Bankruptcy Act de 1914. Pueden distinguirse los siguientes supuestos:

1) Solicitud de bancarrota (*bankruptcy notice*) se protege en el Registro a través de una comunicación, que impide al deudor vender la finca libre de las reclamaciones de los acreedores.

2) Orden de admisión. Se protege mediante una prohibición, que cierra el Registro a los actos dispositivos del propietario inscrito.

3) Declaración de Insolvencia (*Act of Bankruptcy*). El síndico o *trustee in bankruptcy*, nombrado en la primera Junta de

Acreedores, puede inscribir a su favor, en lugar del quebrado, con una copia oficial de la declaración de bancarrota y una manifestación de que la finca o fincas forman parte del patrimonio del quebrado.

D) *Hipotecas.*—Hay tres medios por los cuales puede efectuarse la hipoteca de una finca inscrita:

1) Como carga inscrita. Se puede constituir en cualquier deed que grave la finca; sin embargo, la hipoteca de una *status* legal no nace hasta que ha sido inscrita. El documento debe presentarse en el Registro de Cargas. El Certificado de la finca se depositará en el Land Registry hasta la cancelación de la carga, y un Certificado de ésta se entregará como título al beneficiario.

Una persona con carga inscrita tiene todos los derechos de un acreedor hipotecario legal, salvo que del Registro resulte otra cosa. La prioridad de cargas inscritas se determina por el orden de su presentación en el Registro, a menos que en éste aparezca otra cosa.

2) Como hipoteca no inscrita. En general, las fincas inscritas pueden hipotecarse de igual forma que las no inscritas. Tales hipotecas producen efecto como intereses menores, desde el momento que constan en el Registro por medio de una prevención hipotecaria (*caution mortgage*), en la sección del Registro de propietarios. Una hipoteca así protegida puede posteriormente ser inscrita con prioridad a partir de la fecha de la prevención. Esta clase de hipotecas, en la práctica, son muy escasas.

3) Por depósito del Certificado de la Finca. Puesto que el Certificado de la finca reemplaza al título, puede constituirse un derecho de prelación real por depósito del Certificado de la finca.

De igual modo, el beneficiario de una carga puede constituir un derecho de prelación sobre su carga por depósito del Certificado de la carga, que constará en el Registro de cargas y produce los efectos de una prevención.

Prescripción contra tábulas.—El título o derecho inscrito puede adquirirse, conforme a la Limitation Act de 1939, por posesión adversa, de la misma forma que en el caso de fincas no inscritas. No obstante, en el caso de fincas inscritas, el título legal no se

adquiere hasta que el usucapiente inscribe como propietario. La inscripción de la persona que ocupa la finca sin título (*squatter*) se puede conseguir, presentando, según los casos, un título absoluto, cualificado, posesorio o *good leasehold*; pero los intereses que no se extinguieron por posesión contradictoria no les afecta a la inscripción.

Servidumbres, derechos y privilegios que gravan la finca inscrita, pueden adquirirse por prescripción, del mismo modo que si la finca no estuviera inscrita.

Publicidad formal.—El Land Registry o Registro de Títulos, por oposición al Registro de Cargas y al de Deeds, es un Registro que no está abierto al público; se trata de un Registro no público o secreto. Es regla general, que nadie puede consultarlo sin la autorización del propietario inscrito. Empero, existe un mapa y un índice de parcelas por los cuales se puede saber si ha sido o no inscrita alguna finca.

La certificación registral desempeña un gran papel, tanto por la necesidad de unirse a los actos dispositivos sobre la finca como por la prioridad que concede al adquirente que obtuvo Certificación de la finca, a quien no perjudicará la presentación en el Registro de cualquier otro documento que se haga entre la fecha de la Certificación y la solicitud de inscripción, siempre que esta última tenga lugar dentro de los quince días hábiles posteriores a la fecha de la Certificación.

Rectificación e indemnización.—Los Tribunales y el Registrador tienen amplios poderes para rectificar el Registro en los supuestos de error u omisión, así como cuando una persona sin título inscribe a su favor la finca en lugar del verdadero propietario. Pero si el propietario inscrito está en posesión de la finca, el Registrador no podrá rectificar la inscripción, salvo en casos excepcionales, por ejemplo, cuando sería injusto no hacerlo o la rectificación se limita a reconocer un interés prevalente.

La rectificación de la inscripción inexacta da derecho a la persona lesionada a ser indemnizada a través de un fondo de garantía. Este derecho no existe en todos los supuestos de rectificación. Así, cuando el titular inscrito compró la finca, existiendo

posesión contradictoria de parte de ella, la posterior rectificación del Registro, excluyendo del título la parte poseída, meramente da efecto al interés del contradictor, y este formal reconocimiento de la realidad extrarregistral no permite reclamar indemnización.

Organización, funcionarios y remuneración.—El Land Registry consta de una Oficina Central (Headquarters Office) y ocho Oficinas de Distrito: Tunbridge, Lytham, Nottingham, Harrow, Gloucester, Stevenage, Durham y Croydon.

Asume la dirección del Registro el Registrador Jefe (Chief Land Registrar), quien también tiene a su cargo la dirección del Land Charges Department y el Agricultural Credits Department. El Registrador Jefe depende directamente del Lord Chancellor.

Integran la *Oficina Central* los siguientes funcionarios:

- El Registrador Jefe, con remuneración anual de 7.000 libras.
- El Registrador Jefe suplente, con remuneración anual de 5.500 libras.
- Cuatro Registradores, con remuneración anual de 4.600 libras.
- Tres Ayudantes de los Registradores, con remuneración anual de 3.000 libras.
- Oficiales ejecutivos, superintendentes y contables, con remuneración que oscila de 2.000 a 3.000 libras.

Componen las *Oficinas de Distrito*:

- Un Registrador Jefe de Distrito, con remuneración anual de 4.600 libras.
- Un Registrador, con remuneración anual de 4.600 libras.
- Cuatro Ayudantes de los Registradores, con remuneración anual de 3.000 libras.
- Un Gerente de Zona, con remuneración inferior a 3.000 libras.

JUAN ANTONIO LEYVA DE LEYVA.

NOTAS

Un nuevo libro de Derecho Inmobiliario Registral

Recientemente ha aparecido un libro cuya importancia, dentro del campo de las publicaciones jurídicas españolas, no puede ser silenciada aquí. Son sus autores los Catedráticos de Derecho Civil, señores LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA. Su contenido viene limpiamente determinado por la escueta enunciación de su propio título: «Derecho Inmobiliario Registral» (1). Tanto por la merecida autoridad de aquéllos como por el especial atractivo que el tema objeto de su estudio tiene para los lectores de esta REVISTA, queremos dar noticia aquí de la aparición de esta obra, cuya publicación supone un motivo de curiosidad y de satisfacción para los estudiosos del Derecho registral.

En el año 1957 se publicó en Zaragoza la segunda edición de las famosas *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, que redactó el profesor LACRUZ, con la colaboración del profesor SANCHO REBULLIDA. Dicho libro, hoy ya clásico en nuestra bibliografía hipotecaria, sirvió para renovar los estudios registrales y ayudó cumplidamente a buen número de estudiantes a iniciarse en este campo especializado del Registro de la Propiedad español. Agotada aquella edición, la aparición de este nuevo volumen nos hace pensar si no estaremos en presencia de una nueva edición de las *Leciones*. La posible duda del lector queda automáticamente desvelada en la primera página del libro, ante la paladina confesión de sus

(1) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario Registral* Librería Bosch, Barcelona, 1968.

autores de no ser esta publicación una nueva edición del tomo antiguo, sino de encerrar una obra nueva, más pedagógica, menos extensa de cuestiones, más meditada y puesta al día en su información legal, jurisprudencial y doctrinal. ¿Asistimos, pues, a la aparición de un nuevo libro de Derecho Inmobiliario Registral?

El volumen está dividido en 13 capítulos. Dentro de cada uno de ellos, las materias se ordenan separadamente por párrafos y se subdividen en epígrafes correlativamente numerados. Tratemos de resumir aquí esquemáticamente el contenido de los diversos capítulos, para dar una información mínima de las diversas cuestiones que se tratan en el presente libro, de su enfoque y desarrollo.

El capítulo I está dedicado a la exposición de los "Conceptos generales del Derecho Inmobiliario Registral", los cuales se reducen a cuatro temas básicos: 1. La publicidad y el Registro. 2. El Derecho inmobiliario registral. 3. Indicaciones históricas generales. 4. Los sistemas registrales en el Derecho comparado.

1. El libro arranca de un doble presupuesto mental, que me parece especialmente fecundo en el plano metodológico: a) La determinación concreta del objeto a estudiar por esta disciplina: la estructura y el funcionamiento del Registro de la Propiedad. No se trata de abordar el estudio del Derecho hipotecario o del Derecho inmobiliario, o de algún otro criterio teórico, más o menos discutible. Sino de examinar con la debida atención una institución de la vida real, creada por el legislador, y que está ahí funcionando, delante de nuestros ojos, en su concreta e irreductible realidad (2).

(2) Tal opinión no es, evidentemente, nueva en nuestra doctrina. Véase las mismas *Lecciones* del profesor LACRUZ, 2.^a ed., pág. 1. Sobre este mismo punto de partida está construido el programa de Derecho Inmobiliario Registral que se explica en el curso de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid: Lección 1.^a Publicidad y Registro de la Propiedad. Pregunta 1: Caracterización previa del Registro de la Propiedad como objeto de nuestro estudio. Cfr. Nuestra opinión al respecto en *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Madrid, 1967, págs. 48-50. Sin embargo, no parece ser éste el camino seguido por la mayor parte de los autores españoles. Quizá porque los cuestionarios oficiales de Oposiciones, en contestación a los cuales se han redactado muchos de los tratados generales más importantes de esta materia, no parten del mismo enfoque, sino que estudian, en primer lugar, el Derecho hipotecario o el Derecho inmobiliario, y sólo después el Registro de la Propiedad como institución.

b) El estudio de la teoría de la publicidad registral, como antecedente necesario para la adecuada comprensión del Registro de la Propiedad en España. Ello me parece absolutamente imprescindible para la construcción teórica y subsiguiente explicación de la institución que nos ocupa. Sólo a través de una rigurosa exposición del fenómeno de la publicidad jurídica y sus manifestaciones, podremos llegar a perfilar con alguna claridad el funcionamiento del Registro de la Propiedad, ya que éste se nos aparece inicialmente como un instrumento de publicidad al servicio de la seguridad jurídica en el tráfico de los bienes inmuebles.

Como claramente se recoge en el umbral de este nuevo libro, la finalidad primaria de la publicidad registral es la protección del tráfico. Suplir con la garantía que supone la consulta de un Registro público, las complicadas indagaciones sobre la titularidad de los derechos que en otro caso sería preciso practicar (3).

Especial importancia tiene a mi juicio, dentro de esta primera parte, el diseño que hacen los autores de la eficacia jurídica de la publicidad: posibilidad de que las situaciones jurídicas inmobiliarias publicadas sean conocidas por todos. Tema básico éste dentro de la teoría general de la publicidad. La eficacia genérica de la publicidad se traduce, no en la presunción legal de conocimiento, como han querido algunos autores dentro de nuestra Patria, con evidente desenfoque del fenómeno contemplado, sino en la cognoscibilidad legal o posibilidad de ser conocida por todos. Lo cual impide la ignorancia excusable respecto del contenido de lo publicado y postula su oponibilidad o repercusión frente a los terceros. Se recoge oportunamente la definición de CORRADO sobre la publicidad registral. Aunque quizá en tema tan vasto, y a la vez tan importante, fuera recomendable reflejar con más amplitud los resultados a que han llegado los autores italianos, no siempre suficientemente conocidos en España.

Igualmente acertado encuentro el criterio de separar los conceptos de publicidad y forma; distinción ésta muy necesaria para el adecuado enfoque del tema, todavía no acogida por la doctrina dominante española. Pienso que publicidad y forma se diferencian, no sólo por ser ontológicamente realidades distintas (y así, por

(3) Loc. cit., pág. 9.

ejemplo, caben supuestos de formas jurídicas que no implican publicidad: documentos no inscritos ni expuestos al público), sino también por recaer sobre objetos distintos: en nuestro Ordenamiento, y por lo que respecta al Registro de la Propiedad, la forma es atributo del acto y la publicidad recae sobre las situaciones jurídicas o las titularidades que encierran. En este sentido sería preciso reconsiderar el tema de la publicidad registral con esa previa depuración mental, y clarificar las expresiones rehuendo utilizar el equivoco de formas de publicidad.

Se aborda también el difícil problema de la naturaleza de la publicidad registral, que aquí queda sólo apuntado en sus líneas más generales. La exposición de LACRUZ y SANCHO, por lo atractivo del tema, puede servir de incitación para un estudio más detallado y profundo del mismo, a partir de las soluciones a que han llegado los autores alemanes e italianos, pero contrastadas siempre con la realidad de nuestro peculiar sistema de publicidad. Ojalá discurra pronto por este fecundo camino la atención de nuestros estudiosos.

2. Se define el Derecho Inmobiliario Registral como aquel que regula la adquisición y eficacia de las posiciones registrales. Definición quizá demasiado amplia, "válida en general para los diferentes sistemas hipotecarios". Pero que encierra el mérito de apuntar certeramente al carácter formal e independiente de las titularidades inscritas, su específica eficacia publicitaria, sin necesidad de tomar prestadas las meras normas de Derecho civil. Se señala el hecho indudable de que, dentro del Derecho Inmobiliario Registral, coexisten normas civiles, administrativas y procesales sobre un mismo objeto. Unidad de objeto que proporciona a esta disciplina una notable autonomía (4). Se estudian sumariamente la naturaleza y caracteres del Derecho Inmobiliario Registral y su posible contenido, a través este último de la clasificación tradicional entre Derecho Inmobiliario formal y material, así como sus conexiones objetivas con el Derecho administrativo y con el Derecho civil.

(4) Me parece ocioso reiterar aquí mi opinión sobre este tema, sustancialmente coincidente con la de los autores del presente libro y claramente favorable a la autonomía de la disciplina jurídica que tiene por objeto el funcionamiento del Registro de la Propiedad. Cfr. *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*.

Quizá en este último punto fuera deseable una mayor extensión al tratar de las materias que integran esta disciplina y de su ordenación sistemática.

3. En el apartado de las Indicaciones Históricas Generales se recogen los antecedentes de la publicidad registral en Grecia, en Egipto y en Roma. Y al lado de estos vestigios más alejados, los más próximos de los Derechos germánicos, donde aparece el sistema de los libros registrales, que luego se va extendiendo por el centro de Europa, aun después de la recepción del Derecho romano. Existen diversos sistemas locales destinados a exteriorizar las transmisiones inmobiliarias. Hasta que, por fin, en los siglos XVIII y XIX se elimina definitivamente el sistema romano de clandestinidad, y se perfila la moderna publicidad registral en sentido técnico.

4. Dentro de los sistemas registrales en Derecho comparado se pasa revista al sistema francés (de transcripción, de folio personal y eficacia negativa del asiento), alemán (de inscripción como requisito de la transmisión negocial, de folio real y de eficacia positiva), suizo, australiano (TORRENS), y al de los territorios españoles en Africa: Guinea y Africa Occidental española. Si bien la reciente concesión de independencia al territorio de Guinea, suponemos habrá hecho modificar su estatuto jurídico registral.

Se tratan estos temas de forma clara, concisa, sin excesivo desarrollo. Considerando al Derecho comparado como un capítulo más del Derecho registral, necesario para la mejor comprensión de nuestro sistema al ponerlo en relación con los extranjeros, pero sin quedar aquél ahogado o desfigurado por la abigarrada exposición de éstos. No nos cansaremos de insistir sobre la importancia del Derecho comparado en nuestro Derecho Inmobiliario Registral, como información y como contraste, y de subrayar la peculiaridad de nuestro sistema (civil y registral), que no puede rectamente interpretarse mediante la mera traducción de términos extranjeros.

Después de estas consideraciones introductorias y de carácter general, en el capítulo II se estudia, ya más concretamente, "La Legislación Hipotecaria Española". En primer lugar, la evolución histórica de la publicidad inmobiliaria en Derecho español, desde la arcaica publicación extrarregistral de la Reconquista y los Fueros locales, hasta llegar a la Ley Hipotecaria de 1861, pasando por la Pragmática de don Carlos y doña Juana de 1539 y las Contadurías de Hipotecas de 1768. Sin olvidar el estudio del contexto jurídico, económico y social de la Ley Hipotecaria y su génesis legislativa. Para terminar exponiendo las sucesivas vicisitudes de la primitiva Ley Hipotecaria y los textos legales vigentes.

Me parece digno de aplauso el acertado planteamiento que supone no silenciar el estudio de los condicionamientos históricos, económicos y sociales de nuestra primera Ley Hipotecaria. Tema éste sobre el que habrá que profundizar en los estudios que de ahora en adelante se hagan sobre esta materia, para llegar a comprender adecuadamente las razones sociales a que obedeció el nacimiento de nuestra legislación hipotecaria. Se observa una equilibrada, sintética y clara exposición de las ideas rectoras de la Ley de 1861, y un acertado juicio crítico de la eficacia social de la institución registral en España.

También es objeto de atención el tema de las relaciones entre la Ley Hipotecaria y el Código civil. Se aborda aquí el delicado e importantísimo problema de la posible colisión y jerarquía entre los dos cuerpos legales separados: Código civil y Ley Hipotecaria. Huyendo de posturas extremas (NÚÑEZ LAGOS: subordinación en todo caso de la L. H. al C. c.; LA RICA: dualidad de Ordenamientos civiles, con substantividad independiente), los profesores LACRUZ y SANCHO centran el problema en sus justos términos. "Los autores del Código civil—dicen—no quisieron derogar el contenido civil de la Ley de 1861, ni hacerla supletoria del Código, sino que al promulgarse éste, por virtud de su artículo 608, la Ley debía seguir rigiendo juntamente con él, y como si sus reglas formaran parte del mismo... Hoy, la Ley Hipotecaria, en su parte substantiva, sigue siendo un trozo del Código civil, y la reforma de la Ley equivale a una reforma parcial de nuestro Código. No hay así problema de precedencia entre uno y otra, y la colisión de normas ha de resolverse como si se tratase de preceptos que se hallan en un mismo cuerpo

legal." Naturalmente, como que por virtud de la remisión en bloque del artículo 608 del Código civil, los preceptos de la Ley Hipotecaria tienen igualdad de rango y gozan de igual jerarquía normativa que los del Código civil. La presunta contradicción entre dos normas de ambas Leyes deberá ser resuelta por vía de su adecuada interpretación e integración dentro de nuestro Ordenamiento, en función de su finalidad específica y de su ámbito objetivo, más situando ambos preceptos en un mismo plano legal. No puede admitirse, por inexacto, el prejuicio mental de ver en la Ley Hipotecaria una Ley puramente formal y adjetiva, y en el Código civil una Ley sólo substantiva o material, de donde se concluye (ejercitando la jurisprudencia de conceptos) que aquélla debe quedar subordinada, en todo caso, a éste. El libro que comentamos aclara suficientemente la cuestión y da base para centrar adecuadamente el tema de la coexistencia y coordinación de ambos cuerpos legales.

Problema distinto a éste, y posterior en su planteamiento, es el de precisar si existe en nuestra patria una diversidad de regímenes jurídicos para la propiedad inmatriculada en el Registro y para la carente de publicidad registral. Ya no se trata aquí de estudiar la coordinación de los preceptos de ambos cuerpos legales y su respectivo valor, sino de separar o distinguir las normas que regulan una y otra forma de propiedad, dotadas de distintos medios de publicidad, e incluso a veces sin publicidad una de ellas. El supuesto de hecho, y el ámbito objetivo de aplicación de ambos tipos de normas, es realmente diverso. El Registro de la Propiedad, como instrumento de publicidad para el tráfico jurídico, se encuentra regulado por normas muy concretas, ya se encuentren éstas situadas en el Código civil o en la Ley Hipotecaria, que ello no interesa ahora. Lo importante es recordar que esas normas típicamente registrales (las que integran en mi opinión, el ya consagrado Derecho Inmobiliario Registral) tienen una aplicación específica y precedente para la regulación de los problemas del Registro. Y que respecto a éstos, las demás normas del Código civil serán supletorias, con el juego que el Derecho común brinda al Derecho especial. Nos complace ver recogida en el libro que comentamos esta opinión, a nuestro juicio perfectamente válida.

Al tratar de los rasgos fundamentales del Sistema Registral Español, se estudia la teoría de los principios hipotecarios, su noción, origen histórico, valor doctrinal y legal; los rasgos fundamentales del Registro español en apretada síntesis, recogiendo en párrafos separados cada una de estas bases cardinales de nuestro sistema; la naturaleza de la función registral, como de jurisdicción voluntaria, y no como servicio público administrativo; y el problema de las relaciones entre Registro y Catastro.

Son temas todos ellos importantes y complejos, cuyo examen nos llevaría muy lejos, y por eso no podemos entrar ahora en su consideración. Quizá sea útil recordar la conveniencia de someter a un examen crítico riguroso la teoría de los principios hipotecarios, vigente en España con validez general desde don JERÓNIMO GONZÁLEZ, para depurarla de algunos errores tangenciales, y centrar el tema en su verdadero planteamiento. Por lo demás, coincido plenamente con la doble afirmación de los profesores LACRUZ y SANCHO, respecto a la naturaleza de la función registral: que es indudablemente un servicio hecho al público, pero que no debe construirse como un servicio público administrativamente organizado, sino como una actividad de jurisdicción voluntaria.

En el capítulo III se desarrollan los «Elementos de la Publicidad Registral», empezando por el elemento objetivo: la finca en el Registro, que encierra un abundante espectro de cuestiones conexas. Concepto de finca en sentido material o civil y formal o registral, sus relaciones; el juego de la autonomía de la voluntad para la creación de fincas y sus límites; la finca como elemento primario objetivo en que descansa la organización del Registro español, que se lleva por fincas y no por titulares; el acceso de la finca al Registro, sus requisitos de descripción; fincas rústicas y urbanas, normales y especiales, y subespecies dentro de estas últimas; las modificaciones de las fincas y rectificaciones en su descripción: obra nueva, exceso de cabida, agrupaciones, segregaciones y divisiones, etc.

A continuación se estudia el tema de los actos y derechos inscribibles. Y en relación con él, el problema del objeto de la

inscripción. Si en el Registro de la Propiedad se inscriben títulos, actos o derechos. Quizá sea ésta una de las cuestiones más importantes para la adecuada comprensión del Derecho Inmobiliario Registral, y, al mismo tiempo, una de las más difíciles; prueba de ello son las contradictorias opiniones de los autores vertidas en este punto. Después de un breve y acertado planteamiento histórico del problema, se mantiene en el presente libro la misma tesis que ya defendió el profesor LACRUZ en sus *Leciones*: Hay que distinguir entre el objeto de la inscripción y el objeto de la publicidad registral. Lo que tiene acceso al Registro son los actos o títulos en sentido material, pero lo que el Registro publica son los derechos o, más exactamente, las titularidades. En este sentido, nuestro Registro es un Registro de derechos. Lo que se inscribe en cada cambio real es el título en sentido material, pero no el modo que lo perfecciona en ocasiones. A través del Registro se pueden conocer los títulos, pero el Registro no publica títulos, sino derechos.

Esta opinión, perfectamente defendible, tiene a mi juicio la virtud de subrayar un dato fundamental: que la publicidad del Registro y la protección que este mecanismo dispensa se proyecta sobre los derechos, situaciones o titularidades jurídicas, no sobre los meros actos jurídicos que las causan; y que es el derecho inscrito lo que se garantiza o consagra a través del Registro en beneficio del que lo consulta. Sólo a partir de ahí, de esta teoría de la publicidad de derechos inmobiliarios, puede comprenderse rectamente la estructura y el funcionamiento del Registro de la Propiedad español, su enérgica eficacia protectora, el ámbito de la oponibilidad y de la legitimación para el tráfico que con él se obtiene.

Al lado de esta cuestión cardinal, se pasa revista a sus complementarias: cuáles sean los actos y derechos reales inscribibles, la determinación circunstanciada del derecho inscrito a través de su título (acto o contrato) originador, el supuesto específico de las titularidades fiduciarias, los derechos personales inscribibles y la eliminación de los libros del Registro de los derechos personales que, por su propia naturaleza y eficacia intrínseca, no debieron tener acceso a aquéllos.

Después de haber examinado el elemento objetivo del Registro (finca, derechos, actos), se estudia a continuación el elemento subjetivo o titular registral. Para considerar dentro de este terreno las circunstancias de identificación del titular, según se trate de personas físicas o jurídicas; el problema del cambio del nombre y circunstancias personales; las situaciones de indeterminación y de pluralidad de sujetos, comunidad o cotitularidad, así como las situaciones de incapacidad personal.

A "la inscripción" en general se dedica el contenido del capítulo IV. En primer lugar, el concepto y la naturaleza de la inscripción: la inscripción en sentido amplio (registración), como sinónimo de asiento registral en general o de asiento de inscripción en particular; la inscripción como acto jurídico terminal de un proceso y como resultado de la acción de inscribir. A continuación, las diferencias entre inscripción constitutiva e inscripción obligatoria, y sus respectivos supuestos de aplicación. Para terminar con el estudio de las relaciones entre inscripción y tradición e inscripción y causa. En cuanto a este último punto, estiman los profesores LACRUZ y SANCHO como inscribible el negocio de transmisión cuya causa no aparece en el documento (presunción de causa del artículo 1.277 C. c.). Tal opinión no me parece convincente. Pero su discusión nos llevaría demasiado lejos y no puede ser abordada en esta nota informativa. Baste con recordarlo aquí para llamar la atención del lector sobre la misma. Dentro de estos elementos formales de la publicidad, se termina aludiendo al consentimiento formal y sus relaciones con el artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Por lo que respecta a "la Prioridad y el Registro" (capítulo V), se examinan las diferencias entre prioridad material y formal, las formas de actuación del principio de prioridad en la mecánica formal del Registro; el rango de los derechos reales limitados y su negociabilidad, especialmente referido al derecho de hipoteca, así como la permuta, posposición y reserva de rango; la conexión entre la fecha de partida de la prioridad registral y la del asiento de presentación, y los efectos específicos de la propia fecha del asiento

de que se trate. También se alude al cierre registral de los títulos incompatibles.

El tema de la eficacia del Registro de la Propiedad es quizá el más importante del Derecho Inmobiliario Registral, y uno de los más dificultosos de abordar y de sistematizar adecuadamente. En el libro que comentamos, se estructuran los efectos de la publicidad registral en dos niveles o planos distintos: las llamadas respectivamente por sus autores eficacia defensiva y ofensiva de la inscripción. Siguiendo este esquema mental, que sirve para agrupar ordenadamente (aunque en forma puramente convencional, claro es) el haz de cuestiones que aquí se plantean (5), y sin llegar a entrar ahora en la posible apreciación crítica de este método expositivo, recordemos que en el primero de dichos planos o «Eficacia defensiva de la inscripción» (capítulo VI), se estudian por separado: a) La presunción de exactitud registral (arts. 1-3.º, 38 y 97 L. H.), partiendo de la idea de que el Registro español, por la forma en que recibe los títulos y publica las titularidades, es tendencialmente exacto, sus caracteres y su doble eficacia en el tráfico jurídico y procesal ante el Juez. Al tratar de la eficacia extraprocesal de esta presunción se silencia, o no se apunta suficientemente, el problema de la facultad dispositiva del titular inscrito. Quizá por estimar los autores que este tema encaja más bien en el aspecto formal del tracto sucesivo y en la necesidad de previa inscripción a favor del transferente. No se trata ya sólo de que el acto dispositivo que va a inscribirse únicamente sea válido si procede del titular registral, sino incluso de la legitimación para la disposición meramente civil, al margen del Registro, del titular registral. b) Las presunciones posesorias (arts. 35 y 38 L. H.). Se presume la posesión del titular inscrito, pero no se publica la mera situación posesoria (art. 5.º L. H.), porque el Registro de

(5) Así, por ejemplo, la presunción posesoria *ad usucapionem* del artículo 35 de la Ley Hipotecaria. ¿no es, en cierto modo, ofensiva frente al *verus dominus* anterior no inscrito que pierde su derecho al consumarse la usucapión del titular registral? Y el titular inscrito del artículo 32, que exceptuona frente al presunto dueño no inscrito su falta de inscripción para hacer inoponible el derecho contradictorio que vive fuera del Registro, ¿no está defendiendo su titularidad amparada por la publicidad registral?

la Propiedad, como instrumento de publicidad, no es mecanismo apto para publicar semejante situación de hecho. La presunción es de naturaleza *iuris tantum*; se presume la posesión como derecho, más que el mero hecho posesorio, y tiene su mayor eficacia procesal a través de los interdictos y del desahucio. c) El procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria o acción real registral, en relación con el cual se examinan su fundamento, naturaleza, legitimación activa y pasiva y defensas—materiales y formales—frente a la acción del artículo 41. Estoy completamente de acuerdo con los autores sobre la posible demanda de contradicción de dicha acción fundada en el hecho de tener el contradictor la posesión de la finca en virtud de un derecho real no inscrito y adquirido por contrato con el titular registral o sus causantes.

En el segundo plano de eficacia se desarrolla la llamada por los autores «Eficacia ofensiva de la inscripción» (capítulo VII). Dentro de ella se plantea el problema de la protección al adquirente o «tercero». Se trata de determinar el valor que ofrece la inscripción a la titularidad del que inscribe cuando adquiere de quien no es dueño o lo es con título claudicante. En Derecho comparado existen dos soluciones técnicas distintas: el sistema latino y el sistema germánico de protección, con distinto fundamento, organización y eficacia. ¿Cuál es el sistema español? A juicio de los profesores LACRUZ y SANCHO, lo característico de nuestra Ley Hipotecaria de 1861 es que, puesto el legislador en trance de elegir entre la concepción francesa de un Registro en el cual el que ingresa está a salvo de que le opongan ventas o gravámenes anteriores no inscritos, y la concepción germánica de un Registro que publica quién es el titular que puede vender, gravar, etc., escogió ambas a la vez, y acaso no le faltó razón. En esta afirmación se recoge con justeza el pensamiento de los autores, partidarios de reconocer en nuestra primera Ley Hipotecaria influencias del sistema alemán, pero también del sistema francés. Opinión coordinadora, acorde con el articulado de nuestra Ley de 1861, que sirve para fundamentar una idea importante: la peculiaridad, a mi juicio indudable, de nuestro sistema de Registro inmobiliario frente al de otros países; y la necesidad de investigar adecuadamente los rasgos típicos de nues-

tra legislación, sin copiar fácilmente moldes o modelos de otros sistemas.

A partir de ahí se examinan separadamente el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y su eficacia limitada dentro del sistema español; el artículo 33 de la Ley Hipotecaria y su conexión con el problema de la eficacia de la inscripción respecto del acto nulo; el artículo 34 de la Ley Hipotecaria como excepción a la norma del artículo 33, para garantizar al tercero frente a la posible resolución o anulación de las titularidades inválidas pero inscritas con anterioridad. A juicio de los autores el artículo 34, en su originaria formulación de 1861, no llegó a consagrar claramente la protección de la apariencia registral que hoy encarna en el principio de fe pública registral. Quedaban fuera del artículo 34 entonces, y por tanto podían perjudicar al tercero inscrito en esas condiciones, los supuestos de nulidad absoluta del título, falsedad del título y nulidad del asiento, por falta de un precepto expreso que recogiera estos casos para hacer invulnerable al tercero de su posible resultado de ineficacia. Ese criterio protector, parcialmente formulado en un principio, se desenvuelve con plena amplitud en la Ley de 1944-46 a través de los artículos 31, 34, 37, 40 y 220. Sin entrar ahora en el problema del origen histórico de estos preceptos básicos, parece indudable la vigencia de la fe pública registral en nuestro actual sistema, la presunción *iuris et de iure* de la verdad registral frente al tercero y el juicio de este enérgico principio germánico a través de diversos artículos de nuestra Ley vigente.

Al tratar de las condiciones o requisitos de la protección registral, interesa recordar aquí una doble afirmación contenida en el libro que comentamos, no por evidente menos necesaria. En primer lugar, la distinción entre las situaciones de tercero y tercero protegido. Aquél es un mero adquirente ajeno a una relación jurídica respecto de la cual es tercero; éste es el tercero cualificado por la concurrencia de las condiciones que la Ley Hipotecaria exige para su protección. En segundo término, la importancia y extensión que se concede al requisito de la buena fe, necesario en todo caso para que se produzcan los efectos ofensivos de la inscripción. Se afirma la necesidad de onerosidad y buena fe para la protección del tercero contemplado por el artículo 32, y con ello estamos totalmente de acuerdo.

Siguiendo con el capítulo de la eficacia ofensiva de la inscripción, se estudian con separación el ámbito de la protección del Registro y la adquisición en virtud del Registro. Dentro del ámbito de la protección del Registro, entienden los autores que el tercero es amparado por el Registro conforme a la situación jurídica que declaran su asiento y todos los anteriores. La protección de la fe pública registral respecto a los derechos inscritos actúa en beneficio del adquirente, mas no en su perjuicio; y no se extiende a los derechos y circunstancias personales. Respecto a las circunstancias de hecho, en principio no son objeto de protección registral. Por cuanto su existencia carece en nuestro sistema de adecuados medios de contraste o referencia para su calificación. Sin embargo, la opinión antigua que consideraba a los límites físicos de las fincas como datos de hecho carentes de protección en virtud de la inscripción, ha sido modificada recientemente, por obra de la doctrina y de la jurisprudencia, en el sentido de reconocer cierta virtualidad a aquellos límites físicos. La protección del Registro tampoco se extiende a los derechos reales patentes, ni a las limitaciones legales del dominio, figuras ambas exceptuadas de inscripción.

Con razón se preguntan los autores si hay causa suficiente para eximir de publicidad a los gravámenes legales. El problema se planteó inicialmente con los retractos legales (art. 37-3.º L. H.) y las prohibiciones legales de disponer (art. 26-1.º L. H.), supuestos ambos de reducida y precisa aplicación. Pero cuando la pluralidad legislativa actual ha creado un conjunto de figuras que implican graves limitaciones de los derechos individuales por mera declaración legal, parece fácil estimar, con los autores de este libro, que tales gravámenes o limitaciones no son fácilmente cognoscibles por el público en general. De donde resulta que el dogma de la no publicidad registral de las limitaciones legales queda gravemente sujeto a revisión y en trance de difícil defensa. En tal sentido me permito recordar ahora lo que ya hace tiempo escribí. Y es que la llamada publicidad legal no es en el fondo más que la negación de la publicidad, con todas las consecuencias perjudiciales para el tráfico que ello comporta. Porque, en principio, los terceros sólo deben ser afectados por aquellas situaciones o limitaciones jurídicas cuyo conocimiento real o posible (cognoscibilidad legal) les sea dado. Dentro de este mismo tema, me parece espe-

cialmente importante y oportuna la alusión que hacen los profesores LACRUZ y SANCHO a las limitaciones legales que nacen del Derecho urbanístico. Capítulo éste de los más sugestivos y perentorios dentro del actual Derecho registral, necesitado de serena reflexión por parte de civilistas, hipotecaristas y administrativistas. Precisamente, uno de los fenómenos sorprendentes del actual momento jurídico es el impacto que las normas urbanísticas están produciendo en el campo del clásico Derecho hipotecario, y que necesitará evolucionar presionado por estas nuevas realidades para asimilarlas adecuadamente en su sistema general.

Además de las excepciones a la fe pública registral (arts. 194 y 196 L. H. y supuesto de retroacción de quiebra que contempla la sentencia de 17 de marzo de 1958) y de los casos de aplazamiento de la eficacia ofensiva de la inscripción (arts. 207 y 208 L. H.), es objeto de examen al lado de estas cuestiones el viejo e inquietante problema de la doble inmatriculación; quizá enfocado aquí como uno de los casos en que queda en suspenso la eficacia ofensiva de la inscripción por la anulación de efectos que producen los asientos contradictorios. Problema más frecuente y grave de lo que su escueta referencia reglamentaria hiciera suponer (6). Se recogen aquí los posibles supuestos o causas de su planteamiento y el tema de cómo determinar la preferencia entre los dos titulares contradictorios publicados por ambos asientos. En principio debe triunfar el título de dominio preferente, el materialmente válido, lo cual se determinará conforme a las reglas de puro Derecho civil, como ha reconocido la jurisprudencia en numerosas sentencias, que son debidamente citadas en este libro. Pero cuando el titular del folio duplicado llega a ser el verdadero dueño (por ejemplo: por usucapión consumada o por compra ulterior al dueño real) y figuran después terceros inscritos, entonces debe considerarse válido el segundo folio, inicialmente inexacto, a juicio de LACRUZ y SANCHO, con apoyo en dos sentencias modernas del Tribunal Supremo (18 de mayo de 1953 y 28 de enero de 1961).

El capítulo de la eficacia ofensiva de la inscripción, interesantísimo como se adivina por este apresurado resumen, se cierra con un párrafo final dedicado a la naturaleza de la adquisición

(6) Véase art. 313 del Reglamento Hipotecario.

(7) Véase págs. 289 y sigs. de la 2ª ed

jurídica realizada por el tercero en virtud de la protección registral, lo cual comporta la consiguiente pérdida del mismo derecho por el titular que no llegó a inscribir. Como seguramente conoce el lector de estas notas, al presente tema dedicó el profesor LACRUZ uno de los estudios más finos, penetrantes y precisos publicados en nuestra patria, en sus anteriores Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral (7). En forma mucho más extractada y escueta se recogen aquí las líneas básicas de aquella brillante exposición. Centrado el tema en el ejemplo clásico de la doble venta de un inmueble cuando el segundo comprador inscribe y no el primero, se consideran los tres posibles momentos sucesivos en que puede ser contemplado el fenómeno, y se configura la situación del tercero protegido como una adquisición *a non domino*. La protección registral suple en beneficio del tercero la falta de titularidad preexistente en el *tradens*. La adquisición del tercero, no obstante la intervención de la Ley, es derivativa. El Derecho deriva *ex lege*, pero la adquisición tiene lugar *ex negotio*. De esta manera el mecanismo técnico de la adquisición *a non domino*, certeramente aplicado por los autores, sirve para explicar teóricamente el efecto más hondo y sorprendente de la protección registral. En el texto que comentamos, la adquisición *a non domino* se predica más bien del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de la fe pública registral (doble venta cuando el vendedor es titular registral previo), pero no está claro que se aplique igualmente esta figura al artículo 32 de la Ley Hipotecaria y a la inoponibilidad que él consagra (doble venta cuando el vendedor no es titular registral y el segundo comprador la inmatricula). Sin olvidar, en ningún caso, la diferente inspiración y estructura que ambos preceptos encierran, personalmente entiendo que también en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (y, en su caso, en el 1.473 C. c.) puede jugar la adquisición *a non domino*.

Después de haber estudiado la inscripción registral, su concepto, naturaleza, clases, estructura y eficacia, son objeto de consideración en el capítulo VIII "Los otros asientos" que se practican en el Registro: anotaciones preventivas, notas marginales y cancelación. En relación con las anotaciones preventivas, se señala por los autores con acierto la gran variedad de anotaciones existente en

nuestro sistema, con eficacia y regulación diferentes. Lo que hace el concepto inaprehensible y no susceptible de adecuada comprensión doctrinal unitaria, al mismo tiempo que se recuerda el estricto carácter de *numerus clausus* que la enumeración legal encierra. Para tratar de esquematizar tan heterogéneo panorama, se clasifican las anotaciones en cuatro grupos: a) anotaciones representativas de otro asiento; b) de derechos en litigio o en formación (anotaciones de demanda); c) en función de garantía (embargo y créditos refaccionarios); d) de valor negativo (demanda de incapacidad, prohibiciones de disponer y secuestro). Al tratar de las anotaciones de prohibición de disponer, y entre otros muchos temas cuyas sugerencias no podemos recoger ahora por razón de extensión, se plantean LACRUZ y SANCHO el problema de si en las prohibiciones de disponer judiciales y administrativas, la anotación tiene carácter constitutivo respecto de la prohibición que publica o, por el contrario, la restricción del *ius disponendi* puede desatar la ineficacia civil de la transmisión en perjuicio del tercer adquirente, cuando éste conocía aquella prohibición y aunque no esté inscrita. A mi juicio, es claro que la ausencia o restricción de la facultad dispositiva en el transmitente debe afectar al adquirente que la conocía y viciar de nulidad la enajenación realizada en el puro plano civil. El tercer adquirente no puede quedar protegido por el silencio del Registro respecto a la prohibición, ni a través del artículo 32 (inoponibilidad de lo no inscrito frente al tercero que inscribe), ni a través del artículo 34 y concordantes (presunción *iuris et de iure* de exactitud e integridad del contenido registral) porque, en mi opinión también, carece de la buena fe necesaria para aquella protección. La oponibilidad de la prohibición se produce aquí no por consecuencia de la publicidad, que no existe, sino por la ausencia de buena fe que excluye la inoponibilidad protectora. Sin embargo, entiendo que lo importante aquí no es sólo esa repercusión frente al tercero de la limitación no inscrita, sino también que por no estar anotada la prohibición de disponer el Registrador inscribirá el negocio traslativo, supuesta su previa validez formal; que la nueva inscripción a favor del adquirente producirá todos sus efectos, mientras judicialmente no se decreta en el proceso correspondiente la nulidad del acto y del asiento que lo exterioriza; y que el causahabiente del último com-

prador, si actúa de buena fe, quedará definitivamente protegido por el artículo 34, y en cuanto él inscriba su adquisición, quedará burlada la eficacia impeditiva de la prohibición.

Este capítulo de los asientos registrales se cierra con dos apartados relativos a la caducidad de los asientos, singularmente de los asientos de presentación y anotaciones preventivas; y a los supuestos de inexactitud y nulidad de asientos y rectificación de errores (materiales y de concepto) cometidas en los mismos. Todavía dentro de esta parte me parece interesante el planteamiento, hecho en el libro que comentamos, acerca de si el asiento formalmente nulo produce su eficacia de publicidad frente a los terceros mientras no sea judicialmente anulado. Comparto la opinión de los autores según la cual, salvo excepciones (los llamados en el libro "asientos sin valor señalativo", siguiendo la terminología de CORRADO, que serán en la práctica los menos casos), en general, el asiento irregularmente practicado produce de momento todos sus efectos defensivos y ofensivos. De donde concluimos que, en materia de asientos registrales, la llamada nulidad formal no deja de ser relativa como término expresivo de ineficacia.

El capítulo IX se dedica a los "Organismos de la publicidad inmobiliaria". En forma ordenada y escueta, pero lo suficientemente expresiva, se da noticia aquí del Registro de la Propiedad como oficina y como archivo, su régimen, forma de llevar los libros y los asientos y reconstrucción de libros destruidos; la publicidad formal y sus manifestaciones; el Registrador como funcionario, su estatuto; personal auxiliar; y la organización y funciones de la Dirección General de los Registros.

Al estudio del procedimiento registral se destinan dos capítulos. El primero de ellos (capítulo X) comprende los "Presupuestos del procedimiento registral". Partiendo de la fórmula, reiterada otras veces en el libro y gráficamente expresiva del pensamiento de sus autores, según la cual en el Registro español se presentan documentos, se inscriben actos y se publican derechos; y de la necesaria y clara distinción entre título en sentido material—acto—

y en sentido formal—documento—, se afirma que el título formal constituye el primer paso hacia la inscripción. De donde se advierte que la titulación ordinaria y los títulos inscribibles forman el primer presupuesto del procedimiento registral. En relación con la titulación ordinaria se examinan sus requisitos, carácter necesario de documento público, clases de títulos inscribibles, el juego de los documentos complementarios y la posible admisión excepcional de los documentos privados en el Registro.

Al lado de esto se desarrolla igualmente el requisito del tracto sucesivo. Sin previa titularidad tabular no se puede inscribir su transmisión o su gravamen. Entienden LACRUZ y SANCHO, recogiendo la doctrina alguna vez expuesta por la Dirección General de los Registros, que el artículo 20 de la Ley Hipotecaria no debe interpretarse como requisito necesario para el ejercicio de la facultad dispositiva, sino como requisito para que el acto dispositivo otorgado pueda inscribirse. Ello es, en principio, cierto. Pero tal formulación no me parece del todo acertada. Porque si concebimos la relación jurídica registral al margen de la relación jurídica material o civil que le sirve de base y que vive al margen del Registro (8), entonces tendremos que, a efectos de creación de nuevas relaciones jurídicas registrales, la facultad dispositiva radica únicamente en el titular inscrito (supuesto que su titularidad no sea indisponible) por imperativo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria; sin perjuicio de la facultad dispositiva civil, vinculada al titular de la relación jurídica civil, que pueda o no estar inscrita. Claro que todo esto dependerá, en definitiva, de la perspectiva que se adopte para contemplar el mundo registral, como posiblemente independiente o necesariamente subordinado al mundo civil que lo rodea. No dejan de recogerse aquí los medios para subsanar la falta de tracto y las modalidades y excepciones al tracto sucesivo.

A mi juicio, el tracto sucesivo, más que un requisito (de la inscripción o del procedimiento), puede ser configurado como un auténtico principio de nuestro Derecho Registral Inmobiliario. No niego con esto aquella primera caracterización. Resulta patente que el

(8) Opinión que me he permitido defender en alguno de mis trabajos y que, a mi modesto juicio, puede servir para clarificar la estructura y la eficacia de los derechos inscritos y su respectiva conexión con las titularidades meramente civiles no registradas.

asiento que se solicita ante el Registro de la Propiedad no puede formalizarse sin el previo cumplimiento del tracto, si no aparece previamente inscrito a favor del transferente el derecho cuya enajenación se pretende publicar (9). Pero creo que, tanto o más que esa función de requisito previo, la noción de tracto sucesivo sirve para cristalizar o reflejar uno de los criterios fundamentales de organización de nuestro Registro inmobiliario: la absoluta necesidad de encadenamiento de las titularidades a efectos de su inscripción. Alrededor de ese principio organizador—que legalmente podía o no existir; pero que vigente, condiciona todo el funcionamiento formal del Registro de la Propiedad español—gira todo el desenvolvimiento de la historia registral de las fincas.

Por otra parte, los profesores LACRUZ y SANCHO consideran al requisito de tracto sucesivo como uno de los presupuestos del procedimiento registral. Así parece indicarlo al menos su inclusión dentro del capítulo X. Pero tal apreciación metodológica no resulta del todo convincente. Porque el previo cumplimiento del tracto será necesario para que llegue a formalizarse la inscripción o el asiento solicitado, pero no para que el procedimiento se ponga en marcha y siga adelante. Sin tracto sucesivo no habrá asiento. Pero con tracto o sin él, el procedimiento se inicia con la presentación de documentos que exterioriza la petición de inscripción y termina normalmente con la práctica del asiento—si resultan cumplidos el tracto y los demás requisitos materiales y formales—o con su suspensión o denegación. Si acaso el tracto sucesivo condicionará el resultado positivo del procedimiento registral—registración—, pero no su posible resultado de frustración de la publicidad que se pretende—calificación negativa—. El desarrollo del procedimiento registral excede del tracto sucesivo como requisito, lo rebasa.

El capítulo subsiguiente (capítulo XI) aborda el estricto tema del procedimiento registral, su descripción como serie reglada de actos y su naturaleza. Me parecen acertadas las muy breves consideraciones que sobre la naturaleza del procedimiento registral se ha-

(9) Salvo en los casos en que, por su propia naturaleza, esa inscripción previa y esa conexión con el titular anterior no sea posible: inscripciones primeras o de inmatriculación.

cen en este libro: procedimiento autónomo, al margen su regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de Procedimiento Administrativo, funcionalmente vecino de la actividad jurisdiccional (10). Dentro del procedimiento registral se estudian por separado: a) el llamado principio de rogación: la necesaria petición de inscripción y la presentación del título, la legitimación para pedir, el asiento de presentación, el automatismo con que se desarrolla el procedimiento, y la cuestión—siempre espinosa y acuciante—de si es posible el desistimiento a la inscripción solicitada antes de que se practique. Cuestión esta última perfecta y resumidamente expuesta, documentada y razonada, que se responde por los autores en sentido afirmativo, de acuerdo con la opinión que me parece más razonable; b) el principio de legalidad: la calificación registral, su naturaleza, eficacia, medios de calificación, ámbito y plazo; c) el resultado de la calificación negativa del Registrador o denegación de la inscripción, la distinción entre faltas subsanables e insubsanables, y el recurso gubernativo contra la calificación registral, su naturaleza, requisitos e incidencias procedimentales.

Al exponer los temas de «Inmatriculación y reanudación de tracto» (capítulo XII), se parte de una rigurosa y nítida distinción entre cuatro conceptos convergentes en esta materia: inmatriculación, operaciones inmatriculatorias, primera inscripción en sentido ordinal y primera inscripción en sentido registral. Tales distinciones, que ya se recogían en las anteriores *Lecciones* del profesor LACRUZ, resultan muy oportunas y procedentes para encararse con los varios problemas que subyacen dentro de la teoría de la inmatriculación. Esta supone el ingreso de una finca en el Registro. Lo que ocurre es que, en nuestro sistema, dicho ingreso se realiza normalmente mediante la primera inscripción de su dominio. Por ello, solamente los conceptos de inmatriculación y primera inscripción en sentido ordinal o formal coinciden

(10) Tales perfiles tienen su origen—supongo—en la brillante ponencia que bajo el título *Jurisdicción y Administración en el Registro de la Propiedad* defendió el profesor LACRUZ en el Congreso de Derecho Registral celebrado en Madrid en mayo de 1961. Véase *Primer Congreso de Derecho Registral. Ponencias, Actas, Conferencias*. Publicaciones del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1965, págs. 255 a 279.

necesariamente. La primera inscripción en sentido registral es aquélla que no descansa en un asiento anterior. Lo que no sucede en las inscripciones de agrupación, segregación o división, por ejemplo, a pesar de ser numéricamente primeras. Pues bien, como reconocen LACRUZ y SANCHO, aun en los casos más frecuentes en que coinciden inmatriculación y primera inscripción en sentido formal, ambos conceptos siguen siendo separables: el objeto de la inmatriculación es la finca, cuestión de hecho, y el de la primera inscripción su titularidad dominical, cuestión de Derecho. Con este planteamiento—que sólo fragmentariamente recogemos aquí—, las cuestiones suscitadas se tornan transparentes y podemos entrar por buen camino en el campo de la inmatriculación registral. Una vez depuradas estas nociones previas, se pasa revista a los principales medios de inmatriculación: expediente de dominio, título público de adquisición conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y certificación administrativa de dominio, así como a sus respectivos efectos. Al mismo tiempo se recogen los supuestos de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, y el expediente de dominio y el acta de notoriedad como procedimientos hábiles para tal reanudación. Se termina esta parte con una breve referencia al procedimiento de liberación de gravámenes que regulan los artículos 209 y 210 de la Ley Hipotecaria.

El capítulo XIII y último del libro está dedicado al estudio de un conjunto de cuestiones que habitualmente no se tratan en forma separada en los manuales de Derecho registral. Me refiero a las cuestiones de «Derecho internacional». Aparte otros muchos motivos que justifican la acertada inclusión de estos temas en el libro que comentamos, bastaría para darnos idea de su importancia el hecho de la afluencia cada vez mayor de turistas extranjeros en España, y las repercusiones jurídicas que en relación con la compraventa de pisos y apartamentos ello plantea, singularmente en las costas peninsulares. Parece, pues, muy oportuna esta breve referencia a aquellas cuestiones. Inicialmente, en materia inmobiliaria rige el criterio de territorialidad (art. 10-1.º C. c.). La Ley española es la aplicable a los inmuebles sitos en España. Pero este principio tan general tiene algunas excepciones,

derivadas de la circunstancia de que también en el Derecho Inmobiliario Registral español existen normas especiales para los extranjeros.

Dentro del Derecho hipotecario material, el artículo 4.º de la Ley Hipotecaria permite la inscripción en el Registro español de los títulos inscribibles otorgados en país extranjero y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros en determinadas condiciones. La Ley de 12 de mayo de 1960 impone la inscripción registral obligatoria de los actos y contratos atributivos de derechos reales a favor de extranjeros cuando aquellos derechos recaigan sobre inmuebles sitos en determinadas zonas costeras, en orden a la seguridad del territorio nacional. Y el Decreto-Ley de 22 de marzo de 1962 establece la inscripción constitutiva de los actos traslativos en favor de extranjeros relativos a inmuebles rústicos de más de 4 hectáreas de regadío o 20 de seco.

En cuanto al Derecho hipotecario formal, se examina el requisito de la traducción y legalización de los títulos inscribibles formalizados en el extranjero. Y respecto a la calificación del Registrador, ella se extiende a la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos extranjeros; y, naturalmente, la capacidad de los otorgantes se rige por la Ley nacional de los mismos.

El volumen se cierra con un puntual extracto de la jurisprudencia más reciente, de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Tribunal Supremo, recogiendo tres decisiones de 1967 relativas a casos registrales. Y con la plasmación gráfica de la vida de una finca en el folio correspondiente del libro registral, reflejando en forma casi fotográfica un extracto del libro Diario, con el asiento de presentación de un título y la nota marginal de despacho, y una reproducción del libro de Inscripciones, con los diversos asientos practicados relativos a una misma finca. Para que pueda apreciarse, formal y gráficamente, las diversas vicisitudes registrales de una finca desde que se inmatricula hasta llegar a la última inscripción vigente. Todo lo cual puede ser perfectamente útil para los que se inician en esta disciplina, sin haber tenido la experiencia

de consultar un Registro, como contraste de la teoría y de los conceptos expuestos en este volumen, con la concreta realidad del folio registral.

* * *

El libro que nos ocupa está editado con corrección y pulcritud por la librería Bosch de Barcelona. La ampliación o desarrollo de las ideas principales contenidas en los epígrafes del texto, y ciertas preguntas y cuestiones menos esenciales, se llevan a letra pequeña, perfectamente legible por lo demás; posiblemente para distinguir frente a los alumnos menos maduros la diversa importancia de las cuestiones. Tanto por su composición tipográfica como por el estilo literario escueto, sencillo y elegante que utilizan los autores, incluso al abordar las cuestiones más complejas y dificultosas, el libro se lee con facilidad y agrado. Lo cual no excluye, naturalmente, su adecuada profundidad y densidad en los temas cuyo planteamiento así lo exige.

La información bibliográfica es correcta, y se recogen en este volumen algunos de los trabajos más recientes aparecidos en el campo de Derecho registral. En mi modesta opinión, se echan de menos en esta obra dos complementos, muy útiles desde el punto de vista bibliográfico. Primero: No hacerse constar, mediante la correspondiente nota a pie de página, las obras citadas en el texto y su paginación, ya que las referencias se hacen sólo a los autores, lo que dificulta la búsqueda del trabajo consultado, con vistas a una necesaria ampliación del tema. Segundo: No incluirse en el volumen—como se hacía en las anteriores *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*—una relación de los trabajos y obras más importantes publicados sobre cada materia, para ampliar adecuadamente la información del lector respecto a las opiniones dignas de tenerse en cuenta y su fácil localización. Quizá esta supresión de citas sea debida al deseo de aligerar al máximo el contenido del texto, para facilitar su lectura a los estudiantes universitarios que aprendan en este libro sus primeras nociones de Derecho registral. Pero pienso que tal desarrollo bibliográfico hubiera servido especialmente como ayuda a los estudiosos y especialistas de esta disciplina, incluidos los opositores en preparación, sin menugar por ello su eficacia pedagógica inicial.

Si comparamos el libro actual con las anteriores *Lecciones* del profesor LACRUZ, observaremos notables diferencias y semejanzas entre ambos. El orden expositivo y el repertorio de cuestiones tratadas en ambos volúmenes coinciden, pero no de manera absoluta. Algunas materias se estructuran en forma algo distinta. Así, por ejemplo, los temas de la publicidad en general, Derecho Inmobiliario Registral, asientos registrales, etc. El punto de partida mental y el método de exposición es, muchas veces, semejante. Pero otras difiere notablemente. Así, al tratar de la eficacia ofensiva de la inscripción, ya no se dibujan dos niveles distintos en párrafos separados, relativos al sistema latino (art. 32 L. H.) y al sistema germánico de protección (art. 34 L. H. y concordantes), sino que se refunden bajo un epígrafe unitario: «la protección al adquirente o tercero», el estudio de los artículos 32, 33 y 34 y concordantes, separando adecuadamente sus respectivos supuestos de hecho, origen histórico y examen de eficacia. Lo cual parece, en verdad, más homogéneo y acertado, para no romper la interna conexión que todas estas normas tienen dentro de la Ley Hipotecaria, no obstante su diverso planteamiento. Con carácter general se observa en el libro actual una mayor simplificación de cuestiones y una menor extensión en su tratamiento. Así, por ejemplo, el sugestivo tema de la adquisición *a non domino* se expone aquí en forma mucho más breve y resumida, en beneficio del estudiante primerizo y de la posible mayor claridad que esta concisión comporta, pero en perjuicio del estudioso o especialista, que saldrá así perdiendo la brillante y más desarrollada construcción contenida en el libro anterior. En este sentido, el libro que comentamos resulta más quintaesenciado y resumido que las anteriores *Lecciones*. Pero al mismo tiempo, se abordan aquí cuestiones nuevas: limitaciones legales de los derechos inscritos, Derecho urbanístico, Derecho internacional privado, etc. A todo esto se añade la puntual información recogida en este libro de opiniones recientes y estudios actuales, así como la presencia que igualmente se observa de las más modernas resoluciones jurisprudenciales. En resumen, pues, tanto por su enfoque como por su contenido, su información y su depuración constructiva, el libro que estamos comentando puede ser justamente reputado como una nueva publicación

en el campo del Derecho Inmobiliario Registral español. Y como tal, acogido con alborozo por los especialistas de esta disciplina.

Después de todo lo dicho hasta aquí, no me parece necesario formular un juicio de valor en alabanza del libro que nos ocupa. En mi opinión, y no obstante su sumariedad, constituye una de las mejores introducciones al Derecho Inmobiliario Registral, escritas en nuestra patria. Clara, precisa, ordenada y muy eficaz.

Leyendo con atención este libro creo encontrar justificada una gozosa sospecha que hace tiempo me viene preocupando: La evolución del Derecho Inmobiliario Registral en nuestra patria, como disciplina científica, ha pasado en los últimos años por dos etapas. Si hubiera que condenar en un nombre concreto la proyección de esos dos momentos, podríamos señalar, sin lugar a dudas, los de don JERÓNIMO GONZÁLEZ y don RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, cuya respectiva obra monumental nos sirve de jalón clarísimo en esta visión evolutiva.

Pues bien, quizá sea llegado ya el momento de iniciar y desarrollar una tercera etapa en la que, recogiendo y depurando todos los conceptos elaborados hasta hoy, sometiénolos a una rigurosa revisión crítica, poniéndolos en contacto con las nuevas realidades surgidas en los últimos años, desmitificando todos los mitos que se han ido decantando a través del tiempo, vayamos construyendo la ciencia del Derecho registral, con base en los acuciantes problemas del momento presente y con vocación de futuro. Nos ha correspondido vivir una época de profundas y rápidas transformaciones sociales. Por otra parte, la técnica jurídica se ha especializado y ha perfeccionado sus métodos. La necesaria modernización de las oficinas registrales, la proliferación de Registros públicos, el nacimiento del Derecho urbanístico o del Derecho agrario no son más que ejemplos palmarios de estas nuevas realidades que se abren ante nuestros ojos. Todo ello no puede ser ajeno al mundo del Derecho en general y a la disciplina del Derecho registral en particular. Difícil y comprometida tarea ésta de la revisión y reforma del Derecho registral, que exige generoso esfuerzo, audacia y prudencia al mismo tiempo, y a cuya realización están especialmente llamados los Registradores de la Propiedad.

Contemplada la ciencia jurídica española en su vinculación al Registro de la Propiedad desde esta perspectiva histórica, pienso que el libro de los profesores LACRUZ y SANCHO, cuya publicación ha motivado estas notas, puede servir de fecundo punto de partida para los ulteriores desarrollos del Derecho registral en nuestra patria.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,

Registrador de la Propiedad.
Profesor Encargado de Derecho Inmobiliario
Registral en la Universidad de Madrid.

LEGISLACION

Crónica legislativa

SUMARIO: *Ley sobre Costas*.—I. Su discusión en las Cortes.—II. Bienes de dominio público marítimo.—III. Bienes patrimoniales del Estado.—IV. Uso público de los bienes de dominio marítimo.—V. Servidumbres de salvamento de paso y de vigilancia litoral.—VI. Acciones o aterramientos producidos por causas naturales.—VII. Deslindes.—VIII. Ejecución de obras y concesión o autorización de aprovechamientos especiales.

LEY SOBRE COSTAS

I

El *Boletín Oficial del Estado* de 29 de abril último publica la Ley 28/1969, de 26 de abril, sobre costas.

La Ley se estructura en dos títulos: el primero se refiere a los bienes de dominio marítimo y a su uso y aprovechamiento; el segundo, a las competencias administrativas en relación con el dominio público.

El título primero enumera y describe los bienes de dominio público, a los efectos de la Ley; regula el uso público de los mismos; convalida y amplía las clásicas servidumbres en los terrenos colindantes con la zona marítimo-terrestre; incluye en el dominio público los bienes que se unan a la indicada Zona por acciones o aterramientos producidos por causas naturales; establece el procedimiento jurídico para la práctica de los oportunos deslindes y las consecuencias de los mismos en relación de los derechos con los particulares y, finalmente, regula la ejecución de obras y la concesión o autorización de aprovechamientos especiales.

Las cuestiones que plantea el referido título fueron objeto de

detenido y competente examen en la discusión en las Cortes y a continuación se recogen los aspectos más importantes del debate.

En cuanto a la enumeración y descripción de los bienes de dominio público, a efectos de la Ley, se conservó la clásica titularidad demanial, pero ampliándola no por razones patrimoniales, sino para conseguir la máxima extensión y afección al uso público.

En consecuencia, el concepto de playa se extiende a todos los arenales y pedregales en superficie casi plana o con vegetación escasa y característica; y se incluyen en el dominio público el suelo y el subsuelo del mar territorial y del adyacente, o sea, la llamada plataforma continental—«continental-shelf»—de acuerdo con la doctrina dominante, la legislación comparada y con el Convenio de Ginebra de 29 de abril de 1958.

También se modificó la definición del proyecto de Ley de la Zona marítimo-terrestre, volviendo a la precisa y exacta en el artículo 1.º de la Ley de Puertos.

La enmienda al artículo 1.º, por la cual se dispone que los bienes de dominio público en dicho precepto enumerados solamente lo serán sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos, fue calificada en la discusión de las Cortes como punto crucial del proyecto.

La enmienda fue presentada y defendida por varios Procuradores y, especialmente por CABANILLAS GALLAS, POVEDA MURCIA y VIOLA SAURET.

Tal como venía planteado el proyecto, podían producirse, por errónea interpretación o aplicación estricta de la norma situaciones extraordinariamente delicadas, al no admitir en lo sucesivo, la existencia de enclaves de propiedad particular en la Zona marítimo-terrestre; y al producir traspasos de la propiedad privada al dominio público, como consecuencia de la más amplia definición de playa.

Los enmendantes buscaron acertada solución al problema planteado, fundándose en las limitaciones establecidas respecto al dominio y uso público de los indicados bienes en las Partidas, en todo el proceso histórico de los señoríos jurisdiccionales y en su incorporación a la Nación por las Leyes de 6 de agosto de 1911 y de 3 de mayo de 1823 y en las Leyes de Aguas y Puertos.

La enmienda fue aceptada por unanimidad, quedando respe-

tados los derechos legales adquiridos bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia.

Las islas que se forman en el mar territorial, en las rías o en las desembocaduras de los ríos, hasta donde sean navegables, tendrán la calificación de bienes patrimoniales del Estado y sus playas y zona marítimo-terrestre serán, en todo caso, de dominio público. También, respecto a este precepto se aceptó la enmienda de CABANILLAS GALLAS y VIOLA SAURET, en virtud de la cual quedan exceptuados del dominio del Estado aquellas islas que fueran ya de propiedad privada o que procedan de la desmembración de ésta.

En cuanto al uso público de las playas, la ley declara que se autorizará a todos, sin excepción alguna, el uso de las mismas, desapareciendo así la situación antisocial que implicaba la autorización de las playas privadas.

En la regulación de las servidumbres legales se incorporaron a la Ley las clásicas de salvamento y de vigilancia del litoral y se introduce la de paso. Esta última tiene por finalidad dejar vías permanentes de acceso a las playas y zona marítimo-terrestre.

Son, asimismo, de dominio público los terrenos que se unen en la zona marítimo-terrestre por accesiones o aterramientos producidos por causas naturales. Cuando como consecuencia de estas accesiones o por efecto de retirarse el mar, la línea interior que limita la zona avance hacia aquél, los terrenos de la zona marítimo-terrestre que no constituyan playa y no sean necesarios al uso público, se incorporarán al patrimonio del Estado. Esta incorporación, en virtud de enmienda admitida por la Comisión, no tendrá lugar si cualquier persona demuestra que los terrenos recuperados se encuentran dentro de las lindes de una finca de su propiedad que hubiera pasado al dominio público por invasión del mar. Por iniciativa de POVEDA MURCIA se suprimió el apartado 3) del artículo 5.º y se sustituyó de conformidad con la enmienda de VIOLA SAURET por otro, en el que se dispone que los terrenos ganados al mar territorial, fuera de los puertos, por obras construidas por el Estado, las Provincias, los Municipios o los particulares competentemente autorizados serán de propiedad de quienes las hubieren llevado a cabo, sin perjuicio de la zona de servicio de salvamento, de paso, de vigilancia litoral y del dominio público sobre la zona marítimo-terrestre y sobre las playas, si las hubiere. Tam-

bién se adicionó, en virtud de enmienda, otro apartado ordenando que cuando las obras tengan lugar en Centros de interés turístico nacional, los realizadores de las mismas, sin perjuicio de las servidumbres, conservarán respecto a la zona marítimo-terrestre y demás bienes de dominio público, el derecho a obtener su uso y disfrute en la forma determinada en el artículo 21, 1), e), de la Ley 197/1963.

En cuanto a los deslindes se dispone que se practicarán por el Ministerio de Obras Públicas. En virtud de enmienda de CABANILLAS GALLAS, VIOLA SAURET y PEREDA MURCIA la regulación de los deslindes pasó de las disposiciones transitorias al artículo 6.º de la Ley y se cambió radicalmente la estructura del correspondiente precepto del proyecto de Ley, sentando el principio de los derechos adquiridos. En este cambio de estructura, se ordenó, especialmente, como requisito previo, que el procedimiento debía ser notificado personalmente a los particulares colindantes, que la resolución dictada tendrá carácter ejecutivo, pero con la salvedad de que la atribución de posesión que pueda producirse, como consecuencia del deslinde, no podrá realizarse respecto a fincas o derechos amparados en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de la facultad de la Administración para ejercitar las acciones judiciales pertinentes; que la resolución recaída podía ser impugnada en vía contencioso-administrativa y sin perjuicio de que cuantos se estimen lesionados en sus derechos civiles puedan hacerles valer ante la jurisdicción ordinaria.

La importante enmienda de CABANILLAS GALLAS, VIOLA SAURET y POVEDA MURCIA, ajustada como es natural a la técnica hipotecaria pertinente, procuró cohonestar los intereses protegibles, amparados en una apariencia jurídica avalada por el Registro de la Propiedad, con los derechos de la Administración cuando se encuentra con auténticas usurpaciones, por parte de los particulares, en los bienes de dominio público. Pero no cabía desconocer que la doctrina científica, la del Consejo de Estado y la del propio Tribunal Supremo han admitido la posibilidad de la desafección tácita de los bienes demaniales, y, en consecuencia, la posibilidad de adquirirlos por usucapión. Por ello, la Comisión aceptó que la inscripción registral de los derechos de los particulares debe ser un límite de las facultades de la Administración en los actos de deslinde,

pero sin que signifique la admisión de situaciones inconvencionales en perjuicio del dominio público.

El título 2.º de la Ley, al regular las competencias administrativas en relación con el dominio público, para conciliar los intereses públicos antagónicos derivados de la varia y contradictoria legislación existente, atribuye la competencia a cada uno de los departamentos y organismos, según lo exigen los intereses predominantes y, además, con la intervención de diversas Corporaciones y, fundamentalmente, de los Ayuntamientos.

Se determinan las especiales competencias de los Ministerios de Marina, Obras Públicas, Comercio, Educación y Ciencia, Agricultura, Información y Turismo y Vivienda. También se especifica la competencia de los Ayuntamientos.

Como normas generales se establecen las siguientes: primera, los informes a que se refiere la Ley serán recabados simultáneamente por el órgano que ostente la competencia resolutoria y serán emitidos en el plazo de un mes, pasado el cual, se entenderán evacuados en sentido favorable; y segunda, cuando deban intervenir dos o más Ministerios mediante informes favorables o vinculantes y no existiera acuerdo entre ellos la decisión corresponderá al Consejo de Ministros.

Alrededor de los preceptos que regulan las respectivas atribuciones se produjeron en la Comisión interesantes debates y presentación de enmiendas con la intervención, entre otros Procuradores de los antes citados CABANILLAS GALLAS, VIOLA SAURET y POVEDA MURCIA.

Respecto a las disposiciones transitorias es obligado recoger la enmienda de POVEDA MURCIA, en virtud de la cual se impone a los Registradores de la Propiedad, en el caso de inscripciones de bienes o derechos reales, situados en las playas y zona marítimo-terrestre no deslindadas, la obligación de remitir certificación del asiento practicado al Ministerio de Obras Públicas para su conocimiento y efectos oportunos.

A continuación se recogen los preceptos del título primero, omitiéndose los del segundo y disposiciones transitorias por estimarlo innecesario en vista de las consideraciones generales antes expuestas.

II

Son de dominio público sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos: primero, las playas, entendiéndose como tales las riberas del mar o de las rías formadas por arenales o pedregales en superficie plana, con vegetación nula o escasa y característica; segundo, la zona marítimo-terrestre, que es el espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo, en donde sean sensibles las mareas y las mayores olas en los temporales ordinarios, en donde no lo sean; esta zona se extiende asimismo por los márgenes de los ríos hasta el sitio en que sean navegables o se hagan sensibles las marcas; tercero, el mar territorial y el del adyacente al mismo hasta donde sea posible la explotación de sus recursos naturales.

III

Las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en las desembocaduras de los ríos hasta donde sean navegables o se hagan sensibles las mareas pertenecerán al Estado en calidad de bienes patrimoniales, salvo los que sean de propiedad privada o procedan de desmembración de ésta. En todo caso sus playas y zonas marítimo-terrestres serán de dominio público.

IV

El uso público de los bienes de dominio marítimo se atemperará a lo dispuesto en la Ley y en los Reglamentos administrativos.

El libre uso del mar territorial, ensenadas, radas, bahías y abras, se entiende para bañarse, navegar, pescar, embarcar y desembarcar, fondear y actos semejantes, si bien dentro de las prescripciones legales y reglas de policía que lo regulen.

En el mismo caso se encuentra el uso público de las playas y de la zona marítimo-terrestre, que autoriza a todos para transitar

por ellas, bañarse, tender redes, pescar, varar, carenar, reparar y construir embarcaciones, bañar ganado y recoger conchas, plantas y mariscos y cualquiera otros usos análogos, dentro de las prescripciones legales y reglas de policía que lo regulen. Sin embargo, la Administración podrá hacer reservas y otorgar las concesiones que exijan la economía y los intereses públicos y el cumplimiento de los fines de las Corporaciones Locales afectadas.

V

Los terrenos de propiedad particular enclavados en las playas y zona marítimo-terrestre y colindantes con esta última o con el mar, estarán sometidas a las servidumbres de salvamento, de paso y de vigilancia litoral.

La servidumbre de salvamento recaerá sobre una zona de veinte metros, contados tierra adentro desde el límite interior de la zona marítimo-terrestre. Esta servidumbre supone el uso público de dicha zona en caso de naufragio o peligro para varar embarcaciones, depositar restos, efectos o cargamentos y para las operaciones de salvamento. También los buques pesqueros podrán varar en esta zona de servidumbre cuando se vean obligados por el estado del mar, y podrán depositar sus efectos en tierra mientras duren las circunstancias del temporal. Por los daños causados en los referidos supuestos habrá lugar a indemnización, pero solamente hasta donde alcance el valor de los objetos salvados después de satisfacer los gastos de auxilio prestados o las recompensas o ayudas con arreglo a las Leyes. Los propietarios podrán libremente sembrar y plantar en la zona de servidumbre de salvamento, pero no podrán edificar en ella sin obtener las autorizaciones pertinentes.

La servidumbre de vigilancia de litoral consiste en la obligación de dejar expedita una vía contigua a la línea de mayor pleamar. Su anchura será, generalmente, de seis metros, salvo en los lugares de tránsito difícil o peligroso, en los que podrán ampliarse, en lo que sea estrictamente necesario a juicio del Ministerio de Marina. Se exceptúan de estas servidumbres, aquellos lugares en que estén enclavadas instalaciones de carácter militar.

La servidumbre de paso, para dejar vías permanentes de acceso a las playas y zonas marítimo-terrestres, previa la correspondiente indemnización, recaerá sobre las heredades colindantes o afectadas en la longitud y anchura que demanden su naturaleza y finalidad.

VI

Son de dominio público los terrenos que se unen en la zona marítimo-terrestre por accesiones o aterramientos producidos por causas naturales.

Cuando por consecuencia de estas accesiones o por efecto de retirarse el mar, la línea interior que limita la expresada zona avance hacia aquél, los terrenos de la zona marítimo-terrestre que no constituyan playas y que no sean necesarios para el uso público, se incorporarán al patrimonio del Estado, una vez recibidos por el Ministerio de Hacienda, con arreglo a la Ley reguladora de dicho patrimonio y previo el oportuno deslinde. Esta incorporación al patrimonio del Estado, no tendrá lugar si cualquier persona demuestra que los terrenos recuperados al mar y formados por acesión, se encuentran dentro de los lindes de una finca de su propiedad que hubiera pasado al dominio público por invasión del mar.

Los terrenos ganados al mar territorial, fuera de los puertos por obras construidas por el Estado, las Provincias, los Municipios o los particulares competentemente autorizados, serán propiedad de quienes las hubieran llevado a cabo, sin perjuicio de las servidumbres de salvamento, de paso y de vigilancia litoral y del dominio público sobre la zona marítimo-terrestre y sobre las playas si las hubiere.

Cuando estas obras tengan lugar en Centros de interés turístico nacional, los realizadores de las mismas, sin perjuicio de las servidumbres públicas, conservarán con respecto a la zona marítimo-terrestre y demás bienes de dominio público el derecho a obtener su uso y disfrute en la forma determinada en el artículo 21, 1), e) de la Ley 197/1963.

VII

Para la determinación y configuración de los bienes definidos como de dominio público, así como para la incorporación al patrimonio del Estado de los señalados en la Ley, se practicarán por el Ministerio de Obras Públicas los oportunos deslindes.

Estos deslindes se realizarán mediante procedimiento administrativo de oficio o a instancia de parte, en el que deberán ser oídos los Ministerios de Marina, Hacienda, Agricultura, Comercio, Información y Turismo y Vivienda, los Ayuntamientos interesados y asimismo, previa notificación personal, los particulares colindantes.

La resolución que dicte el Ministerio de Obras Públicas será ejecutiva. La atribución de posesión, consecuencia de ella, no podrá realizarse respecto a las fincas o derechos amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aunque sin perjuicio de la facultad de la Administración para ejercitar las acciones judiciales pertinentes.

Dicha resolución podrá ser impugnada en vía contencioso-administrativa y sin perjuicio de que cuantos se estimen lesionados en sus derechos civiles puedan hacerlos valer ante la jurisdicción ordinaria.

El procedimiento para establecer y delimitar las servidumbres reguladas por la Ley se determinará reglamentariamente.

VIII

En ninguno de los bienes declarados de dominio público por la Ley se podrán ejecutar obras de cualquier clase, ni establecer aprovechamientos especiales sin la concesión o autorización pertinentes.

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.

VIDA JURIDICA

“El régimen económico-matrimonial legal en Europa”, de Eugenio Fernández Cabaleiro

El Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, acaba de publicar un nuevo libro que estimamos de gran interés para Abogados, Notarios, Registradores y, en general, profesionales del Derecho.

Nada mejor que reproducir su brillante Prólogo, del que es autor el profesor Díez Picazo, para trasladar a nuestros lectores la feliz noticia de su aparición.

Eugenio Fernández Cabaleiro ha cumplido de manera escrupulosa y con gran rigor la tarea, que se había propuesto, de estudiar los regímenes económico-matrimoniales existentes en Europa. Ahora que el resultado de su trabajo de varios años ve la luz, es ocasión propicia para destacar sus características más salientes. Se encuentra, desde luego, en primera línea su valor informativo. Creo que desde este punto el libro de Fernández Cabaleiro rendirá una extraordinaria utilidad. Los tiempos modernos han visto un incremento constante de las relaciones entre gentes de diferentes países. Millones de extranjeros visitan nuestro país y muchos de ellos celebran transacciones de notable envergadura económica. Como quiera que el régimen económico-matrimonial condiciona, a veces, la capacidad de obrar y, a veces, el poder de disposición, los notarios, los registradores, los abogados, no tienen más remedio

que plantearse el tema y tratar de resolverlo. Para ello, este libro les servirá de utilísima guía.

*-El libro de Fernández Cabaleiro permite también que el lector medite acerca de los problemas que sugiere la comparación entre los diferentes derechos europeos en materia de economía matrimonial y trate de obtener de esta comparación algunas consecuencias, que puedan de alguna manera y a través de un proceso de generalización—con todos los riesgos de pérdida de exactitud que la generalización entraña—permitir intuir las líneas-claves de la evolución jurídica. En la primera parte del libro, el autor ha escrito muy estimables páginas en torno a esta cuestión. Lo primero que llama poderosamente la atención es que éste sea hoy un tema que se encuentra, por decirlo así, en efervescencia. También en esta materia han hecho crisis las tradiciones jurídicas y nuestro tiempo se lanza a la busca de nuevas soluciones. Toda una serie de reformas legislativas y de proyectos de reformas jalonan las décadas de los años cincuenta y de los años sesenta. Hay una superación socio-política de los esquemas del mundo de las codificaciones. La clave es quizá el principio de equiparación de los sexos, que, si se mira bien, no es otra cosa que una concreta parcela de aplicación del principio general de igualdad de todos los seres humanos y de superación de todas las formas de discriminación. La equiparación de trato jurídico de marido y mujer lleva a una decadencia del principio de jefatura y de dirección económica del marido e impone una crisis de los sistemas comunitarios, colocándolos en tránsito hacia lo que el autor de este libro denomina sistemas de participación. Efectivamente, parece que en nuestro tiempo adquiere un renovado vigor la idea del matrimonio como una empresa común, una *societas laborum periculorumque*, en cuyos lucros ambos cónyuges deben participar. Esta acentuación del carácter común de la empresa pone en crisis los sistemas separatistas o sistemas de separación de bienes. Aquí radica seguramente la raíz del problema; una elevación del nivel de actuación jurídica de la mujer impone darle una participación efectiva en la gestión económica, cuya más clara consagración debería encontrarse a través de cuerpos separados de bienes. La idea de la participación asociativa parece empujar hacia la comunidad. La resultante de estas dos fuerzas es lo que Fernández Cabaleiro llama, creo que con*

razón, la interpenetración de los regímenes tradicionales. La interpenetración no es solamente una reciproca influencia, sino también, en cierto modo, una conjunción, de la que deriva un régimen de alguna manera renovado en el que subsisten características del sistema comunitario y características del sistema separatista.

A mi juicio, de la "comunidad" se deriva hacia la "comunicación". Son dos planos distintos, el de la titularidad y la gestión económica de las masas de bienes, por un lado, y el de la distribución final de los resultados, por otro. La gran aporía del sistema de comunidad, tal como nosotros lo venimos concibiendo, estriba precisamente en haber puesto el énfasis en el momento de titularidad-gestión. El avance del papel de la mujer se traduce entonces en fórmulas de cotitularidad y codisposición que no hacen sino agravar los problemas especialmente en los casos en que la avenencia no reina entre los casados. El artículo 1.413, plagado, sin duda, de buena intención, es una clara prueba de ello. Quizá por esto la fórmula de la "comunicación" o "participación distributiva" merezca un serio y detenido estudio en orden a una futura reforma de nuestro Código civil y los datos que Fernández Cabaleiro nos suministra sean, también, para ello de gran utilidad. En el sistema hacia el que se apunta, cada cónyuge conserva la titularidad y el poder de gestión no sólo de los bienes aportados, sino de sus productos y de los rendimientos de su propio trabajo. La "comunicación" de ganancias es una operación contable que se realiza al disolverse la sociedad.

Hasta qué punto ello representa una completa novedad, es algo que yo, por lo menos, no sé muy bien. El sistema de comunicación de ganancias está latiendo en nuestro Código civil y representa en él probablemente el estrato geológico más antiguo, al cual se superpuso posteriormente el sistema de comunidad de bienes. El artículo 1.392 es un reflejo fiel de aquella idea, lo mismo que el artículo 1.675. La idea primitiva de "partición de ganancias" se oscurece, sin embargo, a través de la exigencia de formación de un "fondo común" (bienes gananciales). Cabría, sin embargo, añadir que en nuestro derecho el régimen no ha sido denominado nunca "comunidad" (véase, sin embargo, artículo 1.401, 1.º, "para la comunidad"), sino "sociedad" y que una "sociedad de ganancias" sólo impone contabilizar las ganancias y partirlas de acuerdo con los

criterios previstos, aparte, naturalmente, las cautelas necesarias para que la contabilización se haga en forma exacta, sin fraus uxoris, pero también sin fraus mariti.

Un estudio y una reforma del sistema no son posibles sin examinar sus repercusiones sucesorias. También aquí antiguos criterios podrían arrojar una luz decisiva, como ocurre, por ejemplo, con la regla del derecho vascongado que difiere hasta el momento de la disolución el establecimiento del sistema de comunicación según que el matrimonio se disuelva con hijos o sin hijos (artículos 47 y 49 C. D. C. V.). Una reforma del Derecho Sucesorio quizá debiera caminar hacia una anteposición de la sucesión abintestato del cónyuge viudo (artículo 953 C. c.) o, por lo menos, de la sucesión abintestato del viudo sin hijos en la cuota de participación. Todo ello, sin embargo, es demasiado complejo para que pueda quedar aquí más que esbozado.

Comprobaré el lector que nos encontramos ante un libro rico en sugerencias. Comprobará, también, que la comparación jurídica, aparte su valor informativo, es un método fructífero que nos permite, al contrastar nuestro ordenamiento jurídico con otros nacidos al calor de otras tradiciones, unas veces, aperebirnos del sentido profundo que encierran nuestras propias instituciones y, otras veces, darnos cuenta de que lo que hemos respetado como inconcusos dogmas y como verdades son sólo tópicos y lugares comunes que han devenido anacrónicos. Esta me parece que es la tarea en que debemos empeñarnos. Revisar la carga real de sentido de esos dogmas y de esos lugares comunes y poder ir preparando la floración de las nuevas reglas que en forma inquietante y cada día con mayor apremio reclaman las transformaciones de la vida social de que el derecho debe ser reflejo.

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

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

POR MANUEL AMOROS GUARDIOLA.

4. REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—HIPOTECA EN GARANTÍA DEL PRECIO APLAZADO: NO ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER PARA QUE EL MARIDO, AL COMPRAR UN BIEN INMUEBLE, CONSTITUYA SOBRE EL MISMO HIPOTECA EN GARANTÍA DEL PRECIO APLAZADO.

HIPOTECA SOBRE VARIAS FINCAS: ES INEXCUSABLE HACER CONSTAR EXPRESAMENTE EN LA ESCRITURA DE HIPOTECA LA CANTIDAD DE QUE RESPONDEN, CADA UNO DE LOS INMUEBLES HIPOTECADOS, POR PRINCIPAL EN EL CRÉDITO HIPOTECARIO. EL REGISTRADOR NO PUEDE PRESUMIR QUE LA PARTE DE PRECIO APLAZADO CORRESPONDIENTE A CADA FINCA SIRVA DE BASE PARA LA DISTRIBUCIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO.

COMPRAVENTA CON PROHIBICIÓN DE DISPONER: NO ES INSCRIBIBLE EL PACTO CONTENIDO EN LA ESCRITURA DE COMPRA DE UNA PORCIÓN INDIVISA DEL GARAJE DE UNA CASA JUNTAMENTE CON OTROS PISOS Y LOCALES DEL MISMO EDIFICIO, POR VIRTUD DEL CUAL NO PODRÁ ENAJENARSE DICHA PORCIÓN INDIVISA SI NO ES CONJUNTAMENTE CON OTRA VIVIENDA DE AQUELLA CASA O A FAVOR DE QUIEN YA FUERA PROPIETARIO DE OTRA VIVIENDA DE DICHO EDIFICIO.

HIPOTECA EN GARANTÍA DEL PRECIO APLAZADO. VENCIMIENTO AUTOMÁTICO DEL PLAZO POR VENTA DE LA FINCA HIPOTECADA: NO ES INS-

CRIBIBLE EL PACTO QUE ESTABLECE QUE EN CASO DE QUE EL COMPRADOR ENAJENARA LAS FINCAS ANTES DE PAGAR LA TOTALIDAD DEL PRECIO QUE QUEDA APLAZADO, LA CANTIDAD PENDIENTE DE PAGO SE ENTENDERÁ AUTOMÁTICAMENTE VENCIDA Y SERÁ EXIGIBLE POR LA SOCIEDAD VENDEDORA DESDE EL MOMENTO MISMO DE LA ENAJENACIÓN.

Resolución de 4 de noviembre de 1968 («B. O.» de 20 de noviembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Mediante escritura otorgada en Madrid el 11 de mayo de 1965 ante el Notario don Juan Vallet de Goytisolo, la Sociedad "Construcciones Goya, S. A." vendió a don Juan Luis Franca Ordóñez el piso séptimo o primer ático izquierdo, situado en la planta novena sin contar la de sótanos, de la casa núm. 63 de la calle de General Sanjurjo, de Madrid; un local despacho en la misma planta de la citada casa, y una participación indivisa de una dieciséisava parte en un garaje sito en la planta de sótanos del mismo inmueble, con cuanto le es inherente o accesorio y libre de cargas.

El precio se estableció en un millón de pesetas, de las que correspondían setecientas mil pesetas al piso séptimo o primer ático izquierda, doscientas mil pesetas al local despacho y cien mil a la participación de garaje. En garantía del precio, representado por cuatro letras de cambio con vencimientos a partir de primero de octubre de 1965 y de doscientas mil pesetas más que se fijaron para costas y gastos, en la misma escritura se hipotecaron el piso, el local despacho y la participación en el garaje. Estas doscientas mil pesetas para costas se distribuyeron entre los tres locales de la siguiente forma: 155.000 pesetas al piso, 30.000 al local y 15.000 a la participación en el garaje.

El comprador se obligó a atender las fincas que adquiere haciendo las obras de conservación y reparación necesarias, a pagar las contribuciones e impuestos que las afecten y a tenerlas aseguradas del riesgo de incendios, haciendo constar en la póliza que mientras no se hallare totalmente satisfecho el precio aplazado, no podrá percibir indemnización alguna sin consentimiento de la Sociedad vendedora, a quien faculta especialmente para percibir dicha indemnización hasta el importe de la cantidad que se le adeude y practicar en la Compañía aseguradora las gestiones necesarias. La Sociedad vendedora podrá exigir la exhibición de los correspondientes justificantes de pago de la prima del seguro y de las contribuciones e impuestos. El incumplimiento por parte del deudor de lo estipulado en esta cláusula, dará lugar al vencimiento del crédito.

Y en las cláusulas quinta, sexta y séptima de la escritura se convino: primero, que la Sociedad vendedora podría hacer efectiva a su vencimiento la cantidad adeudada por el procedimiento sumario establecido en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria; segundo, que "en caso de que el comprador enajenara las fincas antes de pagar la totalidad del precio que queda aplazado, la cantidad que quede pendiente de pago se entenderá automáticamente vencida y será exigible por la Sociedad vendedora desde el mismo instante de la enajenación", y tercero, que "la participación indivisa de garaje objeto de esta venta, no podrá enajenarse si no es conjuntamente con otra vivienda de la misma casa o a favor de quien ya fuere propietario de otra vivienda de dicho edificio, y no dará lugar a derecho de retracto alguno de condueños, todo

ello por tratarse de una comunidad de fin, establecida sobre este garaje, destinada a que los propietarios de las distintas viviendas de la misma casa puedan tener en ella el garaje para sus propios coches”.

El Registrador calificador no admitió la inscripción de la referida escritura por observar en ella la concurrencia de diversos defectos. Contra dicha calificación negativa y contra la forma de extenderse la nota registral, interpuso recurso gubernativo el Notario autorizante. Después de otras incidencias procedimentales que no son del caso, el Registrador informó en el recurso, y formuló definitivamente la nota denegatoria en los siguientes términos: “Denegada la inscripción de compra y constitución de hipoteca voluntaria que se contienen en el precedente documento por:

1. No constar en el título ni en los documentos complementarios aportados el consentimiento prevenido en el artículo 1.413 del Código civil, de la esposa del hipotecante.

2. No constar debidamente la cantidad de que responde por principal en el débito hipotecario, cada uno de los tres inmuebles—artículo 119 de la Ley Hipotecaria—.

3. Contener la cláusula séptima una prohibición de disponer, no inscribible—artículo 27 de la Ley Hipotecaria—.

4. Contener las cláusulas sexta y cuarta, pactos contrarios a la Ley por contravenir el principio de libertad de contratación que inspira la legislación civil, ampliar de modo excesivo las facultades del acreedor, limitar recíprocamente las posibilidades económicas y jurídicas del deudor e infringir la jurisprudencia reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Los defectos uno y dos se estiman subsanables y los números tres y cuatro se consideran insubsanables”.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador. Y la Dirección General, resolviendo la apelación interpuesta por el Notario recurrente, acuerda revocar parcialmente el auto apelado y confirmar los defectos segundo, tercero y cuarto de la nota del Registrador, fundándose en la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—El primer defecto de la nota es idéntico al decidido por la Resolución de 13 de mayo de este año, que declaró no ser necesario el consentimiento de la mujer en los supuestos de adquisición por el marido de un inmueble en el que en garantía del precio aplazado se constituye hipoteca, dado que el negocio concluido entra dentro de la categoría de los negocios complejos, de naturaleza unitaria porque entre los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una íntima soldadura al aparecer fundidas en una síntesis las diversas declaraciones emitidas que confluyen en un único negocio, que es resultado de las variadas causas que en él concurren, lo que trae como consecuencia que no pueda escindirse en los dos negocios que lo forman y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que, por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos, que es la compraventa.

En cuanto al segundo defecto, la exigencia contenida en el artículo 119 de la Ley Hipotecaria de fijar la cantidad o parte de gravamen que recae sobre cada una de las fincas hipotecadas aparece cumplida, tal como revela la cláusula tercera de la escritura calificada solo en cuanto a la distribución de las costas, pero no en cuanto al principal, sin que el hecho de que en otra de las estipulaciones se haya señalado la parte de precio que en la compraventa corresponde a cada finca, sig-

nifique que el Registrador haya de presumir o interpretar que esas mismas cantidades se toman como base para la distribución, máxime cuando no se hace ninguna referencia o remisión a ellas en la citada cláusula tercera.

En cuanto al tercer defecto, es de advertir que la cláusula séptima de la escritura contiene una obligación de no disponer en cuanto no permite al propietario transmitir libremente la cuota adquirida más que a determinadas personas, lo que si como obligación personal puede tener trascendencia caso de incumplimiento por la responsabilidad que pudiera originar, desde el punto de vista registral, según el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, no tiene tal pacto acceso al Registro por no tener su origen en uno de los supuestos del artículo 26 ni haberse garantizado de otra parte su cumplimiento mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real, y sin que ello impida la inscripción de la escritura, de conformidad con lo establecido en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario.

El pacto contenido en la cláusula sexta, objeto del cuarto defecto de la nota, constituye una limitación al principio de libre circulación de los bienes, uno de los básicos de nuestro sistema hipotecario, que aparece recogido, entre otros, en los artículos 26, 27 y 107, tercero, de la Ley Hipotecaria y en las Resoluciones de este Centro directivo de 25 de noviembre de 1935 y 18 de noviembre de 1960, toda vez que al conceder al acreedor la facultad de considerar vencida la obligación si el deudor enajena el inmueble hipotecado, lo que, en realidad, se ha pretendido a través de este medio indirecto ha sido cercenar el poder de disposición del dueño de las fincas, al establecer una sanción para el caso de que llegue a transmitir las, que impide su acceso al Registro, sin perjuicio de sus efectos civiles, y que, por tanto, al igual que en el defecto tercero, habrá que negar la inscripción solamente del aludido pacto y no de la compraventa con hipoteca, una vez se subsane el segundo defecto señalado.

C) *Comentario.*—En el presente Recurso confluyen diversas cuestiones, algunas de ellas de indudable trascendencia. Tratemos de resumirlas, siguiendo para ello el orden de la nota calificadora.

1. *La reforma del artículo 1.413 del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958, al exigir el consentimiento de la mujer para los actos de disposición realizados por el marido sobre los bienes inmuebles y los establecimientos mercantiles de naturaleza ganancial, ha venido a establecer un nuevo criterio legal respecto al papel que juega la mujer casada dentro de la sociedad de gananciales. Por consecuencia de esta nueva disposición legal, y del principio jurídico-social que la inspira, han entrado—afortunadamente—en crisis viejas ideas patriarcalistas sobre la estructura de la sociedad conyugal. Como el problema planteado relativo a la disposición de determinados bienes gananciales, inicialmente los más importantes dentro del patrimonio común, tiene frecuentes e importantes repercusiones en la vida práctica, los diversos temas que la reforma plantea en este punto han sido comentados, analizados y repetidamente estudiados por los autores, desde muy distintas perspectivas mentales. Basta con ojear las diversas revistas jurídicas publicadas en nuestra Patria durante los últimos diez años, y destinadas al estudio del Derecho privado, para apreciar la atención que han dedicado los autores a la glosa del nuevo artículo 1.413 del Código civil. Prueba evidente de su trascendencia social en la vida española. Aunque el estudio detallado de esos trabajos no siempre conduce a conclusiones nítidas y seguras, por la diversidad de opiniones contradictorias vertidas sobre los mismos problemas.*

Naturalmente, no nos vamos a referir aquí a las diversas cuestiones que suscita la interpretación del nuevo artículo 1.413. Sino sólo al es-
cuelo y concreto problema planteado en el presente recurso: si al com-
prar un bien inmueble con precio aplazado, puede el marido constituir
hipoteca sobre el mismo inmueble comprado en garantía de dicho apla-
zamiento por sí solo, o necesita para ello el consentimiento de su esposa.
Partiendo del texto legal, la doctrina y la jurisprudencia entienden con
rara unanimidad—en esta materia tan propicia a la diversidad de opi-
niones—que el concepto de “actos de disposición” que emplea el Código
reformado, debe interpretarse como contrapuesto a los “actos de admi-
nistración”. Los negocios jurídicos para cuya validez exige el artícu-
lo 1.431 aquel doble consentimiento—voluntariamente prestado, o su-
plido el de la mujer por la autorización judicial—son los de disposición
y gravamen, no los de mera administración. El Código sigue reconocien-
do al marido la cualidad de administrador del patrimonio, e incluso le
faculta para enajenar por sí mismo los bienes muebles gananciales. Pero
para los actos de disposición—y gravamen—de los bienes, inmuebles y
establecimientos mercantiles que tengan naturaleza ganancial, atribuye
la facultad de disposición conjuntamente a los dos cónyuges (1).

Que el marido necesita el consentimiento de la mujer para gravar,
o para constituir hipoteca con carácter general sobre los bienes in-
muebles gananciales, es algo que parece claro y no necesita mayor des-
arrollo, a partir de la letra del nuevo artículo 1.413 del Código civil.
Así lo reconoce expresamente el propio Centro directivo (2). Pero baje-
mos en nuestra reflexión de aquella norma general al caso concreto:
¿Quid cuando la hipoteca se constituye en garantía del precio aplazado
en la compraventa realizada por el marido? ¿Sería también entonces
necesario el consentimiento de la mujer? La práctica registral, en su
inmensa mayoría y antes de 13 de mayo de 1968, entendió que también
aquí debía la esposa comparecer ante Notario y prestar su consenti-
miento, para que la hipoteca en garantía del precio aplazado quedara
válidamente constituida. Tal criterio no deja de tener un fundamento
legal. Como expuso el Registrador en defensa de su nota, el marido
puede comprar con precio aplazado por sí solo. Pero la compra y la
constitución de garantía son negocios jurídicos independientes, aunque
se formalicen en un solo documento. El artículo 1.413 del Código civil
es claro y sus términos no admiten una interpretación distinta a lo
que expresan, de modo que el consentimiento de la mujer es en todo
caso preciso para la constitución del derecho real de hipoteca sobre
bienes inmuebles gananciales. En definitiva, se parte de la idea de que
no se puede hipotecar una finca de la que no se es previamente dueño.
Por lo que el acto de adquisición de dominio es previo y antecedente
del de constitución de la garantía. Y siendo diferentes ambos negocios
en cuanto al momento de su nacimiento y en cuanto a los requisitos
de capacidad, no puede involucrarse uno en otro (teoría de la dupli-
cidad o separación de negocios concurrentes). Se esté o no de acuerdo
con esta opinión, nos parece perfectamente defendible por reflejar la
interpretación mayoritaria, sobre todo en el momento en que se exten-
dió la nota calificadora.

(1) Tal es, en apretado resumen, mi opinión sobre tan discutido problema,
la cual no puedo explayar aquí por falta de espacio. Y porque su justificación,
con la consiguiente revisión crítica de opiniones contrarias, nos llevaría dema-
siado lejos. Quede, pues, esta inicial apreciación como punto de partida, sin
mayor fundamentación. Sin perjuicio de volver sobre este mismo problema, y
sobre la naturaleza jurídica del consentimiento de la esposa, en una próxima
ocasión, cuando así lo imponga la doctrina de la Dirección General que comen-
tamos.

(2) Véase Resolución de 13 de mayo de 1968, que a continuación se recoge.

Cierto que ya antes de 1968, algunos autores habían defendido la tesis de que no era necesario el consentimiento de la mujer para la constitución de estas hipotecas en garantías del precio aplazado. Así, por ejemplo, CÁMARA ALVAREZ (3) y LACRUZ BERDEJO (4). Pero tal opinión no era unánime, ni siquiera mayoritaria (5).

Sin embargo, la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en su reciente Resolución de 13 de mayo de 1968, ha venido a sancionar la doctrina más nueva y revolucionaria. No podemos entrar ahora en su comentario detenido (6). Pero no debemos silenciar su contenido, por la propia importancia intrínseca que encierra y porque condiciona definitivamente la Resolución que ahora nos ocupa. Inspirándose quizá en las opiniones antes apuntadas, el Centro Directivo entendió que en el caso de compra de un inmueble con precio aplazado, cuando al mismo tiempo se constituye hipoteca para garantizar tal aplazamiento, no se trata de dos negocios típicos e independientes, con vidas separadas, sino más bien de un negocio complejo, de naturaleza unitaria, resultante de la fusión de ambas declaraciones negociales. Por cuanto el pacto de hipoteca se encuentra tan ligado al contrato de compraventa que sin él no hubiera tenido lugar. Dicho pacto hipotecario tiene a reforzar la garantía del vendedor como contraprestación al aplazamiento del pago del precio convenido. Las diversas declaraciones de voluntad negocial aparecen fundidas en una síntesis al confluir en un único negocio, que es el resultado de las variadas causas que en él concurren. De donde resulta que no puede escindirse el contrato complejo en los dos negocios que lo forman, y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo; sino que, por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de la compraventa. Por lo que el marido podrá hipotecar la finca comprada en garantía del precio aplazado y en el mismo acto de la compra sin necesidad de obtener el consentimiento de su mujer.

Tales apreciaciones resultan convincentes y ajustadas a la estricta

(3) La constitución del gravamen, aunque teóricamente se pueda distinguir de la adquisición, es una condición de la misma y se establece simultáneamente a ella, por lo que prácticamente es igual que el gravamen se constituya en la adquisición o que haya sido impuesto con anterioridad. Como dice KIPP, viene a ser lo mismo adquirir una finca ya hipotecada que adquirirla hipotecándola en garantía del precio que queda aplazado. La finca, en realidad, ingresa en el patrimonio ganancial «cum onere». Aunque cronológicamente quepa distinguir dos momentos distintos (adquisición y constitución del gravamen), la distinción, de ser cierta, tiene un alcance puramente teórico. El marido, al constituir una hipoteca en garantía de precio aplazado de la finca que compra, no perjudica ni puede perjudicar los intereses de la mujer en esa finca, toda vez que sin la hipoteca ningún derecho podría la mujer haber adquirido sobre aquella. (El nuevo artículo 1.413 del Código civil, «A. D. C.», XIII-II, pág. 430).

(4) Económicamente, la operación equivale a la adquisición del inmueble con el correspondiente gravamen. («Derecho de Familia. El matrimonio y su economía», Bosch, Barcelona, 1963, pág. 536).

(5) Respecto de la hipoteca, tan frecuente en las compras con precio en todo o en parte aplazado, si el adquirente es el que hipoteca, precisará el consentimiento de su mujer tratándose de finca ganancial; pero si el enajenante se reserva la hipoteca, no será necesario tal consentimiento. (RODRÍGUEZ ABRADOS: *Disposición onerosa de inmuebles gananciales*, «R. D. N.», núm. 21-22, pág. 184).

A mi juicio, la dificultad estriba en determinar con precisión, frente a cada caso concreto, cuando se está en presencia de una constitución de hipoteca por el comprador, o de una reserva de hipoteca por el vendedor, supuesto que ambos negocios se realizan en la misma escritura y que, realmente, sus respectivos requisitos de capacidad fueran distintos.

(6) Véase en el núm. 467 de esta REVISTA, julio-agosto, 1968, págs. 1.085 y sigs.

realidad del caso que nos ocupa. Parece exacto que ambos negocios se encuentran íntimamente unidos, y no es posible su desconexión formal sin perder de vista su propia naturaleza. Tanto desde el punto de vista de su estructura—declaraciones de voluntad simultáneas y complementarias—como de su función—finalidad conjunta de adquirir la propiedad de los inmuebles sin pagar el precio y que el vendedor quede suficientemente garantizado por ese aplazamiento—, los dos pactos están indisolublemente unidos. Ciertamente que la causa de la compraventa es típicamente onerosa y adquisitiva, mientras que la de la hipoteca es específicamente de garantía. Pero lo que importa destacar aquí, más que esa pluralidad de causas conexas, es su evidente subordinación. La razón de ser de la hipoteca, que es en todo caso una forma de garantía, radica en la específica manera de realizar el pago del precio en la compraventa antecedente. Sin venta con precio aplazado carecería de razón de ser la hipoteca. Más que de conexión hay que hablar aquí de subordinación de un pacto a otro. Por eso la Dirección General aplica acertadamente las normas de capacidad del pacto principal a su accesorio. Si el marido pudo por sí solo comprar los inmuebles, deberá poder hacer igualmente todo lo que sea consecuencia inexcusable de la compra: en este caso concreto, y por haberse aplazado la entrega de parte del precio, constituir hipoteca en garantía del aplazamiento. Con doble motivo, cuando la compraventa con precio aplazado más parece beneficiar al comprador que perjudicarlo. No olvidemos el fenómeno social, hoy tan repetido, de la compra a plazos de la propia vivienda, que permite al comprador ocupar el piso aún antes de disponer del numerario suficiente para su pago total (7).

En el recurso que estamos comentando la Dirección General reitera por segunda vez la doctrina expuesta en la Resolución de 13 de mayo de 1968. El marido puede constituir hipoteca en garantía del precio aplazado sobre la misma finca comprada para la sociedad ganancial, cuando la hipoteca se establece en el momento de la compra y sin necesidad del consentimiento de su esposa. Tan brillante y autorizada interpretación, que nos aparece acertada en un caso como el presente, condicionará desde ahora en adelante el criterio de los Registradores cuando se les presente para inscripción hipotecas de esta naturaleza. Personalmente creemos que esta solución es justa, congruente con la propia estructura del contrato complejo; que sirve para desmontar la jurisprudencia de conceptos meramente formal desde la perspectiva más real de la jurisprudencia de intereses. Más no olvidemos que antes de mayo de 1968, era perfectamente defendible en base a la letra de la ley la solución contraria a la exigencia del consentimiento uxoris. En definitiva, antes de esa fecha, la cuestión era por lo menos opinable, y muy prudente imponer ese doble consentimiento para la hipoteca. Sólo después de esta reiterada jurisprudencia, podrá fundarse solidamente en ella la doctrina contraria.

Lo que sí nos parece definitivamente exacta es la afirmación hecha por el Registrador en defensa de su nota según la cual, si no se podía inscribir la hipoteca sin concurrir el consentimiento de la esposa, tampoco debería inscribirse la compra sin ese gravamen complementario, salvo que lo solicitarán así expresamente las dos partes contratantes.

(7) La contemplación de este último fenómeno, tan habitual, nos conduciría al planteamiento de una serie de graves problemas jurídicos, que es imposible exponer ahora: contratos de adhesión y cláusulas de estilo abusivas en perjuicio del comprador; garantías suficientes o exageradas a favor del vendedor; titularidad aparente de dominio y disposición del piso vendido; cláusulas penales exorbitantes de pérdida del total precio pagado, etc., etc. Conste aquí, al menos, la gravedad de estos problemas y la esperanza de que puedan ser abordados en otra ocasión.

Pues de otra manera, además de quedar artificialmente desvirtuado el contenido conexo del negocio complejo, resultaría notoriamente perjudicado el vendedor. Sólo con el consentimiento de este, podría inscribirse la venta sin la garantía del precio. Si el documento fue presentado en el Registro por un mandatario del comprador, aunque la mera presentación implique solicitud de inscripción, no puede aquél unilateralmente decidir sobre la posible ineficacia parcial (registral) del contrato que beneficia a la otra parte.

2. *En la escritura se establecía el precio de cada uno de los objetos (piso, local y participación indivisa de garaje) vendidos. Dicho precio, que se aplazaba en su totalidad, se incorporaba a cuatro letras de cambio de vencimiento sucesivo. Y en garantía del crédito cambiario representativo del precio y de 200.000 pesetas más para costas y gastos, se hipotecaban los pisos y locales vendidos, verificándose la distribución entre los tres locales tan sólo de esa cifra de 200.000 pesetas. El Registrador entendió que actuando de esta manera no se había distribuido debidamente el principal del crédito entre las tres fincas hipotecadas, y suspendió la inscripción por tal motivo.*

Como es sobradamente conocido por todos, el artículo 119 de la Ley Hipotecaria establece el principio de la necesaria distribución del gravamen cuando sean varias las fincas que se hipotequen a la vez por un solo crédito. La justificación de este criterio legal, cardinal en nuestro sistema, se nos aparece hoy perfectamente claro: prohibición de la hipoteca solidaria inicial y perfecta determinación de la parte de crédito hipotecario que afecte a cada finca. No hace falta insistir sobre esta importante consecuencia de la especialidad hipotecaria, que se traduce en un mayor beneficio del deudor y de la libre transmisión de los bienes hipotecados.

En la escritura que comentamos se determinaba naturalmente el precio individual de los locales vendidos. Como la hipoteca se constituía en garantía de dicho precio, totalmente aplazado y además incorporado a cuatro letras de cambio, no era difícil concluir que el importe del principal del crédito hipotecario afectante a cada finca venía constituido por su respectivo precio de compra (700.000, 200.000 y 100.000 pesetas). Quizá por eso el Notario autorizante sólo procedió a distribuir entre los tres locales la cifra global de 200.000 pesetas, que se había presupuestado para costas y gastos y debía quedar igualmente garantizada. Sin embargo, la Dirección General se muestra rigidamente fiel a la doctrina más formal y entiende que el Registrador no puede presumir que la parte del principal garantizado con hipoteca sobre cada finca se corresponda con el precio aplazado de la misma. Criterio formal, que impide las presunciones y postula la exacta determinación de la responsabilidad garantizada en cada caso. Estando el derecho de hipoteca necesariamente vinculado al Registro desde su nacimiento y constituyendo un gravamen económico que afecta al valor en cambio de los inmuebles, siempre será conveniente su más minuciosa determinación y precisión de perfiles. De donde resulta que no parece exagerado este rígido criterio formal que mantiene la Dirección General en el presente caso, y que tiene sus antecedentes en no pocas Resoluciones del propio Centro (8).

3. *Mayor importancia tiene, a nuestro juicio, el defecto tercero de la nota calificadora. En la cláusula séptima de la escritura que comentamos se establecía que la participación indivisa de garaje no podría*

(8) Véase, entre otras, las Resoluciones de 18 de agosto de 1863, 29 de septiembre de 1877, 24 de diciembre de 1906, 24 de enero de 1916, 12 de marzo de 1936, etc., etc.

enajenarse si no era conjuntamente con otra vivienda de la misma casa o a favor de quien ya fuere propietario de otra vivienda de dicho edificio. El Registrador estimó que tal cláusula entrañaba una prohibición de disponer no inscribible, conforme al artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Y la Dirección General ratifica la calificación registral negativa e impide la inscripción de semejante pacto.

Que la cláusula transcrita encierra una prohibición de disponer en sentido técnico es algo que parece indudable. En cuanto que el comprador de la porción indivisa del garaje no podrá enajenar su derecho libremente, a cualquier persona, sino que deberá necesariamente realizar el acto dispositivo en favor de persona que ya sea propietaria de otra vivienda del mismo edificio, o que resulte propietaria por adquirir al mismo tiempo la vivienda. Es decir, según la finalidad del pacto expresamente reconocida y su propia formulación literal, que sólo los dueños de alguna vivienda podrán ser titulares de porciones indivisas del garaje. Se trata de una limitación o restricción a la facultad de disponer del comprador subjetivamente relativa. Se prohíbe la disposición pero sólo frente a determinadas personas. O mejor, sólo se permite la enajenación en favor de algunas personas, determinables objetivamente en función de su propiedad de alguna vivienda de la misma casa. Limitación relativa a la libre facultad de enajenar, restricción parcial del ius disponendi, que no atribuye ningún derecho correlativo a otra persona y que, como tal, puede ser calificada de prohibición de disponer en sentido técnico (9).

El artículo 27 de la Ley Hipotecaria en conexión con el 26, párrafo 3.º, niega la posibilidad de ser inscritas y, por tanto, de ser eficaces frente a terceros a las prohibiciones de disponer constituidas negocialmente a título oneroso. Sólo las prohibiciones de disponer contenidas en actos gratuitos—donaciones, disposiciones de última voluntad—y los legalmente asimilados—capitulaciones matrimoniales—tienen acceso al Registro. Las onerosas, en cambio, no son en ningún caso susceptibles de inscripción (10). Personalmente pienso, con buena parte de la doctrina dominante, que no resulta adecuado tan estrecho cauce legal para recoger los diversos casos posibles de la vida real. Que la sanción legal es excesivamente restrictiva. Que la Ley Hipotecaria es susceptible de razonable crítica en este punto. Que una futura y próxima revisión de su articulado bien merecería una reforma de esta materia. Y que quizá no sería impropio una interpretación jurisprudencial más amplia de tan escueta valoración legal. Para hacer posible la sanción positiva y la permisión de otras figuras (11).

Buen ejemplo de todo ello es el caso que ahora nos ocupa. Recordemos sus perfiles de hecho: Al vender una porción indivisa del garaje de la casa se pretendía que sólo pudieran utilizar el garaje en lo futuro los que ya fueran dueños de algún piso o local de la misma casa. Se quería excluir que pudieran ser propietarios de parte de ese garaje y, consiguientemente, pudieran encerrar allí sus automóviles, las personas que no fueran al mismo tiempo propietarios de algún local del mismo edificio. Porque se configuraba la propiedad del garaje como accesoria de la de las viviendas.

Tal finalidad nos resulta, en verdad, perfectamente justificable, lícita y socialmente digna de protección. Por razones elementales de

(9) Sobre la determinación de este concepto, véase nuestro trabajo, *Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente*, en «A. D. C.», XVIII-IV, págs. 958-967.

(10) Loc. cit. I, pág. 969, *in fine*.

(11) Loc. cit. I, págs. 968-971.

convivencia social dentro de la gran ciudad (12), que no es preciso recordar aquí. Hasta el punto de que se ha propugnado como criterio legal de las edificaciones urbanas en las grandes zonas, la necesidad de que los sótanos de los edificios sirvan de garaje para los propietarios de los pisos o apartamentos. Pues bien, para conseguir esta finalidad se pueden escoger varios caminos, relativos a la regulación jurídica de la propiedad del garaje. Veamos los más importantes:

a) La configuración del garaje como elemento común al constituirse el edificio en régimen de propiedad horizontal. Es la fórmula que se nos antoja más idónea. La que mejor refleja la naturaleza accesoria de un espacio habitable respecto de los otros. El régimen jurídico de elemento común impone la copropiedad necesaria de los dueños de las viviendas o pisos separados (art. 3-b L. P. H.), la accesoriadad intrínseca, la indivisión permanente (art. 4 L. P. H.), la determinación objetiva de los titulares (derecho subjetivamente real) y la razonable proporción en la comunidad forzosa así creada en función de la cuota de participación correspondiente.

b) El artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal niega la acción de división para extinguir la comunidad sobre los elementos comunes, inseparables del derecho de dominio sobre el piso, y solo la permite en caso de comunidad ordinaria pro indiviso sobre cada piso o local separado. Ello es lógico. Pero en su último párrafo contempla el supuesto de que "la proindivisión (sobre el piso o local independiente) no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios". Sólo entonces será viable el cese en la proindivisión. De donde parece desprenderse—a sensu contrario necesario—la posibilidad de que tal comunidad pro indiviso haya sido constituida por los interesados con el propósito de que sirva al servicio o utilidad común de todos los propietarios.

Sin entrar en otras matizaciones sobre esta posibilidad legal, que no resulta más desarrollada en la propia ley, quizá este fuera un nuevo cauce para albergar el supuesto de la comunidad indivisible y subordinada sobre el garaje, en vista de su propio servicio común. Parece que aquí podría encajar el problema que ahora nos interesa.

c) En fin, la prohibición de disponer a persona ajena a los dueños de los pisos. Con lo cual se logra instrumentalmente la misma finalidad de vinculación objetiva. Tal como se recogió en la escritura que ahora nos ocupa.

De los tres caminos señalados, aparte otros posibles, la Dirección General excluye el tercero por estimar que la prohibición de disponer va contra el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y no puede inscribirse. La posible eficacia meramente civil de la prohibición, como obligación personal negativa de no hacer, que la propia Resolución admite, nos parece muy endeble, hasta el punto de desvirtuar la propia finalidad querida. Como he recordado alguna otra vez, lo decisivo en la prohibición de disponer es que efectivamente impida el acto dispositivo. Por eso ha de jugar siempre frente a tercero, porque el tercero nace a la sombra de la disposición y sólo con eficacia erga omnes será útil. Por eso, también, es absolutamente necesario su publicidad. Hablar de prohibición de disposición con efectos puramente obligacionales o inter partes me parece un contrasentido. Porque, por su misma entraña, limita o restringe el ejercicio de una facultad que sólo frente a terceros

(12) E incluso de la pequeña, porque la necesidad de aparcamiento de los coches, y su proximidad geográfica al domicilio del propietario son necesidades sentidas en todo caso de vida urbana.

puede actualizarse. Y porque la supletoria indemnización de daños y perjuicios resulta verdaderamente incongruente, aunque económicamente aceptable, con la finalidad perseguida por las partes.

El problema práctico, de valoración jurídico-social y de política legislativa, está en determinar si dentro del ordenamiento español se permite a los particulares utilizar indistintamente cualquiera de los tres medios antes señalados, para conseguir la finalidad pretendida de subordinar la utilización del garaje a los dueños de los pisos, supuesto que esta última nos parece válida y digna de protección; o si, por el contrario, sólo podrán acudir para lograr eficazmente su propósito a alguno de los dos primeros, a) y b) (13).

La solución que establece el Centro Directivo es legal y formalmente ortodoxa, de acuerdo con la letra estricta del artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Pero el resultado práctico a que nos conduce no me parece suficientemente satisfactorio. Al lado de la escueta prohibición dispositiva, hay aquí una comunidad de fin expresamente reconocida que debe condicionar causal y objetivamente todo su tratamiento jurídico. Quizá la Ley Hipotecaria, al regular tan drásticamente las prohibiciones de disponer fundándose en un criterio demasiado general, no tuvo en cuenta estas vinculaciones objetivas o comunidades de fin, situaciones en las que una finca sólo puede ser considerada con separación si no se olvida su necesaria subordinación o dependencia en relación con otras fincas principales (14). Quizá, si ello es así, podría ser oportuna y justa una línea de interpretación jurisprudencial más abierta, que sancionara como válidas situaciones semejantes a la aquí contemplada, por estimarlas de distinta naturaleza que la mera prohibición de disponer aisladamente considerada. Quizá también fuera útil una revisión a fondo del tema de las restricciones dispositivas, a la vista de las nuevas figuras que el tráfico jurídico actual nos presenta: necesidad de disciplinar con normas básicas de Derecho civil la validez general de estos pactos; conveniencia de permenorizar su eficacia oponible y su acceso al Registro con criterios más amplios, permitiendo a veces la inscripción de prohibiciones legales no suficientemente conocidas por todos a pesar de su origen, en este momento de proliferación legislativa, e incluso de otras prohibiciones negociales onerosas, cuando se estimen dignas de protección en función de su propia finalidad.

Mientras toda esta necesaria y deseable renovación no se produzca, parece que sólo será posible enfocar eficazmente problemas como el que nos ocupa, mediante la configuración del garaje—o del local subordinado a todos los demás—como elemento común de los pisos separados en la propiedad horizontal. Lo cual, por cierto, nos sigue pareciendo el medio técnicamente más adecuado para conseguir esa finalidad. ¿También el único?

(13) Siempre que se estime posible fundamentar esta construcción en el párrafo último del artículo 4 de la L. P. H. antes referido —b)— Cuestión quizá dudosa en la que ahora no entramos para no alargar más estas notas. De no ser así, sólo cabría entonces configurar al garaje como elemento común—a)—

(14) El problema es apasionante y puede suscitarse en numerosos casos de la vida real, que ni siquiera como ejemplos podemos recordar aquí. Así cuando se divide una finca o terreno en otras varias, que se venden a distintos propietarios, queda una zona o parcela en la que están servicios y elementos comunes (escuela, mercados instalaciones deportivas). En las urbanizaciones de terrenos, el problema puede resolverse a través de los Estatutos de la urbanización, cuando se aplique por analogía las normas de la P. H., sobre elementos comunes. Pero, ¿qué ocurre cuando la parcelación se hace de un terreno rústico para atribuir a personas designadas por el testador (colonos, adjudicatarios, por ejemplo)?

4. Por último, la Dirección General resuelve que no es inscribible, en una escritura de hipoteca con garantía del precio aplazado, el pacto que establece que si el comprador enajena las fincas antes de pagar la totalidad del precio, quedará automáticamente vencido el crédito pendiente y será exigible por la Sociedad vendedora desde el momento de la enajenación. Porque tal pacto va en contra del principio de la libre circulación de los bienes, que se considera acertadamente como uno de los básicos de nuestro sistema hipotecario, y que inspira en repetidas ocasiones el articulado de la Ley Hipotecaria (arts. 26, 27 y 107-3.^a) y las Resoluciones del mismo Centro Directivo. Se afirma, en justificación de esta doctrina negativa, ya de por sí bastante razonable a mi juicio, que con ese pacto se pretende indirectamente cercenar o limitar el poder dispositivo del dueño de las fincas.

Aunque reiterada en numerosas ocasiones anteriores por la propia Dirección General (15), esta doctrina me parece importante y muy digna de ser recordada ahora. Porque sirve para mantener intacta una de las ideas cardinales de nuestro sistema, presente desde la Ley de 1861: que el acreedor hipotecario no puede privar al deudor hipotecante de su libre facultad de disponer de los bienes hipotecados. Esta es una de las mayores ventajas iniciales de la garantía hipotecaria, aunque luego la práctica haya pretendido desvirtuarla con pactos abusivos y cláusulas de estilo: lograr que la hipoteca grave las fincas estrictamente lo necesario, y no más, para que el acreedor quede debidamente garantizado. Que el deudor pueda seguir enajenando y gravando la misma finca, obteniendo el mayor rendimiento económico de su valor en cambio, sin perjuicio siempre de la hipoteca anterior y preferente.

Efectivamente, como reconoce la Dirección General, el pacto cuya inscripción se impide entraña una prohibición o limitación de la facultad de disponer del deudor, que no puede tener acceso al Registro de acuerdo con la normativa general. Así como en el problema anterior la sanción negativa de la prohibición de disponer me parecía dudosa, y no exactamente congruente con la naturaleza del pacto contemplado, aquí en cambio me inclino sin reservas por la procedencia de esta negativa ¡Hasta qué punto una misma norma abstracta puede adquirir relieve distinto cuando se aplica a casos de diferente naturaleza! Basta con contemplar la irreductible finalidad de estas dos estipulaciones a que me refiero para apreciar enseguida su distinto entramado y juego de intereses.

No voy a insistir sobre el tema. Como expuso el Registrador en su nota, escueta y justamente, este pacto amplía de modo excesivo las facultades del acreedor y limita recíprocamente las posibilidades económicas y jurídicas del deudor. Ello es especialmente relevante en el contrato de hipoteca, que tantas veces se convierte en un contrato de adhesión para el deudor, cuyo sometimiento a las pretensiones exorbitantes del acreedor no debe ser amarrado.

Por lo demás, el contrato de hipoteca tiene—en mi opinión, al menos—una causa atípica y genérica de garantía. Y desde este prisma causal, que es esencial para juzgar de la validez de un negocio, tampoco resulta justificado el pacto que comentamos. Por que su finalidad—evitar que el deudor venda la finca hipotecada antes de pagar enteramente su precio—excede con mucho la función de garantía que la hipoteca pretende, ya que no es necesaria aquella indisponibilidad para que el acreedor pueda perseguir la cosa y cobrar su crédito con el precio de la misma.

(15) Entre los «Vistos», se citan en la presente Resolución las de 25 de noviembre de 1935 y 18 de noviembre de 1960.

Cierto que en la hipoteca mobiliaria el criterio legal no es éste (artículo 4 de la L. H. M.). Más no se olvide el distinto alcance de la garantía en uno y otro caso, según la respectiva naturaleza de los bienes y su perseguibilidad.

De otra parte, la cuestión me parece importante porque nos lleva de la mano al recuerdo de otro pacto, vigente en las escrituras de hipoteca, hoy frecuente y casi cláusula de estilo en los préstamos de determinadas Entidades oficiales: Cuando se establece cualquier limitación o prohibición del deudor no directamente inscribible—por ejemplo: no vender o no arrendar sin consentimiento del Banco acreedor—, y luego se atribuye al incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones el carácter de condición resolutoria del préstamo hipotecario. Con lo que el acreedor queda extralegal y exorbitantemente protegido de la misma manera. ¿Será inscribible tal condición resolutoria? Entendemos que no, por chocar contra una prohibición legal el supuesto de que depende. Pero, a falta de decisiones jurisprudenciales en este sentido, quizá la práctica registral no sea muy uniforme al respecto. Estimamos que el dejar definitivamente claras estas ideas puede ayudar no poco a la eficacia de la institución registral.

Lo que no me parece admisible es que dicho pacto contenido en la escritura calificada, que imponía el vencimiento automático de la obligación al enajenar las fincas antes de pagar su precio, no siendo inscribible, pudiera producir efectos civiles: a) Porque en el crédito hipotecario la inscripción es constitutiva, y lo que no llega al Registro debe ser inexistente respecto a la garantía. b) Porque la razón de su no inscripción no es formal o registral, sino material o de fondo, por resultar un pacto abusivo y antisocial desproporcionadamente opresivo de la libertad del deudor en relación con la función de garantía. Y esta falta de causa o razón social de protección no debe justificar una indemnización civil supletoria, sino tenerse por no puesta a todos los efectos. Claro que la Resolución, cautamente, sólo dice: «sin perjuicio de sus efectos civiles». Y que su declaración de invalidez no corresponde al Centro Directivo en trámite de recurso, sino al Juez en el juicio declarativo correspondiente. Pero, a pesar de todo ello, entiendo que no está de más recordarlo aquí.

5. REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA:
NO ES POSIBLE EXTENDER UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA DE NULIDAD DE UN CRÉDITO HIPOTECARIO QUE EN EL REGISTRO APARECE CANCELADO, YA QUE ES REQUISITO INDISPENSABLE PARA PRACTICAR UN ASIENTO QUE PREVIAMENTE APAREZCA INSCRITO EL DERECHO DE LA PERSONA O PERSONAS A LAS QUE PUEDA AFECTAR DICHO ACTO (ARTÍCULO 20 L. H.).

FUNCIÓN CALIFICADORA: LOS REGISTRADORES NO PUEDEN REVISAR LOS FUNDAMENTOS DE LOS FALLOS JUDICIALES, PERO HAN DE TENER EN CUENTA AL CALIFICAR LOS OBSTÁCULOS QUE PUEDAN SURGIR DEL REGISTRO.

Resolución de 5 de noviembre de 1968 («B. O.» de 21 de noviembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Don Cándido Abad Hidalgo, casado con doña Encarnación Montaña Manzano, hizo en nombre de su esposa un pedido de abono a "Agro-Sur Distribuidora", de la que es titular don Francisco Trinidad Lechuga Fernández, por un importe de 841.962 pesetas, aceptando para el pago dos letras de cambio por valor cada una de la mitad del precio, y cuyo vencimiento se señaló al final de la temporada agrícola de 1964.

Don Cándido no pudo en su momento hacer frente a diversas deudas, incluida la indicada, por lo que se promovió contra el mismo concurso de acreedores, en el que se reconoció a don Francisco Trinidad Lechuga Fernández el referido crédito por el suministro de abono. Doña Encarnación Montaña Manzano, esposa del señor Abad Hidalgo, presentó en el Juzgado el 17 de marzo de 1964 solicitud de quita y espera, en la que no incluyó a don Francisco Trinidad Lechuga Fernández por el crédito de suministro de abono que con él había contratado el marido de la peticionaria, como administrador de sus bienes parafernales, sin que se le citara ni notificase el procedimiento ni ninguna resolución recaída en el mismo. Convocada junta de acreedores, tuvo lugar en el Juzgado el 20 de abril de 1964, acordándose unánimemente por las partes interesadas la constitución por la deudora de una hipoteca sobre las fincas "La Loja" y "El Ciprés", que garantizarían a los acreedores concurrentes, entre los que se incluían cuatro hijos de la deudora, que sólo cobrarían según se hizo constar en el párrafo final de la cláusula segunda del convenio, "cuando esté satisfecho el principal e intereses adeudados a los acreedores interesados en esta espera". Dicho convenio, no notificado al señor Lechuga Fernández, fue aprobado por el Juzgado, y para ejecutarlo, se otorgó el 15 de mayo de 1964 ante el Notario don Emilio Senra Contioso escritura de constitución de hipoteca sobre las fincas antes referidas en favor de los acreedores, incluidos los cuatro hijos de la deudora, sin hacer referencia a la prioridad de los acreedores no familiares.

Don Francisco Trinidad Lechuga Fernández demandó judicialmente a doña Encarnación Montaña Manzano por el suministro hecho a su marido, don Cándido Abad Hidalgo en su condición de administrador de fincas rústicas parafernales de la mujer, practicándose en el Registro la anotación oportuna. El Juzgado dictó sentencia estimando la demanda y condenando a doña Encarnación a abonar la cifra reclamada, menos la suma que el interesado obtuviera en el concurso de acreedores de don Cándido. La sentencia, confirmada por la Audiencia Territorial de Sevilla, quedó firme.

Las fincas antes mencionadas fueron vendidas con la carga hipotecaria a don Juan Sánchez Roselly y sus dos hijos, don Juan y doña Luisa Sánchez Rodríguez, y por estos nuevos titulares a don José María Sánchez Castilla, según escritura autorizada en Sevilla por el Notario don Alfonso Cruz Auñón el 18 de abril de 1967. Y por otra escritura otorgada ante el Notario de Osuna don José de Rioja y Fernández de Mesa el 12 de agosto de 1967 fue cancelada la hipoteca que gravaba aquellas fincas al manifestar los hijos de doña Encarnación haber percibido el crédito del que eran titulares, cancelándose la anotación de la anterior demanda el 4 de septiembre.

El 22 de agosto se presentó en el Juzgado de Primera Instancia de Osuna otra demanda en nombre del señor Lechuga y en juicio ordinario de mayor cuantía contra doña Encarnación Montaña asistida de su

esposo, y contra sus hijos y los acreedores y compradores de las fincas hipotecadas, solicitando la nulidad parcial del convenio de quita y espera por estimar ser simulado el reconocimiento de créditos a favor de los cuatro hijos de la señora Montañó Manzano, como también la cancelación de la hipoteca por pago, por no ser cierto y ser asimismo simulado e inexistente, pues ni la hipoteca era cierta, ni los hijos habían percibido tal crédito hipotecario, siendo consciente de todo ello el comprador de la finca.

Admitida la demanda, por providencia de 25 de agosto de 1967, se acordó expedir mandamiento al Registrador de Osuna, que fue librado el día 26, ordenando la extensión de la oportuna anotación preventiva.

Presentado en el Registro el citado documento, fue calificado con la siguiente nota: "No admitida la anotación preventiva de demanda que se ordena en el precedente mandamiento por dirigirse contra los acreedores de un crédito que, en el momento de presentarse en el Registro, aparece extinguido por escritura otorgada por aquéllos, de carta de pago y cancelación total de crédito hipotecario, el día 12 de agosto de este año ante el Notario de Osuna don José de Rioja y Fernández de Mesa, cuya primera copia que fue presentada a las once horas y treinta minutos del mismo día de su otorgamiento, con el núm. 722 al folio 158 vto. del tomo 69 del Diario de operaciones de este Registro, causó con fecha de 14 de octubre último las inscripciones 8.^a, 9.^a, 35 y 13 de extinción de crédito hipotecario de las fincas números 8.497, 4.965, 800 y 2.836... Defecto insubsanable que no permite tomar anotación por suspensión".

El Procurador don Francisco Montes Martín, en representación de don Francisco Trinidad Lechuga Fernández, entabló recurso gubernativo contra la anterior calificación. El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador. Y la Dirección General confirma el auto apelado y la nota del Registrador, basándose en las siguientes razones:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros*.—Que este recurso gubernativo se ha de limitar exclusivamente a resolver, dados los estrictos términos del mandamiento presentado, si es posible extender una anotación preventiva de demanda de nulidad de un crédito hipotecario que en el Registro aparece cancelado, sin poder entrar a examinar el resto de las cuestiones que aparecen planteadas en el pleito y respecto de las cuales no se ha solicitado operación alguna en los libros registrales.

Que planteada así la cuestión, es indudable que no puede accederse a lo solicitado, ya que es requisito indispensable para practicar un asiento, por imperativo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que previamente aparezca inscrito en el Registro el derecho de la persona o personas a las que pueda afectar dicho acto, y en este caso, la hipoteca controvertida aparece ya cancelada y, en consecuencia, sin que ostenten titularidad o derecho alguno los acreedores hipotecarios contra los que se dirigió la demanda base del mandamiento presentado.

Que si bien los Registradores, como reiteradamente se ha declarado por este Centro, no podrán revisar los fundamentos del fallo dictado por Jueces o Tribunales, ello no impide que con arreglo al artículo 99 del Reglamento Hipotecario hayan de tener en cuenta al calificar los obstáculos que puedan surgir del Registro, por lo que deben comprobar si el inmueble o derecho real—en este caso, la hipoteca discutida—están inscritos a favor de la persona o personas contra las que se dirige la acción, pues caso de no estarlo no podrá proceder a la práctica de la anotación ordenada.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.ª JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO,
RAFAEL IZQUIERDO ASENSIO,
JOSÉ CERDÁ GIMENO Y
FRANCISCO CASTRO LUCINI.

I. PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES EN RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

*DOBLE VENTA. COMPRADOR, CARENTE DE BUENA FE, QUE INSCRIBIO
EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1969).*

Don A. C. R. expuso en su demanda:

Primero.—Que mediante documento privado formalizado en Madrid, el 7 de octubre de 1958, actuando como vendedor don M. C. L. y como comprador el actor, se había convenido la compraventa de una vivienda y local de negocio, expresando el vendedor que era dueño de una casa destinada a vivienda y local de negocio, en el barrio de Vallecas, calle de la Bellota, 23, edificada a sus expensas sobre una parcela de su propiedad adquirida a don J. R. y pendiente de inscripción en el Registro de la Propiedad, finca de la que vendía al actor un local destinado a negocio, con fachada a dicha calle y a la de Pico de Albarán; dicho local estaba destinado a ultramarinos, y la licencia de apertura, así como la contribución, figuraba a nombre del vendedor; que, unida a dicho local, existía una vivienda con puerta al establecimiento; que el precio era el de 200.000 pesetas estando incluido el negocio industrial, y se convino el pago de 20.000 pesetas a la firma del documento, 105.000 en 10 de noviembre de 1958, y las 75.000 restantes en 10 de noviembre de 1959; que si el comprador pagaba, durante el año 1958, 25.000 pesetas, tendría hasta el 31 de diciembre de 1959 para el pago de las restantes 50.000 pesetas, sin interés alguno; que el vendedor otorgó carta de pago de las 20.000 pesetas a cuenta del precio, y se convino que el actor se haría cargo del comercio y de la vivienda cuando abonara las 105.000 pesetas, y se obligó el señor C. a otorgar la escritura ante Notario mediante la entrega del total precio, haciéndose constar que

el comprador reconocía la situación a efectos urbanísticos, y renunciaba a toda indemnización, en caso de ocupación de la finca, con reserva de lo que como dueño le correspondiera. *Segundo:* Que el actor hizo efectivas las 105.000 pesetas, tomó posesión de los locales y, posteriormente, entregó al vendedor 4.500 pesetas, como intereses de las 75.000 pesetas restantes. *Tercero:* Que, posteriormente, en ejercicio de sus facultades dominicales, el actor había arrendado la finca y local, según contrato que acompañaba, que, asimismo, se había dado la publicidad que exigía la Ley a dicho traspaso, como acreditaba, que, posteriormente, se había arrendado el local de negocio, como acreditaba con el documento que acompañaba. *Cuarto:* Que no había habido ninguna incidencia ni dificultad en relación con el contrato referido, por lo que había sorprendido al actor la notificación notarial a instancia de don J. C. L., requiriéndole para el reconocimiento de la deuda de 75.000 pesetas e intereses, el vencimiento del tercer plazo y el pago de la deuda, de cuyo requerimiento se deducía que, si bien resultó posteriormente ser el dueño de la finca don J. C. L., al recibirse la noticia no era conocido como titular del derecho, ya que el único y verdadero propietario fue don M. C. L., por lo que el actor no había contestado al requerimiento. *Quinto:* Que no obstante la confusa situación creada por los demandados, don J. C. L., mediante escritura de 15 de noviembre de 1962, vendió al también demandado, señor G. G., la finca que se describía en la misma, pero hacía constar que figuraba como parcela de terreno, sin hacer mención de que se encontraba edificada, omitiéndose la existencia de la vivienda y el local de negocio, y haciéndose constar que el precio era de 15.000 pesetas, recibidas con anterioridad, cuando el inmueble en la realidad tenía un valor de 200.000 pesetas. *Sexto:* Que considerando fraudulenta la actuación de los señores C., el actor formuló querella, que fue resuelta en el sentido de que no existía delito por parte de dichos señores. *Séptimo:* Que en las actuaciones seguidas en dicha querella se había evidenciado la conducta maliciosa de los señores C., que habían provocado intencionadamente una confusa situación en relación con la compraventa realizada y con el inmueble objeto de autos. *Octavo:* Que por razones de necesidad impuesta para el mantenimiento del derecho que asistía al actor, y como imperativo de seguridad jurídica determinante de la precisión de impedir que una nueva transmisión de la finca, con la consiguiente inscripción registral, situase en un plano de tercero registral al adquirente y provocase la esterilidad práctica de la acción que ejercitaba, formulaba la presente demanda, omitiendo la observancia del requisito del acto de conciliación que pudiera poner sobre aviso a los demandados, y solicitaba la anotación preventiva de la demanda. Alegó los fundamentos legales que estimó pertinentes, y terminó suplicando que se dictase sentencia, declarando: *Primero:* Nula y sin ningún valor ni eficacia la escritura pública de compraventa formalizada en 15 de noviembre de 1962, entre don J. C. L. y el demandado, en relación con la parcela de terreno objeto de autos. *Segundo:* Declarar nula y sin ningún valor la inscripción causada por la referida escritura pública en el Registro de la Propiedad, ordenando su cancelación. *Tercero:* Declarar válido y eficaz a todos los efectos el contrato de compraventa formalizado el 7 de octubre de 1958, entre don M. C. L. y el actor, en relación a una vivienda y local de negocio, sito en la casa número 23 de la calle de la Bellota, Barrio de Vallecas, de Madrid. *Cuarto:* Condenar al demandado don M. C. L., como vendedor en dicho documento, a recibir las 75.000 pesetas de precio aplazado, e intereses devengados por tal cantidad, desde 1 de enero de 1960, al tipo del 6 por 100 convenido entre ambos, y a don J. C. L., como titular registral del dominio de la finca re-

ferida, a otorgar a favor del actor, escritura pública de compraventa de la vivienda y local de negocio que fue objeto de la enajenación convenida en el documento privado de compraventa, previa segregación de la finca en que la misma se encuentra enclavada, y previa declaración de obra nueva, todo ello en forma adecuada y suficiente para que pueda causar inscripción registral, como unidad hipotecaria independiente, a favor del adquirente. Quinto: Condenar a todos los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones. Sexto: Condenar a los demandados a abonar al actor, en obligación solidaria, los daños y perjuicios que se le han ocasionado con su conducta al formalizar la segunda transmisión del inmueble, en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia. Séptimo: Condenar a los demandados al pago de las costas causadas por el presente procedimiento. Por otrosí solicitó la anotación preventiva de la demanda, y suplicó que por el Juzgado se acordase la misma, a cuyo efecto se dirigiera mandamiento al Registrador de la Propiedad correspondiente.

Compareció solamente el demandado don J. G. G., que se opuso a la demanda. Alegó:

Primero.—Que don M. C. L. había vendido la finca de objeto de autos al actor, sin ser dueño de la misma, por lo que interpuso la correspondiente querella; que era nulo el contrato de 7 de octubre de 1958 y falsa la afirmación de que don M. C. era dueño de la finca, así como que estuviera pendiente de inscripción en el Registro de la Propiedad, porque dicha parcela, perteneciente a don J. R. y otra colindante, ni en 1958, ni con posterioridad, fue de la propiedad del vendedor, y dicha circunstancia, conocida por el actor, había motivado la querella, que en 7 de octubre de 1958, la parcela, que pertenecía a don J. R., y en la que se encontraban más de 10 viviendas independientes; que en 7 de julio de 1961, y mediante escritura pública que causó la correspondiente inscripción, se había adquirido dicha finca por don J. C. L., y el dueño era dicho señor. *Segundo:* Que desconocía lo manifestado por el actor en el correlativo, sobre entrega de determinadas cantidades a don M. C., y rechazaba que, en virtud de documento falso, pudiera tomar posesión de la vivienda y local de negocio que constituía el objeto de dicha compraventa, ya que el vendedor no había sido, ni era, dueño de la finca objeto de la misma. *Tercero:* Que rechaza el correlativo, ya que el contrato, a que se hacía referencia de adverso, era nulo, ya que no podía transmitir facultad dominical alguna don M. C., por no haber sido nunca dueño de la finca; que el demandado había demandado de conciliación a los subarrendatarios de la finca objeto de autos, como acreditaba con la certificación que acompañaba. *Cuarto:* Que rechazaba las manifestaciones contenidas en el correlativo, ya que las mismas se referían a un contrato inexistente, por nulo, así como las referencias a la querella interpuesta. *Quinto:* Que aun cuando fuera real la venta hecha por don M. C., al no ser dueño de la finca vendida, la misma era nula y, en todo caso, ello era una cuestión ajena al demandado señor G. G. *Sexto:* Que la querella promovida por el actor, en relación a la falsa venta, no evidenciaba más que dicho señor fue objeto de engaño por parte de don M. C., pero todo ello era ajeno al demandado. *Séptimo:* Que rechazaba las manifestaciones del actor, en relación con que la conducta maliciosa de los demandados se había puesto de manifiesto en las actuaciones seguidas en la querella instada por el mismo.

El Juzgado dictó sentencia, por la que, estimando en parte la demanda, declaró sin ningún valor ni eficacia la escritura pública de compraventa for-

malizada el 15 de noviembre de 1962, ante Notario, entre don J. C. L. y don J. G. G., relativo a una parcela de terreno, señalada con el número 9, 1.779 de su protocolo; asimismo, declaró nula y sin ningún valor la inscripción causada por la referida escritura pública en el Registro de la Propiedad número 8 de Madrid, y acordó su cancelación; declaró válido y eficaz a todos los efectos el contrato suscrito en documento privado el 7 de octubre de 1958, entre don M. C. L. y don A. C. R., relativo a la vivienda y local de negocio de la casa número 23 de la calle de la Bellota, del Barrio de Vallecas, de Madrid, y condenó al demandado don M. C. L., a recibir las 75.000 pesetas del resto del precio y los intereses de tal cantidad al 6 por 100 desde 1 de enero de 1960; asimismo, condenó a don J. C. L. a entregar a favor de don A. C. R. escritura pública de compraventa de la vivienda y local de negocio que fue objeto del contrato privado, previa segregación de la finca en que la misma se encuentre enclavada, y también la previa declaración de obra nueva, todo en forma adecuada y suficiente para que pueda causar inscripción registral como unidad registral hipotecaria independiente a favor de don A. C. R., condenando a los demandados a estar y pasar por las anteriores, declaraciones, y absolviéndoles del resto de la demanda.

Fue confirmada íntegramente en apelación.

El recurso de Casación no prosperó.

Considerando: Que todo el problema discutido a lo largo del pleito que dio origen al presente recurso de casación no es otro sino el consiguiente a una doble operación de venta de un mismo inmueble, llevada a cabo la primera en documento privado en favor de quien ahora aparece como recurrido, que entró en la efectiva posesión de la finca vendida; mientras que la segunda se verificó en escritura pública, figurando como comprador el causante de quien actualmente recurre, que inscribió en el Registro de la Propiedad, pretendiendo una titularidad jurídica preferente que los juzgadores de instancia han negado, porque carecía del requisito de la buena fe indispensable en cualquiera de los supuestos que contempla el artículo 1.473 del Código civil, incluso en el de su párrafo 2.º, aunque expresamente no lo diga, por imperativos de una interpretación racional y sistemática del precepto, en armonía precisamente con el significado y alcance del Registro de la Propiedad en nuestro Ordenamiento, en especial por el principio de la fe pública y consiguiente legitimación registral que del mismo se deduce, a la manera que aclaró siempre la doctrina, tanto la científica como la jurisprudencial, contenida esta última entre otras muchas, en las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1928, 11 de febrero de 1946, 17 de noviembre de 1959 y 30 de enero de 1960; declaración ésta del Tribunal *a quo*, que se combate en el motivo 1.º del recurso, por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la Ley procesal, donde se alega error de derecho en la apreciación probatoria con pretendida violación del artículo 1.235 del Código civil, relativo a la prueba de confesión judicial, 'diciendo el legislador que «debe hacerse ante el Juez competente bajo juramento y hallándose personado en autos a quién ha de aprovechar», normas y pautas que, sin embargo, son inaplicables en este caso justamente, porque no fue practicada dicha prueba, como tal demuestra el propio recurrente, al alegar que quien debió prestarla había fallecido antes del oportuno momento procesal, ya que lo único que hace el Juzgado de instancias es tratar de formar su propia convicción, al modo que le permite el legislador en esta materia de la buena fe, utilizando cuantos medios pueda tener a su alcance, para concluir que en la segunda venta no existió, como se evidencia con la declaración de uno de los vendedores que puso de manifiesto la anterior operación de

venta al nuevo comprador, como éste mismo reconoció en su sumario incoado, a instancia del primero de los compradores, reconocimiento que fue debidamente testimoniado en estas actuaciones, sin que se pretenda que valga como auténtica confesión judicial, pero que es suficiente a los expresados fines de formación de aquella convicción, contraria a la genérica presunción de buena fe, todo lo cual está evidenciando la sinrazón del alegato y conduce al perecimiento de este motivo.

Considerando: Que el perecimiento de que se acaba de hacer mención, implica también el del segundo y último de los motivos articulados, donde lo único que se pretende es obtener la consecuencia jurídica de lo denunciado en torno a la prueba en el primero, según afirmación del mismo recurrente en su escrito de formalización, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, por entender que medió violación del párrafo 2.º de dicho precepto, porque si no se logró desvirtuar la calificación de mala fe referente a la actuación del segundo de los compradores, cuya causahabiente es quien ahora recurre, no se podrá nunca estar en condiciones jurídicas de alegar en su favor una mejor titularidad jurídica frente a la del que primero compró y adquirió la posesión real de la finca vendida, aunque por hacerlo, a través de simple escritura privada, no hubiese podido inscribir en el Registro de la Propiedad, desestimación particularizada que conduce a la del recurso en su totalidad con los consiguientes pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DOBLE INSCRIPCION. DEBE RESOLVERSE LA PUGNA POR NORMAS ETRICTAMENTE CIVILES. PRINCIPIOS DE PRECLUSION (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1969).

Los antecedentes de la litis están claramente resumidos en los Considerandos 2.º a 4.º Se transcriben todos a continuación.

Considerando: Que para resolver adecuadamente el presente recurso, se hace preciso examinar, en primer lugar, las pretensiones de la parte actora; en segundo término, la oposición de los demandados, y, por último, las afirmaciones fácticas y las apreciaciones jurídicas que sirven de base a la sentencia de instancia para construir la tesis estimatoria de la demanda; siendo también aconsejable alterar el estudio de los dos motivos del recurso, comenzando por el segundo, que pretende demostrar que la entidad actora no tiene el concepto de tercero hipotecarlo, que la sentencia le reconoce, para pasar después al primer motivo, en el que se parte de ese supuesto—como si ya estuviera probado—, y se razona que, por ostentar el carácter de tercero hipotecario solamente, la «Comercial Agrícola, S. A.», debía otorgársele la protección registral que el artículo 38, párrafo 1.º, dispensa a quien ostenta ese carácter.

Considerando: Que las pretensiones que se ejercitaban por la entidad demandante, en el pleito de que dimana el presente recurso, se reducían a que se declare: Primero: Que dicha entidad es propietaria de la finca «Monte Pinar», descrita en el hecho tercero de la demanda, y titular de su dominio inscrito. Segundo: Que los parajes que se describen en dicha demanda, y en la réplica, forman parte de la aludida finca, y, por tanto, que la «Unión Resinera Española, S. A.», es propietaria de los mismos y titular de su dominio inscrito. Tercero: Que en caso de que la titularidad registral de ellos apareciese, asimismo, atri-

buida por la inscripción 2.^a de la finca número 4321, denominada «Sierra de Jatar», que se describe en el hecho 5.º de la referida demanda, a favor de la «Comercial Agrícola, S. A.», sobre esta inscripción debe prevalecer la otra, decretándose su nulidad y ordenándose su cancelación. Cuarto: Que para el caso de que no se reconociese esta prevalencia, o no pudiera determinarse cuál de las dos inscripciones debe prevalecer, se declare la adquisición del dominio de las parcelas litigiosas en favor de «Unión Resinera Española, S. A.», en virtud de la prescripción adquisitiva de más de cincuenta años de posesión. Quanto: Que, en consecuencia de esto último, se acuerde la nulidad de la inscripción 2.^a de la finca número 4325, en cuanto contradice el dominio de la «Unión Resinera Española, S. A.», sobre los parajes aludidos y se ordena la cancelación de la misma, y, por último, solicitaba que se condenase a los demandados a que hicieran entrega de dicho paraje.

Considerando: Que, frente a estas pretensiones de la actora, los demandados transmitentes de la finca «Sierra de Jatar», opusieron que ellos ya la habían transmitido, y los otros demandados, don F. S. B. y «Agrícola Comercial, S. A.», y el sucesor de ésta, don M. M. A. sostuvieron: a) que no se estaba ante una doble inmatriculación, ni podía hablarse de prevalencia de una inscripción sobre otra, sino que se trataba de unos terrenos que eran de esta última entidad, como comprendidos en la finca «Sierra de Jatar», no incluidos en la finca «Monte Pinar», y que nunca fueron poseídos por la «Unión Resinera Española, S. A.», y si por el Ayuntamiento de Alhama de Granada y Jatar; y b) que la demandante no había podido adquirir por prescripción los parajes litigiosos, pues nunca los había poseído o titulado su dueño: terminado, dicha Sociedad demandada, con la súplica de que se declarase que los parajes reivindicados de contrario han pertenecido y pertenecen a la finca «Sierra de Jatar», desestimando la demanda.

Considerando: Que la sentencia impugnada, en vista de esas opuestas pretensiones y de la prueba practicada en apoyo de las mismas, entiende que el primer problema que tiene que resolver es el referente a si los parajes objeto de litis, sobre los que versan las acciones ejercitadas, están incluidos en las inscripciones registrales y títulos de las partes contendientes, y estima que, si bien no ha ofrecido duda la inclusión de la finca «Agrícola Comercial, S. A.», si la ha habido en cuanto a que lo estuvieran también en la finca de la actora, aunque termina por reconocer «que tales parajes se encuentran dentro de la linde del «Monte Pinar»..., inscritos en el Registro de la Propiedad, también a nombre de la Sociedad actora», y, por tanto, «que existe una doble inmatriculación de los parajes de litis», por lo que, «como los dos asientos registrales en pugna, conceden a sus titulares la condición de terceros protegidos, ya que en ambos se reúnen los requisitos que para ello señala el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, los efectos especiales de tal protección han de quedar anulados, y debe dejarse margen a la legislación civil pura, con eliminación de la hipotecaria.

Considerando: Que dicha sentencia, resolviendo el litigio con arreglo a las normas de Derecho civil, proclama que la «Unión Resinera Española, S. A.», puede demostrar título legítimo de dominio y la prescripción adquisitiva de la propiedad de los parajes discutidos, pues ha probado: a) que adquirió a don B. B. B. la finca «Monte Pinar», en escritura pública otorgada el 20 de mayo de 1951, y que este mismo señor y familia retuvieron en su poder la finca «Sierra de Jatar» hasta el 31 de agosto de 1944, en que la vendieron a don A. M. M.; b) que la «Unión Resinera Española, S. A.», comenzó los trabajos de resinación en los parajes que reivindica, en los años 1904 y 1910;

c) que resulta evidente que la entidad demandante ejercitó actos indubitados de posesión sobre dichos parajes en los años que siguieron a la venta, actos que no fueron obstaculizados por el señor B., del que se induce que éste tuvo intención de entregar, y entregó los lugares discutidos, a «Unión Resinera Española, S. A.»; d) que ésta, al tener título, cual fue la escritura de compraventa y el contrato en ella comprendido, tuvo el título y el modo; y e) que, aun cuando así no se considerase, dicha Sociedad ha poseído los parajes litigiosos durante cincuenta años, y que tal posesión ha sido pública y pacífica, pues no fue inquietada en su posesión hasta el año 1954, y, además, se ejercitó de buena fe, dado que tenía justo título que lo amparaba en su posesión.

Considerando: Que sentadas tales afirmaciones fácticas, y no combatidas en el recurso por adecuada vía, éste no puede prosperar, salvo que se demuestre que las normas aplicadas no son las que corresponden a esos supuestos de hecho que tales normas contemplan.

Considerando: Que en el motivo segundo—que es el primero que debe ser examinado, por constituir soporte necesario del otro que se formula—se alega que se infringe, por interpretación errónea, el artículo 13 de la Ley de 15 de agosto de 1873, declarado aplicable por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al reputar como tercero a «Unión Resinera Española, S. A.», sosteniéndose, en dicho motivo, que la inscripción que protege a tal entidad, por haber sido practicada fuera del plazo que aquellas Leyes señalan, no podía perjudicar a quien como «Agrícola Comercial, S. A.», tenía el carácter de tercero hipotecario.

Considerando: Que como semejantes alegaciones no se esgrimieron en los escritos de contestación y de súplica, es evidente que, de conformidad al principio de preclusión que informa nuestro Ordenamiento procesal, no pueden ser tenidas en cuenta, sin que su posterior y extemporánea invocación en el acto de la vista de la segunda instancia, ni su innecesario examen por la Audiencia, tengan virtualidad para despojarles de su cualidad de cuestiones nuevas que no pueden ser decididas en la casación; ello parte de que, ni las reinscripciones practicadas fuera de plazo, tienen esos limitados efectos que la recurrente quiere achacarles, ni le hace perder el carácter de tercero hipotecario a la entidad demandante, mientras no se demuestre, por adecuada vía, que son inexactos los hechos que la sentencia toma como base para atribuirles tal condición.

Considerando: Que al no poder prosperar el motivo segundo, tiene también que perecer el primero, que sostiene que la sentencia recurrida comete la violación del párrafo inicial del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al negar a «Agrícola Comercial, S. A.», de su condición de tercero hipotecario y despojarle de los derechos que adquirió, según el Registro, en virtud de causas que en él no constaban; y tiene que perecer también, porque no es exacto que se le haya negado su condición de tercero, ya que lo real y cierto es que tal condición se les reconoce a las dos entidades litigantes, negándoles la protección registral a ambas por ser sus inscripciones contrarias entre sí, en cuanto a los parajes litigiosos, que aparecen comprendidos en una y otra.

Considerando: Que, en último término, la solución adoptada por la sentencia que se combate es correcta, porque, si bien con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Hipotecaria antes de su última reforma, en el supuesto de dos inscripciones contradictorias de dominio, debía prevalecer la más antigua, y así lo habían proclamado las sentencias de 12 de mayo de 1871 y 13 de enero de 1916, ahora, después de tal reforma, y con sujeción a lo que

se previene en el artículo 313 del Reglamento, no puede seguirse ese criterio, sino que el órgano jurisdiccional, ante la contradicción que el Registro ofrezca, tiene que considerar inoperantes las normas hipotecarias, y debe resolver la cuestión por las normas estrictamente civiles, como ya han declarado las sentencias de esta Sala, de 20 de abril de 1950, 18 de mayo de 1953 y 10 de enero de 1962.

La doble inscripción, como es sabido, es uno de los fallos de la institución registral. Mientras llega el remedio para evitlarla, consolémonos (aunque sea el clásico consuelo del refrán) pensando que, como dice LACRUZ, se produce en todos los sistemas, según lo demuestran la jurisprudencia alemana y suiza.

La legislación española nada dice acerca de cuál es el asiento que debe prevalecer en el supuesto de doble inmatriculación; es decir, acerca de cuál es el folio digno de protección o «folio legítimo» y cuál el «pseudofolio» en terminología de RAMDHOR. Sólo tenemos el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, que regula un medio para advertir, para publicar la doble inscripción, no para resolver el problema.

La Jurisprudencia ha tenido que ir llenando esta laguna. La sentencia que estudiamos sienta claramente el criterio de que han de prevalecer las normas de Derecho civil puro. Esto significa, comenta Roca, que la fe pública registral queda neutralizada. Las normas hipotecarias se inhiben. El problema planteado ha de resolverse conforme al Derecho civil.

En definitiva, este criterio de inhibición de las normas hipotecarias es el que preconizan la mayoría de los autores: WOLFF (en aquello que las inscripciones se contradigan, nadie puede invocar para sí la que le favorezca), WIELAND (la fe pública actúa por igual respecto de cada hoja, pero las inscripciones contradictorias se excluyen).

Del examen de la Jurisprudencia llega Roca a la conclusión de que la regla general es la referida de aplicación de las normas del Derecho civil; pero que en ciertos casos, en que la doble inmatriculación está lograda con facilidad o concurriendo circunstancias especiales que atribuyan débil consistencia a la ulterior inmatriculación, procede aplicar el criterio de la prevalencia de la hoja registral de finca, cuya inmatriculación sea más antigua, por ser la primera que acudió al Registro.

Aprovechamos la ocasión para insistir en la necesidad de armonizar un buen Catastro con el Registro, único medio de evitar, en lo posible, las dobles inmatriculaciones. No se deben regatear esfuerzos ni sacrificios de ninguna clase para lograrlo. Los frutos los compensarían con creces.

**APLICACION DE LOS ARTICULOS 1.º 9.º Y 38 DE LA LEY HIPOTECARIA
Y DE LOS ARTICULOS 348 Y 353 DEL CODIGO CIVIL. DOBLE INSCRIPCION (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1969).**

El demandante M. F. C. expuso, en síntesis: Que era propietaria de la casa que describía. La pared medianera, en la fachada principal, separa la casa dicha del demandante de la de doña M. M. V. de forma tal, que corresponde a la primera tres de los huecos de tal fachada y los dos restantes a la casa de la segunda. Que el piso ático de la casa, propiedad de doña M. F. V., se halla arrendado desde hace años al también demandado don

B, quien, con conocimiento de la citada señora, ha construido en la terraza de dicho ático clandestinamente, y sin autorización del Ayuntamiento, una habitación suplementaria, ocupando aproximadamente la mitad de la parte de tal terraza correspondiente a la cubierta de la habitación, cuya ventana cae encima del portal de entrada de ambas casas. Que al construir la habitación a que se refiere el anterior, se realizaron en la cubierta y terraza de la casa de doña M. F. V. distintos acondicionamientos para el desagüe de las aguas pluviales que, por consecuencia de los mismos, vierten desde entonces indebidamente en la finca de don M. F. C., produciendo filtraciones, humedades y goteras en los pisos de ésta; que tal situación hubiera podido remediarse con un gasto mínimo; pero a pesar de ello, la señora F. se negó a la realización de dichas obras. Que la abusiva edificación en la parte de la terraza del ático de la casa de don M. F. C., de la habitación suplementaria de la misma planta de la casa de doña M. F. V., ocupada por don B., impidió, además, que por el demandante se pudiese elevar otra planta a su propiedad y acondicionar debidamente la del referido ático, causándole con ello graves perjuicios. Que también doña M. F. C. se ha apoderado del local, que ha cerrado con un tabique de madera y tiene cedido en arrendamiento, y que está sito bajo el piso del portal y escalera común, entre la pared de la izquierda entrando de la caja de ésta, que es la divisoria entre ambas propiedades, y la escalera de bajada al sótano. Terminó suplicando se dictara sentencia, declarando que la parte de la terraza del ático de la casa descrita, correspondiente a la izquierda, entrando, delimitada por la pared divisoria o medianera, sobre la que hay construida parte de la habitación suplementaria del piso ático de la casa propiedad de doña M. F. V., así como el local del sótano emplazado bajo el portal y escalera, pertenecen en propiedad por estar enclavadas dentro de sus límites, al demandante, condenándose a ambos demandados a entregar, sin indemnización alguna, al demandante, la aludida parte de la terraza del ático, y a doña M. F. V., además, a entregar, asimismo, al actor el local del sótano descrito, y a ambos a que se abstengan de todo acto perturbador del derecho dominical de don M. F. C., imponiéndoles, además, las costas.

La demandada, doña M. F., se opuso a la demanda y formuló reconvencción. La sentencia de 1ª instancia desestimó la demanda y la reconvencción, y fue confirmada por la Audiencia. El Tribunal Supremo no accedió a la Casación.

Considerando: Que el primer motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la inaplicación en la sentencia recurrida del artículo 1.º, en su párrafo 3.º, del 38 y del número 1.º del 9.º, todos de la vigente Ley Hipotecaria, basándose para ello en que tiene inscrita su parte de finca en el Registro de la Propiedad, sin carga, ni limitación alguna, y como a ella pertenecen las dos habitaciones sitas, respectivamente, en el centro de los pisos 1.º y 2.º de la casa, que se introducen en la otra mitad del inmueble, le pertenece todo lo que está sobre y bajo ellas y, en consecuencia, más de la mitad del ático y del sótano en que ha construido la recurrida, pidiendo su demolición; y habida cuenta que del estudio de lo actuado se desprende que, al fallecimiento de la propleitaria de la casa en cuestión, se dividió ésta verticalmente en dos partes, correspondiendo a cada una de ellas la mitad, señalándola en la escritura particional una misma extensión e iguales características en todas sus plantas, si bien como de hacerse perfecta resultarían partida una habitación del piso 1.º y otra del 2.º situada sobre la anterior, que quedarían excesivamente reducidas, los herederos convinieron en adjudicar tales habitaciones a una de las partes, que

es la que hoy pertenece al recurrente y manteniendo la división normal en las otras plantas, sin dejar constancia de ello en el cuaderno particional y, consecuentemente, tampoco en las inscripciones registrales que la división produjo: es evidente que la inscripción registral que ampara al recurrente sólo protege la mitad de la finca y no el pequeño enclave en la otra mitad, y no se ha cometido la inaplicación de los preceptos aducidos y no puede prosperar el motivo, máxime que a lo sumo, y como la otra mitad de casa también está inscrita con toda la extensión y sin carga ni limitación alguna, respondiendo exactamente a la escritura de división, se contemplaría un caso de doble inscripción del trozo de referencia, que habría de resolverse, como se ha en la sentencia impugnada, conforme a los títulos civiles de los interesados.

Considerando: Que sentada la anterior doctrina perecen los motivos 2.º y 3.º del recurso, por el mismo cauce procesal que el anterior, y en que se alega la inaplicación en la resolución impugnada de los artículos 350 y 348 del Código civil, respectivamente, ya que si la casa se dividió originariamente en dos partes iguales, según la escritura de protocolización de las operaciones particionales de la herencia, aunque después, y por razones prácticas, se incluye en una de ellas una parte de dos habitaciones de la otra por no resultar partibles, con perfecta conformidad de los herederos adquirentes; ello no puede significar que la concesión del enclave, en dos pisos, supusiera esa misma concesión en las restantes plantas del edificio, que incluso llevaría a la propiedad exclusiva del portal y de escalera, únicos que tiene la finca y de uso común, a favor de uno de los propietarios, al estar colocados debajo de las habitaciones de referencia.

Considerando: Que, por último, se articula un cuarto motivo, sustentado en el número 7.º de tan repetido artículo 1.692, alegando error de hecho en la apreciación de las pruebas por la sentencia recurrida, señalando como documento auténtico que lo acredite el cuaderno particional de la herencia de que se viene haciendo referencia, para deducir que, como en la descripción de las dos mitades de la casa, se reseña primero la que hoy es propiedad del demandante recurrente, y en la siguiente se limita a decir que «el resto», o sea, lo que queda una vez segregado el otro lote, debe comprenderse la cabida del trozo de habitación enclavada a su favor en las restantes plantas y, por ende, en su prolongación, tanto hacia el cielo como hacia el fondo de la tierra; y habida cuenta que, como queda expuesto, la casa se dividió en dos partes iguales, y únicamente para resolver el problema de división de dos habitaciones prácticamente indivisibles, se adjudicaron a la parte que hoy pertenece al recurrente; es visto que el haber logrado tal beneficio no le autoriza a extenderlo a las restantes plantas, y perece el motivo y con él el recurso en su totalidad.

B. M. B.

II. DERECHOS REALES

ACCION REIVINDICATORIA. «La acción para pedir la nulidad de un contrato tiene que dirigirse necesariamente contra todas aquellas personas a cuyo derecho atañe. Nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio» (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE JUNIO DE 1968)

Antecedentes.—La Comunidad de Vecinos de un Municipio formuló, ante el Juzgado de Primera Instancia, demanda de mayor cuantía contra el Estado y el Ayuntamiento, sobre acción reivindicatoria, basándola en que dicha Comunidad es titular y poseedora por compra inscrita de determinado monte que, por haber sido incluido en el Inventario de Bienes del Ayuntamiento, éste lo ofreció al Patrimonio Forestal del Estado, que realizó en él obras de repoblación forestal, siendo incluido en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública; que los organismos oficiales se habían negado a reconocer este derecho de propiedad de los demandantes, que agotaron la vía administrativa ante el referido Ayuntamiento y el Ministerio de Agricultura, finalizando la demanda con la súplica de que se dictase sentencia, declarando que la finca es de la propiedad privada y exclusiva de los demandantes; que ha sido indebidamente incluida en el Catálogo de Montes y en el inventario municipal, de los que procede su exclusión; y que se declaren nulos los contratos o convenios concertados por los demandados.

Por el Abogado del Estado y el Ayuntamiento se contestó a la demanda, negando que los demandantes sean propietarios de tal monte y que el Ayuntamiento ha realizado actos posesorios en el mismo, por lo que suplicaban se dictase sentencia, declarándolo de propiedad municipal, por cuya razón debe permanecer incluido en el Catálogo y ser válidos, en consecuencia, los acuerdos celebrados.

La sentencia de la 1ª instancia declaró el monte de la propiedad privada y exclusiva de los demandantes y condóminos; su exclusión del Catálogo e Inventario Municipal; aplicando, en cuanto a la superficie repoblada el artículo 361 del Código civil, de no preferir las partes que los demandantes se subroguen, en lugar del Ayuntamiento, en el convenio celebrado con el Patrimonio Forestal. Apelada esta sentencia, fue confirmada por la Audiencia Territorial. Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley por el Abogado del Estado, fundado en el motivo único—art. 1.692, 1.º, L. E. C.—de no haber sido oído el Patrimonio Forestal del Estado, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, casando la sentencia de la Audiencia Territorial, y dicta nueva sentencia por la que:

Considerando: Que, con arreglo al artículo 1745, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta sentencia ha de contraerse al extremo respecto del cual ha recaído la casación, que no es otro que el relativo a la acción de nulidad del consorcio o concierto sobre repoblación forestal, celebrado por el Ayuntamiento demandado y el Patrimonio Forestal del Estado, acción cristalizada en el apartado f) de la súplica de la demanda, acerca de la cual no puede recaer pronunciamiento de fondo, por no haber sido demandado ni haber sido oído el referido patrimonio

Fallamos: 1.º Que la finca es de la propiedad privada y exclusiva de los demandantes y demás condóminos en beneficio de los cuales accionan. 2.º Que procede que dicha finca sea excluida del Catálogo e Inventario de Bienes Municipales. 3.º Que procede que por las entidades demandadas, en la medida que les afecte, se deje a la disposición de los demandantes y demás condóminos el monte referido.

DECLARACION DE DOMINIO. «*Las calificaciones y apreciaciones del Tribunal habrán de atacarse en el recurso con la cita de la Ley o doctrina legal infringidas por la Audiencia o demostrando que al hacerlas ha incurrido la misma en error de hecho o de derecho en la valoración de las pruebas*» (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE DICIEMBRE DE 1968).

Antecedentes.—La demanda dirigida contra el Abogado del Estado en representación de la Administración Pública y el Alcalde Presidente del Ayuntamiento, sobre acción declarativa de dominio de un monte, establecía, en síntesis, los siguientes hechos: Que por escrituras públicas de los años 1901 y 1914, los demandantes y la Comunidad de Vecinos, en cuyo beneficio actúan, son dueños de determinadas fincas, que han venido poseyendo ininterrumpidamente como causahabientes y legítimos sucesores de los adquirentes. Que en el *Boletín Oficial* de la Provincia se publicó un anuncio de subasta de pinos, muchos de los cuales se encuentran situados en terrenos de la comunidad vecinal, sobre los que, además, los empleados del Ayuntamiento ejecutan actos de posesión. Que dichas fincas no están incluidas en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, finalizando con la súplica de que se dicte sentencia, declarando que las referidas fincas son de propiedad de los vecinos; su no inclusión en el Catálogo o, en caso contrario su exclusión.

Por el Abogado del Estado y representación del Ayuntamiento se contestó a la demanda, negando la titularidad invocada por los demandantes, la no identificación de las fincas, según resultan de las escrituras presentadas, y en el hecho de que ninguno de los actores figuren como adquirentes en las referidas escrituras.

La sentencia de la 1.ª instancia declaró que las fincas son de la propiedad de los vecinos y que no están comprendidas en la descripción del Monte catalogado. Interpuesta apelación, se confirma el fallo por la Audiencia. Formalizado recurso de casación por infracción de Ley por el Abogado del Estado, fundado en el motivo único—art. 1692, 1.º, L. E. C.—, violación de la reiterada doctrina de que la relación jurídica procesal debe estimarse definitivamente mal constituida cuando no estén en el pleito todos aquellos que de cualquier forma se encuentren afectados por la resolución que se demanda de la autoridad judicial, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, en base a la siguiente doctrina:

Considerando: Que los argumentos esgrimidos en el motivo para sustentar la tesis defendida en el mismo pueden reducirse a tres: a) Que la acción ejercitada por los demandantes no merece la calificación de declarativa, sino de condena, y, específicamente, la reivindicatoria. b) Que ninguno de los primitivos compradores de las fincas litigiosas figura como demandante, ni los actores justifican cómo se ha producido la transmisión de dominio a su

favor o al de la comunidad de vecinos. c) Que el monte, integrado por aquellas fincas, está dividido en parcelas y atribuido individualmente a las personas que nominativamente se citan en un informe obrante en autos, con la extensión y linderos que se concretan en el mismo.

Considerando Que, respecto a la calificación de la acción ejercitada, se limita el recurrente a enarbolarse la suya frente a la de la Sala sentenciadora, pero sin aducir al efecto la infracción de Ley o doctrina legal en que haya podido incurrir el Tribunal, cuya calificación debe prevalecer, por no haber sido atacada en forma. En cuanto al segundo de los argumentos indicados, basta notar, de una parte, que la prueba de las transmisiones de dominio, operadas desde la adquisición realizada por los primeros compradores, no puede ser examinada por el cauce del artículo 1692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de otra, que el juzgador de instancia establece que, aun cuando los primitivos compradores de las fincas no fueren todos los vecinos del lugar, no puede olvidarse que, desde 1914 hasta la actualidad, el estado posesorio sería suficiente para que la acción declarativa de dominio prospere, apreciación que apunta a la adquisición de la copropiedad por usucapión, que tampoco es combatida adecuadamente por el que recurre. Finalmente, respecto a la pretendida división de las fincas que forman el monte litigioso, la sentencia impugnada sostiene que dicho monte es «de propiedad privada de los vecinos en forma de comunidad romana», «proindiviso entre sus dueños», los que realizan en común los aprovechamientos de leñas, esquileo, corta de arbolado y pastoreo, roturando en ocasiones porciones de ese monte común, lo que se hace dividiendo el monte en tantos lotes como partes principales vienen determinadas en los títulos y en el uso, y la adjudicación se decide por la suerte generalmente, con lo que el reparto no es igualitario, sino proporcional al derecho que cada uno representa en la comunidad (no obstante, estas roturaciones suelen ser temporales), recibiendo cada porción el nombre de «senaras»; apreciación que tampoco es atacada en el recurso con la cita de la Ley o doctrina legal infringidas por la Audiencia o demostrando que al hacerla incurrió la misma en error de hecho o de derecho en la valoración de las pruebas, por todo lo cual se impone la desestimación del motivo.

DIVISION MATERIAL DE FINCA URBANA. *«Incurre en incongruencia por 'extra petita' la sentencia que deniega lo que nadie ha solicitado»* (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE DICIEMBRE DE 1968).

Antecedentes.—Se formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía sobre división de finca urbana, exponiendo los siguientes hechos: Que determinada finca urbana pertenecía por mitades indivisas y por título hereditario a dos hermanas, las cuales, por documento privado, pactaron todo lo relativo a la división material del inmueble, haciendo dos lotes que se distribuirían por sorteo, sin posibilidad de ulterior reclamación. Que aun cuando el resultado del sorteo no se hizo constar por escrito, ambas titulares tomaron posesión de sus lotes respectivos, realizando actos de división material y llevaron a cabo la separación de la Contribución Urbana de las fincas resultantes de la división. Fallecidas ambas titulares, los herederos de una—hoy demandados—no han solemnizado todavía por escritura pública la referida división material, por lo que se suplica sentencia en la que se declare que la finca fue objeto de tal di-

visión, en virtud de contrato y posterior ejecución de obras y en la que se ordene a los demandados como únicos herederos a estar y pasar por la anterior declaración, y a otorgar, en unión de los demandantes, la escritura pública de la expresada división y adjudicación. La contestación a la demanda se basó en la subsistencia del estado de copropiedad en vida de los titulares y de sus sucesores, negando que tenga realidad la descripción que se hace del inmueble, por lo que habrá de estarse a lo que resulta del Registro donde figura inscrito por mitades indivisas, sin que la separación de la Contribución Urbana acredite la propiedad individualizada, al tiempo que se alega la excepción de prescripción.

La sentencia de 1.ª instancia, estimando la demanda, señala que la finca fue objeto de división material entre los causantes de los hoy litigantes, en virtud de contrato que aquéllos suscribieron, y condena a los demandados a otorgar conjuntamente ante Notario, en unión de los demandantes, la correspondiente escritura pública de división y adjudicación con apercibimiento de que será otorgada por la Autoridad judicial, si no lo hicieran éstas voluntariamente después de requeridas para ello. La Audiencia Territorial, estimando la excepción de prescripción e inadecuación del procedimiento para elevación a escritura pública que se postula en la demanda, revoca en este único extremo la sentencia apelada.

Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley en base a los artículos 1.692, 1, 2, 3, 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por los demandantes, el Tribunal Supremo casa la sentencia dictada por la Sala y confirma en todas sus partes la del Juzgado, en méritos de la siguiente doctrina:

Considerando: Que tiene declarado esta Sala que incurre en incongruencia por *extra petita* la sentencia que deniega lo que nadie ha solicitado, defecto procesal que vicia la hoy impugnada, puesto que estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado, respecto al pronunciamiento que condena a los demandados a otorgar conjuntamente ante Notario, en unión de los actores, la correspondiente escritura pública para solemnizar la división y adjudicación de la finca litigiosa, por estimar, a su vez, la excepción de prescripción para elevación a escritura pública del documento privado «que se postula en la demanda», extremo, este último, inexacto, ya que los demandantes no restringieron su pretensión a que se diese forma pública al negocio jurídico anteriormente revestido de forma privada por el citado documento, sino que, por no contener éste más que una parte, siquiera fuese la básica, del total supuesto determinante del doble efecto jurídico, consistente en la extinción del condominio romano por cuotas y en la constitución del inmueble en régimen de la llamada propiedad horizontal, y por no haberse completado dicho supuesto, sino con la posterior realización del sorteo para la adjudicación de los lotes y con la ulterior ejecución de las obras necesarias para materializar la división, lo que expresamente pretendieron en la demanda fue que se condenara a los interpelados a que cooperaran con la oportuna declaración conjunta al otorgamiento de la escritura pública que solemnizara la división y adjudicaciones, esto es, a formalizar públicamente el total supuesto originador, en el caso concreto, del doble efecto jurídico antes apuntado; razones que imponen la estimación del motivo primero—art. 1.692, 2.º, L. E. C.—de infracción por violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual las sentencias deben ser congruentes con las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito.

III. CONTRATOS

FUERZA VINCULANTE DEL CONTRATO: HONORARIOS DE LETRADO.

Marco Medina c. Remiro Velazquez (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1968).

Habiendo prestado, el hoy demandado, determinados servicios como Letrado al demandante, éste remitió a aquél para su pago un talón con la cantidad en blanco, acompañado de una carta. El Letrado consignó la cifra de 200.000 pesetas e hizo efectivo el talón. Estimando excesiva dicha cifra, el actor solicita en su demanda que el demandado libre y le entregue minuta detallada de los trabajos profesionales realizados, con expresión del justo precio que les atribuye, y de resultar sobrante lo entregue, todo ello sin perjuicio del derecho a impugnar tales honorarios ante quien y como corresponda. Estimada la demanda en ambas instancias, el demandado recurre en casación, y el Tribunal Supremo estima el recurso y dicta sentencia, absolviendo al demandado, con fundamento en la siguiente doctrina:

Considerando Que al haber expresado el recurrido, en su carta de 16 de mayo de 1964, su conformidad con la suma que el otro litigante fijara en concepto de honorarios por los trabajos profesionales que le había prestado, y al haber éste señalado la cantidad que estimó conveniente en el cheque que a tal fin se le remitió, es evidente que la declaración que contiene la resolución que se impugna, relativa a que dichas partes no convinieron el precio de tales servicios, pugna abiertamente con la manifestación de voluntad reflejada en aquel documento, y que éste, por sí mismo, de forma evidente y sin acudir a hipótesis o deducciones, patentiza lo contrario de lo que el juzgador de instancia afirma, por lo que debe prosperar el primer motivo del presente recurso, en el que se denuncia dicho vicio *in iudicando*, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, sucediendo lo mismo con el segundo, dirigido por el cauce formal del número 1.º de dicho precepto, porque aquella manifestación de la sentencia, y la facultad que otorga al demandante de impugnar la suma indicada, infringe en el concepto expresado en el recurso los artículos 4.º, párrafo 2.º, 1.088, 1.089 y 1.254 del Código civil, que autorizan a los particulares a renunciar a sus derechos, salvo que lo hagan en oposición al interés o al orden público, o en perjuicio de tercero y que imponen a los contratantes el cumplimiento de las obligaciones por ellos convenidas, así como el principio general de derecho *venire contra factum proprium non valet*, reconocido, entre otras, en las sentencias de esta Sala de 30 de enero de 1963 y 27 de enero de 1966, por lo que debe casarse la sentencia recurrida, sin necesidad de entrar en el análisis del tercer motivo.

COMPRAVENTA: RESOLUCION POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO. Zoyme, S. A., c. Cruz Sancho (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1968).

El Tribunal Supremo estima el motivo 1.º del recurso, que denuncia la aplicación indebida del artículo 1.504 del Código civil, manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que es doctrina de esta Sala que los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil no se eluden entre sí, sino que se complementan, en el sentido de que la regla que, con carácter general para toda clase de obligaciones recíprocas contiene el primero, hace aplicación, de modo específico y concreto, el segundo, cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, se hubiera estipulado o no que, por falta de pago del precio en el tiempo convenido, tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, prohibiéndose, es cierto, que se le conceda judicialmente un nuevo plazo después de efectuado el requerimiento, pero permitiéndose que hasta que éste tenga lugar el comprador pueda realizar el pago, aunque haya transcurrido el término establecido por las partes, y, sobre todo, exonerando a dicho comprador de los efectos resolutorios, si no se patentiza, de manera indubitada, la voluntad del mismo deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido.

ARBITRAJE: PUNTOS NO SOMETIDOS A DECISION DE LOS ARBITROS
(SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1968).

Contra el laudo dictado por árbitros de equidad, se interpuso recurso de nulidad, al amparo del número 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el número 4.º del artículo 10 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, por entender que habían resuelto puntos no sometidos a su decisión. El Tribunal Supremo desestima el recurso, reiterando la doctrina mantenida en la sentencia de 23 de mayo de 1967 y las que en ella se citan, según la cual, «si bien es cierto que los árbitros de equidad no pueden traspasar los límites del compromiso, también lo es que no están obligados a interpretar con restricciones las facultades que les están encomendadas, apartándose de la misión amistosa y cordial que les ha sido conferida», y también la mantenida en las sentencias de 13 de mayo de 1960 y 4 y 16 de mayo de 1962, entre otras, conforme a las cuales, «la naturaleza y finalidad del arbitraje de equidad permite una mayor elasticidad en la interpretación de sus términos, sin atenerse, en cuanto a si hubo o no exceso jurisdiccional, a la literalidad de las cláusulas compromisorias, procurando inducir la voluntad de las partes, que es la fuente generadora de la jurisdicción arbitral, por el conjunto de todas ellas».

ARBITRAJE: PLAZO PARA DICTAR EL LAUDO. Infante Martín c. Farré Codina (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1968).

Conforme al auto por el que se declaró la formalización judicial del compromiso, el plazo, dentro del cual los árbitros deberían de pronunciar el laudo, se fijó en cuatro meses, prorrogables por otros dos. El citado auto se notificó al último de los árbitros designados el 27 de octubre de 1966, y los tres árbitros otorgaron la escritura pública de laudo arbitral el 18 de abril de 1967. El recurso de nulidad se funda en el inciso 1.º del número 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haberse dictado el laudo fuera de plazo con infracción, por no aplicación del párrafo 1.º del artículo 25 y del artículo 18 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, ambos en relación con el número 4.º del artículo 17 de la misma Ley, y los artículos 7.º, 1.089 y 1091 del

Código civil y doctrina legal que se cita. El Tribunal Supremo desestima el recurso, manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que... apareciendo que la formalización del laudo arbitral fue acordada judicialmente por auto de 17 de junio de 1966, en cuya parte dispositiva se señalaba un plazo de cuatro meses, prorrogables por otros dos, para que los árbitros pronunciaran su laudo y que los árbitros notificaron a las partes que hacían uso de la prórroga, y que éstas no recurrieron tal acuerdo, sino que, por el contrario, instaron durante dicha prórroga la práctica de diversas pruebas, concluyendo por escrito, es evidente la inexistencia de las infracciones denunciadas, por cuanto, en primer lugar, como tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias, entre otras, de 23 de noviembre de 1960 y 6 de febrero de 1962, no es exigible el otorgamiento de escritura pública cuando, para la formalización del compromiso, se acude al procedimiento judicial que regula el artículo 10 de la Ley, y siendo ello así, también resulta innecesario para hacer uso de una prórroga ya concedida judicialmente, y, en segundo lugar, consta de modo concluyente la conformidad de las partes con el uso de la prórroga por los árbitros, por lo que la posterior disconformidad de una de ellas resulta jurídicamente irrelevante al conculcar el principio del respeto a los actos propios.

ARBITRAJE: PLAZO. CONDENA EN COSTAS. Subirana Subirana c. Constructora Sagies, S. A. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1968).

Los tres motivos del recurso de nulidad se amparaban en el número 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando en el 1.º que el laudo se había dictado fuera del plazo señalado en el auto, por el que se declaró la formalización judicial del compromiso: en el 2.º, que los árbitros resolvieron puntos no sometidos a su decisión, y en el 3.º, por el mismo fundamento, por incurrir los árbitros en evidente extralimitación al condenar al ahora recurrente en las costas derivadas del arbitraje. El Tribunal Supremo desestima el recurso, manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando. Que establecido en el auto de formalización judicial del compromiso que los árbitros deberían emitir el correspondiente laudo de equidad dentro del plazo de dos meses, a partir de su aceptación del cargo por el último, habiéndose efectuado esta aceptación el día 12 de mayo de 1967 y emitido el laudo el 11 de julio siguiente, no puede estimarse que éste fue dictado fuera de plazo, pues es doctrina de este Tribunal Supremo, manifestada últimamente en la sentencia de 19 de febrero de 1965, que, salvo voluntad contraria, manifestada claramente por el otorgamiento u otorgamientos del plazo, ha de excluirse del cómputo el día de la aceptación, debiendo contarse aquél desde el siguiente; doctrina que precisamente es la que informa la sentencia de esta Sala de 23 de enero de 1946, invocada inexplicablemente para tratar de apoyar la tesis contraria del motivo primero, el que, por consiguiente, tiene que perecer.

Considerando: Que acordado en el mismo auto que los árbitros deberían emitir el laudo, entre otros extremos y cuestiones, sobre las condiciones de la venta de la finca en pública subasta, sin limitación alguna, y sobre cuál de las partes habría de pagar los gastos del arbitraje, es llano que

los árbitros no resolvieron puntos no sometidos a su decisión al determinar, como una de las condiciones de dicha subasta, la cantidad que había de servir de tipo para la misma y al declarar la obligación del hoy recurrente a satisfacer la totalidad de las costas derivadas del arbitraje, a cuyo pago se le condena, por lo cual, y en atención también a que no procede un recurso de esta especie por supuestas omisiones o deficiencias del laudo, se impone la desestimación de los dos últimos motivos.

ARBITRAJE: AMBITO DEL RECURSO DE NULIDAD (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1968)

El recurso de nulidad que la sentencia desestima, se interpuso al amparo del número 3.º del artículo 1691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 359 del mismo texto legal, por entender el recurrente que el árbitro había resuelto puntos no sometidos a su decisión, incurriendo el laudo en incongruencia. El Tribunal Supremo, después de negar la existencia de dicha incongruencia, comparando la escritura de compromiso y el laudo recaído, reitera la doctrina ya mantenida en las sentencias de 8 de junio de 1904, 18 de enero de 1905, 14 de marzo de 1923 y 17 de abril de 1943, según la cual, «conforme al terminante precepto del número 3.º del artículo 1691 ya citado, la misión del Tribunal es dejar sin efecto lo que pueda constituir exceso en el laudo respecto de las atribuciones concedidas al árbitro, pero no puede corregir sus deficiencias u omisiones, que es lo que denuncia el recurso».

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: CARGA DE LA PRUEBA. Guiridi Arregui c Puchades Bartual y Rodríguez Pérez (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1968).

Como consecuencia de un accidente de circulación, se siguió el correspondiente sumario, en el que recayó auto de sobreesimiento provisional y, posteriormente, el dueño de uno de los vehículos promovió el juicio de mayor cuantía a que ha puesto fin la presente sentencia. En ambas instancias fueron condenados los demandados a indemnizar los daños sufridos en el camión del demandante, por lo que dichos demandados recurrieron en casación, al amparo de diversos motivos, no prosperando el recurso e interesando destacar la doctrina mantenida en el Considerando 3.º, que dice:

Considerando: Que en igual caso se encuentra el motivo 4.º y último, donde los recurrentes denuncian la infracción, por violación, en el sentido de inaplicación del artículo 1.214 del Código civil y de la «teoría o doctrina legal y jurisprudencial que comprende sobre la carga de la prueba», porque lo que sí constituye doctrina legal, manifestada explícitamente desde la sentencia de 10 de julio de 1943, es que, si bien el criterio de la responsabilidad objetiva en los daños causados en la circulación vial no está consagrado en nuestro Código sustantivo, esto no excluye que en los casos, como el presente, en que resulte evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa, pueda presumirse ésta y atribuir al autor del daño la carga procesal de desvirtuar la presunción de hecho, bien entendido que para no tomar en cuenta la antijurisdicción y la culpa, si en prin-

cipio existen, es necesario demostrar que el autor del hecho causal había cumplido con el deber de diligencia y cuidado, atendidas las circunstancias del caso concreto y la situación personal del agente, demostración que no llevaron a cargo los recurrentes.

En el Considerando 2º se dice también:

Considerando: Que... a efectos de la casación civil, no ostenta el carácter de documentos auténticos la diligencia de inspección ocular practicada por la Guardia Civil, primero, y por el Juzgado de Paz, después, incorporadas ambas al sumario referido, ni la diligencia de reconocimiento judicial practicada en el proceso que ha dado origen al presente recurso, ni menos, si cabe, al escrito de réplica formulado por la parte actora.

ARRENDAMIENTOS.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA.

Siendo elemento esencial propio o específico del contrato de arrendamiento el pago de un precio cierto y determinado como contraprestación de la entrega del uso o goce de una cosa, no existe tal contrato cuando en el documento del que se pretende deducir dicha relación no se señala renta ni se fija duración y sólo se habla de la ocupación o retención de la casa mientras no se amortice una cantidad anticipada para obras, a razón de 40 pesetas al mes; es decir, que el pago no se hace en atención al uso, por lo que no tiene carácter de renta o merced (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1969).

Con fundamento en la anterior doctrina, el Tribunal Supremo niega legitimación para ejercitar el derecho de retracto legal del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos al presunto inquilino o arrendatario.

DONACION DE VIVIENDAS: ORDEN DE PRELACION. *Conforme al artículo 54 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, las viviendas han de ser semejantes o parecidas, no exigiendo que sean iguales, y el que sean de altura en un piso inferior o superior, si no iguales, si pueden apreclarse semejantes o parecidas, ya que la semejanza es la relación entre cosas análogas o similares, la apreciación de cuyo concepto reserva la Ley al arbitrio del Tribunal (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1969).*

DENEGACION DE PRORROGA: EDIFICACION PROVISIONAL. *La relación que hace el artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no agota las razones por las cuales una edificación ha de estimarse provisional, pues este concepto puede estar determinado por un conjunto de circunstancias que la hagan inadecuada al lugar de su emplazamiento, en relación con las Ordenanzas Municipales, y, en definitiva, con el aprovechamiento del valor del lugar en que está ubicada.—PREAVISO. El plazo de un año a que se refiere el artículo 91 es tope mínimo para no poder demoler antes, pero no obliga a que la demanda se haya de presentar inmediatamente de transcurrido, aun cuando éste expedita la acción. Una vez hecho el preaviso*

al arrendatario, no es preciso repetirlo a los herederos que, por el solo hecho de la muerte, suceden al causante, conforme al artículo 691 del Código civil (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1969).

SUSPENSION DEL ARRIENDO POR ADICION DE PISOS. *No es extemporánea la notificación de la autorización del Gobernador Civil hecha al arrendatario, conforme ordena el artículo 92 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por el hecho de que este último haya recurrido la misma en reposición y después en la vía contencioso-administrativa, ya que el arrendador cumple con atenerse a lo exigido en dicho precepto, es decir, obtener la autorización y notificarla fehacientemente, sin que se le puedan imponer condiciones no previstas en el texto legal, y, además, siendo una variante de la causa 2.ª de excepción a la prórroga, resulta aplicable lo ordenado en el artículo 79, respecto a la concesión discrecional de la autorización, y, por tanto, sin ulterior recurso.—INHABITABILIDAD.* *Concurre cuando existe declarado grave riesgo para inquilinos y arrendatarios en su permanencia en el local durante las obras (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1968).*

LOCAL DE NEGOCIO: SUBARRIENDO. *La introducción en el local arrendado de una servidora doméstica con su familia, habitando el titular arrendatario en otra finca, por lo que aquella no presta servicio de asistencia personal a éste en la propia casa, ni tiene entablada relación laboral como dependiente del negocio al figurar afiliada al Montepío Nacional del Servicio Doméstico a beneficio del titular arrendatario, constituye subarriendo, no siendo aplicable al artículo 5.º, apartado 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que lo que autoriza es el destino del local de negocio, como vivienda para el arrendatario, su familia y personas que trabajen a su servicio, y al faltar el permiso del dueño, es causa resolutoria del arrendamiento (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1968).*

RESOLUCION POR CESION O TRASPASO: FUSION DE LA SOCIEDAD ARRENDATARIA. *Concurre la causa resolutoria 5.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando la Sociedad arrendataria ha quedado extinguida y absorbida por otra en todos sus derechos y obligaciones, conforme a los artículos 142 y siguientes de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, habiéndola sucedido o continuado la segunda en el uso del local litigioso, ya que ello supone un cambio en la persona del arrendatario, sin anuencia de la propiedad ni atenerse a las formalidades legales al efecto establecidas y sin que pueda oponerse el derecho de subrogación del artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que representa una prerrogativa a favor de los herederos o consorcios, como lo pone de manifiesto el texto, al decir «sustituirá» (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1969).*

IV. FAMILIA

ALIMENTOS ENTRE PADRE E HIJO NATURAL RECONOCIDO. *Determinación de la cuantía de los alimentos: principio de proporcionalidad del artículo 146 del Código civil.*—**FUNDAMENTACION DE LA CASACION EN NORMAS PROCESALES.** Rodríguez c. Villar (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—La determinación de la cuantía de los alimentos puede impugnarse si los Tribunales de instancia no se ajustan a la proporcionalidad que preceptúa el artículo 146 del Código civil, entre el caudal de quien debe prestarlos y las necesidades del que ha de recibirlos. Los documentos alegados no patentizan la equivocación del juzgador, ya que no se oponen a lo afirmado por éste respecto a la posición social relevante del obligado. Las normas procesales son inadecuadas por su propia naturaleza para servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de Ley.

Antecedentes: 1) Ambas partes, en estado de solteros, procrearon una niña, que fue reconocida como hija natural por el demandado. Al parecer, pensaban contraer matrimonio, que no se llevó a efecto. 2) A los pocos días del nacimiento, el padre abrió a la niña una libreta de ahorros por un importe de 25.000 pesetas, pero posteriormente se negó rotundamente a facilitar a su hija los auxilios necesarios para su subsistencia. 3) La madre enumeraba las necesidades de su hija, por alimentación y dieta especiales, atenciones y cuidados, etc. Y, en contraste, hacía constar la desahogada posición del padre natural, con ingresos varios procedentes de su ejercicio de una profesión liberal, sueldos, retiros y rentas de sus fincas. 4) El padre demandado no discutía la procedencia de los alimentos, pero se oponía a la que entendía desorbitada cuantía, negando las necesidades expuestas y su supuesta privilegiada posición económica; finalmente, hacía constar especialmente que «si bien es hoy soltero, va a contraer matrimonio..., con propósito serio y justificado de crear un hogar familiar, con sus atenciones económicas» (*sic*).

La demanda terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se condene al demandado a satisfacer mensualmente, por mensualidades anticipadas, desde la fecha de la interposición de la demanda, la cantidad de 10.000 pesetas en concepto de alimentos provisionales a su hija menor de edad.

El demandado oponía la excepción de no ser necesarios tales alimentos a su hija, por vivir la actora en casa y compañía de su madre, y, en su caso, y subsidiariamente, se determinase la cantidad procedente como alimentos en 1.000 pesetas mensuales.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó al demandado a abonar a la actora (en representación de su hija menor de edad) la cantidad de 2.000 pesetas mensuales, como alimentos provisionales.

La Audiencia, ante el recurso de la actora, revoca en parte la sentencia apelada y estima en parte la demanda, y condena al demandado a abonar la cantidad de 5.000 pesetas mensuales como alimentos provisionales, que deberá abonar periódica y anticipadamente, desde la fecha de la interposición de la demanda.

El demandado interpuso recurso de casación, basándolo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción del artículo 1.609 L. E. C. y doctrina legal sobre el mismo.

Segundo: Por error de hecho en la apreciación de la prueba, al fijar la cantidad a abonar mensualmente como alimentos atendiendo al caudal o medios del recurrente y a las necesidades de su hija natural reconocida; error patentizado por los documentos auténticos (?) que cita: certificaciones de una corporación de su profesión, y del amillaramiento en su municipio, oficios de Bancos, etc.

Tercero: Infracción, por interpretación errónea, del art. 142 del Código civil: la sentencia fija la cantidad por alimentos en atención a la posición social del alimentante, mientras que la Ley considera la posición social de la Entidad Familiar y no la persona de alguno de sus individuos.

Cuarto: Infracción, por violación, del art. 146, puesto que la sentencia recurrida—en la fijación de la cuantía de los alimentos—no se ajusta al principio de proporcionalidad que dicho precepto establece.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, en méritos de la siguiente doctrina:

Visto siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano.

Considerando: Que debe rechazarse el primer motivo del presente recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque, denunciándose en él la violación del artículo 1.609 de dicha Ley y de la doctrina legal que lo desenvuelve, no tiene presente que, como con reiteración ha proclamado la jurisprudencia de esta Sala, las normas de carácter procesal son inadecuadas por su propia naturaleza para servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de Ley (sentencias de 25 de mayo de 1959 y 11 de junio de 1960).

Considerando: Que es igualmente inviable el segundo motivo del recurso, sustentado en el número 7 del mencionado artículo 1.692, porque la certificación del Ayuntamiento, que en él se invoca para resaltar el error de hecho que en la apreciación de la prueba atribuye a la Sala de instancia, carece de eficacia a dichos fines, por haber sido analizada e interpretada en la sentencia recurrida (sentencias de 27 de febrero de 1954 y 27 de octubre de 1962); y porque, tanto ese documento como los demás que se enumeran en el motivo, no patentizan por sí mismos y menos de forma evidente, como el precepto exige, la equivocación que, en cuanto a la situación económica del demandado, se expresa en la resolución impugnada, dado que para nada se oponen a lo afirmado por ésta respecto a «su posición social relevante», «su situación preeminente como profesional libre dentro de su especialidad» y a sus posibles ingresos como retirado de la Armada y miembro del Seguro de Enfermedad.

Considerando: Que si bien es cierto que, según copiosa y uniforme jurisprudencia de esta Sala, puede impugnarse en esta clase de recursos la determinación de la cuantía de los alimentos que en virtud de sus facultades hagan los Tribunales de instancia, cuando de modo notorio no se ajusta a la proporcionalidad que preceptúa el artículo 146 del Código civil, entre el caudal de quien debe prestarlos y las necesidades del que ha de recibirlos (sentencias de 13 de abril de 1951, 21 de marzo de 1958 y 14 de abril de 1962), no menos exacto es que tal doctrina no puede vitalizar los motivos 3.º y 4.º del presente recurso, en los que, con arreglo al número 1.º del repetido artículo 1.692, se acusa al Tribunal a quo de haber vulnerado aquel precepto, y

el 142 del mismo Cuerpo legal, por apoyarse ambos en supuestos de hecho completamente distintos de los admitidos por la resolución impugnada que, como se ha visto, no han sido destruidos por el recurrente, razón por la cual deben desestimarse, juntamente con la totalidad del recurso.

ALIMENTOS ENTRE PARIENTES EN VIRTUD DE CONTRATO. *Cuestión sobre el incumplimiento del contrato y la acción subsidiaria para el pago de alimentos.*—**CONCEPTO DE INFRACCION POR ERRONEA INTERPRETACION:** *Infracción por violación y por aplicación indebida.* Lojo y Figueroa c. Leño y Torres (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.124 del Código civil requiere para dar lugar a la resolución del contrato, que por parte del incumplidor sea apreciable una conducta o actitud persistente y rebelde. La insuficiencia de los alimentos convenidos no es un incumplimiento esencial de la obligación. El artículo 149 del Código civil es el adecuado para la determinación del lugar de la prestación de alimentos: no cabe confundir el concepto de aplicación indebida del mismo con el de su violación. La infracción por errónea interpretación radica en atribuir el juzgador a una norma o doctrina legal—previa su labor de exégesis—un sentido que no se ajusta al que, rectamente, les corresponde, por lo que no cabe tal infracción si el juzgador no planteó cuestión alguna acerca de la fijación del recto sentido de la Ley o Doctrina legal; en su interpretación, puede originar que el precepto se aplique a un supuesto que no le corresponda (aplicación indebida), o que la aplicación se haga en contradicción con lo ordenado en el precepto (violación). La acción subsidiariamente ejercitada tiende a la declaración de la obligación alimenticia a cargo de los demandados, pero no a la petición de la cantidad adecuada como alimentos por insuficiencia de los satisfechos.

Antecedentes: 1) La demandante, viuda, sin herederos forzosos, otorgó una escritura en 1960, por la que sus sobrinos—los demandados—se comprometían a asistirle en su propia casa en todas sus necesidades, a cambio de la transmisión de dos fincas urbanas. Al parecer, la tía creía que había otorgado un testamento a favor de sus sobrinos, y, por tanto, revocable. 2) Posteriormente, la actora se trasladó a otra localidad voluntariamente, donde otorgó poderes y nombró heredera universal a doña C., no familiar. 3) La actora, en vida, interpuso la demanda contra sus sobrinos; a su muerte, se personó en autos su heredera doña C. Constaba que los sobrinos cargaron con los gastos del fallecimiento, excepto los de Iglesia.

La demanda se basa en que el documento otorgado en 1960 era nulo por error grave, por lo que pedía que se dictara sentencia que declarase: resuelto el contrato citado o, subsidiariamente, se declarase la obligación de los demandados de pasar a la actora una pensión alimenticia conforme a lo establecido en el artículo 142 del Código civil y siguientes, en cuantía de 3.000 pesetas mensuales.

En el escrito de réplica, la heredera de la parte actora solicitaba le fuese satisfecha la cantidad que se declarase adeudada por pensión alimenticia desde la demanda de conciliación hasta el fallecimiento de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la petición subsidiaria de alimentos y rechazando los demás pedimentos de la demanda de

los que absolvió a los demandados; y condenó a éstos a abonar a doña C., como heredera de la actora, la cantidad de 42,000 pesetas como complemento de pensión alimenticia.

Ambas partes interpusieron apelación contra dicha sentencia. La Audiencia dictó otra confirmando en lo esencial la apelada (estimando la petición subsidiaria y desestimando los demás pedimentos de la demanda) y condenando a los demandados a satisfacer a doña C. la cantidad de 16.000 pesetas como complemento de pensión alimenticia.

La parte actora interpuso recurso de casación alegando los *tres motivos*, que seguidamente se resumen:

Primero.—Infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.124 del Código civil y Doctrina legal que lo desarrolla, al desestimar la sentencia, la petición de resolución del contrato porque la sentencia entiende que al trasladar la residencia ya no formaba parte integrante de su familia, y afirma que no ha sido cumplida suficientemente la obligación contraída de prestar alimentos.

Segundo.—Infracción, por aplicación indebida, de los artículos 149 y 1.203, 1.º, del Código civil y violación del 1.204 del mismo: porque la sentencia admite la novación respecto del lugar de cumplimiento de la deuda alimenticia; mientras que la opción del obligado a prestar alimentos (art. 149) queda limitada por Ley a los parientes obligados.

Tercero.—Infracción, por aplicación indebida, del artículo 148 del Código civil: porque este artículo crea una obligación que nace de la Ley, y en el caso de autos, tal obligación nace de la voluntad de las partes y es exigible desde su otorgamiento.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, con la doctrina siguiente:

Visto siendo ponente el Magistrado don Jacinto Monge y Martín

Considerando: Que *el primero de los motivos* del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la interpretación errónea del artículo 1.124 del Código civil y de la doctrina de este Tribunal que cita; y *debe inicialmente recordarse que*, conforme a la sentada por esta Sala *respecto al concepto de infracción por errónea interpretación de las Leyes o doctrina legales*, tal vicio *radica* en atribuirles el juzgador, previa labor de exégesis de éstos, un sentido que no se ajusta al que rectamente les corresponde, conforme a las normas gramaticales, sistemáticas y lógicas, al cual opone el recurrente el que estima adecuado, conforme a dichas reglas, y *por ello no cabe la existencia de la infracción referida, si el Tribunal no planteó cuestión alguna acerca de la fijación del recto sentido de la Ley o doctrina*, ello con abstracción en tal momento de su aplicación al caso debatido; y si, al incurrir en la equivocación a que este concepto se refiere, ello pueda dar lugar a que el precepto sea aplicado a un supuesto que no le corresponda, *aplicación indebida*, o a que ésta se efectúe en contradicción con lo ordenado en el mismo, *violación*, tales infracciones, dotadas de propia sustantividad, han de ser alegadas con independencia del vicio inicial que las origina; y al invocarse únicamente la *errónea interpretación*, *no cabe* la existencia de la misma, puesto que el Tribunal *«a quo»* *no efectuó labor alguna de exégesis del artículo alegado*; ni, en suma, en el motivo se respetan los hechos que la sentencia afirma para negar que haya existido por los demandados incumpli-

miento esencial y trascendente de la obligación de prestar alimentos a la actora, teniendo presente la doctrina de esta Sala, que declara que «la realidad y extensión del incumplimiento por uno de los contratantes es cuestión de hecho», y contra la afirmación de la sentencia, respecto a tales extremos, sólo puede irse por la vía procesal del número 7.º del artículo 1692 de la Ley de trámites (sentencias de 16 de noviembre de 1956 y 5 de marzo de 1960); y, por otra parte, que *el invocado artículo 1.124 del Código civil* ha de ser interpretado en sentido racional, lógico y moral, *requiriendo, para dar lugar a la resolución del contrato* que establece, *que por parte del incumplidor sea apreciable una conducta o actitud persistente y rebelde*, y la sentencia recurrida declara como hechos «que la actora, por su propia voluntad y de acuerdo con los demandantes, trasladó su domicilio desde el de éstos al suyo propio, y recibió en éste alimentos, vivienda y asistencia, todo ello en inicial armonía, posteriormente quebrantada»; y, al efecto de la *acción subsidiariamente ejercitada*, declara «la insuficiencia de tales alimentos», dando lugar a la estimación parcial de esta última pretensión; *mas negando*, en todo caso, un *incumplimiento esencial de la obligación* que pudiera amparar la resolución del contrato, razones que han de dar lugar a la *desestimación del motivo* que se examina.

Considerando. Que *el segundo de los motivos*, seguido por el mismo cauce procesal que el anterior, alega la aplicación indebida de los artículos 149 y 1.203 del Código civil, así como la violación del artículo 1.204 del mismo texto legal y de la doctrina que cita, *y debe oponerse*, al primero de los vicios invocados, que, dada la naturaleza de la cuestión debatida, *el primer precepto es el adecuado para la determinación del lugar de la prestación de alimentos*, sin que quepa confundir el mismo con el de la violación del precepto, que no se alega, en relación con el artículo 1.203, que, como puntualiza el recurrente, no es citado en la sentencia recurrida, cual tampoco ocurre con el siguiente artículo que estima violado, lo que excluye los vicios que se denuncian; ni, en suma, el mero razonamiento, que no afecta al fallo, sobre un supuesto de novación tenga eficacia alguna, pues *no se trata de la sustitución de una obligación por otra distinta, sino de la regulación del lugar y modo de prestación de la obligación subsistente*, razones que determinan el *perecimiento del alegado motivo*.

Considerando: Que *el tercero de los motivos*, seguido por la misma vía que los anteriores, alega la aplicación indebida del artículo 148 del Código civil, ya que *se está, no ante la declaración de la obligación de prestar alimentos por virtud de una norma legal, sino del cumplimiento de un contrato que la estableció*, razón por la cual ataca la resolución de instancia en cuanto señala el inicio del pago de la cantidad (que acuerda desde la fecha de la demanda de pobreza de la actora, según puntualizan los razonamientos de la sentencia de primera instancia, aceptados por la recurrida); mas es procedente precisar los términos de la *acción subsidiaria* ejercitada, que *no son las de petición de cantidad adecuada en concepto de alimentos, por la insuficiencia de los satisfechos, fijando al efecto el momento de dicho incumplimiento y la cuantía de la diferencia entre los obligados y los prestados, sino que se pidió «que se declarara la obligación de los demandados de pasar a la actora una pensión alimenticia, conforme a lo establecido en el artículo 142 y siguientes del Código civil, en cuantía de 3 000 pesetas mensuales»*, *precisando*, en el escrito de réplica, «que la cantidad que se declarase adeudada por pensión alimenticia, desde la demanda de conciliación hasta el fallecimiento de la actora, fuese satisfecha a su heredera», ahora recurrente; y tales términos se apartan

totalmente de los que en este motivo se esgrimen como fundamento del vicio que se denuncia, dando lugar dicha petición, y fundamentos jurídicos alegados, a *rechazar* la infracción que en este motivo se denuncia, y con ello la *desestimación* del mismo.

Considerando: Que procede por los anteriores fundamentos desestimar el recurso, con las consecuencias que impone el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TUTELA DE LOS IMPEDIDOS MENTALES: *cuestión de si existe o no una laguna de la Ley en este punto y aplicabilidad o no de la doctrina sentada por la sentencia de 5 de marzo de 1947. Cuestión de si la tutela de los declarados incapaces, conforme al artículo 200, 2.º, del Código civil, ha de ser absoluta o puede ser sometida a limitaciones en su ejercicio.* Serrano c. Correa y el Ministerio Fiscal (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—Aunque el Código civil consagra el principio de tutela familiar, es constante y destaca la intervención judicial dentro de la organización tutelar..., pudiendo el Juez acompasar la extensión del organismo supletorio a las necesidades del incapacitado, ya se trate de los casos previstos por la Ley como de aquellos otros que no lo han sido. En nuestro Código civil se aprecia un positivo vacío legal al regular la tutela de los «impedidos mentales», al no hacer mención de algo que hoy es imposible desconocer, cuál es la variedad de matices que la realidad de cada día brinda... Poco importa que el silencio o desconocimiento por la Ley de estas situaciones intermedias sea intencionado: lo efectivo y real es la existencia de situaciones no previstas, cual la «semilucidez permanente». Abundando en esta idea, la sentencia de 5 de marzo de 1947 dijo que «los preceptos del Código civil adolecen de una manifiesta omisión, al no establecer, a los fines de la protección tutelar, la diferencia entre el estado de demencia y el de retraso o debilidad mental...», y que «... resulta lógico y conforme con las exigencias de la realidad, ajustar la extensión de la tutela, en los casos de retraso mental, al mayor o menor grado de intensidad en que el mismo se manifieste», doctrina que debe suscribirse por completo, sin que con ello los Tribunales instauren un sistema de *numerus apertus* sobre las causas de incapacitación y la estructura de la tutela. La única *quaestio iuris* es la de si la tutela de los declarados incapaces puede ser sometida a limitaciones en su ejercicio, lo cual debe afirmarse, en virtud del carácter activo que, respecto a la tutela, se da a la Autoridad Judicial.

Antecedentes: 1) Por auto del correspondiente Juzgado, en 1950, el demandado fue declarado incapaz para regir su persona y bienes en virtud del expediente sumario que prevé el artículo 218 del Código civil. La base la constituyeron unos informes médicos, dictaminando que «padece una vago parálisis general progresiva, incurable y fatalmente progresiva, cuyo proceso con signos demenciales le incapacita totalmente para regir su persona y bienes». El Consejo de Familia designó como tutor a la esposa del declarado incapaz—la demandante en este pleito—. 2) En 1959, el tutelado presentó escrito al Juzgado, solicitando su rehabilitación, por encontrarse completamente en estado natural. La tutora se opuso, y el Juzgado—previo nuevo reconocimiento médico—dictó auto en 1960, declarando no haber lugar a la rehabilitación del incapacitado solicitada y confirmando el auto de 1950. 3) Meses más tarde, el Letrado del

incapacitado dirigió escrito al Fiscal de la Audiencia Provincial correspondiente, acompañando certificación de otros dos doctores distintos, y éste solicitó del Juzgado se procediese a practicar las diligencias necesarias en orden a la *comprobación judicial* de la sanidad del incapacitado y su posterior rehabilitación; se opuso la esposa y tutora, y previo el oportuno incidente, el Juzgado acordó que el tutelado fuese reconocido nuevamente por tres doctores (distintos de todos los anteriores), quienes informaron en el sentido de que el incapacitado «padece vago parálisis general progresiva, debido a una infección sifilítica del sistema nervioso, que ha producido lesiones irreversibles en su sistema nervioso, debiendo estar sometido a vigilancia médica por necesidad de controlar periódicamente su enfermedad, pudiendo desarrollar trabajos medianos, teniendo limitada su capacidad en todo lo que se relaciona con su vida patrimonial». En su virtud, el Juzgado dictó auto de 1962, manteniendo *parcialmente* la declaración de incapacidad, decretada en 1950 *en cuanto se refiere* al ejercicio de la autoridad marital y patria potestad y la administración del patrimonio conyugal, así como para los actos de disposición *inter vivos* de sus bienes propios, y acordando *alzar y dejar sin efecto* tal medida restrictiva de la personalidad, *declarando su capacidad* para regir su persona, administrar sus propios bienes, disfrutar de sus rentas e intereses y disponer de ellos *por testamento*, y quedando facultado para realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad de sus derechos, sin menoscabo de su obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas de la Sociedad de gananciales. Esta resolución del Juzgado fue confirmada por la Audiencia. 4) Para obtener esta «rehabilitación parcial», el aquí demandado tuvo que acreditar que durante los casi diez años transcurridos había trabajado como traductor de inglés en un Ministerio, en Madrid, haciendo una normal vida de relación y ostentando un cargo de directivo en un club deportivo. demostrativo todo ello de que la incapacidad legal en que permanecía no se correspondía con una *real situación* de incapacidad. Posteriormente, se traslada a su población de residencia y monta un modesto taller de construcción de embarcaciones de recreo. Por tanto, en base a tal situación de hecho, y reconocido médicamente de nuevo (eran los informes aportado al Fiscal, de que se hizo antes mención), se dictaminaba que el paciente estaba curado y sin deterioro alguno de su personalidad.

La demanda en este pleito, promovido por la esposa tutora, suplicaba se dictare sentencia, con los siguientes pronunciamientos: a) dejar sin efecto el auto dictado por la Audiencia en 1962, confirmatorio del auto del Juzgado de 1962, y que se revoque éste en el sentido de no proceder a estimar la rehabilitación parcial del incapacitado, por estarlo éste totalmente para regir su persona y bienes; b) declarar nulos y sin efecto todos cuantos actos hubiere realizado el demandado en virtud de la facultad otorgada por el auto referido, ya que el mismo no era firme por entablarse los recursos correspondientes.

El Ministerio Fiscal contestó y se opuso a la demanda.

El demandado contestó y se opuso, alegando que tenía conciencia de su curación, de su capacidad y de la integridad de sus facultades, y que precisamente esa conciencia era lo que le movía y llevaba a luchar por obtener su rehabilitación. Suplicaba que se desestimase la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó totalmente la demanda y absolvió al demandado y al Ministerio Fiscal.

La Audiencia confirmó en todas sus partes la sentencia apelada, en base a la consideración que sigue: «... aunque en el Código civil falten normas

reguladoras de la tutela para los casos de debilidad mental, estado éste distinto al de la locura o demencia, no solamente no hay obstáculo legal que impida acomodar en tales casos las funciones tutelares al grado de incapacidad que se aprecia en cada supuesto, sino que, además, siendo uno de los fines que persigue el legislador en materia de incapacidad el de *establecer la debida congruencia* entre la *amplitud* de la misma y el correlativo *suplemento tutelar*, es lógico ajustar la extensión de la tutela en los casos de debilidad mental al mayor o menor grado de intensidad en que la misma se manifestó»...

La demandante interpuso recurso de casación por infracción de Ley, basándolo en el siguiente *motivo único*, que queda aquí extractado:

Infracción, por interpretación errónea, de los artículos 199, 200, 2º, 213 y 218 del Código civil: el tema fundamental del recurso es si, con arreglo al Derecho español, puede incapacitarse *parcialmente* a un demente, según el grado de demencia, y someterlo a una tutela restringida, limitada sólo a ciertos actos, o si, por el contrario, la incapacidad ha de ser incondicionada y plena la tutela a que se le someta. Las normas legales aplicables al caso son las que se denuncian infringidas: no existe en nuestro Derecho para los locos o dementes ninguna graduación para su incapacitación, ni en la tutela de los mismos distingo (que sólo se admite para los sordomudos en el art. 218) Ha sido la sentencia de 5 de marzo de 1947 la que por vez primera establece la graduación de la tutela con mayor o menor amplitud, según el grado de demencia, distinguiendo la locura del retraso o debilidad mental; pero esta sentencia, aparte de no constituir doctrina legal, entiende la recurrente que modifica sustancialmente las normas del Código civil, y es doctrina legal que «los Tribunales no crean normas jurídicas»; dicha sentencia dice que el Código no regula la tutela del «imbécil», y por ello, ante esta laguna legal, cabe que se le aplique una tutela graduada e incompleta; pero este criterio no es exacto, pues no hay tal laguna, sino que la tutela del «imbécil» está regulada en el Código civil dentro de la tutela de los locos y dementes (que es plena y absoluta), y, además, el legislador no desconoce el concepto de la «imbecilidad» (art. 32), lo que sucede es que en el lenguaje del Código civil, «imbécil» y «demente», son sinónimos; la referida sentencia alude al Derecho extranjero, que admite la graduación de esta tutela, pero hay que objetar que, al publicarse el Código civil, otros Códigos ya admitían un título de incapacidad intermedio y el nuestro lo omitió deliberadamente, también dicha sentencia alude a los numerosos pasajes del Código civil sobre *suplemento* de capacidad para casos distintos del demente, pero todos ellos se refieren a personas con capacidad natural, y en este punto no cabe la analogía. Por todo ello, la doctrina de esta sentencia de 5 de marzo de 1947 es difícil de cohonestar con la organización de la tutela del Código civil. Finalmente, ataca la distinción que la Audiencia hace entre incapacidad por locura y debilidad mental o incapacidad para ciertos actos, por ser inadmisibles en nuestro sistema jurídico, parte de la premisa probada de que el incapacitado estaba sujeto a «una afección mental irreversible», lo que postulaba una sentencia contraria, y se ha dejado impresionar por el hecho de que el enfermo realizase una actividad «cuasi-mecánica», cual la de traducir un idioma extranjero asequible (*sic*), sin considerar la doble vía mental que tales enfermos llevan. Todo esto, sin perjuicio de que—con los enormes avances de la psiquiatría—fuere aconsejable una revisión de nuestros textos legales, no por existir laguna, sino para acomodar su lenguaje y perfilar conceptos, pero esta labor incumbe al legislador.

El Tribunal Supremo rechaza este recurso, sentando la importante doctrina que sigue:

Visto siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero.

Considerando: Que, aunque la dualidad tutela y curatela, que se da en el Derecho romano y en nuestro Derecho histórico, desaparece de *nuestro Código civil*, que, inspirado en el francés, *refunde las instituciones pupilares bajo un solo nombre de tutela, subsiste una gran variedad de matices dentro de ella*, pues mientras en unos casos se encamina fundamentalmente a la guarda de la persona y bienes (menores, locos y sordomudos), en otros se instituye para la administración de los bienes (la de los sujetos a interdicción—art. 229—, la de los pródigos—art. 221—), y en otros muchos sólo se suple la capacidad para actos muy concretos y determinados—la del marido menor de dieciocho años (art. 59 del C. c.), la del ausente (arts. 184 y 189), la de administración del peculio donado al menor (art. 162), la del llamado «defensor» para el caso de derechos contrapuestos entre padres e hijos (art. 165), la del menor emancipado (art. 317), etc.—, *lo que quiere decir que la unificación ha sido más formal que real*, pues, aunque desaparece el nombre de *curatela*, sólo incidentalmente mencionado en el artículo 1.764, se provee bajo el nombre unificado a las múltiples necesidades a que aquella institución respondía; así como también se pone de relieve que, *aunque se consagra el principio de tutela familiar, es constante y destacada la intervención judicial dentro de la organización tutelar*, pudiendo decirse que en los procesos sobre declaración de incapacidad mental predomina un interés público, cual es el de evitar, por una parte, que seres incapaces puedan ser dueños de sus actos, así como que seres capaces puedan ser limitados en sus posibilidades de actuar libremente, y *por ello la actuación del Juez goza de mayor amplitud de la que tiene en los demás procedimientos civiles, tanto para llegar a la obtención de la verdad material como para acompañar la extensión del organismo supletorio a las necesidades del incapacitado, ya se trate de los casos previstos por la Ley como de aquellos otros que no lo han sido*; en este sentido. ha llegado a decir la sentencia de este Tribunal de 17 de junio de 1943, repitiendo lo que ya dijo la más antigua de 7 de diciembre de 1901, que a la Autoridad judicial, incluso para las tutelas ya constituidas, «*compete adoptar aquellas resoluciones que estime necesarias en cada caso para defender los intereses del menor ó incapaz, según determinante disposición del artículo 292 del citado Cuerpo legal*».

Considerando: Que *en nuestro Código civil se aprecia un positivo vacío legal al regular la tutela de los «impedidos mentales», al no hacer mención de algo que hoy es imposible desconocer, cual es la variedad de matices que la realidad de cada día brinda a través de los informes periciales y de la directa observación del Juez, según la cual «existen enfermos mentales que proceden en su vida corriente con cierta normalidad, pero que reintegrados, sin amparo de ninguna clase, a la plenitud de su capacidad de obrar podrían perjudicar a su propia persona, a sus intereses, los de su familia y los de la sociedad en que viven»; para ellos, tan inadecuada es la absoluta incapacidad como la plena capacitación legal; poco importa que el silencio o desconocimiento por la Ley de estas situaciones intermedias sea intencionado, como parece demostrarlo el hecho de no haber seguido el proyecto de 1951, que las preveía, ni los ejemplos del Código francés de 1804, e italiano de 1865, que también las recogía; lo efectivo y real es la existencia de situaciones no previstas: el Código sólo*

prevé el intervalo lúcido a un solo efecto, en el artículo 665; pero no la «semi-lucidez permanente», a la que deben proveer los Tribunales de Justicia, haciendo uso del relevante poder que el Código español les atribuye en la organización de la tutela, y respondiendo a la obligación de fallar en cada caso, aun en aquellos de silencio u oscuridad legal; *abundando en esta idea, la sentencia de 5 de marzo de 1947* dice que, a pesar de que «los preceptos del Código adolecen de una manifiesta omisión, al no establecer, a los fines de protección tutelar la diferencia entre el estado de demencia y el de retraso o debilidad mental...», «como la demencia y el retraso mental constituyen estados distintos y faltan en la Ley normas reguladoras de la tutela para el segundo de dichos supuestos, no sólo no existe obstáculo legal que impida acomodar, en este último, la amplitud de las funciones tutelares al grado de incapacidad que se aprecie en cada caso, sino que, además, constituyendo uno de los fines perseguidos por el Código civil en materia de incapacidad, *el de establecer la debida congruencia, resulta lógico, y conforme con las exigencias de la realidad, ajustar la extensión de la tutela, en los casos de retraso mental, al mayor o menor grado de intensidad en que el mismo se manifieste*»; doctrina que debe suscribirse por completo, y a la luz de la cual, lo dispuesto en los artículos 218, párrafo 2.º, y 221, no son sino *posibilidades* previstas que no constituyen obstáculo, sino estímulo y ejemplo de aquellas que no lo fueron; *sin que*, con ello los Tribunales *instauren un sistema de «numerus apertus»* sobre las causas de incapacitación y sobre la estructura de la tutela, pues sólo se trata de *acomparar*, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, *a la realidad, una institución creada*; «tutela de los locos o dementes», *sin discriminación de matices fundamentales* dentro de ellos como corresponde; aparte de que el artículo 32 del Código civil se refiere a la *imbecilidad*, como «una restricción de la personalidad jurídica», que, de no prevalecer la interpretación a que se ha llegado, quedaría sin posible complemento, ya que el párrafo 2.º del artículo 200 del Código se refiere sólo «a los locos o dementes», y a ellos no pueden asimilarse totalmente los débiles mentales y los «imbéciles», no obstante la *disyuntiva* que emplea el mencionado artículo.

Considerando: *Que el único tema propuesto, a la casación por este recurso, que ampara su único motivo en el párrafo 1.º del artículo 1.692, por interpretación errónea de los artículos 199, 200-número 2.º, 213 y 218 del Código civil, es el de que la tutela de los declarados incapaces (art. 213), conforme al número 2.º del artículo 200, no puede ser sometida a limitaciones en su ejercicio, sino que ha de ser absoluta, como absoluta ha de ser la incapacidad, y que la sentencia de instancia interpretó mal la Ley, al consentir que fueran cercenadas, en la resolución del expediente de jurisdicción voluntaria pertinente, las facultades del tutor que había sido nombrado al recurrido cuando se declaró su incapacidad, en la misma medida en que era ampliada la capacidad del pupilo; y procede desestimarlos, por virtud de lo expuesto en los razonamientos que anteceden y de las siguientes consideraciones referentes al caso debatido:* Primera: *El hecho que la instancia nos da como probado, no combatido en casación, es que «las conclusiones médicas que sirvieron de base a la declaración de incapacidad de 20 de febrero de 1950, no han tenido una posterior confirmación, pues en aquéllas se afirmaba categóricamente que la enfermedad que padece, parálisis general progresiva, es incurable y fatalmente progresiva...»;* mas es lo cierto—sigue diciendo la mencionada sentencia—que en los años transcurridos, a partir de dicha resolución, el tutelado ha venido

desempeñando durante algún tiempo el puesto de traductor en una organización oficial y, por tanto, haciendo una vida normal dentro de sus limitadas facultades...); y en posteriores informes, dados igualmente por especialistas médicos, transcritos en la sentencia de instancia, se llega a afirmar: «que la responsabilidad integral del incapacitado se encuentra limitada por las secuelas de su afección de modo parcial», lo que «fue la causa de la 'rehabilitación parcial' del incapacitado», llevada a cabo por el Juzgado en el expediente oportuno, a instancia precisamente del Ministerio Fiscal. Segunda: Que en virtud del carácter activo que, según el Considerando 1.º de esta sentencia y por los razonamientos allí alegados, se da a la Autoridad Judicial en lo referente a tutela, la modificación pudo hacerse incluso de oficio, sin la instancia de parte y aun sin la petición del Ministerio Fiscal. Tercera: Que la modificación acordada por Auto del Juez, que confirma la Audiencia en el suyo de 21 de diciembre de 1962, obedece a la adecuación de las facultades del organismo supletorio de capacidad a la situación real y actual del incapacitado

ACUERDO DEL CONSEJO DE FAMILIA, RESPECTO DE LA VENTA DE BIENES DE UN MENOR: problema de si el tutor puede o no ser suplido por el Consejo de Familia; acuerdo tomado por los tres únicos Vocales, siendo uno de ellos interesado en la operación; problema de la responsabilidad de los Vocales.—**VENTA REALIZADA, CON BASE A UN ACUERDO DEL CONSEJO DE FAMILIA, DECLARADO NULO:** protección o no de los adquirentes o buena o mala fe de éstos. *Repercusiones registrales.* Bellpuig c. O'Callaghan, Bellpuig, Murtra y Castells (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—Es *quaestio facti*—hecho probado—la nulidad absoluta del acuerdo adoptado por el Consejo de Familia para la venta de los bienes de la menor: en tales supuestos, la Ley ha impuesto un cauce obligado, unas autorizaciones previas, unas garantías de defensa, parte de las cuales están recogidas en el artículo 269 del Código civil... Aunque tales facultades, en caso de emergencia o necesidad—a falta de tutor—pueden ser suplidas por el Consejo de Familia, será siempre indispensable que el acto del Consejo sea válido; porque si no lo es, procederá la nulidad radical de todas las consecuencias derivadas de dicho acto. Declara nula de pleno derecho la autorización del Consejo para la venta de los bienes de la menor, procedía declarar la nulidad de la compraventa posterior y fijar las indemnizaciones pertinentes...

Antecedentes: 1) El abuelo de la actora, como heredero universal de confianza y distributivo de su fallecida esposa, tenía facultad entre vivos o en última voluntad para distribuir entre los hijos comunes o entre los nietos, a partes iguales o desiguales, nombrando uno o varios herederos, e incluso variando o modificando la distribución tantas veces como tuviera por conveniente, el patrimonio de su esposa. 2) Deseando proceder a la distribución de los bienes de su esposa que tenía encomendada, dicho señor procedió a efectuar una serie de adjudicaciones a sus hijos y nietos de tales fincas. Entre ellas, adjudicó a su nieta, entonces de quince meses—la aquí demandante—la nuda propiedad de cierta finca, que se consolidaría con el usufructo al morir el adjudicante—siendo representada por su madre, ya viuda—. 3) En 1955,

diez años después, la madre había contraído segundas nupcias, lo que la privaba legalmente (en aquellas fechas) de la patria potestad de su hija menor. Sometida ésta a tutela, no se la designó tutor, protutor ni Consejo de Familia en tales momentos. Necesitándose, al parecer, proceder a la venta de la finca de la menor, se constituyó el Consejo de Familia ante el Juzgado de Paz, compuesto por el abuelo (Presidente) y dos tíos (uno de cada rama)—demandados en este pleito—. Al día siguiente de constituido, el Consejo acordó, por unanimidad, proceder a la venta de la finca de la menor, facultando al Presidente para llevar a efecto los trámites necesarios para dicha transmisión, mediante subasta notarial anunciada en el *Boletín Oficial* de la Provincia. No se solicitaba la autorización judicial pertinente, ni constaban las causas de utilidad o necesidad para la menor. Uno de los Vocales estaba interesado en la operación, por tener instalado un molino en dicha finca y explotándolo conjuntamente con otras personas. Tampoco constaban los requisitos previos necesarios para la *delación* de la tutela, ni la inscripción en el Registro correspondiente. 4) Tres meses después, se celebró ante Notario la subasta pública para la venta de la finca de la menor: se adjudicó en 3.000 pesetas a dos compradores *pro indiviso*—los aquí demandados hermanos Castells—, y se hacía constar que dicho precio se ingresaría en una libreta de ahorros a nombre de la menor en la Caja de Pensiones de Barcelona. De hecho, no se hizo ningún depósito a nombre de la menor. Los compradores inscribieron su adquisición en el Registro de la Propiedad. 5) Años más tarde, en 1960, a instancia de la aquí actora, se levantó a los demandados, señores Castells, *acta de presencia*, en la que «reconocieron su adquisición, que el molino en la finca comprada instalado era del señor O'Callaghan (pues antes de comprar él todo, lo habían estado explotando conjuntamente con dicho señor), que el precio realmente satisfecho fue de 125.000 pesetas (aunque sin discriminar qué cantidad correspondía a la casa y cuál al molino), que la suma citada como precio la cobró el señor O'Callaghan, y que no adquirieron el todo hasta que no se pudo hacerlo en forma legal e inscribirlo en el Registro de la Propiedad»... 6) La actora estimaba que se le habían causado unos perjuicios a sus intereses, privada durante diez años de un bien suyo y de sus beneficios o ganancias: cifraba como daños y perjuicios la cantidad de 500.000 pesetas, de las que debían responder los participantes en la trama denunciada.

La demandante terminaba con la súplica—posteriormente ampliada en nuevo escrito—de que se dictare sentencia, por la que se declarase (se expone aquí en forma sistematizada, tras ambos escritos): a) la nulidad absoluta del acuerdo tomado por el Consejo de Familia y declarar la incompetencia del mismo por no estar constituido conforme a Ley; b) la inexistencia del contrato de compraventa implícito en el acta de subasta pública de 1955, por falta del consentimiento del representante legal de la menor, que debió ser el tutor (no el Presidente del Consejo de Familia, con la autorización de los Vocales del mismo); c) la nulidad absoluta del título por el que se inscribió en el Registro de la Propiedad la finca citada, por incumplimiento total de la forma de expresar el consentimiento; d) acordar, en consecuencia, la cancelación total de la inscripción registral practicada, por nulidad absoluta del título inscrito, conforme a los artículos 79 de la Ley Hipotecaria y 173 del Reglamento Hipotecario; e) que la finca descrita es del absoluto dominio y propiedad de la actora; f) el derecho de la actora a ser indemnizada por daños y perjuicios en la suma de 500.000 pesetas, en principio, y sin perjuicio

de lo que se diga en su día en ejecución de sentencia; y g) que se ordene la anotación preventiva de esta demanda en el Registro de la Propiedad, ofreciendo prestar caución por los posibles daños y perjuicios, caso de ser absueltos los demandados.

Prestada la caución y declarada bastante, el Juez decretó la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad.

El demandado señor Murtra fue declarado en rebeldía, y se le tuvo por contestada la demanda. Los otros dos demandados contestaron y se opusieron, contestando a la demanda en términos muy parecidos, explicitando las circunstancias de la formación del Consejo de Familia, legalidad de su actuación y de la venta, y carencia de perjuicios para la actora (además de aludir a la posible convivencia del demandado, ausente inexplicablemente, con la actora). Terminaron uno y otros suplicando se les absolviera de la demanda.

El Juzgado, para mejor proveer y con suspensión del plazo para dictar sentencia, ordenó la práctica de la prueba pericial por Arquitecto, para dictaminar el *valor en venta* en la fecha de su venta y la *renta anual* de la cosa litigiosa, lo que se verificó ante el Juez y Letrados de las partes. Levantada la suspensión, dictó sentencia, estimando en parte la demanda y estableciendo los pronunciamientos siguientes: 1) la nulidad absoluta del acuerdo tomado por los Vocales del Consejo de Familia; 2) la nulidad absoluta de la compraventa efectuada en subasta voluntaria y, por tanto, ordenaba la cancelación de la inscripción de dominio a favor de los compradores, 3) que la citada finca pertenece en pleno dominio a la actora; y 4) condenar a los demandados (Vocales del Consejo) a pagar a la actora, como indemnización por los daños y perjuicios sufridos, una quinta parte cada uno de ellos de la cantidad de 16.530 pesetas (los causados desde la enajenación hasta el mes en que se dictaba el auto), más la cantidad que proporcionalmente corresponda al tiempo que transcurra en más hasta la definitiva ejecución de este fallo, y absolviendo libremente a los demandados de las restantes pretensiones contra los mismos.

La Audiencia, resolviendo el recurso interpuesto *solamente* por los demandados señores O' Callaghan y Bellpuig, dictó sentencia, por la que: confirma la sentencia de instancia en cuanto a la declaración contenida en el *primer pronunciamiento*, y revocándola en cuanto a los restantes; condenando a los demandados (Vocales del Consejo) a pagar a la actora por partes iguales, como indemnización por los daños y perjuicios sufridos, la suma de 3.000 pesetas, con sus intereses legales desde la fecha de enajenación de la finca; y absolverles, *junto con los demandados* señores Castells, del resto de las pretensiones de la demanda.

La demandante recurre en casación ante el Tribunal Supremo en base a los *cuatro motivos* que seguidamente se resumen:

Primero.—Viola, por inaplicación, el artículo 4.º del Código civil: al confirmar el primer pronunciado de la sentencia del Juzgado, reconoce la nulidad absoluta del acuerdo tomado por los Vocales del Consejo de Familia, y, sin embargo, concede plena validez y efecto a la compraventa, por estimar que la causa de nulidad del acuerdo no arrastra indefectiblemente la del acto de enajenación; al parecer, la Sala cree que la nulidad del acuerdo viene impuesta por el artículo 1.300 del Código civil y que el contrato de compraventa se perfeccionó por concurrir los requisitos del artículo 1.261 del Código civil; pero es el artículo 4.º el que sanciona con la nulidad absoluta los actos eje-

cutados contra Ley, y es obvio que, si el acto previo necesario para otorgarse la venta (o sea, la autorización del Consejo de Familia) resultó nulo de pleno derecho, no pudo darse la venta posterior, fundamentada en dicho acto.

Segundo.—Viola, por no aplicación, el artículo 269, 5.º, del Código civil: al declarar la sentencia recurrida—pese a reconocer la nulidad e ineficacia de la autorización del Consejo de Familia—que es válida la compraventa celebrada sin tal autorización; dicha venta es radicalmente nula en sí misma por falta de dicha autorización (aparte de que sea nulo el acto jurídico que le sirva de base); sin embargo, la Audiencia cree que no concurre vicio que invalide la venta y si concurren los requisitos necesarios para su existencia, y que, por tanto, el comprador adquirió de buena fe: pero ningún principio de nuestra legislación protege a quienes de buena fe *celebraron* contrato radicalmente nulo y no como «terceros», sino como directa «parte» contratante; distinto sería si se tratase de terceros hipotecarios protegidos por el principio de la fe pública registral; la finca adquirida debe correr la misma suerte que la de los bienes adquiridos de buena fe, procedentes de robo o hurto; sin perjuicio de las acciones que les asistan contra los componentes del fraudulento Consejo de Familia o sus causahabientes, responsables: confirma este criterio expuesto la doctrina de la sentencia de 23 de junio de 1953.

Tercero.—Interpretación errónea del artículo 312 del Código civil: al estimar la sentencia recurrida que «la responsabilidad decretada para los Vocales del Consejo de Familia por el artículo 312 del Código civil es vía adecuada para resolver *todas las cuestiones* que con respecto a sus deberes tutelares con el incapacitado o menor»; pero es obvio que dicho precepto establece unas condiciones mínimas de responsabilidad, *independientes* de otras de mayor cuantía: así, si se infringe una norma del Código Penal, deberán ser castigados criminalmente, y lo mismo ocurrirá si con mala fe realizan un acto contrario a lo establecido en la Ley civil (el acto será nulo, con todas sus consecuencias).

Cuarto.—Viola el principio de congruencia, al otorgar el fallo, más de lo que ante la Sala pudo pedir legítimamente la parte apelante: ya que los *únicos* apelantes entre los demandados fueron los señores O' Callaghan y Bellpuig y, por tanto, el fallo del Juzgado ganaba firmeza para los otros demandados (los compradores de la casa y el declarado rebelde): los apelantes sólo podían impugnar la sentencia en los puntos en que les afectara personalmente y tales puntos quedaban constreñidos al *primer pronunciado* del fallo, y el interés en obtener la validez y eficacia de la venta sólo podía asistir a los adquirentes de la finca, quienes consintieron en la sentencia del Juzgado, y al otorgar la Sala más de lo que se le pudo pedir, ha infringido el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Tribunal Supremo estima el recurso, con la siguiente doctrina:

Visto siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero

Considerando: Que partiendo del *hecho afirmado*, no ya en los Considerandos, sino en la *parte dispositiva de la sentencia recurrida*, al confirmar *íntegramente el primer pronunciamiento de la del Juzgado de Primera Instancia*, o sea, la *nulidad absoluta y de pleno derecho del acuerdo* tomado por los Vocales del Consejo de Familia de la menor M. D. B. M., para la venta de la nuda propiedad de la casa debatida en el pleito, *hay que acoger íntegramente los dos primeros motivos* de este recurso, amparados ambos en el nú-

mero 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *por falta de aplicación de los artículos 4.º y 269 del Código civil; en el primero de los cuales se dice que «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley», y en el caso de venta de bienes de menores, la Ley ha impuesto un cauce obligado, unas autorizaciones previas, unas garantías de defensa, parte de las cuales están recogidas en el artículo 269, a que se refiere el segundo motivo, que prescribe que «el tutor necesita autorización del Consejo de Familia para enajenar o gravar bienes que constituyan su capital», y aunque esas facultades, cuando no está nombrado aún el tutor, en casos de emergencia o necesidad, según el sentir de la jurisprudencia, podrán ser suplidas por el Consejo de Familia, será siempre indispensable que el acto del Consejo sea válido, porque si no lo es, como ocurre en este caso, procederá la nulidad radical de todas las consecuencias derivadas de dicho acto; tesis que sostuvo el Juzgado de Primera Instancia y que fue indebidamente rectificadas en la apelación, donde, después de declarar, como hemos dicho antes, nulas de pleno derecho las autorizaciones del Consejo de Familia para la enajenación de los bienes de la menor, proclama la validez de la compraventa que se llevó a cabo con base en dichas autorizaciones, cuando debió declarar la nulidad y fijar las indemnizaciones, partiendo de los dictámenes periciales emitidos al efecto, como también lo hizo la primera instancia, cuya resolución fue acatada expresamente por los principales perjudicados, los compradores de la finca, que no apelaron.*

Considerando. Que, una vez admitidos los dos primeros motivos de este recurso, se hace innecesario entrar en el estudio de los demás.

J. C. G.

V. SUCESIONES

DEFENSOR JUDICIAL. PARTICION. Artículo 165 del Código civil. El artículo 165 del Código civil tiene carácter imperativo, debiendo ser interpretado con la necesaria amplitud para salvaguardar el principio de interés público que en él se contiene (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1969).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los actores y apelados contra la sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había revocado la del Juzgado número 4 de esa capital, en virtud del siguiente género de razones:

Considerando: Que las ideas de seguridad y certidumbre, básicas en todo Ordenamiento jurídico, se agudizan, si cabe, cuando se trata de resoluciones que no están dejadas al libre juego de las voluntades particulares, y en las que el querer legalmente manifestado, llega a ser Ley para los que lo sienten concurrentemente, sino, por el contrario, se encuentran impregnadas de principios de Derecho imperativo, destacando en ellos un incuestionable carácter público, incompatible con aquel arbitrio individual, cual sucede en

las relaciones familiares y tal vez de modo más notorio, dentro de las mismas, las denominadas paternofiliales, de peculiar configuración, en las que fallan los conceptos típicos del Derecho privado clásico, pues en el régimen de la patria potestad, la titularidad del padre, más que como verdadero derecho, debe configurarse como función o, si se quiere, poder-deber, en el que su legal representación demuestra la inadecuación de aquellos conceptos, porque vendría a resolver el llamado derecho en nombre propio sería ejercido contra sí mismo como representante de aquel en cuyo nombre actúa, con una notificación contraria con los términos derecho y deber dentro de la misma relación jurídica, todo lo cual exige un cuidado especial en su tratamiento y justifica las medidas que las legislaciones dictan en esta dirección, en el sentido de proteger y tutelar como más digno de ello el interés de la familia abstracta y genéricamente considerada, evitando al máximo los posibles conflictos de otra clase de intereses que deben estar subordinados a aquél, aunque intercedan entre padre e hijos, pues si entonces la Ley parece amparar a éstos especialmente, lo que en verdad tutela es el referido interés superior, personificado en los hijos por la necesidad de proteger, incluso frente a sus genitores, los derechos de los que, por su edad u otra circunstancia que restrinja su capacidad, no estén en condiciones de solicitar directamente la protección legal, ideas todas ellas elementales en un régimen jurídico normal, a las que responde el sistema, de que se hace eco el artículo 165 de nuestro Código civil, donde terminantemente se preceptúa que «siempre que en algún asunto, el padre o la madre, tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él», disposición imperativa, de ineludible observancia, cuya aplicación deberá ser interpretada, como ya manifestó precedentemente la jurisprudencia de esta Sala, con la necesaria amplitud que permite la vigencia del principio, impidiendo que quede inaplicable por criterios extremadamente restrictivos y con un sentido marcadamente público, antes que individualista y privado.

Considerando: Que dentro de los actos que requieran la protección especial a que se acaba de hacer referencia, en cuanto que implica una auténtica contraposición y contraste entre los intereses de los hijos menores y los de sus padres, bajo cuya patria potestad se encuentra, es preciso señalar los referentes a la formación de inventario y adjudicación de bienes hereditarios que integran el fenómeno jurídico de la división o partición propiamente dicha, porque la distribución o adjudicación, es susceptible de interpretaciones y cumplimientos diversos que pueden perjudicar a los que no están en condiciones de defender su derecho por sus propios medios, como lo entendió siempre la jurisprudencia de esta Sala, pues en la sentencia de 26 de noviembre de 1955 dijo que la Ley concede al inventario una importancia excepcional, proporcionada a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales, debiendo intervenir, a nombre de los menores de edad, sus representantes legales y, por tanto, sus defensores judiciales..., cuando existan intereses contradictorios entre éstos y el padre o madre respectivos, añadiendo en la de 17 de enero 1957, que la madre, viuda, dotada de patria potestad sobre sus hijos menores, puede representarlos, salvo en los negocios en que tenga con ellos un interés opuesto o en pugna, cual sucede en el caso, entonces contemplado de una partición, en que los hijos eran herederos y la madre heredera usufructuaria, para terminar en la sentencia de 14 de diciembre de 1957, sosteniendo que la partición ha de ser presidida con un criterio de estricta equidad, con el fin de que los coherederos reciban cosas de la

misma naturaleza, calidad y especie, incompatibles con la posibilidad de que su padre sea deudor de la masa hereditaria, estando instituidos los hijos de aquél, nietos de la testadora, porque ello está demostrando la existencia de un interés opuesto entre uno y otro; todo lo cual se agudiza en cuanto a exigencia, cuando la atribución de actos se hace en el testamento, no de manera específica, con aplicación y eficacia respecto de bienes determinados, sino de modo global, con referencia a una parte alicuota, como estimó la propia legislación, especialmente en el texto del artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo tenor «la liquidación y particiones de herencia, hechos extrajudicialmente, aunque lo hayan sido por contadores partidores nombrados por el testador, deberán presentarse a aprobación judicial, siempre que tenga interés en ellas como herederos o legatarios de parte alicuota, algún menor, incapacitado o ausente, cuyo paradero se ignore».

Considerando: Que en el pleito que da origen al presente recurso, no ha existido la menor duda respecto del supuesto fáctico que la sentencia recurrida admite también de manera expresa, consistente en que, después de fallecido el causante, abuelo de los actuales recurrentes, se procedió a la operación de inventario y adjudicación de los bienes de la herencia, en la que los mencionados recurrentes, a la sazón menores de edad, habían sido instituidos herederos en la mitad de una cuarta parte en concurrencia con su padre e hijo del testador, el cual, ausente de España por entonces, concedió autorización a su esposa para representar a los hijos de ambos, sin recurrir al mecanismo legal del defensor judicial que la Ley prevé, según se ha expuesto con precedencia, necesario en todos los supuestos del género, en los que la pugna de los intereses es indiscutible, ya que la parte alicuota, pero imprecisa en cuanto a su especificación, que habrá de entregarse a unos y a otros, dependerá del criterio que se tenga en cuenta y disposición que se estima conveniente por los que llevan a cabo la adjudicación que puede suponer una gran desigualdad, como, en efecto, lo supuso en este caso, en que a los menores de edad se atribuyeron unos bienes muebles y parte del ajuar de la casa del causante; mientras que los herederos mayores de edad (entre otros, el padre, ausente), partícipes y actores del acto que más tarde fue objeto de impugnación, se atribuyeron el único inmueble existente en el caudal relicto que el mismo día, con la sola y única voluntad de los que ya se consideraban propietarios individuales, vendieron a otra persona en contra, sin duda alguna, o por lo menos al margen por completo del interés, conveniencia y voluntad de los que tenían derecho a parte del señalado bien, según la Ley testamentaria de que fueron desprovistos, sin observancia o funcionamiento legal predispuesto para estos casos, como con todo acierto puntualizó el Juzgado de Primera Instancia.

Considerando: Que al no estimarlo así la sentencia recurrida, entendiéndolo no ser precisa, en el supuesto que aquí se contempla, la aplicación de las indicadas normas legales, es evidente que viola el precepto contenido en el artículo 165 del Código civil, como se sostiene en el motivo 4º del recurso, en el que, por la vía del ordinal 1º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción por inaplicación del citado artículo sustitutivo, en relación con el 4º del mismo Código, o, subsidiariamente, con el 1.261, apartado 1º, del propio tracto legal, que, en consecuencia debe ser estimado, lo cual, sin necesidad de proceder al examen de los restantes motivos formulados, condene a la casación y anulación de la sentencia recurrida, sin que existan méritos que permitan hacer una declaración especial en cuanto a las cuotas causadas.

En su segunda sentencia, confirmando la del Juzgado, «condena a los demandados a considerar como nula, inválida y sin valor alguno en Derecho, la escritura de inventario y adjudicación de los bienes de la herencia de don M. T. S., de fecha 12 de marzo de 1956; a estimar como igualmente nula, y sin valor alguno en Derecho, la escritura de compraventa de finca, procedente de la señalada herencia otorgada en la misma fecha; y, finalmente, a que el demandado J. M. B. devuelva y reintegre a la masa de bienes de la herencia indicada la finca que fue objeto de la compraventa, cuya nulidad se declara, así como los terrenos que se adjudicó como exceso de cabida de dicho inmueble, por escritura de 12 de agosto de 1956».

PARTICION POR COMISARIO. Artículo 1.057 del Código civil. El contador ostenta las mismas facultades que el testador para realizar la partición, sin necesidad de anuencia o confirmación de los herederos (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1968).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, desestima el recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, que, a su vez, había confirmado íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia de Plasencia, conforme a los siguientes razonamientos:

Que, respecto al primer motivo del recurso, pese a la cita que se hace en su enunciado, de diversos preceptos contenidos en el Código sustantivo, es de ver que con ella sólo se persigue debatir la tesis sostenida, en la sentencia contra la que se recurre, de no ser admisible que la partición efectuada en las circunstancias y con las consecuencias que lo fue, la impugnada en la demanda origen del presente juicio, pueda estimarse incurso en la nulidad absoluta y radical que se propugna por el actor; y así, circunscrita la cuestión crucial de la litis y atendida la resultancia del elemento fáctico, no impugnado en el recurso, es obligado observar: A) que la ausencia, dentro del Código civil de una teoría general sobre la nulidad de los actos jurídicos, ha tenido que suplirse, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, apoyándose en preceptos dispersos del propio Código, fijando el matiz absoluto o relativo que puede ofrecer tal nulidad, y relacionando su posibilidad, con los diversos elementos que integran la relación jurídica; y así se ha puntualizado que la nulidad absoluta se puede apreciar en orden al «sujeto» (cuando el realizador del acto carece de titularidad para llevarlo a cabo); al «objeto» (si el acto contiene materia ilícita, contraria al orden público que resulte imposible, en el aspecto físico o repudiable en el moral); a la «causa» (si ésta no existe o es ilícita o totalmente falsa), y hasta a la «forma», en los casos excepcionales en que ésta es absolutamente necesaria para la validez del acto; fuera de todas estas hipótesis, el acto jurídico, si advino con algún vicio o produjo alguna lesión, a un derecho protegido, será simplemente «anulable», dentro de los requisitos de tiempo y forma que la Ley, para cada caso, establece, siendo la posibilidad de subsanación o confirmación la que, principalmente, señala la línea divisoria entre las dos especies de nulidad. B) Por otra parte, y circunscrita la posible nulidad a la partición efectuada por contador designado al efecto en el testamento por el causante de la herencia, hay que tener

presente que tal contador subroga y reemplaza *post mortem* a la persona del *de cujus* y ostenta sus mismas facultades para llevar a efecto la partición dentro de las normas señaladas por aquél y sin necesidad, para su validez, de asistencia o anuencia de los herederos, a quienes, no obstante, queda a salvo su derecho de impugnarla en juicio, por defecto o lesión capaz de anularla o rescindirla, pero ello dentro del plazo de duración que la Ley concede a la oportuna acción impugnatoria; transcurrido el cual, la partición se ofrece como inconvencible; puede decirse, en suma, que la total y definitiva eficacia de la partición, realizada por contador testamentario, no requiere confirmación alguna de los herederos y basta, por ello, la inacción de los mismos, mientras dura la acción impugnatoria que la Ley, al efecto, concede a los interesados en la sucesión. C) Que, por ello, en el caso de autos, realizada la partición por uno de los contadores partidores, nombrados solidariamente por el testador, sin que en la misma se contenga nada ilícito, inmoral ni abiertamente contrario a la voluntad del causante y sin más intervención que la obligada del cónyuge sobreviviente, para proceder a liquidar la Sociedad legal de ganancias; formalizada por escritura pública tal partición, posesionados los partícipes de los bienes adjudicados y transcurrido, con exceso, el plazo de duración de la acción para denunciar cualquier vicio concurrente o lesión resultante de ella, la partición se hizo total y definitivamente eficaz, y ya no cabe denunciar con éxito su nulidad, ni aun con ese carácter absoluto que en nada se desprende de los hechos resultantes de autos, por lo que, al no existir las infracciones legales que en el motivo se aducen, éste resulta invariable.

Que tampoco cabe admitir las alegaciones en que se apoya el segundo motivo del recurso, ya que: 1.º Una sentencia absolutoria no puede tacharse de incongruente, si la absolución se produce por causa de excepción, sosteniendo por la parte a quien favorece. 2.º En el caso de autos, sólo se postuló la declaración de la nulidad absoluta de la partición efectuada, tema debatido ampliamente en la litis y que fue rechazada, de modo expreso, en las sentencias de instancia. 3.º La tesis referente a la imposibilidad de accionar, para pedir que se declarase la nulidad, con carácter relativo, de la partición discutida, sólo se trata en la sentencia impugnada como argumento *ad maiorem* y no precisamente de oficio, pues tal cuestión fue claramente planteada en los fundamentos de Derecho, base de la oposición deducida, a la pretensión actora, en el escrito contestando a la demanda. 4.º No hay pues, y en definitiva, incongruencia alguna entre lo pedido y lo resuelto, ni la sentencia recurrida, se pronunció sobre ningún extremo, no propuesto en la litis.

PARTICION. COLACION. *Artículos 1.074 1.035 y 1.046 del Código civil. La partición aprobada judicialmente no tiene el carácter de cosa juzgada y puede ser impugnada por los perjudicados. El artículo 1.035 del Código civil sólo se refiere a las donaciones entre vivos* (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1969).

El Tribunal Supremo, en sentencia pronunciada, siendo ponente el Magistrado don Tomás de Ogayar y Ayllón, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor y apelante contra la sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado número 25 de esta capital, que, a su vez, declaró rescindida por lesión una partición, aprobada por auto de la Sala 3.ª de lo Civil de la expresada Audiencia, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando: Que las cuestiones discutidas en la sentencia, y tema del presente recurso, consisten en dilucidar si la aprobación judicial de partición, hecha en juicio de testamentaria, tiene o no la autoridad de cosa juzgada y ha de pasarse por ella, y si en caso afirmativo, establecida en dicha partición la obligación de colacionar la mitad del valor de una finca supuestamente donada, tal colación ha de figurar por su otra mitad en la herencia del cónyuge, cual previene el artículo 1.047 del Código civil.

Considerando: Que la finalidad del juicio de testamentaria radica en la práctica de la partición, cuya aprobación por las interesadas no es esencial, dado que ante el silencio de éstos, con la pérdida del trámite procesal de impugnación, tiene el juzgador el imperioso deber de aprobarlas (sentencia de 18 de junio de 1928), pero esta aprobación judicial no varía la naturaleza del acto particional, y es sólo el medio de poner fin al proceso de testamentaria cuando los interesados no impugnan dichas operaciones o las consienten, por lo que tal aprobación judicial no puede impedir que los coherederos, al amparo del artículo 1.073 del Código civil, soliciten su rescisión, dado que el precepto expresa «las particiones», sin distinguir de entre las varias clases de las mismas, y ello es así, porque, como declaran las sentencias de 30 de enero de 1955, la acción impugnativa a que se refieren los artículos 1.086 y 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil versa sobre partición en proyecto, cual lo califica el artículo 1.083 de dicha Ley; mientras que la acción, prevista en el 1.074 del Código civil, actúa sobre partición ya efectuada, la que, como negocio jurídico, puede adolecer de vicios o imperfecciones que la aprobación judicial no puede subsanar, y que son susceptibles de dar origen a su impugnación e ineficacia, no sólo por las mismas causas por las que se rescinden las obligaciones (art. 1.073), sino también como causa especial, por la lesión en más de la cuarta parte que preceptúa el artículo 1.074, rescisión por lesión aplicable a todas las operaciones particionales, sin más excepción que las señaladas en los artículos 1.075—cuando la partición la hace el mismo testador—y 1.078 del Código civil—cuando el adjudicatario ha enajenado los bienes adjudicados—.

Considerando: Que, por lo expuesto, *la partición aprobada judicialmente no tiene el carácter de cosa juzgada* y es susceptible de ser impugnada por los en ella perjudicados, ejercitando las acciones pertinentes, bien sean de nulidad, de rescisión o de modificación o complemento, pues así como las operaciones particionales, una vez concluidas por convenio unánime de todos los herederos, pueden ser impugnadas posteriormente por diversas causas, según declara la sentencia de 29 de marzo de 1958, en las aprobadas judicialmente, cabe la misma impugnación, tanto si los interesados manifiestan su conformidad, pues ésta no puede purgar los vicios de consentimiento y la lesión se reputa como tal, como si dejan transcurrir el término sin hacer oposición, que son los dos supuestos a que se refiere el artículo 1.081 de la Ley procesal, dado que este silencio, y pérdida del trámite para impugnar la partición, no revela conformidad con la misma ni impide el juicio declarativo correspondiente, según afirma la sentencia de 3 de diciembre de 1928.

Considerando: Que la doctrina expuesta hace perecer los motivos que se sustentan en la inimpugnabilidad del cuaderno particional combatido, y así decae el motivo 3.º, porque la aprobación judicial de aquél no constituye cosa juzgada, según antes se afirma, además de que no cita Ley o doctrina legal infringida, incurriendo así en la causa de inadmisión 4.ª del artículo 1.729 de la Ley procesal, que en este trámite se convierte en causa de desestimación; los motivos 1.º y 2.º, pues ni se aplica mal ni se interpreta con error el artículo 1.076 del Código civil, al afirmar que, a pesar de la aprobación judicial,

puede instarse la rescisión por lesión; el motivo 4.º, pues la partición impugnada no está aceptada por las hoy recurridas las que anunciaron su oposición, ni este consentimiento, en el caso de existir, puede impedir, según antes se razona, la impugnación por lesión; el motivo 10, porque la cuantía de la lesión, como cuestión de hecho, sólo puede ser discutida por la vía del número 7.º y no del 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal; el motivo 11, porque la partición impugnada no puede ser vinculante para las recurridas; y los motivos 12 y 13, porque inciden en el mismo defecto del 3.º, al no citar Ley ni doctrina legal infringida.

Considerando: Que los cinco motivos restantes se refieren a la obligación de colacionar en la herencia de la madre de los litigantes, debido a que, impuesta la misma en la partición del padre, ya no puede discutirse su procedencia, pero esta argumentación carece de base, puesto que, pudiendo impugnarse dicho cuaderno, no cabe duda se basa en la diferencia de valor que se dice existe entre el precio de una finca enajenada y su valor real, como no se ha impugnado la escritura de compraventa ni acreditado que la misma envuelve una donación, no hay posibilidad—dice la sentencia recurrida—de encuadrarla en el artículo 1.035 del Código civil, el que sólo se refiere a las donaciones *inter vivos*, afirmación imbatida, pues: los motivos 5.º y 6.º denuncian vicio de incongruencia, sin citar aquel precepto infringido, y éste omite el concepto de la infracción, causas determinantes y suficientes de su desestimación; los motivos 7.º y 8.º hacen supuesto de la cuestión, pues parten de la existencia de una donación que el juzgador *a quo* no estima acreditada, y el motivo 9.º, denunciador de error de derecho, no cita la norma legal sobre valoración de prueba que pudiera haber sido infringida, lo que obliga a la desestimación de estos motivos, y, por ende, a la del recurso, con los pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley procesal

FUNDACION BENEFICA ESTABLECIDA EN TESTAMENTO. Instrucción de 14 de marzo de 1899.—**ALBACEAZGO.** La representación procesal y extraprocesal de la fundación benéfica establecida por el testador, hasta su completa constitución corresponde a la respectiva Junta Provincial de Beneficencia, conforme al patronazgo conferido por la Instrucción de 14 de marzo de 1899. El albacea, en cuanto le concierne la defensa del testamento y debe responder de su actuación, puede ser demandado, aunque haya entregado los bienes a los herederos designados en el testamento, cuya validez se discute (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1968)

Antecedentes.—La Junta Provincial de Beneficencia de Madrid interpuso demanda para que se declarase: 1) La nulidad del testamento ológrafo otorgado por don E. G. E., fallecido sin legitimarios el 1 de febrero de 1960, con fecha 2 de junio de 1951, en la cual aparecía sobrepuesta la palabra «junio» a la tachada «abril», sin haber salvado el testador dicha tachadura o corrección. 2) La validez del testamento abierto otorgado por el mismo causante ante el Notario de Madrid, don Toribio Gimeno Bayón, el 5 de marzo de 1944, en el que instituía herederos a determinados Establecimientos de Beneficencia, conforme a una fundación benéfica, que habría de constituirse a tenor del testamento.

El Juzgado de Primera Instancia, número 16 de los de Madrid, estimó la demanda, siendo confirmada la sentencia por la de la Sala 3.ª de lo Civil de la

Audiencia Territorial de esa capital, y formalizados sendos recursos por los demandados y apelantes—uno de ellos, por el albacea—, por quebrantamiento de forma, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, los desestima, estableciendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que formalizados sendos recursos de casación por quebrantamiento de forma, al amparo del número 2.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por falta de personalidad en las partes, que fue planteada como dilatoria, desestimada por Autos de 28 de mayo de 1962 y 6 de febrero de 1963, y reproducida como perentoria, fue igualmente rechazada por sentencias de 5 de agosto de 1965 y 21 de diciembre de 1966, se impugna en ambos recursos la personalidad de la Junta Provincial de Beneficencia de Madrid, alegándose la violación del artículo 533, excepción 2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 7.º de la regla 9.ª y con el artículo 14, regla 6.ª, de la Instrucción de Beneficencia de 14 de marzo de 1899, motivos que no pueden prosperar, pues establecido en el testamento abierto de 5 de marzo de 1944, cláusula 3.ª, del causante don E. G. E., que instituye heredera del remanente de sus bienes a una *Fundación benéfica que se constituirá* por sus albaceas y que tendrá por finalidad la administración de los bienes que integran dicha remanente, después de pagadas las deudas del testador, para distribuir los productos, frutos y rentas de los mismos, en cuanto a una mitad entre los Asilos de Ancianos Pobres que regentan las Hermanitas de los Pobres y en cuanto a la otra mitad entre las instituciones benéficas que dirigen los Hermanos de San Juan de Dios», baste señalar que, tratándose de una Fundación futura, el artículo 7.º de la citada Instrucción, que se denuncia como violado, atribuye precisamente al Ministro de la Gobernación, entre otras facultades: «9.ª Confiar a las Juntas Provinciales el Patronazgo de las Instituciones de Beneficencia que se hallaren en alguno de los casos siguientes: 1.º *Pendientes de regulación*, interin se realiza ésta con arreglo a la voluntad de los fundadores y a las Leyes...»; el artículo 14, al determinar las funciones de las Juntas Provinciales, señala también entre otras muchas: «6.ª Ejercer el Patronazgo y Administración de las Fundaciones que se les encomiende, con arreglo a lo prevenido en la facultad 9.ª del artículo 7.º, con todos los derechos y obligaciones que a los Patronatos fundacionales correspondieran; 12.ª Velar, porque en los litigios que afecten a la Beneficencia se aprovechen los plazos y recursos legales..., y comparecer y mostrarse parte, si fuere indispensable, con autorización del Ministro de la Gobernación, en representación de los intereses colectivos que les están confiados», en mérito de todo lo cual obtuvo por Orden del Ministerio de la Gobernación de 15 de abril de 1961, a los efectos del artículo 65 de la Instrucción tantas veces repetida, la autorización necesaria para mediante el ejercicio de las acciones adecuadas solicitar la nulidad del testamento ológrafo otorgado por dicho causante en 1951, protocolizado el 21 de marzo de 1960, en cumplimiento de lo ordenado por Auto de 17 de marzo de 1960.

Considerando: Que igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo 1.º del recurso formalizado por la representación procesal de don C. E. S., por no tener el carácter de albacea con que se le demanda, al haber terminado su misión, pues lejos de ello, aun en el supuesto de que, antes de iniciado el pleito, ya hubiera hecho entrega formal de los bienes que constituían la herencia a los herederos y legatarios, es su deber la defensa del testamento del que se deriva su título de comisario (del causante, y, por otra parte, está

obligado a responder de su actuación, por todo lo cual procede la desestimación de ambos recursos.

TESTAMENTO OLOGRAFO. SU NULIDAD. *Artículos 687 y 688 del Código civil. El testamento, en cualquiera de sus formas es, por esencia, un acto eminentemente formal y solemne. Siendo la indicación del mes requisito esencial para la validez del testamento ológrafo, éste es nulo si el testador no salva en debida forma, bajo su firma, el nombre del mes tachado y el sobreescrito, citando las palabras afectadas por la corrección (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1969).*

Los antecedentes son los mismos de la sentencia precedente—26 de marzo de 1968—, dirigiéndose aquí el recurso de casación por infracción de Ley a postular la validez del testamento ológrafo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso.

Considerando: Que al girar toda su discusión que ha dado lugar al presente recurso, en torno a la validez de un determinado acto testamentario, es imprescindible partir del carácter que el testamento tiene en nuestro Derecho, en el sentido de que, por su esencia, es eminentemente formal y solemne, que precisa de la existencia de los requisitos requeridos para cada especie, de los que el testador no puede prescindir ni sustituir, y cuyo incumplimiento acarrea inexorablemente la sanción del artículo 687 del Código civil, según el que «será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en el capítulo I del título III del libro III», habiendo proclamado esta Sala, en las sentencias de 10 de julio de 1944, 4 de enero de 1952 y 10 de junio de 1966, entre otras, la necesidad de que las referidas formalidades sean observadas, como garantía de la realidad del testamento, dada la trascendencia jurídica de este acto, por el que una persona dispone de los bienes para después de su muerte, y en las sentencias de 1 de diciembre de 1927 y 28 de octubre de 1965, que ni siquiera en el caso de que racionalmente no pudiera dudarse de que lo consignado en el testamento sea fiel expresión de la voluntad, valdría como tal testamento el que no se hubiese otorgado en alguna de las formas y con todos los requisitos esenciales que en cada caso han de concurrir.

Considerando: Que por lo que concierne al testamento ológrafo, las formalidades de su otorgamiento se hallan contenidas en el artículo 688 del Código civil, que exigía, antes de su reforma por la Ley de 21 de julio de 1904, se extendiera en el papel sellado, correspondiente al año de su otorgamiento, y, en la actualidad, establece en el párrafo 2.º que, «para que sea válido este testamento, deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue», añadiendo el párrafo 3.º que, «si contuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma», siendo la significación semántica de la palabra salvar, como precisa el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, la de poner, al fin de la escritura o instrumento, una nota para que valga lo enmendado o añadido entre renglones o para que no valga lo borrado, disponiendo el artículo 153 del Reglamento del Notariado de 2 de junio de 1944, que a continuación del último renglón del instrumento público se consignarán las enmiendas y salvedades

necesarias, con la aprobación de las partes y antes de la firma de los que lo suscriben.

Considerando: Que en el caso de autos, declarado por el Tribunal *a quo* que el examen del testamento ológrafo, cuya nulidad se pretende, revela que, tanto las palabras tachadas como las interlineadas, no salvadas en uno y otro caso, afectan nada menos que a la fecha, lo que tiene como consecuencia la ausencia de expresión concreta de fecha, siendo suficiente la falta de esta circunstancia para determinar la inexistencia del testamento, por falta de la indicación exacta del mes, condición esencial para su validez (Considerando 6.º del Juzgado, aceptado por la Audiencia y 3.º de ésta), el motivo 2.º del recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la interpretación errónea del párrafo 2.º del artículo 688 del Código civil, fundado en que existe en el testamento otorgado por don E. G. E. una fecha, si bien se trazó una raya sobre el más inicialmente escrito (abril), haciendo constar otro (junio), en tanto permanecen inalterados el día y el año, y que está implícitamente salvada con la firma completa del testador, junto a ella, en el margen de la página, motivo que necesariamente ha de precer, pues, aparte de que el testador ha de ratificar con su firma, lo por él tachado, enmendado o entrerrenglonado, con cita de las palabras afectadas, lo que no aparece cumplido, el informe pericial caligráfico sienta, como conclusiones, que hubo dos redacciones en el referido testamento, siendo las ediciones «junio» sobre «abril» tachado en las líneas uno y nueve de la primera cara, trazadas posteriormente sobre el primitivo testamento, y coincidiendo las suscripciones «Ugenio Grasset» de los márgenes del documento, con la primitiva redacción del testamento, por lo que, bajo ningún concepto, pueden entenderse salvadas esas palabras, lo que determina el incumplimiento del requisito esencial de la fecha, que acarrea inexorablemente la invalidez de la disposición ológrafa, siendo inútil el examen del motivo 1.º referente a las otras tachaduras y enmiendas, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.

Comentario—Es digna de toda alabanza la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, en orden a la interpretación y alcance del artículo 688, párrafo 3.º, en relación con el artículo 687, ambos del Código civil, que puede sintetizarse así: Cuando las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones no han sido salvadas por el testador bajo su firma y no alteran ni varían el exacto sentido de la declaración de voluntad ni afectan a los requisitos esenciales del testamento, se tienen por no puestas y el testamento ológrafo que las contiene es válido; en cambio, cuando las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones no salvadas debidamente se refieren a los requisitos esenciales del testamento o alteran o afectan de modo sustancial a la voluntad del testador, la nulidad o falta de efectos de tales palabras no se localiza en ellas, sino que se extiende a todo el testamento que las contiene (sentencias de 29 de noviembre de 1916 y 3 de abril de 1945).

En el presente caso, las tachaduras y sobreescritos, en las líneas 1.ª y 9.ª del testamento, afectan a algo tan esencial como la fecha, concretamente al mes, que en la redacción primitiva era el de abril, posteriormente tachado para escribir encima «junio», sin que el testador escribiera que debía valer esta última palabra, sino que sólo se contiene la firma completa del testador en el margen de la hoja, junto a las enmiendas, firma que también se contenía en el margen de las otras dos primeras hojas en que iba extendido el testamento y que, según el dictamen pericial caligráfico acogido por el Tribunal, fueron

puestas al escribir primitivamente el testamento, *antes* de la expresada modificación del mes. ¿Hubiera sido otra la solución si se prueba que la firma marginal era simultánea a la enmienda? Estimo que no, porque el artículo 688, párrafo 3.º, del Código civil exige salvar las palabras bajo la firma, lo que presupone que antes de ésta se haga referencia a aquéllas, a fin de que no exista duda alguna sobre la verdadera voluntad del testador. Es cierto que no se requiere que la fecha escrita sea, efectivamente, la que se escribe el testamento, bastando la mera verosimilitud, al presumir la Ley que la fecha expresada corresponde a la real, y que en el presente caso no estamos ante un testamento sin fecha, sino ante un testamento de fecha dudosa; mas precisamente por ello es necesario disipar cualquier posible duda acerca de la voluntad del testador al introducir la modificación, en consonancia con el carácter solemne del testamento mediante la observancia de precauciones dirigidas a asegurar la voluntad del testador, es o sigue siendo la última verdaderamente querida en orden a la disposición de sus bienes, ya que, de igual modo que pudo romper el testamento ológrafo, pudo dicha tachadura no salvar significar una voluntad contraria a la subsistencia del mismo o, al menos, revelar una indecisión en el ánimo del causante al que le faltaba en tal momento la concluyente intención acerca del acto que la precisa en todo caso.

Se desprende también de esta sentencia que no estamos ante un testamento posterior perfecto, a pesar de haber sido protocolizado, capaz para revocar los anteriores (uno, notarial de 5 de marzo de 1944, y otro, ológrafo de 6 de marzo de 1944, que no apareció), lo que es lógico, pues si no cabe apreciar la revocación cuando el testamento ológrafo válido formalmente no se protocoliza, tampoco debe estimarse cuando la protocolización efectuada no era procedente por adolecer de defectos formales determinantes de su nulidad, ya que lo protocolizado era algo inexistente en cuanto acto de última voluntad y solemne. Menos aún puede mantenerse que, puesto que ha habido dos redacciones del testamento ológrafo, la primera de ellas, anterior a la tachadura, había revocado los testamentos anteriores.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

EL ARBITRIO DE PLUS VALIA Y EL URBANISMO

SENTENCIAS DE 7 Y 12 DE ABRIL DE 1969.

I. INTRODUCCIÓN.

Las exenciones y bonificaciones tributarias han constituido uno de los medios tradicionales de la acción de fomento (1), consagrada en nuestra legislación urbanística (2).

Desde las Leyes de ensanche de 29 de junio de 1864 y 22 de diciembre de 1876, hasta las disposiciones vigentes sobre el régimen local, se ha incluido el arbitrio municipal sobre incremento de valor de los terrenos entre los susceptibles de exención o bonificación, cuando el sujeto obligado al pago había realizado determinadas obras de relevancia urbanística.

En este sentido, se impone una elemental distinción entre dos tipos de obras de urbanización: que se trate de obras de nueva urbanización o que se trate de obras de reforma interior.

II. NUEVAS URBANIZACIONES Y REFORMA INTERIOR.

1. *Nuevas urbanizaciones.*

El régimen jurídico de bonificaciones y exenciones tributarias de las nuevas urbanizaciones se regula en los artículos 189 y siguientes de la Ley del Suelo y disposiciones complementarias.

Presupone un terreno que no era urbano, sino rústico. Y es, precisamente por la acción urbanizadora, por lo que aquel terreno rústico se convierte en urbano.

(1) VILLAR PALASÍ (en *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precto político*, «Revista de Administración Pública», núm. 14, pág. 117) recuerda que JUSTI (en *Elementos generales de política*, trad. de A. F. Puig, Barcelona, 1784, págs. 16 y 85) habla ya de las exenciones como medio de fomentar y promover el orden económico.

Cfr. BAENA DEL ALCÁZAR: *Sobre el concepto de fomento*, «Revista de Administración Pública», núm. 54, págs. 72-74.

(2) Me remito a mis *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, págs. 1.014 y siguientes.

De este modo es la acción del particular, sufragada por él, lo que determina que el terreno:

- tribute por contribución urbana;
- tribute por arbitrio de solares;
- tribute por arbitrio de plus valía.

En este caso, el régimen de bonificación es evidente: se trata, sencillamente, de que no pague el particular, que ha sufragado la transformación, los impuestos que son consecuencia de esa transformación.

Ahora bien, entre los impuestos y arbitrios a que afecta la bonificación no figura el de incremento del valor de los terrenos. Las exenciones de arbitrios locales se refieren únicamente a las «de los arbitrios locales, ordinarios y extraordinarios, que *recayeren sobre edificaciones* en los terrenos por razón de los cuales se costearan las obras».

2. *Reforma interior.*

Cuando no se transforma suelo rústico en urbano, cuando la obra urbanizadora se limita a una transformación de la estructura de la ciudad, entonces el fundamento del posible régimen de exención será distinto. Ya no se trata de eximir del pago a quien, con su esfuerzo y a su costa, ha motivado la sujeción a impuestos y arbitrios el suelo antes no sujeto, sino el fomento de determinado tipo de obras.

A tal efecto, la Ley de régimen local contiene dos normas que, por procedimientos diversos, reconocen al propietario que haya realizado ciertas obras, los correspondientes beneficios tributarios, a efectos de arbitrio de plus valía:

a) Un procedimiento es el de la exención del impuesto. El artículo 520, apartado f), de la Ley de régimen local, dice que «estarán exentos del arbitrio... las primeras transmisiones de solares resultantes de las obras de saneamiento y mejora interior de grandes poblaciones».

b) Otro es el de la deducción de la base del impuesto. El artículo 512, párrafo 1.º, de la Ley de régimen local, dispone: «1) A fin de determinar el incremento objeto del arbitrio, se deducirán del valor corriente en venta al final del periodo de imposición: a) el valor de las mejoras permanentes realizadas en el inmueble durante el mismo periodo y subsistentes en aquella fecha, y b) cuantas Contribuciones especiales de las comprendidas en la sección 2.ª de este capítulo se hubieran devengado por razón del suelo en el mismo periodo: tratándose de terrenos sitos en la zona de ensanche, regidos por la Ley de 26 de julio de 1892, se deducirá, asimismo, el importe del recargo extraordinario del 4 por 100, a que se refiere el artículo 13 de dicha Ley, o del que corresponda en los casos que los Ayuntamientos hicieran uso de la facultad que les confiere el artículo 587 de la presente Ley, devengados por razón del terreno en el periodo de la imposición y el valor actual que en la fecha de la condonación tuvieran las cuotas y recargos ordinarios y extraordinarios condonados al propietario, a tenor del artículo 28 de aquella Ley, en cuanto las cesiones o las obras se realizaran durante el periodo de imposición del arbitrio. El valor actual de las cuotas y recargos condonados se imputará en la forma prevista por el número 3.º del artículo 459 de esta Ley, aplicando al descuento matemático la tasa uniforme del 4 por 100.»

3. Conclusión.

Luego, con arreglo a los preceptos de la Ley del Suelo, ningún beneficio tributario, en orden al arbitrio de plus valía, se reconoce a favor de los urbanizadores.

Los posibles beneficios tributarios, en el ámbito de este arbitrio, se reconocen en la Ley de régimen local [arts. 520, apartado f), y 512, párrafo 1.º].

III. EXENCIÓN DEL ARBITRIO DE PLUS VALÍA DEL ARTÍCULO 520, APARTADO F).

Con carácter general, al aceptar un Considerando de la sentencia apelada, una sentencia de 10 de noviembre de 1966, sentó la siguiente doctrina: «Están exentas del arbitrio de plus valía las primeras transmisiones de solares resultantes de las obras de saneamiento y mejora interior de grandes poblaciones, exención que viene a reproducir la que ya se había establecido con anterioridad a la Ley de régimen local por la Real Orden de 4 de noviembre de 1929, y que encuentra su *ratio legis*—como se vino incluso a declarar por la jurisprudencia, a través de la conocida sentencia de 28 de noviembre de 1933—, en que, en el caso de *solares resultantes de las obras de saneamiento y mejora interior de incremento* del valor de dichos terrenos, es debido de manera específica a los gastos que la realización de tales obras llevan consigo y, por tanto, sería contrario a justicia e incluso a lo que es fundamento del arbitrio de plus valía, que la Administración municipal participara en un aumento de un valor que es fruto exclusivo de la actividad onerosa del titular transmitente.»

Al tratar de aplicar a un supuesto concreto este precepto, se planteó el problema de las características que deberían reunir las obras que dieran lugar a los solares exentos del arbitrio.

A tales efectos, una sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos, de 17 de octubre de 1968 (ponente: MARTÍN FERRERAS), sentó la siguiente doctrina:

«Considerando: Que, mediante pública escritura otorgada en Vitoria con fecha 10 de junio de 1963, don J. U. C. donaba, pura y simplemente, a sus hijos don J. I. y don J. M. U. O., demandados en el presente recurso, un solar situado en la calle del General Alava, de dicha ciudad; y presentada por los adquirentes del terreno una declaración jurada para que fuera girada la liquidación procedente por el arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos, el Ayuntamiento fijó, como importe a satisfacer por tal imposición, la cantidad de 456 502,70 pesetas, liquidación que fue recurrida en reposición por estimar los donatarios que era aplicable la exención prevista en el artículo 3.º de la Ordenanza reguladora del arbitrio, al declarar, transcribiendo lo dispuesto por el artículo 520, 1.º, f), de la Ley de régimen local, que estaban exentas las primeras transmisiones de solares resultantes de obras de saneamiento y mejora interior; recurso que fue desestimado por la Autoridad municipal, alegando que era necesaria la concurrencia de las dos condiciones (saneamiento y mejora interior) para conceder la exención, circunstancias que no se daban en el solar adquirido por los recurrentes, que era resultado sola-

mente de obras de reforma interior, pero no de saneamiento; y entablado recurso de anada ante el Organismo Jurídico-Administrativo de Alava, fue estimada la pretensión de los señores U. O., con base en que se precisaba la concurrencia simultánea de ambas condiciones, sino que bastaba la existencia de una sola de ellas; resolución motivadora de que la Corporación Municipal planteara el actual procedimiento, en el que la cuestión a examinar se contrae a la divergencia que ha señalado en orden a la exención del arbitrio y que existe entre los acuerdos decisorios de los dos recursos administrativos, pues no hay duda alguna sobre los demás extremos reseñados en los preceptos legales para fundamentar tal exención, ya que aparece expresamente reconocido por las partes de este proceso que el terreno sometido a imposición tiene su origen en la reparcelación de los solares afectados por las obras de apertura y urbanización de la prolongación de la calle del General Alava, siendo adjudicado en propiedad al señor U. C., así como también que la donación efectuada por el propietario en favor de sus hijos ha sido la primera transmisión del dominio del solar después de la ejecución de las mencionadas obras.

Considerando: Que la Comisión Central de Urbanismo aprobó, en 6 de marzo de 1956, el Plan General de Ordenación Urbana de Vitoria, del que forman parte las obras ejecutadas en la referida calle, plan vigente con anterioridad a la actual Ley del Suelo, por lo que sus normas reguladoras eran las comprendidas en la Ley de régimen local, que, en su artículo 129, clasificaba las obras municipales de urbanización en cuatro grupos: de reforma interior de poblaciones, de ensanche, de extensión y de saneamiento, siendo definidas en el artículo 130 las primeras como 'las de urbanización en el interior del casco de la población, tanto cuando los proyectos tengan carácter general como cuando sólo afecten a una zona', y las últimas como 'las que se realicen para mejorar las condiciones higiénicas de la población o de algún sector importante de ella, ya se efectúen en el suelo, ya en el subsuelo'; observándose que este artículo habla de 'reforma interior', mientras que el 520 se refiere a 'mejora interior' para conceder la exención del arbitrio, diferencia de palabras que no implica la existencia de obras de distinta naturaleza, pues no aparece en el texto legal ningún precepto que haga referencia a tal diversidad, y, además, el Reglamento de obras, servicios y bienes municipales de 14 de julio de 1924, empleaba indistintamente ambas palabras para denominar la misma clase de obras, y entre las que figuraban en este grupo señalaba la apertura de vías públicas, con lo que se seguía la trayectoria iniciada por la Ley de 18 de marzo de 1895, al calificar como obras de mejora interior de las poblaciones las que tenían por objeto ensanchar las vías existentes o crear otras nuevas; y aparte de que la redacción del citado artículo 520 no autoriza a establecer únicamente en el caso de que las obras estén incluidas en los dos grupos de saneamiento y mejora interior, y no cuando solamente aparecen comprendidas en uno de ellos, debe tenerse en cuenta, principalmente, que el artículo 134 determina para todos los Municipios la obligación de formar un Plan general de urbanización 'que comprenda la reforma, ensanche, higienización y embellecimiento de su aglomeración urbana', con lo que se engloban en un solo plan de actuación los diversos grupos de obras reseñadas en el artículo 129, siendo consecuencia de esta inclusión que las obras comprendidas en dicho Plan general gocen de la exención tributaria cuando se refieran a cualquiera de los dos grupos citados en el artículo 520, circunstancia concurrente en el caso actual, puesto que la apertura de la prolongación de la calle del General Alava estaba señalada, y así lo reconoce el propio Ayuntamien-

to demandante, al resolver el recurso de reposición interpuesto por los demandados contra la liquidación del arbitrio, como obra de reforma interior en el Plan general de ordenación de la ciudad; debiéndose tomar en consideración también que tal obra fue aprobada por el Pleno municipal, en sesión de 8 de enero de 1958, cuando ya estaba vigente la actual Ley del Suelo, que, en su artículo 9.º, fija las características de los planes generales de ordenación urbana, y en sus artículos 12 y 19 establece el concepto de los planes de reforma interior y saneamiento, respectivamente, en términos análogos a los empleados por la legislación precedente, añadiendo en su 9.ª disposición transitoria que los planes de urbanismo existentes, cuando comenzó la vigencia de la nueva Ley, seguían subsistiendo, aun cuando debían acomodar su actuación a las normas señaladas por la nueva ordenación legal.

Considerando: Que la exención del arbitrio de plus valía, en el supuesto de la primera transmisión de solares resultantes de obras de saneamiento y mejora interior, únicamente puede ser concedida en el caso de que tales obras hayan sido costeadas por el propietario del terreno, pues no sería justo que la Administración Municipal participara, mediante la cuota impositiva fijada al particular, de un incremento de valor que ha sido exclusivamente debido a la actividad económica del dueño del solar, y así lo reconoce el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de noviembre de 1966, reiterado el criterio sostenido en la sentencia de 8 de noviembre de 1933, en interpretación de la Real Orden de 4 de noviembre de 1929, por la que se introdujo la exención en nuestro sistema legislativo; circunstancia que se da en el presente caso, pues el propio Ayuntamiento ha certificado en autos que la finalidad de las obras, en su totalidad, ha corrido a cargo de los propietarios afectados y en proporción a las superficies que les fueron adjudicadas en la reparcelación: figurando en la liquidación definitiva de las obras don J. U. C., a quien se atribuyó una superficie de 1.539,22 metros cuadrados, a la que correspondió la cuota de 1.849.846,39 pesetas, de la que se descontaron 408.608 como importe de expropiaciones.

Considerando: Que el apartado 3.º del antedicho artículo 520 establece que 'el Derecho de exención habrá de referirse siempre a la persona o entidad que recaiga el arbitrio, a tenor de los preceptos del artículo 517', señalando este último precepto que en los actos *inter vivos*, a título lucrativo, recaerá el arbitrio sobre el adquirente, circunstancia que parece indicar la imposibilidad de aplicar la exención del arbitrio a los señores U. O., ya que, según se ha expuesto anteriormente o siendo el costeamiento de las obras requisito indispensable para conceder tal exención, la aportación al coste total de las obras fue hecha por su padre, que, posteriormente, les hizo donación del solar resultante de la urbanización de la nueva calle; pero este apartado 3.º ha de ponerse en relación con el primero del mismo artículo, que relaciona los diversos motivos de exención, distinguiendo una de carácter objetivo (precisamente, el relativo a las primeras transmisiones de los aludidos solares), de otros subjetivos (como son los establecidos en favor del Estado, Municipio de la imposición, provincia a que éste pertenece, iglesia, etc.), y mientras en aquél se concede el beneficio con un fin de equidad, en compensación a los gastos hechos por los dueños de los terrenos, en los demás casos se trata verdaderamente de un privilegio otorgado a diversas Entidades, del que solamente pueden hacer uso, en caso de transmisiones a título gratuito, cuando aparezca con la calidad jurídica de accidente, criterio restrictivo que no debe ser aplicado en el caso de que se transmitan por el mismo título unos bienes que se han revalorizado como consecuencia exclusiva de la actividad económica

de un particular, la cual sirve de fundamento para conceder la exención con independencia de la condición de las personas que intervengan en la transmisión.»

Esta doctrina fue aceptada por la sentencia de la Sala 3.^a de 12 de abril de 1969 (ponente: ROLDÁN MARTÍNEZ), que formuló, además, la siguiente declaración en su primer Considerando: «Que aceptados por las partes y apreciados correctamente por el Tribunal *a quo* los supuestos de hecho de que el terreno sometido a imposición del arbitrio de plus valía tiene su origen en la re-parcelación de los solares afectados por las obras de apertura y urbanización de la prolongación de la calle del General Alava, de la ciudad de Vitoria, y que dichas obras merecen la calificación de obras de saneamiento y reforma o mejora interior realizadas en régimen de cooperación privada en ejecución de un proyecto municipal de urbanización, que las mismas han sido costeadas íntegramente por los propietarios de los terrenos en proporción a las superficies o extensión, y, finalmente, que la transmisión, efectuada del terreno solar que motivó la liquidación del arbitrio constituye la primera transmisión, aparece aplicada e interpretada debidamente en la sentencia objeto de este recurso de apelación, los preceptos atinentes a la aplicación al caso de autos de la exención establecida en la letra f) del artículo 520 de la Ley de régimen local para las primeras transmisiones de solares resultantes de las obras de mejora interior de grandes poblaciones, que les alcanza la exención, sin precisar, a la vez, de concurrencia de que sean de saneamiento, pues, esta interpretación gramatical y literalista conduciría a una solución sin justificación y contraría a la *ratio legis* y a la finalidad de la exoneración tradicionalmente establecida a favor de la primera transmisión de solares resultantes de obras de reforma interior que, como las de apertura y urbanización de una nueva vía pública, con todos los servicios que se especifican en la Memoria, llevan incluso, siempre de manera implícita, una mejora en las condiciones de salubridad y seguridad de los terrenos para convertirlos en solares edificables, por lo que procede la desestimación del recurso de apelación y confirma la sentencia apelada en todas sus partes, porque la razón de justicia justifica la aplicabilidad de la exención, por la razón y motivo que han determinado al legislador a su concesión, a pesar de lo dispuesto en el número 3.º del artículo 520.»

En consecuencia: Para que pueda aplicarse la exención que prevé el artículo 520, apartado f), de la Ley de régimen local, han de darse los requisitos siguientes:

1.º Que el solar sobre el que recaiga el arbitrio sea *resultante* de las obras a que se refiere el precepto. Si ha de ser «resultante», ello implica que antes no existía como tal solar.

2.º Que las obras sean de «saneamiento y mejora interior». La sentencia comentada admite la exención para cualquier obra de reforma interior. A tal efecto, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 2.º, de la Ley del Suelo, que considera planes y proyectos de reforma interior «los concernientes al casco urbano y encaminados a sanear barrios insalubres, resolver problemas de circulación o de estética, mejorar servicios públicos o realizar otros fines semejantes».

La interpretación jurisprudencial quizá sea un poco generosa para el contribuyente, teniendo en cuenta el principio literalista de interpretación de las

normas tributarias, y, sobre todo, que, cuando se trata de obras de reforma interior, el principio general no es la exención del arbitrio, sino, a tenor del artículo 512, párrafo 1.º, la dedicación de la base del importe de las obras.

IV. LA DEDUCCIÓN DE LA BASE DEL ARTÍCULO 512 DE LA LEY DE RÉGIMEN LOCAL.

Respecto de la deducción de la base que regula el artículo 512, párrafo 1.º, de la Ley de régimen local, una sentencia de 7 de abril de 1969 (de que fue ponente BOMBÍN NIETO), al aceptar los considerandos de la apelada, sentó la siguiente correcta doctrina:

«Considerando: Que a efectos de la aplicación del referido arbitrio, los Ayuntamientos vienen obligados a fijar cada tres años los tipos unitarios de valor corriente en venta de los terrenos enclavados en su término municipal, señalando precios unitarios para cada una de las zonas en que pueden dividir o clasificar el total perimetro municipal (art. 511 de la Ley de régimen local).

Considerando: Que así como para calcular el valor de las fincas en el momento inicial del periodo impositivo, los Ayuntamientos pueden apartarse de las valoraciones del Índice, tomando en cuenta los consignados en las escrituras o títulos correspondientes (apartado 3.º del citado art. 511); en cambio, para la determinación del valor en el momento final del mismo periodo, es absolutamente preciso atender a los precios consignados en los referidos Índices

Considerando: Que, en consecuencia, comparando el valor inicial, deducido del Índice, o, en su caso, de los otros medios autorizados, y el valor final que, en todo caso, debe resultar del Índice de valoración, se obtiene el incremento del valor, objetivamente estimado por la Administración, que ha experimentado la finca objeto de imposición y que han sido debido al alza motivada por factores independientes de la actividad del propietario.

Considerando: Que de dicho valor final fijado en el Índice corresponde, en primer lugar, el valor de las mejoras realizadas en el inmueble dentro del periodo impositivo y subsistentes en la fecha de cierre del mismo

Considerando: Que el fundamento de dicha deducción es evidente, puesto que, en tal caso, la mayor estimación que haya merecido la finca, por razón de las obras y mejoras realizadas por el propietario, debe imputarse exclusivamente a la actividad de éste; pero lógicamente para que proceda dicha deducción, es preciso demostrar que en la valoración del Índice se han tenido en cuenta las obras de mejora realizadas por el propietario, pues de no ser así, es claro que los precios unitarios del Índice responden únicamente a la elevación general del precio de los terrenos, debida a la influencia de factores extraños a la actividad de la propiedad, y, naturalmente, no es preciso deducir lo que previamente no ha influido en la estimación del valor, ya que si se dedujese del valor final el importe de las obras realizadas en la finca, y que no se tuvieron en cuenta para su determinación, el propietario afectado resultaría beneficiado, en relación con los demás propietarios de la misma zona.

Considerando: Que en el presente caso, los precios tomados en consideración por la Administración municipal para fijar el valor de las fincas sujetas a imposición, han sido los de carácter general señalados para todas las fincas incluidas en la zona, sin que exista elemento alguno que permita establecer

que en su estimación se han tenido en cuenta las obras realizadas por la Sociedad 'Dow Urqunesa', por lo que, dada la doctrina expuesta, resulta totalmente improcedente la deducción acordada en las resoluciones recurridas.

Considerando: Finalmente, que es necesario rechazar el argumento expuesto, tanto en la contestación a la demanda del ilustrísimo señor Abogado del Estado como en la formulada por la representación de la parte codemandada, y, según el cual, los terrenos afectados por el arbitrio sólo están sujetos al mismo como consecuencia de las obras realizadas por la Sociedad propietaria, por lo que entienden resulta improcedente se trate de exaccionar el impuesto sin tener en cuenta el importe de las obras que han hecho posible la aplicación del mismo.

Considerando: Que tal argumento olvida que, en principio, están sujetos al arbitrio de plus valía, según el artículo 510 de la Ley de régimen local, todos los terrenos situados en el término municipal, quedando únicamente exceptuados los afectos a una explotación agrícola, forestal o ganadera, y aún éstos, siempre que no reúnan las condiciones legales de solares, conforme a lo dispuesto en el artículo 499 de la propia Ley.

Considerando: Que, por tanto, los terrenos de que se trata, aunque no hubieran sido adaptados para una explotación industrial, habría que estimarlos en principio, sujetos al arbitrio de plus valía, ya que no existe elemento alguno que permita adscribirlos sin dicho destino a una explotación agrícola, forestal o ganadera, por lo que no resulta cierta la premisa en que se basa dicho argumento de que sin tales obras no hubieran estado sujetos al impuesto.»

En esta doctrina, por tanto, se consagran los siguientes principios básicos:

1º Que, para determinar la base del arbitrio, es *absolutamente preciso atender a los precios consignados* en los Índices municipales. Terminante declaración que suelen olvidar algunos Municipios (v. gr., el de Madrid), al girar sus liquidaciones, obligando a los contribuyentes a recursos contenciosos inútiles, por prejulgados, pero costosos. Es cierto que el Reglamento de la Hacienda Municipal de Madrid, en su artículo 57, dispone:

«El valor corriente en venta de los terrenos, en las fechas a que las valoraciones se contraigan, se determinará con arreglo a los valores unitarios fijados en el Índice y de acuerdo con sus reglas de aplicación, excepto en el caso de que, al practicar cualquier liquidación del arbitrio correspondiente a una transmisión de dominio, se comprobase que el valor del terreno consignado en la escritura o título de transmisión fuere superior al que se deduciría, con arreglo a los valores unitarios del Índice y sus reglas de aplicación; en tal caso de excepción, se podrá liquidar el arbitrio, tomando como base para calcular el incremento el referido valor consignado en las escrituras o títulos, si se cumplen, además, estas dos condiciones:

a) Que se respete el valor originario realmente tenido en cuenta y aplicado como actual en la liquidación de la transmisión inmediata anterior.

b) Que al incremento resultante se le aplique la corrección que el Gobierno señale, a efectos de impuesto de aumento real de valor de las fincas rústicas y urbanas, como consecuencia de las fluctuaciones del nivel general de precios.»

Pero, aparte de que el precepto es de legalidad dudosa, en todo caso ha de tenerse en cuenta que se trata de supuesto excepcional—el precepto habla de

«caso de excepción»—, que únicamente podrá aplicarse si se dan las circunstancias que el mismo prevé,

2.º Que, para que pueda deducirse del valor de Indices las mejoras realizadas en el inmueble dentro del período impositivo, es, asimismo, necesario que se den las circunstancias siguientes:

- a) Que se trate de mejoras permanentes, que afecten al terreno.
- b) Que las mejoras se hubiesen tenido en cuenta en la valoración del Índice.

J. G. P.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

(SECCION QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS)

POR FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS.

11. *COMPROBACION DE VALORES: La tasación efectuada por funcionario técnico al servicio de la Administración, no debe limitarse a la mera expresión del valor de los bienes transmitidos, sino que ha de ser razonada por aquél* (RESOLUCIÓN DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1968).

A) *Hechos*.—Por escritura otorgada el 4 de noviembre de 1965, don R. vendió a «La Auxiliar de la Construcción, S. A.», una pieza de tierra plantada de viña y algarrobos de dos hectáreas aproximadamente. La Oficina de gestión efectuó comprobación de valores en base a los precios medios de venta, que no arrojó aumento sobre el de 100.000 pesetas consignado en la escritura.

Remitido el expediente a la Abogacía del Estado, se acordó por ésta que, en aplicación del número 12, apartado 2.º, del artículo 80 del Reglamento de 1959, se hiciese la valoración por el Arquitecto Jefe del Servicio de Valoración Urbana, que fijó un valor de 979.000 pesetas, sin explicar el procedimiento por el que había llegado a su determinación.

El recurrente esgrimió como argumento principal la total incompetencia del funcionario designado para realizar la valoración, pues los bienes no constituían edificación alguna u obra de determinada especie, sino una finca rústica, considerando adecuada al caso la aplicación del Índice de Precios Medios o, en su defecto, la tasación pericial.

El Tribunal Central acepta el recurso en base a la doctrina que seguidamente se transcribe.

B) *Doctrina*.—Que la comprobación realizada por funcionario técnico al servicio de la Administración, como valoración pericial que es, no debe limitarse a la mera expresión del valor de los bienes transmitidos, sino que debe ser razonada para que, en base a los argumentos esgrimidos, pueda ser estimada o no por la autoridad de resolución, según las reglas de la

sana crítica, conforme al artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable como legislación procesal supletoria.

Encontramos muy lógica la doctrina sentada en la presente Resolución, porque, en efecto, resultaba, a nuestro juicio, un tanto forzada la aplicación al supuesto contemplado del medio de comprobación que establece el número 12, apartado 2.º, del artículo 80 del Reglamento. Dicho precepto exige en el perito la doble condición de ser funcionario técnico al servicio de la Administración y «tener título adecuado a la naturaleza de los bienes transmitidos o del acto liquidable». Si el inmueble merecía, efectivamente, el calificativo de «finca rústica», como parece acreditarlo el hallarse cultivada y catastrada como tal, es evidente la no concurrencia de la segunda premisa. Y si por su proximidad a zona edificada podía calificarse de solar, parece más idóneo, de ser posible su aplicación, el procedimiento de comprobación que contempla el número 4.º del mismo artículo 80, pues el del número 12, aunque incluido entre los medios ordinarios, es si no de derecho, por lo menos de hecho, una auténtica tasación pericial a la que sólo debe acudir-se si aquéllos no son idóneos a efectos de conocer el verdadero valor.

12. BIENES INTEGRANTES DEL CAUDAL HEREDITARIO: Aplicación de la presunción legal del Texto Refundido de 6 de abril de 1967.—COMPROBACION DE VALORES: Traspaso de local de negocio (RESOLUCIÓN DE 30 DE ENERO DE 1969).

A) *Hechos.*—En la relación de bienes dejados a su fallecimiento por doña E. se incluyeron, entre otros, la mitad *proindivisa* de una casa; y, asimismo, una amasadora y una refinadora para la fabricación de pan, con valores declarados, respectivamente, de 3.600 y 2.175 pesetas que, por comprobación administrativa, se elevaron a 762.500 pesetas a base de capitalizar al 4 por 100 el promedio de los beneficios estimados durante el último trienio, a efectos del Impuesto Industrial, en la actividad de «Tahona y Panadería» desarrollada por la causante. Los herederos de doña E. impugnaron la base comprobada, alegando, en cuanto a la finca urbana, que se había imputado el valor de la totalidad del inmueble, sin tener en cuenta que la mitad pertenecía ya a los reclamantes por herencia de su padre; y en cuanto a las máquinas inventariadas, que no era aplicable el procedimiento de comprobación utilizado, referido en la Ley exclusivamente a los «traspasos de locales de negocio», no pudiendo ser considerada como tal, por su escasa entidad, la maquinaria transmitida.

El Tribunal Central rechaza el recurso en base a la doctrina siguiente:

B) *Doctrina.*—Que es hecho documentalmente probado, por certificación del Registro Fiscal de Edificios y Solares, que la casa en cuestión figura en el mismo a nombre de la causante, con el consiguiente juego de la presunción recogida en el párrafo 1.º del artículo 26 del vigente Texto Refundido, conforme a la cual «se estimará como prueba bastante de que los bienes pertenecieron al causante, la circunstancia de que figuren inscritos a su nombre en los... Registros fiscales...».

Que la causante figuraba el año de su fallecimiento en la matrícula del Impuesto Industrial, Licencia fiscal, por la actividad de elaboración de pan, y se le venían imputando beneficios anuales por la Junta de Evaluación Global de «Tahonas y Panadería», lo que revela que al fallecer no transmitió a sus herederos tan sólo unas máquinas inertes, y sí una industria legalmente establecida y en actividad integrada por elementos objetivos e inmateriales, derechos administrativos, derecho de sustitución en el arrendamiento del local de negocio, y todos los demás que integraban el complejo de la empresa o industria que pasó a formar parte de su herencia, conforme al artículo 659 del Código civil, y sobre la que debe gravitar el impuesto sucesorio.

El juego de las presunciones tradicionales en nuestra legislación fiscal, y recogidas hoy en los artículos 26 y 27 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, es claro, existente el supuesto de hecho que las hace nacer, la Administración queda eximida de toda prueba por la simple aplicación del artículo 1.250 del Código civil. Por ello, nos deja un tanto perplejos la Resolución de 27 de octubre de 1967, que, en un supuesto similar al contemplado por la que comentamos (se trataba del saldo existente en una cuenta corriente), impone a la Administración la carga de la prueba. Bien es cierto que en muchos casos, como dice la Resolución citada, «resultará poco menos que imposible la identificación de la persona o personas adquirentes o poseedoras de los bienes»; pero esta circunstancia no podrá, a nuestro juicio, impedir «la adición de los mismos al caudal hereditario», a menos que el contribuyente, en uso de la facultad que le otorga el mismo artículo 27 en su número 4.º, acuda al Jurado Tributario para que «resuelva con carácter definitivo».

En cuanto a la segunda parte del fallo, la argumentación que le sirve de base resulta tan clara que excluye cualquier comentario.

13. **ADICION DE BIENES AL CAUDAL HEREDITARIO:** *No es prueba suficiente para desvirtuar la presunción de propiedad sobre unas acciones que pertenecieron al causante durante el año anterior a su fallecimiento, la declaración jurada del Corredor de Comercio que intervino en su enajenación (RESOLUCIÓN DE 30 DE ENERO DE 1969).*

A) **Hechos.**—Instruido expediente de comprobación de la herencia de doña F., la Oficina liquidadora adicionó a los bienes declarados (entre los que se hallaban 114 acciones del Banco Español de Crédito depositadas en su Sucursal en Zamora), otras 124 acciones del mismo Banco depositadas en la Sucursal de Fermoselle y 24.000 pesetas nominales en Títulos de Deuda Amortizable.

Se recurrió la base comprobada, arguyendo error en ambas adiciones, pues las 124 acciones citadas eran las mismas que aparecían inventariadas (excluidas diez que habían sido enajenadas tiempo atrás), y los Títulos de la Deuda se vendieron meses antes por el Corredor de Comercio don R., que acreditaba, por declaración jurada, haber ingresado el producto de dicha enajenación en una libreta de ahorros de que era titular la causante.

Los recurrentes aportaron al expediente dos comunicaciones de las

citadas Sucursales, reconociendo la identidad de los títulos; la declaración jurada antes dicha; y la libreta de ahorros en que se hicieron los ingresos.

El Tribunal provincial de Zamora negó valor probatorio a toda la documentación aportada y rechazó de plano el recurso, en cambio, el Tribunal Central lo admite en parte por aplicación de la doctrina que resumimos seguidamente.

B) *Doctrina*.—Que en orden a la adición de las 124 acciones del Banco Español de Crédito, lo que se ha de enjuiciar, no es la suficiencia de la prueba sobre el hecho de que dejaran o no de pertenecer al causante, sino sencillamente, si tales títulos son los mismos que figuran inventariados, y esta demostración no exige la fehaciencia que el artículo 27 del Texto Refundido impone para justificar la no adición a un caudal relicto de determinados bienes o valores.

Que, en cambio, la adición practicada con respecto a los Títulos de la Deuda Amortizable, cuyo depósito se canceló dentro del año anterior al fallecimiento, es correcta, pues contra la presunción del citado artículo 27, no puede prevalecer la prueba aportada.

El Tribunal Central admite sólo parcialmente las alegaciones del recurrente, en base al diverso valor que atribuye a la prueba documental aportada por éste. Para deshacer el equívoco existente sobre la identidad de las acciones adicionadas y demostrar que eran las mismas que las espontáneamente declaradas, le basta con los justificantes bancarios. Por el contrario, cuando se trata de desvirtuar la presunción de propiedad del artículo 27 del Texto Refundido, se muestra riguroso y no acepta como «prueba fehaciente» de que los bienes fueron transmitidos, y como «justificante suficiente de que en el caudal figuran incluidos el metálico u otros bienes subrogados en lugar de los desaparecidos como valor equivalente», la declaración jurada del Corredor de Comercio (funcionario público, en definitiva), que intervino en la transmisión. El recurrente debió acudir, pues, a la certificación prevista en el número 2.º del artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, expedida con referencia al Libro Registro de las operaciones intervenidas por el citado Corredor. Este rigor en la prueba resulta, a nuestro juicio, plenamente justificado, pues si bien es cierto que el artículo 27 del Texto Refundido (como antes el 9.º de la Ley de 1958) habla en términos genéricos de «prueba fehaciente», el Reglamento de 1959 exige taxativamente, en su artículo 75, «demostración fundada en documento público», y es evidente que la declaración jurada que se aportó no puede estimarse como tal, existiendo esa posibilidad de certificar a que antes hemos aludido.

14. **BIENES SUJETOS A RESERVA:** *La cesión de sus derechos no exime al reservatario de las obligaciones que como tal le impone la legislación fiscal (RESOLUCIÓN DE 30 DE ENERO DE 1969).*

A) *Hechos*.—Don A. otorgó a favor de don B. escritura de compraventa, cesión de derechos y apoderamiento irrevocable, en la que hacía constar que, por fallecimiento de su abuela doña C., se adjudicó al cónyuge viudo de ésta, don D., el usufructo vitalicio de la finca objeto del contrato, y a sus nietos, los hermanos don A. y don E. (fallecido), la nuda propiedad de la misma. A

tenor de ello, el citado don A. cedió a don B. su mitad indivisa; cuantos derechos pudieran corresponderle como presunto reservatario lineal de la nuda propiedad sobre la otra mitad de la finca; y su representación, con carácter irrevocable, para que, al ocurrir el fallecimiento del reservista don D., formalizara la sucesión de su hermano premuerto en todo lo necesario hasta conseguir la consolidación a su favor del pleno dominio sobre aquélla.

Fallecido el reservista, don B. otorgó escritura de manifestación y adjudicación de bienes de la herencia de don E., que motivó a cargo de don A. una liquidación por el concepto «Herencia» número 35 g) de la Tarifa al 29 por 100.

El recurso interpuesto presentaba, como alegación principal y única que aquí interesa, la existencia de la previa escritura en que don A. había cedido todos sus derechos como presunto reservatorio, perdiendo para siempre su condición de tal, con el consiguiente traspaso de la obligación fiscal al cesionario.

El Tribunal Central rechaza la reclamación en base a los siguientes razonamientos.

B) *Doctrina.*—Que en la escritura de venta y cesión de derechos, no se transmitió la nuda propiedad de la mitad reservable, sino un mero derecho expectante y, por tanto, el cesionario fue gravado solamente en el valor del derecho eventual que adquiría y no en el de la nuda propiedad.

Que las consecuencias fiscales de extinción de la reserva por muerte del reservista están claramente previstas en el párrafo 4.º del artículo 34 del Reglamento de 1959, al preceptuar que «el reservatario satisfará el impuesto, según la escala de las herencias, teniéndose en cuenta lo dispuesto en el apartado último del artículo 57 y atendido el grado de parentesco entre aquél y la persona de quien procedan los bienes».

Que la tesis del recurso conduciría a la conclusión, inadmisibile fiscalmente, de que el reclamante pudo adquirir y ceder sus derechos en virtud de una transmisión sujeta al Impuesto de Sucesiones, sin obligación de pagar cuota alguna, pues al morir su hermano y causante, por estar aquélla sujeta a condición, no se liquidó el impuesto, y al fallecer el reservista y hacerse efectivo el expectante derecho, pretende que se gire la liquidación a los cesionarios, que ni son herederos, ni adquirieron la nuda propiedad de los bienes en un negocio de marcado carácter aleatorio.

Que ello no obsta a que las estipulaciones contenidas en el contrato de cesión tengan la efectividad derivada de lo que preceptúa el artículo 1.255 del Código civil, ni exonera a los bienes que constituían la reserva de la afección que establece el artículo 15 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967.

La argumentación del Tribunal Central es clara y contundente, a nuestro juicio. El reservatario, como tal, es titular de una simple expectativa o derecho eventual, cuya consolidación se opera al morir el reservista. Su tratamiento fiscal debe ser, por tanto, análogo al del adquirente sujeto a condición suspensiva, de modo que la adquisición «se entenderá siempre realizada el día en que la limitación desaparezca, ateniéndose a esta fecha, tanto para determinar el valor de los bienes como para aplicar los tipos de tributación» (art. 57, núm. 6.º, del Reglamento del Impuesto). De otra parte, es inconcuso que el responsable ante la Administración de la obligación fiscal,

ha de ser la persona que, conforme a los preceptos sustantivos, ostente la condición de reservatario, con independencia de las particulares relaciones obligatorias que hayan podido crearse al amparo de esta situación. Así se desprende claramente del artículo 34, párrafo 4.º, cuando dice «que, en todo caso, el reservatario satisfará el impuesto...», y en términos más genéricos del párrafo 1.º del artículo 59, ambos del Reglamento, que impone la obligación de satisfacer el impuesto al adquirente, «cualesquiera que sean las estipulaciones en contrario que entre sí establezcan las partes, o las disposiciones ordenadas por el testador». Estos pactos o estipulaciones, como muy bien dice el Tribunal Central, podrán hacerse efectivos mediante el ejercicio de la acción civil que corresponda, pero no tienen por qué afectar a la Hacienda, que en definitiva es un tercero.

15. **MULTA POR FALTA DE PRESENTACION:** Las sanciones, reguladas en las normas especiales de cada tributo, han de aplicarse con preferencia a las que establece la Ley General Tributaria (RESOLUCIÓN DE 30 DE ENERO DE 1969).

A) *Hechos*.—Fallecido don A., su hermana y heredera presentó en la Abogacía del Estado, el 27 de abril de 1964, relación de los bienes relictos, girándose en base a ella la oportuna liquidación. El 11 de agosto de 1967, presentó la interesada nueva instancia, en la que hacía constar que, en la relación formulada en 1964, no se consigno, por desconocimiento de sus obligaciones, la existencia de una cuenta indistinta a nombre de ambos hermanos. La Abogacía del Estado giró liquidación complementaria, con multa del 30 por 100, sanción estimada improcedente por la recurrente, al entender que no era aplicable al caso el artículo 228 del Reglamento de 1959, sino los artículos 78, 83, 87 y 88 de la Ley General Tributaria, conforme a los cuales la omisión del saldo de la cuenta corriente, posteriormente declarado de forma espontánea, debía calificarse como simple infracción sancionable, con multa de 100 a 15.000 pesetas.

B) *Doctrina*.—Que la tesis de la recurrente carece de fundamento, porque, al invocar los preceptos de la Ley General Tributaria, olvida lo prevenido en su Disposición Transitoria 2.ª, según la cual, hasta la entrada en vigor de los Textos Refundidos tendrán plena eficacia las disposiciones que sin rango de Ley regulan los supuestos para los que aquélla exige normas del expresado rango.

Que éste es el caso de su artículo 83, párrafo 2.º, al establecer que la Ley propia de cada tributo podrá imponer sanciones tributarias especiales, lo que implica la pervivencia de las recogidas en el Reglamento de 1959, confirmadas luego en el artículo 178 de la Ley de 11 de junio de 1964 y reproducidas en el 115, núm. 2.º, del Texto Refundido de 6 de abril de 1967.

LIBROS

BELTRÁN FLORES, LUCAS: *Lecciones de Derecho fiscal* (Valladolid. Editorial Lex Nova, 1968). Un vol. de 446 págs.

El título de la obra corresponde a su contenido y a la fragmentación de la materia estudiada en capítulos que aquí se llaman lecciones. Hasta un total de 32 se contienen en el texto.

Las enseñanzas van dirigidas—no hace falta que el autor lo reconozca expresamente—a un alumnado catecúmeno en ciencia fiscal. No son, pues, sus destinatarios las personas iniciadas en la problemática financiera. Son, lisa y llanamente, cuantos se asoman por primera vez al espectáculo tributario. Hacemos hincapié en la perspectiva de los lectores del trabajo, porque ella es factor condicionante de la crítica que haya de hacerse al mismo.

Indudablemente, el señor LUCAS BELTRÁN ha tenido en cuenta el carácter de sus futuros epígonos, porque no se ha planteado excesivos problemas ni de metodología, ni de doctrina, ni de autopensamiento. La pedagogía del libro es lisa y llana, no se le plantean al alumno eclecticismos interpretativos y se prescinde de ofrecer a su consideración la batiente antagónica de los pareceres de los especialistas. Esta posición es anfibiológica. Implica una valoración oscilante, con su haz y con su envés. Porque desde el punto de vista de la adolescencia estudiantil, ha de considerarse que el enfoque es acertado. Al universitario, sin grandes criterios axiológicos, le resulta muy digerible una obra dogmática, que no da pábulo al entrecruce de las interpretaciones discrepantes y, en consecuencia, le libera de dudas e inseguridades.

Pero doctrinalmente no puede soslayarse el reparo de que el cateadrático haya refrenado sus enjuiciamientos personales y también la postura acomodaticia de no plantear, en su viveza de pugna lógica, la problemática hermenéutica, que los preceptos positivos destilan inevitablemente al ser racionalmente ordenados por los comentaristas especializados.

Las materias objeto de estudio se sitúan en el libro un poco caprichosamente y sin observar grandes rigores metodológicos. Aunque, según nuestro personal enfoque, la despreocupación hacia el método carece de importancia, siempre que la meta a que conduce el camino científico tenga su propio relieve.

La lección I se dedica al estudio del Derecho financiero. Desde esta plataforma genérica se salta hacia la parcela concreta de la relación jurídica tributaria, que es objeto de estudio en la lección II. En la lección III se remonta el vuelo de la obra hacia los problemas de la legalidad tributaria.

El curso del libro sigue todo un sistema de meandros. La nueva revuelta nos conduce, en la lección IV, al estudio de los sistemas tributarios. Cada lección conserva su insularidad en este conjunto trabado, porque sí. La V estudia las nociones de progresión, proporcionalidad y regresión tributaria.

Las lecciones VI a IX, ambas inclusive, se consagran al estudio de la historia del sistema tributario español. Se exponen las sucesivas reformas fiscales de la España antepasada, hasta desembocar en ese ayer legislativo, que representan las medidas complementarias de la devaluación de 1967. Estos capítulos, como enraizados en el pasado financiero, tal vez debieran preceder a los dogmáticos, que figuran en las lecciones anteriores, dentro del presente institucional de esta rama jurídica.

Desde la Historia se da el salto hasta el estudio pormenorizado de nuestro sistema impositivo, haciendo antesala en la lección X, tierra de nadie entre el pretérito y el presente normativos. Esta lección-puente se consagra al estudio del Presupuesto español.

De la lección XI a la XXV se expone el inventario positivo de los diferentes impuestos comprendidos en el sistema tributario español: Contribución territorial urbana, impuesto sobre los rendimientos del trabajo personal, impuesto sobre rentas de sociedades y entidades jurídicas, impuesto general sobre las rentas de las personas físicas; contribución territorial rústica, impuesto sobre las rentas del capital, impuesto sobre actividades y beneficios comerciales e industriales, impuesto general sobre las sucesiones, impuesto general sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, impuesto general sobre el tráfico de las empresas, impuesto sobre el lujo, impuestos especiales y renta de aduanas. El autor, pues, convoca a sus páginas a toda la pormenorizada legislación reguladora de los diferentes tributos.

Ya en tránsito para el estudio del régimen financiero de las provincias de Alava y Navarra—objeto de la lección XXIX—se hace pausa para estudiar los monopolios fiscales, de transparente significado, en la lección XXVI; los ingresos patrimoniales del Estado, con una ojeada histórica hacia el proceso desamortizador (lección XXVII), y las tasas fiscales y los tributos parafiscales, examinados en la lección XXVIII.

La lección XXX expone la historia de las Haciendas Municipales en un proceso temporalmente lógico, que desemboca, en la lección siguiente, en el examen de la legislación actual sobre la materia. Y ya centrada la obra en el terreno local, la lección última se consagra al estudio de las Haciendas provinciales.

En el prólogo de su libro, nos dice LUCAS BELTRÁN que su propósito ha sido facilitar a sus alumnos universitarios un primer estudio del sistema tributario español. Si nos situamos en esta postura preelegida por el autor, hay que reconocer que él mismo ha acertado plenamente. La obra es eminentemente didáctica, está escrita en lenguaje sencillo y expone, con simplificación muy elaborada y digna de elogio, sintéticamente la compleja normativa fiscal, ahorrando a sus discípulos el debatirse en la maraña de disposiciones que están o que han estado vigentes en épocas pasadas.

JOSÉ MENÉNDEZ.

CRISTÓBAL-MONTES, ANGEL: *La venta de herencia*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho. Caracas, 1968, 130 páginas.

ANGEL CRISTÓBAL-MONTES, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, cursó sus estudios de Licenciatura en la Facultad de Derecho de Zaragoza. Este dato, aparte de la laboriosidad infatigable y la abierta curiosidad intelectual del profesor venezolano, explica la competencia con que maneja la doctrina jurídica española y la europea en general. Por ello, y porque la normativa del Derecho venezolano es sensiblemente igual a la del Código civil español (ambas de fuente francesa), esta monografía es una aportación a retener en los estudios jurídicos de nuestro país; donde como es sabido, contábamos únicamente con los trabajos de ROCA SASTRE y GULLÓN BALLESTEROS. Por lo demás, en la doctrina venezolana, a juzgar por la bibliografía que presenta el propio profesor CRISTÓBAL-MONTES, es éste el primer trabajo sobre la materia.

Para el autor, la venta de herencia—de toda la herencia, o de una cuota de ella—es un negocio unitario, con objeto único: “el contenido económico entero de la herencia (activo y pasivo), el complejo unitario inescindible, acervo patrimonial, *universum ius* o caudal relicto que la herencia supone en cuanto comprensiva de todos los bienes, derechos y obligaciones (titularidades) del difunto en los que se subrogó o sucedió el heredero. Cuando se vende una herencia no tienen lugar tantas ventas como objetos singulares compongan la herencia, sino una sola venta, de una cosa única, la herencia o patrimonio hereditario (*res incorporalis* aun cuando en ella *res corporales continentur*), concebida como unidad compleja (*universitas, nomen iuris*) que supera y trasciende de las singulares entidades que la integran” (pág. 12). La unidad del objeto determina la unidad del negocio; con lo que se rechazan las opiniones que distinguen el, la venta de la herencia, la transmisión de bienes de la asunción de deudas, bien como negocios distintos coligados entre sí, bien como elementos de un contrato mixto, afirmándose que “no hay necesidad de semejante construcciones híbridas, atípicas y de índole artificiosa” (pág. 45). La especialidad del objeto explica por sí misma las peculiaridades del contrato; éste es en definitiva “un contrato de compraventa con objeto especial” (pág. 46).

Las dificultades que, en el Derecho español, debe resolver la doctrina para explicar el juego de la tradición en la adquisición de las titularidades del activo de la herencia vendida resultan obviadas absolutamente (en la explicación teórica; quizá no tanto en los conflictos prácticos) en el Derecho venezolano, en el que, a semejanza del francés, “en los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se transmiten o se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifiesto...” (art. 1.161, Cód. venez). Con estos datos legislativos, la transmisión de la cuota de herencia por actos *inter vivos* resulta conceptualmente más clara.

Los problemas aludidos—compraventa de herencia como compraventa especial, negocio típico unitario caracterizado por ser su objeto una universalidad patrimonial; y el modo de la transmisión—, son los principales que se plantean en el capítulo I. Se hace referencia asimismo a la forma del contrato, absolutamente libre en el Derecho venezolano, y se critica esta posición legislativa.

En el capítulo II, bajo la rúbrica "Efectos de la venta de herencia", se reparte la materia entre "Efectos... en relación al vendedor", y "en relación al comprador". En el primer apartado se estudia el problema de la enajenación y consumo de los bienes hereditarios por el vendedor antes de la venta, el deber de entregar los frutos percibidos, la responsabilidad por pérdida o deterioro de los bienes hereditarios—que niega, interpretando en este sentido un texto de Ulpiano que suele citarse en apoyo de la opinión contraria; hay que observar que el autor es también profesor de Derecho romano, de cuyas fuentes hace uso en su monografía cuantas veces resulta oportuno—, de la "resurrección" de los derechos extinguidos por consolidación o por confusión, y del saneamiento, deber sobre el que el Código venezolano contiene una regla fácilmente identificable para oídos españoles: "Quien vende una herencia sin especificar los objetos de que se compone, no está obligado a garantizar sino su cualidad de heredero" (art. 1.556, Cód. venez.).

En el apartado de los efectos "con relación al comprador", se ocupa del pago de los gastos realizados por el vendedor para obtener los frutos, y de las impensas hechas por el mismo sobre los bienes hereditarios, del pago del impuesto de sucesiones (el autor opina, en ausencia de normas sobre la materia, que corresponde al comprador de la herencia el pago de los impuestos gravatorios de la sucesión, pág. 91), y de la asunción por el comprador de las deudas de la herencia.

Sobre este último punto conviene observar que el Código venezolano, como la generalidad de los latinos, desconoce en su texto la institución de la asunción de deudas, y no parece que la doctrina de aquel país le haya dedicado su atención. Por ello se ve el autor en la necesidad de argumentar la admisibilidad en general de la asunción de deudas, antes de explicar cómo se realiza ésta en la venta de la herencia—cumulativamente mediante el solo acuerdo de comprador y vendedor, en forma liberatoria para éste cuando el acreedor así lo acepte—. Su argumentación, en acituid, no "meramente pasiva, de lamento frente a las imperfecciones e insuficiencias de la Ley, sino constructiva, de ataque, tratando de superar, mediante válida argumentación, las mismas" (pág. 96), tiene que superar el escollo de la normativa sobre la novación por cambio de deudor (equivalente a la de nuestro Código civil, aunque, parece, sin un artículo como el 1.204 de éste, en su párrafo final), y se apoya sustancialmente en la autonomía de la voluntad y en el paralelismo con la cesión de créditos. Según el autor, el cambio de deudor, aceptado por el acreedor, con plena liberación del primitivo deudor, pero permaneciendo inalterada la obligación, "no es tan novedoso ni tan revolucionario, sobre todo, si se considera que en la cesión de créditos, legalmente admitida y que no plantea los problemas de la asunción de deudas, el cambio de acreedor no es eficaz frente al deudor, sino a partir del momento en que éste ha sido notificado de la cesión efectuada...; *semejante notificación viene a cumplir en la cesión de créditos similar función a la que cumple el asenso del acreedor en la asunción de débitos*. (Subrayado mío). Esta forma de enfocar el fenómeno de la asunción de deudas, difícilmente compartible, condiciona probablemente la concepción unitaria que defiende el autor sobre el contrato de venta de herencia y la consideración de su objeto como *universitas*.

El capítulo III y último está dedicado a "Algunos problemas finales" entre ellos, el de la venta de la herencia aceptada a beneficio de inventario. Se defiende que el comprador, en cuanto a la responsabilidad por deudas de la herencia, estará en la misma situación en que se encontrara el vendedor, es decir, responderá ilimitadamente si así respondía éste, e *intra vires* si había aceptado a beneficio de inventario, en cuyo caso no se perderá el beneficio por la venta; el punto de par-

tida así lo exigía. ("El objetivo que modula la regulación toda de la figura jurídica que estamos estudiando: que el adquirente se ubique en la misma situación jurídica del heredero, en tanto sea posible, en todo lo que tenga consideración o trascendencia económica dentro de la herencia", pág 109).

Se observa, por último, con crítica de los argumentos generalmente aportados en contrario, que el comprador de una cuota de herencia tendrá derecho al aumento que experimentaría dicha porción en función del derecho de acrecer operante después de la venta (opinión que viene a coincidir con las de ROCA SASTRE y GULLÓN).

En el "Apéndice legal" se reproducen los artículos correspondientes a la venta de la herencia en los códigos de Venezuela, Francia, España, Alemania e Italia; con lo que se pone de manifiesto la casi identidad de los tres primeros y el elaborado tecnicismo del cuarto.

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA.

MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN: *Aguas públicas y obras hidráulicas*.

Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1966, 458 págs.

La mejor regulación jurídica para obtener un más perfecto aprovechamiento de nuestras escasas aguas naturales ha sido desde antiguo gran preocupación del legislador hispano. Actualmente, con motivo del desarrollo industrial, dicha materia vuelve a cobrar capital importancia. A examinar diversos problemas que se plantean en el tema que nos ocupa, está dedicado este libro, que consta de nueve artículos o trabajos monográficos distintos aunque unidos por el denominador común del tema: el Derecho de las aguas.

Tras una introducción en que el autor nos explica su propósito, así como su intención de llegar a publicar dentro de unos años un "Derecho general" de las aguas públicas, el libro se abre con el trabajo centrado en la Construcción y Explotación por el Estado y por las Comunidades de Regantes de las obras hidráulicas con destino a riegos. Es éste un largo y prolijo estudio de la materia, encabezado por los antecedentes históricos del tema en los que vemos cómo a lo largo del pasado siglo cambiaban los criterios en orden a la participación que el Estado debía tener en tales obras, pues, al intervencionista sucedía el liberal, que negaba absolutamente la menor intromisión del Estado.

Se recoge después el pensamiento de Joaquín Costa en materia de política hidráulica. Pensamiento de importancia fundamental y cuyas directrices han tenido su reflejo en el Derecho positivo. Para, a renglón seguido, entrar de lleno en la Ley de 1911, reguladora de la materia; estudia detalladamente cuantas facetas y problemas se presentan, y termina con un examen pormenorizado de la doctrina jurisprudencial existente.

Dedica después un capítulo al estudio de las Juntas de Obras y las de Explotación, y otro a la relación existente entre las obras de riego y la legislación de Colonización. A continuación se ocupa de las particularidades de las obras hidráulicas en el archipiélago canario, donde la característica es que las aguas no son superficiales, sino que están en el interior de la tierra, lo cual, naturalmente, implica obras distintas para su aprovechamiento. Después trata del problema de la propiedad de las obras de riego, estudiando minuciosamente la jurisprudencia y

la doctrina del Consejo de Estado, para acabar el tema con el capítulo dedicado a la construcción de la red de acequias por las Comunidades de Regantes.

Tal vez, de todos los trabajos sea el dedicado a comentar el pensamiento de Scialoja sobre el régimen jurídico de las aguas, el más interesante, pues, su carácter elevado y general le presta una amplitud de la que lógicamente carecen otros estudios centrados en temas más especializados y particulares. El punto álgido de la doctrina de Scialoja reside en la negación total y absoluta de que la prescripción sea un título adecuado para lograr un aprovechamiento legítimo de las aguas. Tesis que suscribe MARTÍN-RETORTILLO, que recoge algunos de los argumentos de Scialoja para interpretar de un modo más abierto el principio consagrado en el artículo 409 de nuestro primer Cuerpo legal.

Importante es asimismo el estudio que hace el tratadista acerca de la necesidad de una reforma de la Ley de Aguas. La veterana Ley ciertamente ha cumplido a plena satisfacción su cometido, pues, ha tenido el gran mérito de entronizar el derecho consuetudinario, teniendo, pues, las situaciones de hecho un pleno refrendo legal. No obstante, aparece ya desfasada, fundamentalmente por el desarrollo del sector industrial, pues los adelantos científicos y las nuevas técnicas han creado nuevas necesidades, que naturalmente no pudieron ser previstas por una Ley que aún habla de "molinos y otros artefactos..."

Tras hacer una reseña crítica de los intentos de reforma a la Ley, que ya desde el año 1879 se produjeron, se pregunta el autor sobre si la reforma ha de ser total o parcial, abogando por esta última solución, sobre todo, para no invalidar una multitud de resoluciones jurisprudenciales y administrativas que habían aclarado ya muchos puntos oscuros.

El espíritu de la reforma debe estar basado en el mejor aprovechamiento de las aguas para llegar a la desaparición de los márgenes residuales de los caudales, que quedan sin explotar. Es decir, salvaguardar el interés público, fin al cual debe dirigirse la nueva normación. Por otra parte, también se hace necesario respetar los derechos adquiridos y hacerlos compatibles con la reforma, si bien tales derechos deben quedar bien delimitados a fin de no perturbar el interés general. Otra importante cuestión, apuntada ya en el artículo dedicado a Scialoja, es el criterio de MARTÍN-RETORTILLO de suprimir la prescripción como medio de adquirir el aprovechamiento especial de aguas públicas, por considerarlo ilógico y abusivo.

En cuanto a las aguas privadas, no cree el autor en la necesidad de nacionalizar las mismas, pero sí en la conveniencia de limitar las facultades dominicales de los dueños de las aguas privadas a fin de que esta propiedad tuviera una mayor finalidad social.

En todo caso, afirma MARTÍN-RETORTILLO, la reforma debe estar presidida por un espíritu de prudencia y moderación, pues radicalizándose aquella, no se lograría sino la destrucción del sistema y consiguientemente muchos más perjuicios que ventajas.

Interesante, por la postura polémica y crítica del autor, es el trabajo sobre organización en materia de aguas públicas. Tras prologarse con unas atinadas frases de nuestro clásico administrativista Javier de Burgos, alusivas a relaciones entre autoridades administrativas, se escinde el trabajo en dos apartados, uno, referente a la construcción y explotación de las obras hidráulicas, y el otro, a la pesca como aprovechamiento de las aguas públicas. Pero a ambos son comunes la crítica que el tratadista hace a la organización administrativa que preside estas materias, tachándola de irracional, al depender lo referente a la construcción de obras hidráulicas de tres ministerios, Obras Públicas, Agricultura e Industria, aparte de las funciones propias del Ministerio

de Hacienda, y lo referente a la pesca, de dos, Obras Públicas y Agricultura. Aboga el tratadista, por la existencia de un mando único en cada caso, con lo cual se lograría un mayor rendimiento y utilidad de las explotaciones hidráulicas, objetivo fundamental de toda política de administración de aguas. Refuerza su tesis con argumentos de derecho comparado y acaba proponiendo varias soluciones para alcanzar una mejor coordinación entre las autoridades administrativas en estas materias.

Las "Consideraciones sobre los aprovechamientos múltiples de las aguas" resultan tan juiciosas como oportunas. Es el nuestro un país nada sobrado de recursos hidráulicos. Y así como el problema en muchos países centroeuropeos consiste en deshacerse de las aguas que abundantemente les sobran, en España y otros países mediterráneos hay que procurar un aprovechamiento exhaustivo de las aguas, a fin de no permitir los antieconómicos márgenes residuales inexplorados. De aquí precisamente la necesidad de que nuestro derecho atienda esta finalidad, necesidad que a juicio de nuestro autor no se haya satisfecha, pues nuestro derecho es insuficiente para lograr tal aprovechamiento exhaustivo. Consecuencia de cuanto antecede es el aprovechamiento múltiple, es decir, cubrir con unos mismos caudales de agua diversas finalidades: abastecimientos de poblaciones, energía eléctrica, riego, etc. Para atender las diversas finalidades de nuestra Ley de Aguas un orden de preferencia, en una relación que MARTÍN-RETORTILLO califica de "excesivamente arcaica", criticando puntos concretos de la misma, como el referente al abastecimiento de ferrocarriles, al que se concede mucha importancia, y el que hace mención de los canales para navegación, en el que la previsión del legislador falló, pues no han llegado en la práctica a tener efectividad.

Conectado con el anterior, está el trabajo sobre régimen jurídico de las aguas en Israel. En dicho país el problema de la escasez de agua es mucho más grave que en España, y de aquí que sea absolutamente necesario lograr el aprovechamiento más exhaustivo del agua y se impone para ello una planificación rígida y perfectamente ordenada, estableciéndose severos castigos a cualquier contravención. El autor se cife casi exclusivamente a una exposición del Derecho positivo, que coincide en bastantes puntos con el sistema español, destacando los aspectos en que puede servir de ejemplo a nuestro derecho, como son la existencia de una autoridad administrativa única, preconizada también en otro capítulo del libro, el empleo de una técnica descentralizadora que produce beneficiosos resultados y especialmente la presencia de los particulares en las organizaciones relacionadas con la administración de las aguas.

Este, dedicado a Israel, es el único trabajo que sobre derecho comparado se contiene en el libro, que está casi íntegramente centrado sobre nuestro propio derecho de aguas.

Como es el estudio referente a la tramitación de las concesiones de aguas públicas. Ya ha quedado reflejada la idea del autor de que la prescripción no es título apto para ganar un aprovechamiento de aguas públicas. Como si quisiera reforzarnos este punto, el autor aquí estudia los trámites de la concesión en sentido estricto, omitiendo todo lo referente al otro medio de ganar el citado aprovechamiento que admite nuestro Código civil.

La cuestión principal que se plantea nuestro autor en el presente estudio es la siguiente: ¿Existe derecho al otorgamiento de la concesión? Es decir, reuniendo todos los requisitos exigidos por la Ley, ¿es forzoso para la administración el otorgamiento de la misma o cabe una negativa discrecional? El principio fundamental en la materia, consagrado por la doctrina y recogido por la legislación es el de no existir

tal derecho, teniendo siempre la Administración la posibilidad de denegar el otorgamiento de la concesión.

No obstante, a este principio señala MARTÍN-RETORTILLO con mucha precisión una serie de justas excepciones que lo perfilan y completan.

Otra importante cuestión es la que se plantea bajo el título "Régimen y Administración de las obras hidráulicas. En torno a un tema de interpretación". La interrogante que se presenta atañe directamente al "status" jurídico de las Comunidades de Regantes. ¿Cuáles son propiamente sus derechos, facultades y obligaciones? y más concretamente ¿son titulares de un derecho a perpetuidad, o el suyo revertirá al Estado como es la regla general para las concesiones? MARTÍN-RETORTILLO tras examinar minuciosamente la jurisprudencia nos lleva a la conclusión de que dichos "status" de las citadas Comunidades es idéntico al de los titulares de una concesión administrativa.

El trabajo con que se cierra el libro es un dictamen sobre la perpetuidad de las concesiones de canales para riego otorgadas a empresa interpuesta con anterioridad a la Ley de Aguas de 1866. Se hace un detallado estudio de las normas existentes sobre este punto y se comenta con mucha agudeza una serie de resoluciones administrativas, llevándonos, por fin, a la conclusión de la temporalidad de la concesión.

Como resumen podríamos decir que se trata de una obra en que a la claridad conceptual del autor se une un profundo conocimiento del tema y un atrayente sentido polémico frente a muchos puntos de nuestro Ordenamiento jurídico-administrativo, con el objeto, ya señalado, de lograr una mejor regulación jurídica para las aguas públicas.

JOSÉ QUESADA SEGURA.

Registrador de la Propiedad.

ROBERT, JEAN: *Arbitrage Civil et Commercial (Droit interna et Droit international privé)*. Quatrième édition. París, Dalloz, 1967, 660 págs.

Una vez más nos asomamos a las páginas de la REVISTA para tratar de la institución del arbitraje privado; en la presente ocasión, comentando un tratado clásico ya, por remontarse su primera edición a treinta años, en 1937. Ofrece la actual los alicientes de ocuparse extensamente de los últimos Convenios internacionales unificadores de 1958 y 1961 y del relativo al arreglo de diferencias entre Estados y personas privadas (físicas y jurídicas) en materia de inversiones, elaborado en 1965 por el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo. Asimismo pone al día y sistematiza toda la abundante jurisprudencia francesa, punto éste capital en una obra de carácter eminentemente práctico como la presente; e incorpora las últimas novedades de la legislación gala, que afectan, sobre todo, a cuestiones de capacidad. Este carácter práctico aludido, hace que en el texto proliferen los apartados y subapartados, para así circunscribir mejor cada punto y hacer más fácil su localización y consulta separada. La obra no ha pretendido, pues, tener un contenido doctrinal siendo escasas las citas de tal carácter. Estamos lejos, pues, de una obra como la de RUBELLIN-DEVICHY sobre la naturaleza del arbitraje que procuraba simultanear lo teórico y lo práctico, y de las ágiles personales exposi-

ciones de RENÉ DAVID, antes comentadas por nosotros. Incluye, en cambio, la obra, aparte de todos los textos legales y convencionales pertinentes, un muy completo repertorio de formularios e índices por materias.

La obra, tras un Preámbulo, se divide por mitad en dos libros: el arbitraje en el Derecho interno y en el Derecho internacional privado de Francia.

Comprende la primera cinco capítulos: Introducción al tema, campo de aplicación del arbitraje, período pre-arbitral, período arbitral y período post-arbitral.

Se comienza con la célebre definición del arbitraje del autor, tan repetida luego por otros autores, para seguir con puntos que ya conocemos: historia de la institución y distinción con figuras afines, singularmente transacción y peritaje. A esto se añaden unas consideraciones sobre arbitraje "voluntario" y arbitraje forzoso.

Páase luego a lo que el autor denomina "*dominio ratione personae*" (capacidad para comprometer en arbitraje del menor, menor emancipado, menor habilitado para el comercio, padre como administrador legal, tutor, mujer casada, mujer casada comerciante, marido, incapacitados, interdictos, concursados y quebrados, etc.). Se apuntan aquí las últimas novedades del Derecho civil francés (Leyes de 14 de diciembre de 1964 y 13 de julio de 1965, ampliatorias de la capacidad). Esta sección termina contemplando los casos del mandatario y de las personas morales de Derecho público.

Respecto al dominio *ratione materiae*, se habla ampliamente de la intervención del orden público en general o *iuriscogens*, partiendo de la exégesis de los famosos artículos 83 y 1.004 del Código de Procedimiento civil limitativos del arbitraje (en materia de alimentos, habitación, vestidos, separación, divorcio cuestiones de Estado, y, en general, la situada fuera del comercio y las comunicables al Ministerio Público).

En el tercer capítulo se estudia el compromiso, su forma (notarial o privada), su contenido y los motivos de nulidad y suspensión. Siguese luego a la capacidad para ser árbitro, con las excepciones resultantes de la menor edad, interdicción e indignidad, parentesco o interés personal, insanidad mental, prodigalidad, sexo femenino, quiebra, condición de extranjero o de juez y caso especial de las colectividades.

Respecto a las causas de modificación del compromiso, se estudian el mutuo acuerdo de las partes, la muerte y la disolución o fusión de la persona jurídica; respecto a los árbitros, puede tener virtualidad su excusa o renuncia, fallecimiento, recusación, revocación y responsabilidad. Se termina esta parte con la mención de la prueba y de los efectos del compromiso.

En el estudio de la cláusula compromisoria, se nos habla de su historia y del carácter limitativo que tuvo en el Derecho francés, hasta llegar a la célebre Ley de 31 de diciembre de 1925, con el problema de su carácter retroactivo o no. Se exponen por el autor los principios de interpretación de la cláusula compromisoria, distinguiendo entre asuntos relativos a compromisos y transacciones entre comerciantes y banqueros, entre asociados en una razón social mercantil y entre personas en general. Clásico es, también, el problema de la cláusula compromisoria en un "acto mixto", en parte civil y en parte mercantil.

Respecto al carácter de la cláusula, ésta ha venido configurada como contrato preparatorio o como contrato perfecto. En cuanto a sus efectos, se hace especial hincapié en el más característico, como es el de la incompetencia de los Tribunales ordinarios. El resto de este capítulo se dedica a cuestiones procedimentales: redacción de la cláusula, medios de prueba, acción preventiva de nulidad, etc.

Comienza el capítulo IV con el estudio del poder conferido a los árbitros y su extensión, con referencia a la observancia por los mismos de las reglas de Derecho, dispensa de las normas procedimentales y plazos de gracia en el ejercicio de la función arbitral. También se ocupa aquí el autor de la cláusula de amigable composición.

Bajo el título "Instrucción del caso", son ampliamente comentadas todas las incidencias procesales que pueden sobrevenir: poderes de los árbitros en el enjuiciamiento de su propia investidura, recusación y revocación, incidente criminal o de la falsedad, intervención de terceros, demandas adicionales y reconventionales, declinatorias, y litispendencia entre tribunales arbitrales. Y en la "Instrucción propiamente dicha", estúdiase el problema de la asistencia o representación de las partes, su interrogatorio, comprobaciones documentales, prueba pericial, inspección personal y formación de las respectivas piezas. Llegamos así a la deliberación de los árbitros, a la consideración del papel del "árbitro tercero" en los casos en que es necesario, y, finalmente, al estudio de la sentencia arbitral (naturaleza, clases, contenido y rúbrica, efectos, autoridad y fuerza de cosa juzgada, interpretación, depósito y aspectos fiscales).

Con el quinto y último capítulo, aparecen estudiadas la ejecución de la sentencia (voluntaria o forzosa—*ordenanza de exequatur*—), y las vías de recurso: oposición, apelación (reformadora o de nulidad), *requête* civil y casación. Termina el capítulo con el estudio de la ejecución provisional de las sentencias y con el problema de los honorarios de los árbitros.

El segundo libro es el dedicado por el autor al Derecho internacional privado francés, y aunque de estructura y extensión sensiblemente semejantes, la sistemática dada por aquél indica que la materia tratada reviste aquí una mayor unidad. Se comienza con el estudio de los convenios de arbitraje, especialmente trascendentes para la existencia de un arbitraje "voluntario" (pues, en el Derecho internacional privado, inversamente al Derecho interno, pueden tener gran relevancia al arbitraje forzoso). Se estudia la capacidad de las partes en estos convenios de arbitraje, y también la del Estado y establecimientos públicos, ya que, según ha reconocido la jurisprudencia francesa, en este campo no existe la incapacidad para comprometer propia del Derecho interno. Otros puntos objeto de consideración son: forma y prueba de estos convenios, vicios del consentimiento, independencia de la cláusula compromisoria con respecto al contrato principal y conflictos de leyes en materia de convenios de arbitraje.

Respecto a la capacidad de los árbitros, tras unas reglas generales, se estudia el procedimiento de su designación, directa o por vía imperativa, bien en aplicación de un convenio, bien por su designación en el arbitraje institucional, hoy tan en boga para el comercio internacional. Como en el libro anterior, también aparecen considerados la competencia y poderes de los árbitros, empezando por su propia facultad de apreciarlos; y sus facultades en orden a fijar las leyes de procedimiento y de fondo, así como la sede del tribunal arbitral.

Otro importante espacio es el destinado a los incidentes del procedimiento (cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones): los referentes a la propia persona del árbitro, su designación o su competencia, los referentes a la arbitrabilidad del litigio, los que afectan a materias criminales, administrativas o de estado, y sobre interpretación de tratados.

El siguiente capítulo es de gran novedad: arbitraje y Comunidades Europeas (Mercado Común, CEEA, EURATOM), principalmente por los límites fijados por un "orden público comunitario", distinto del "orden público internacional" y del interno de los seis países, según ha venido delimitando la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades.

El estudio de la sentencia arbitral es aquí hecho en contraste con el de la sentencia interna y con la extranjera.

El clásico punto para el Derecho Procesal Internacional del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras es abordado por el autor separando los sistemas de los convenios multilaterales y de los bilaterales suscritos por Francia; estos últimos suelen ser los mismos convenios que se concertaron para las sentencias extranjeras en general, con sus mismas exigencias y limitaciones. Por eso nos permitimos remitir aquí al lector a un excelente estudio del GUY CATT, *Les problèmes soulevés par l'exequatur*. Paris, 1967 (Ponencia al Congreso de Abogados de Francia). Este apartado se completa con el de los recursos contra la ejecución en Francia de una sentencia arbitral extranjera.

El último capítulo es quizá el de más contenido doctrinal de toda la obra: la intervención del orden público en el arbitraje internacional (campo de aplicación, modalidades, momento en que se aprecia, órganos llamados a apreciarlo y efectos de la contrariedad con el mismo).

Digamos para terminar que esta edición comporta un cuidado acabado en todos sus detalles.

PEDRO A. FERRER SANCHÍS.

Doctor en Derecho y Profesor Ayudante
Valencia.

RUBENS, HENRÍQUEZ: *Contribución Territorial Urbana* ("Cuadernos Fiscales"). Año 1968, 208 págs. Ediciones Deusto. Bilbao.

En este "cuaderno fiscal", editado por Deusto, se advierte una dual estructura. Compuesto de unas doscientas páginas, se vertebra en dos partes, perfectamente diferenciables, aunque no se aluda ni en el texto, ni en el índice a esta dicotomía. En el ecuador del libro, precisamente en su hoja 101, comienza esa segunda parte no teórica, en la que se incluyen esas adherencias de relleno con que se engrosan numerosos manuales. Así en el cortejo último de la obra desfilan los siguientes capítulos de complemento: índice cronológico de disposiciones, unas llamadas "aplicaciones prácticas" (que aglutinan modelos de fichas, de altas de fincas, de actas de inspección, de declaraciones en torno de tipificación...), una tabla de bibliografía y el índice alfabético final.

El estudio específico de la contribución se contiene en las primeras 98 páginas. A lo largo de ellas figuran variadas citas doctrinales, presentadas al lector con una despreocupación y desenfado que pueden ser constructivos si los destinatarios del trabajo son exclusivamente opositores poco exigentes, urgidos por la vehemencia del aprobado inmediato. Y es que las citas se hacen desnudas, sin precisar las coordenadas identificadoras del texto que se invoca. Ni se menciona el título de la obra, del ensayo o del artículo, ni se particulariza locacionalmente la página o páginas en las que el autor forzosamente ha debido leer lo que invoca testimonialmente.

Esta parte expositiva se inicia con el estudio de la historia del gravamen. Se trata de un impuesto con exíguo pasado. Es en el siglo XIX, coincidiendo con el gran desarrollo de las ciudades, cuando se somete a tributo a la propiedad urbana. El hoy legislativo data de cinco años atrás. La última palabra, por el momento, la dijo la Ley de Re-

forma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964. Pero este texto básico, como resalta ya desde el Preámbulo del libro, RUBENS HENRÍQUEZ, no ha significado una renovación total del régimen impositivo urbano, sino que, en gran parte del urbanismo nacional, se sigue viviendo del derecho anterior. En este sentido, la Ley establece su aplicación gradual, reservando al Ministro de Hacienda la facultad de determinar las partes del territorio a las que haya de aplicarse cada período. En obediencia al texto legal, la Orden Ministerial de 24 de febrero de 1966 delimita un conjunto concreto de áreas en las que se comenzará el nuevo régimen. Se preconiza un procedimiento sucesivo de actuación por polígonos, a los que habrán de referirse de un modo conjunto las valoraciones.

Desmenuza el autor las normas ajenas que, por decisión nueva, siguen proyectándose normativamente hacia el futuro. Así se consumen muchas páginas del capítulo 3.º. Pero, según nuestro enfoque personal, lo más importante de la obra empieza a palpar con vida comprimida a partir de la página 53, que nos abre las puertas al paisaje jurídico de la ancha Ley de Reforma Tributaria. Son muchos los lugares normativos en los que se pueden incidir con el análisis de la Ley. En el umbral del comentario se aboca al sistema de aplicación gradual, que entraña una entrada en tributación en distinta fecha. En cuanto al hecho imponible, la Ley de Reforma acepta y se remite a las calificaciones contenidas en la Ley del Suelo en cuanto a lo que deben considerarse como bienes de naturaleza urbana. Dogmáticamente, siguiendo los cánones literales de la propia Ley, expone el autor los conceptos y delimitaciones conceptuales del sujeto pasivo del gravamen, de la base imponible, de la base liquidable... en una sistemática emparentada directamente con la misma Ley General Tributaria.

El verdadero esqueleto de la obra, casi su 50 por 100 somático, está representado por la problemática que rodea la determinación de la base imponible, con ese entramado procedimental que abarca los trabajos previos de delimitación del suelo sujeto y que se continúa con la presentación de las declaraciones iniciales realizadas por los propietarios. Del tinglado evaluador forman también parte las juntas mixtas de valoración. Como un fleco axiológico de este capítulo, se abre el capítulo 4 a todas las sugerencias legales que implica la tasación urbana. Al decir del autor, el artículo 30 de la Ley de Reforma Tributaria considera como valor intrínseco de las edificaciones el precio de costo. Al referirse a los sistemas de tasación, RUBENS HENRÍQUEZ trae a juego varios criterios: el valor en venta, el valor por comparación y el valor por capitalización. En la valoración de las construcciones baraja las nociones de valor tipo, de rentabilidad y de rendimientos medios, utilizados siempre que la estimación de las bases tiene carácter objetivo.

La obra, por su redacción directa, por su composición sobria, por haber prescindido de adornos doctrinales, resulta muy útil para estudiantes y para algunos funcionarios.

JOSÉ MENÉNDEZ.

VERCRUYSE, M., y LAUWERS, E.: *Le fonds de commerce*, Bruselas, 1967, 323 págs.

Cualquier aportación a la problemática de la cesión de la empresa es siempre interesante. Los autores de la obra "*Le fonds de commerce*" se detienen principalmente en la problemática de la misma, destacando algunos de sus más interesantes aspectos.

Es quizá preciso recordar que los términos "*fonds de commerce*", que vienen aceptándose como equivalentes a "empresa", tienen una especial cualificación dentro de la terminología del Derecho francés y belga: hacen referencia exactamente al aspecto jurídico de la empresa, muy especialmente en cuanto que da derecho a una clientela. "Es una propiedad incorporeal que consiste en el derecho a la clientela que está vinculada al 'fondo' por elementos que sirven a la explotación" (RIPERT). El "*fonds de commerce*" está integrado por elementos de naturaleza corporal, material, mercancías. Y elementos de naturaleza incorporeal, nombre, enseña, derecho al arrendamiento del local de negocios, patentes, marcas. "Es la empresa entendida jurídicamente y en su aspecto dinámico".

En Derecho belga el concepto de "*fonds de commerce*", es bien reciente. Como nuestro Código civil belga no sólo ignora el término, sino el concepto mismo de empresa. La idea de "*fonds de commerce*" de empresa, como entidad jurídica diferente a los elementos que la componen aparecerá por vez primera en la Ley de 25 de octubre de 1919 sobre prenda del "*fonds de commerce*". Años más tarde, en 1951, y en tema de arrendamiento de locales de negocios, una Ley de 30 de abril destaca la importancia en esta nueva noción, de este nuevo objeto del Derecho, en la vida económica-social de nuestros días.

La necesidad de adecuar el derecho a la realidad circundante había, ya hace tiempo, ensanchado el dominio del Derecho de Propiedad a los de la propiedad intelectual y propiedad industrial. Nada se opone, pues, a que nuevos imperativos económicos impongan la necesidad de este otro objeto de propiedad, constituido por elementos corporales e incorporeales, agrupados con miras a la adquisición de una clientela y de un "achaladange". Sobre el mismo se ejercerán derechos análogos a los que las leyes reconocen a los creadores de una obra intelectual. Y ello porque en este nuevo bien, empresa, "*fonds de commerce*", el valor de los bienes que los constituyen está determinado por la importancia de la clientela, que en definitiva es obra de la iniciativa, habilidad e inteligencia de su creador o explotador. Esta plusvalía en este conjunto de bienes se origina, es fruto del esfuerzo intelectual y humano de su creador.

En Derecho son las Leyes de 24 de octubre de 1919 y 30 de abril de 1951 las que de manera expresa reconocen este nuevo objeto, iniciando su régimen jurídico, aunque todavía en Derecho belga no exista un estatuto jurídico verdaderamente eficaz del mismo.

Si en Derecho belga existen graves lagunas en materia de la empresa como objeto del Derecho, en nuestro Derecho positivo el problema es seguramente más grave todavía. Las soluciones a los problemas que se plantea la doctrina y la jurisprudencia belga, no pueden, pues, sernos totalmente indiferentes, pues no nos son totalmente ajenas. La empresa representa para su titular no sólo una fuente de ganancias, sino un bien susceptible de ser cedido. Es preciso, por tanto, que el derecho dote a la empresa de un régimen jurídico capaz de garantizar su homogeneidad y su estabilidad, no únicamente durante el tiempo de su explo-

tación, sino para cualquiera de las mutaciones que pueda sufrir durante su existencia.

Los autores se plantean, en primer lugar, el tema de la definición y naturaleza jurídica del "fonds de commerce". Importa destacar que de los términos de la actual legislación positiva belga no cabe considerar al "fonds de commerce" ni como un sujeto de Derecho independiente, ni como un patrimonio de afectación. Tampoco las resoluciones jurisprudenciales permiten inferirlo. La doctrina, por su parte, llega a diferentes soluciones. Para VERCHEYSSSE y LAUWERS, siguiendo a HOORNART y GARY cabe considerársele como una universalidad de hecho y en términos de GARY la definen como "... un l'ensemble des biens ou éléments pourment actifs, de nature identique ou différente, qui conservent par rapport au bien unitaire constitué par l'universalité de fait, prise en soi, une large individualité; l'ensemble des mens ou éléments réunis par un communauté de destination est susceptible de faire l'objet d'un droit de propriété et constitue dans les opérations dont il est l'objet un bien au sens technique et scientifique du mot".

Sólo el hecho de que todavía siga en vigor una clasificación de los bienes que no se corresponde ya con la realidad económica actual, priva a la empresa de un estatuto jurídico adecuado.

Las notas o caracteres del "fonds de commerce" son el ser una cosa mueble incorporal, no consumible.

En cuanto a la nota primera, ponen de relieve los autores la especialidad del concepto "fonds de commerce", en cuanto que para predicarla, la jurisprudencia y doctrina francesas entienden que le "fonds de commerce" no puede comprender un inmueble (elemento que forma parte de nuestro concepto de empresa). Se destaca como contrariamente, la jurisprudencia belga comprende en él los inmuebles; así en ocasiones se ha pronunciado por la calificación para el inmueble de accesorio de la empresa. Llegando la doctrina belga a sostener que un inmueble puede ser considerado como absorbido dentro del "fonds de commerce" y participando, por consiguiente, de su naturaleza mobiliaria. Lo cierto es que la incorporación de un inmueble al "fonds de commerce" crea delicados problemas de interpretación.

El Derecho belga concluye la mobiliaridad del "fonds de commerce" y como consecuencia: la imposibilidad de que sea objeto de hipoteca, pudiendo ser, por el contrario, dado en prenda. No cabe establecer sobre el mismo servidumbres activas o pasivas, por la razón primera. Si dos esposos se casan bajo el régimen de comunidad legal, el "fonds de commerce" perteneciente a uno de ellos antes del matrimonio, o que reciba después por donación o testamento, entra en la comunidad (artículo 1.685 del C. c. belga). El vendedor del "fonds de commerce" posee sobre el mismo el privilegio del vendedor de efectos mobiliarios (art. 20, 5.º de la Ley de 16 de diciembre de 1851).

Por lo que respecta a la naturaleza de cosa incorporal, resulta del hecho de que constituye una universalidad de carácter abstracto. Y porque, además, comprende numerosos elementos incorpóreos: clientela, "achalandage", derecho de arrendamiento, marcas, etc. Para FRÉDÉRICQ, el carácter incorporal resulta del hecho de que los elementos del "fonds de commerce" están coordinados y puestos en marcha bajo la inspiración de una idea abstracta: la voluntad de construir a través de este conjunto de elementos un instrumento de lucro. Entre otras consecuencias se destaca la inaplicabilidad al mismo del artículo 2.279 del Código civil, ni el 1.114, etc.

El "fonds de commerce" es, finalmente, un cuerpo cierto inconsumible y no fungible. Subsiste tanto en virtud de la conservación de los objetos que no están destinados a ser vendidos como por la renovación sucesiva de las mercancías y del material que forman parte del mismo

Cabe, como consecuencia, que sea objeto de usufructo, de alquiler o préstamo, etc.

Condiciones de existencia del "fonds de commerce" son: la existencia de una clientela, que es la del "achalandage", es decir, la aptitud del mismo para tener clientes y que es inseparable de los demás elementos. Además del "achalandage" o expectativa negocial, es preciso que el "fonds de commerce" esté constituido por otros elementos, no importa en qué número ni qué naturaleza. Su importancia y número varía en cada tipo de empresa. En tercer lugar, ha de haber una actividad comercial o artesana.

El "fonds de commerce" está integrado por elementos muy variados: la clientela, elemento esencial, el derecho de arrendamiento, aunque no todos los autores estén de acuerdo en calificarlo de elemento esencial del mismo. Créditos y deudas, estas últimas tampoco se acepta por todos que lo integren. Los inmuebles: sobre la inclusión de éstos entre los elementos integrantes, ya visto como los excluye la doctrina y jurisprudencia francesas. Por el contrario, en Derecho español entran dentro de la noción de empresa y se incluyen dentro de la problemática de su régimen jurídico unitario. La doctrina francesa los excluye porque la distinción entre bienes muebles e inmuebles es de orden público.

Cabe todavía que lo integren otros elementos, bienes necesarios para la realización del fin económico que persigue.

La doctrina admite la propiedad del "fonds de commerce". Es necesario distinguir entre la propiedad de los diversos elementos que lo constituyen y la del "fonds de commerce" propiamente dicho, con su clientela y su "achalandage". No es necesario que sea propietario del "fonds de commerce" el que lo es de los elementos corporales del mismo, sino el que crea la clientela, el "achalandage".

Este Derecho de propiedad es perpetuo oponible a todos, cedible *inter vivos* y transmisible por sucesión, susceptible de usufructo..., etcétera, como cualquier otro derecho de propiedad. Cabe la acción de reivindicación y cabe la copropiedad indivisa sobre el mismo.

COHEN entiende que el modo originario de adquirir esta propiedad es el momento de la agregación de la clientela a los elementos ya existentes. Se señalan también las dificultades de aplicar el régimen de la posesión al "fonds de commerce" así como el de la prescripción adquisitiva. El libro II del trabajo está dedicado a la venta del "fonds de commerce" y sus problemas. Se utilizan indistintamente los términos venta y cesión en tanto que se ha concluido que se trata de un bien incorporal y que, en cualquier caso, comprende numerosos elementos incorporales. Por otra parte, el término cesión es más amplio y en él se pueden comprender otros supuestos de transmisión, como las transmisiones a título gratuito las aportaciones a sociedad, etc. Pero, en primer lugar se hace referencia exclusiva a la venta. Objeto de la venta ha de ser el "fonds de commerce" propiamente dicho, no sus elementos individualizados. Y la doctrina y la jurisprudencia entienden que no habrá venta de un "fonds de commerce" sino cuando haya cesión de la clientela y el "achalandage". Lo cual, en las ventas de empresa en Derecho español, por lo menos, hasta bien recientemente era ignorado por muchos juristas prácticos cuando intervenían en una cesión de empresa. Había una sola preocupación: la de realizar la cesión de cada uno de los elementos de las mismas, olvidando esta nota tan importante a la idea de explotación en activo. Cabe incluso la cesión únicamente de una clientela, como sería en el caso de una cesión de distribución de leche. En tal supuesto el acuerdo no contiene otra obligación para el cedente que la no hacer la concurrencia al cesionario dentro del radio cedido. Ahora bien, para la doctrina belga no hay en este supuesto un verdadero "fonds de commerce" y, por tanto, no cabe hablar en este

caso de un supuesto de transmisión del mismo. Para esto sería preciso que se añadiese, cuando menos, otro elemento, como, por ejemplo, una marca.

No constituye venta de "fonds de commerce" la venta de participaciones sociales u acciones de una sociedad que sea propietaria de aquél. Condiciones para la validez de la venta; en primer lugar las generales para cualquier clase de contrato. Los autores analizan cuidadosamente el régimen aplicable, deteniéndose en lo que estiman, son o deben ser particularidades del mismo.

En orden al *dolo* ponen de relieve VERCRUYSSSE y LAUWERS que pueden llevar las maniobras fraudulentas de un cocontratante hasta un delito de estafa, así cuando a través de las mismas se vende una empresa por un precio superior a su valor real.

Analizan supuesto por supuesto los distintos casos de capacidad de las partes que intervienen en la venta, menor no emancipado, mujer casada, etc.

Objeto de la venta es la universidad misma que constituye el "fonds de commerce". Habrá de determinarse el objeto vendido, lo que tendrá lugar mediante la indicación de la sede de explotación y la naturaleza del comercio ejercido. No es indispensable, en cambio, la enumeración de sus elementos constitutivos; habrá que atenerse a las circunstancias de cada caso, así como a los usos mercantiles. No ofrece peculiaridades el precio de la venta. Es un elemento esencial de la venta y necesariamente habrá de ser en dinero, determinado o, al menos, determinable, real y serio, fijado por las partes o por un tercero.

En cuanto a las condiciones de forma y a la prueba de la venta: la venta del "fonds de commerce" es un contrato puramente consensual; no está sometida a ninguna otra condición de validez. Pero el contrato verbal puede originar cuestiones en cuanto a la prueba de la venta, así como para la oponibilidad de la misma a terceros.

La oponibilidad a terceros de la cesión dentro del Derecho belga y por lo que respecta a la "fonds de commerce" considerado como universalidad, no es precisa su inscripción en el Registro, pero sí lo es en cuanto a determinados elementos que forman parte del mismo. Una vez más vemos quebrarse el criterio unitario de la concepción jurídica de la empresa como objeto del tráfico jurídico.

Se analizan el tema de la sanción a las condiciones de validez de la venta. Los supuestos de nulidad, nulidades absolutas, efectos de las mismas; nulidades relativas. Supuestos de rescisión.

Los efectos de la disolución por causa de nulidad, problemas de restitución del "fonds de commerce", ya que ha podido sufrir modificaciones en su valor, aumentando o disminuyendo el que tenía el día de la venta. Retrocesión del arrendamiento cedido: ¿permite la resolución de la venta del "fonds de commerce" al cedente recuperar el arrendamiento cedido que, a menudo, representa un elemento esencial del mismo?

Restitución de los frutos, precio, gastos; resarcimiento de daños y perjuicios.

Así mismo se tiene en cuenta los efectos de la resolución del contrato frente a terceros.

En el capítulo V se plantea el tema de la naturaleza jurídica de la compraventa del "fonds de commerce". En primer término, ¿tiene naturaleza civil o mercantil? La respuesta tiene interés en cuanto a la determinación, dentro del Derecho belga de la competencia jurisdiccional, de los modos de prueba admisibles, de la capacidad de los contratantes. De los principios informadores del Código de comercio belga, así como de sus preceptos, parece inferirse que la venta será mercantil cuando se adquiera para revenderla. Cuando se lleva a cabo por un

comerciante que pone de este modo fin a su explotación. Por el contrario, si "le fonds commerce" pertenece a un no comerciante y no constituya para él sino una inversión o si se ha adquirido por consecuencia de una sucesión y se revende sin haber sido explotado, las obligaciones nacidas a cargo del vendedor son civiles.

Los autores se plantean si la presencia de uno o más elementos inmobiliarios entre los elementos constitutivos del "fonds de commerce" no determinará la descalificación de mercantil de la venta. Sobre el tema vuelven los autores en otro lugar del trabajo.

Se estudia a continuación el régimen de las obligaciones nacidas de la venta, entrega de la cosa vendida, con la problemática de la transferencia de la propiedad. Como sucede en Derecho español, en cuanto a la transmisión de la empresa, en realidad ésta se disgrega en la transmisión de una serie de derechos de naturaleza diversa, cada uno de los cuales se realiza por el régimen jurídico correspondiente a los mismos.

Se lleva a cabo un detenido análisis del régimen de las garantías por vicios ocultos de la cosa vendida y la garantía por evicción.

En cuanto a los vicios ocultos específicos de este tipo de objeto son, por ejemplo, la condena del cedente del "fonds de commerce" que suponga un cierre del comercio susceptible de disminuir la clientela. La expropiación del fundo sobre el que se explota la naturaleza especial de la clientela cedida, etc.

Obligación especial de abstención por parte del cedente de todo acto que prive al adquirente del beneficio de su adquisición: perturbación de hecho y de Derecho. Entre las primeras no sólo la prohibición de todo acto de concurrencia desleal propiamente dicha, sino cualquier acto de menos gravedad que tenga por resultado apartar a la clientela de la empresa cedida.

Prohibición de volverse a establecer en condiciones tales que se derive concurrencia con el adquirente de la empresa cedida. La prohibición pesa, incluso, cuando nada se ha pactado respecto de la misma. Se señalan como límites a esta prohibición de concurrencia para el cedente, los de zona y tiempo tradicionales entre la doctrina y jurisprudencia moderna. Así mismo son objeto de análisis las posibles modificaciones convencionales de la garantía por hecho personal, cláusulas de no garantías, etc. El capítulo VII se dedica a las obligaciones del comprador.

Siempre en tema de régimen de obligaciones de las partes, se analizan las sanciones a la inejecución de las obligaciones del comprador o del vendedor, garantías del vendedor no pagado. Derechos de los acreedores del vendedor de un "fonds de commerce".

Pasando después a analizar los elementos comprendidos en la cesión del "fonds de commerce". Tema cuestionable en cuanto a la determinación de cuales estén necesaria o "naturalmente" comprendidos en el mismo.

Cuando se trata de la cesión del "fonds de commerce" como universalidad, se dijo ya que comporta necesariamente dos de sus elementos esenciales: la clientela y el "achalandage". En cuanto que el adquirente busca como fin la explotación del mismo, y lo adquiere como un todo activo. Se ha destacado por la doctrina la dificultad de esta cesión. Sin embargo, en la práctica esto se lleva a cabo mediante la abstención de concurrir del cedente.

Por lo que respecta al derecho de arrendamiento, ¿es elemento esencial de la cesión? Una abundante jurisprudencia de los Tribunales belgas estima que el cedente de un "fonds de commerce" debe asegurar a su cesionario la posibilidad de continuar en los mismos locales la explotación del negocio cedido; en esto coincide con la doctrina, que considera

también como elemento esencial de la cesión el del Derecho de arrendamiento. Destacan los autores que hay un dato común a todos estos supuestos jurisprudenciales analizados: que miran casos de empresas de venta al detall para los que el lugar geográfico en donde se desarrolla el negocio es esencial. Analiza a continuación la Ley de arrendamientos comerciales de 30 de abril de 1951.

En cuanto a los inmuebles como elementos de la cesión del "fonds de commerce" la doctrina y la jurisprudencia belgas admiten que se entiendan comprendidos en el mismo. La cesión en este caso, y por lo que respecta a los inmuebles, sigue el régimen propio de estos bienes.

Otros elementos contenidos en la transmisión son el nombre comercial, firma o razón social, el rótulo del establecimiento, las marcas, los dibujos y modelos industriales, la propiedad literaria y artística, etc. De todos los cuales se analiza el régimen de transmisión.

Así mismo se lleva a cabo el estudio del régimen de transmisión de los créditos y deudas del cedente. Y hay una referencia al personal de la empresa y los efectos sobre sus relaciones laborales con la empresa como consecuencia de su transmisión.

La parte final del libro está dedicada a la cesión de los locales de negocios, con un estudio detenido de la legislación especial belga sobre los mismos.

La obra cuidadosamente sistematizada, escrita con una claridad no muy frecuente en este tipo de temas, en los que todavía la delimitación de los conceptos manejados no es absoluta, recoge una materia que tiene en su problemática un interés evidente dentro de otros Derechos como el nuestro en el que padecemos de análogas lagunas en materia tan importante como práctica.

TERESA PUENTE MUÑOZ.

Profesor Adjunto de Derecho Civil.

REVISTAS



**REVISTA DE DERECHO
FINANCIERO Y HACIENDA
PUBLICA**

Número 79, enero-febrero de 1969.

Potestad administrativa y relación jurídica (I). La concepción de la relación tributaria como relación de poder, por José-Luis Pérez Ayala, págs. 9 a 76.

Significación y valor de los textos refundidos, por José María Martín Ovledo, págs. 77 a 121.

**REVISTA DE DERECHO
PRIVADO**

Abril de 1969.

El Derecho natural en la formación del Derecho civil, por José Luis de los Mozos, págs. 245 a 259.

La excepción de orden público en Derecho interregional privado español, por Juan Alegre González, págs. 260 a 268.

**REVISTA DE DERECHO
URBANISTICO**

Marzo-abril de 1969.

Los problemas de la subrogación urbanística: su especial consideración en el Reglamento de edificación forzosa y Registro municipal de solares, por Martín Bassols Coma, págs. 13 a 60.

Una interpretación del artículo 56 de la Ley del Suelo, por Angel Ortega García, págs. 61 a 82.

La administración de las aglomeraciones plurimunicipales en Francia, por Maurice Bourjol, páginas 83 a 113.

**REVISTA GENERAL
DE LEGISLACION
Y JURISPRUDENCIA**

Febrero de 1969.

Los derechos del hombre (continuación), por José Castán Toñeñas, págs. 195 a 230.

El delito de intruismo, por Gonzalo Rodríguez Mourullo, págs. 231 a 296.

Marzo de 1969.

Fuero, costumbre y doctrina del Derecho medieval español, por Juan Beneyto Pérez, págs. 295 a 403.

Problemática jurídica de los trasplantes de órganos, por José-Maria Reyes Monterreal, páginas 404 a 447.

les, por Gonzalo de la Concha y Pellico, págs. 178 a 190.

Número 295, abril de 1969.

La nueva competencia civil atribuida a las Audiencias Provinciales (continuación), por Gonzalo de la Concha y Pellico, págs. 276 a 282.

**REVISTA GENERAL
DE DERECHO**

Números 292-293, enero-febrero de 1969.

Impuesto General sobre tráfico de Empresas, por José-Enrique García Roméu y Francisco Martos Pérez-Marsá, págs. 2 a 18.

Número 294, marzo de 1969.

La nueva competencia civil atribuida a las Audiencias Provincia-

**REVISTA JURIDICA
DE CATALUÑA**

Enero-marzo de 1969.

La capacidad para atestar en Cataluña después de la compilación, por Luis Puig Ferriol, páginas 7 a 33.

Notas sobre la organización bancaria española, por Vicente Ruiz Alonso, págs. 34 a 53.



