

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

q
FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLII * Enero-Febrero 1966 * Núm. 452

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Excmo. Sr. D. Ramón de la Rica y Arenal.

Ilmo. Sr. D. Federico Bas y Rivas.

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.

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

Precio : 200 pesetas al año.

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

Depósito legal: M. 968.—1958

Bolaños y Aguilar, S. L. - General Sanjurjo, 20. - Madrid, 1966.

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
«El administrado», por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	9
«La defensa de las titularidades dominicales, registrales y extrarregistrales y el procedimiento de concentración parcelaria», por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS	65
NOTAS:	
«Más sobre el artículo 1.413», por JOSÉ AZPIAZU RUIZ	95
LEGISLACION:	
Crónica legislativa, por FRANCISCO DE COSSÍO	105
VIDA JURIDICA:	
Crónicas: «Calificaciones de los contratos. Arrendamiento de obras o arrendamiento de servicios», por JUAN LUIS PÉREZ MULET	119
JURISPRUDENCIA:	
I.—Jurisprudencia monográfica:	
«Sentido de la Jurisprudencia sobre prescripción quinquenal de intereses», por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA ...	129
II.—Sentencias comentadas:	
«Los incidentes en el proceso administrativo», por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	151
III.—Resoluciones y sentencias:	
1. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.	169

2. Sentencias del Tribunal Supremo:

<i>Civil.</i> —Obligaciones y contratos, por BARTOLOMÉ MENCHÉN	181
Arrendamientos, por JOSÉ M. ^a GONZÁLEZ LÓPEZ.	198
Mercantil, por RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS.	203
Procesal, por JOSÉ M. ^a GONZÁLEZ LÓPEZ	204
Fiscal, por JOSÉ M. ^a RODRÍGUEZ VILLAMIL	213

LIBROS:

«Das Rechtsgeschäft», de WERNER FLUME, por AURORA HUBER ...	223
«La enfiteusis en Mallorca», de ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, por FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA	257
«Ensayo sobre la adquisición a non domini, de bienes muebles», de GERT KUMMEROW, por MANUEL FERNÁNDEZ BUGALLAL	263

REVISTAS:

Por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	269
-------------------------------------	-----

ESTUDIOS

El administrado

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Nociones generales*: A) Concepto. B) Clases de administrado: 1. Administrado simple: a) Posición de sacrificio, b) Posición de beneficio. 2. Administrados cualificados. C) Posición jurídica del administrado.—III. *Principios generales*: A) Función de los principios generales. B) Principio de legalidad. C) Principio de igualdad. D) El principio de subsidiariedad. E) Principio de Administración eficiente. F) Principio de acceso a la justicia.

I

INTRODUCCION

Hace unos años se rindió un merecido homenaje a ese gran humorista del administrativismo que es el Profesor PR SUÑER. Pues, aunque no lo creáis, no está reñido el humor con la Administración. Y buena prueba de ello es la atrayente personalidad de JOSÉ MARÍA PR SUÑER. Pues bien: en ese Libro-homenaje que le dedicamos un conjunto de compañeros y discípulos colaboró el Profesor JORDANA DE POZAS con un trabajo cuyo título no podía ser más expresivo ni más propio para el momento: *Humorismo y Administración*. Y en este trabajo recuerda estas frases de PÉREZ GALDÓS, referidas al edificio y oficinas del Ministerio de Hacienda: «Ni Dante ni Quevedo soñaron, en sus fantásticos viajes, nada parecido al laberinto oficinesco, al campaneó disorde de los timbres que llaman desde todos los confines de la vasta mansión, al abrir y cerrar de puertas, y al taconeó y carraspeo de los empleados que van a ocupar sus mesas colgando capa y hongo; nada comparable al mete y saca de papeles polvorosos, de vasos de

agua, de paletadas de carbón, a la atmósfera tabacosa, a las órdenes dadas de pupitre a pupitre y al tráfago y zumbido, en fin, de estas colmenas donde se labra el panal amargo de la Administración» (1).

Si el bueno de PÉREZ GALDÓS levantara la cabeza, comprobaría que mucho menos hubieran podido soñar el laberinto de entidades, órganos, organismos autónomos y servicios que integran la actual Administración. Eso sí, con sus oficinas de iniciativas y reclamaciones, su normalización, su racionalización y sus espléndidos letreros indicadores.

Solamente el Ayuntamiento de Madrid, durante el pasado año 1964, ha concedido 35.467 licencias, cifra en la que se incluyen las licencias de apertura de establecimientos comerciales, las de industrias y las de obras de todas clases. Durante el mismo ejercicio, por los distintos servicios del citado Ayuntamiento, se impusieron 345.179 multas, sin contar las que fueron satisfechas por los administrados en el momento mismo de la imposición. Y todo ello cuando el Alcalde no procedía de la carrera fiscal y todavía no se había inventado la «Operación-Salamanca».

Estas cifras, estas elocuentes cifras, referidas a una sola de las unidades administrativas, y, precisamente a una unidad local, aunque sea la que desarrolla más vasta actividad, nos dan una perfecta idea de hasta qué punto se han extendido los fines de la Administración moderna. Si a las mismas añadiéramos las referentes a las unidades administrativas de las demás esferas, llegaríamos a la convicción de que no existe esfera o parcela de la realidad social que escape de la acción administrativa.

Y todo esto, ¿para qué? Me atrevo a creer que para el hombre, para la persona. Y digo me atrevo a creer porque, a fuerza de hablar de prerrogativas, de poderes exorbitantes, del interés público, de los servicios públicos, de la planificación, del desarrollo económico, uno llega a olvidarse que el fundamento y razón de ser de esa ingente actividad administrativa, como el fundamento y razón de ser del Estado mismo, no es otro, en definitiva, que el hombre, su bienestar, hacer que su paso por la tierra sea más agradable, mejor.

(1) JORDANA DE POZAS: *Humorismo y Administración*, en «Problemática de la Ciencia del Derecho», Barcelona, 1962, pág. 472.

El administrado, pues, es, o al menos debe ser, el centro del sistema. Sin embargo, no es así. Si cogéis cualquier libro, tratado o manual de Derecho administrativo, aún de la época dorada del liberalismo, podréis observar que el administrado no tiene derecho ni siquiera a un título, ni a un capítulo, ni a una sección. Todo lo más que se le dedica es un epigrafe o apartado como elemento de la relación jurídico-administrativa. Y si pasamos al terreno de las monografías, podremos asimismo comprobar que, frente a la copiosa bibliografía sobre otros temas, el del administrado, en sí mismo considerado, apenas si ha merecido la atención de la doctrina, no ya española—donde pueden encontrarse algunos trabajos muy logrados (2)—, sino extranjera.

El hecho no puede ser más significativo. La Administración y sus prerrogativas ha absorbido lo mejor de nuestra producción. Es cierto que el administrado aparece en algún capítulo como recurrente, como usuario de los servicios, como expropiado, como contribuyente...; pero no en el puesto central que le corresponde.

Frente a este estado de cosas, siempre he mostrado mi predilección por la simpática figura que se conoce con el nombre humilde «administrado». Con sus virtudes y sus defectos. Con su inagotable paciencia y su tremendo afán de eludir obligaciones. Colaborando unas veces con la Administración y defraudándola siempre que puede.

Ya en el primero de los Cursos sobre los Problemas Políticos de la Vida Local, celebrados en Peñíscola, al estudiar la reforma administrativa, proclamé su necesidad en función de ese pobre y sufrido administrado, «que no pasa día que no tenga que hacer cola ante una ventanilla a hacer una declaración o a presentar una instancia, previa adquisición, naturalmente, de unos cuantos sellos que ha de adherir necesariamente a aquéllas». En el segundo Curso dediqué mi intervención al principio de igualdad, que se

(2) CUEVAS: *La teoría jurídica del administrado*, «Revista de Derecho Público», año I, núm. 3, págs. 73 y sigs.; MESA SEGURA: *Participación de los administrados en la obra de la Administración*, «Boletín de la Universidad de Granada», núms. 22 y 23; SERRANO GUIRADO: *Administrado*, «Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix», II, págs. 379 y sigs.; MONTIEL: *Relieve y función del administrado*, «Revista de la Facultad de Derecho de México», XI, núms. 43-44, páginas 603-662; DE JUAN ABAD: *Sobre el concepto de administrado*, en «Documentación administrativa», núms. 56-57, págs. 67-74; DE DIEGO SAMPER: *Notas para el estudio del estatuto jurídico del administrado*, págs. 29-56.

ha colocado siempre como principio rector de la situación jurídica del administrado. Hace unos meses, por amable invitación de VICTORIANO FRÍAS, en el Colegio de Abogados de Málaga, me ocupé del tema del administrado ante los servicios públicos. Y en los últimos Cursos de Peñíscola, del administrado en la esfera local.

Pero esto constituye la excepción. Lo normal, lo usual, es la despreocupación por el tema del administrado.

Si de los libros descendéis a la realidad, el panorama no es sustancialmente distinto. Os encontraréis con Congresos y Asociaciones de las clases medias, de los padres de familia, de los abogados, de los farmacéuticos; oiréis hablar de las cuestiones que afectan al hombre como miembro de una profesión o de una familia, como vecino de un Municipio o parte integrante de una clase social. Pero del hombre a secas, como hombre, como administrado, apenas si se habla.

Hemos llegado, justamente, al polo opuesto de la situación reinante en el momento de nacer el Derecho administrativo moderno. Como tantas otras veces—quizá pudiéramos decir que como siempre—, el pensamiento humano no ha sabido mantenerse en el punto medio, y ha ido de un extremo a otro. De una realidad social en que no existía más que el hombre—como hombre, como ciudadano—frente al Estado, a otra en que el hombre apenas si tiene realidad a no ser a través de instituciones más o menos naturales.

El fenómeno ha sido constatado brillantemente entre nosotros por el Profesor JORDANA DE POZAS, en una monografía sobre «Las Corporaciones profesionales», con estas palabras: «Debido a la tarea asumida por el Estado, que siguió a la revolución, de consolidar la obra unitaria de las monarquías absolutas, empleando cuantos medios tuvo a su alcance para acabar con una serie de instituciones intermedias entre el individuo y el Estado, al aparecer en 1918 la obra clásica de MACAREL, en todo el territorio francés no existía para el Derecho público más que el Estado y el individuo y su obra fue un Derecho administrativo del Estado» (3).

(3) Ante la tremenda situación de privilegios con que se enfrentó la Revolución, fué preocupación esencial, una vez consagrado el principio de igualdad, realizarle hasta en sus últimas consecuencias. Me remito a mi trabajo *El principio de igualdad en el régimen local*, en «Problemas Políticos de la Vida Local», II, Madrid, 1962, págs. 225-228. Se trataba—dice S. MARTÍN RETORTILLO—de

Volvamos un poco al hombre. Sin exageraciones, volvamos al que forzosamente ha de ser el centro de todo sistema de gobierno y de administración. Y volvamos a él, no en su aspecto grandilocuente de ciudadano, sino en su aspecto más humilde, pero más realista y eficaz, de administrado.

Pasaron los tiempos en que el ciudadano era el tema central de la bibliografía de Derecho público. Pues acabó la lucha que el hombre tenía emprendida frente a los señores que encarnaban el poder absoluto para conquistar esa esfera de libertades, hoy consideradas elementales, que integran el estatuto del ciudadano. Pero el hombre está hoy frente a un enemigo mucho más peligroso, más poderoso y más arbitrario que los viejos poderes absolutos: la Administración pública.

Cualquiera que sea el Estado en que se encuentre o el régimen político que le informe. Desde las llamadas democracias populares hasta las manifestaciones más puras de la democracia, el administrado se encuentra ante un monstruo de poder que tuvo su nacimiento, precisamente, en nombre del propio individuo, para defenderle de los Parlamentos judiciales. Un autor argentino reciente, al referirse a una de las manifestaciones de ese poder —el poder de policía—, en un sugestivo trabajo, ha dicho: «Fácil es advertir en cualquier obra sobre la materia cómo el autor se encuentra con que ha creado o adoptado un pequeño Frankenstein jurídico; un ente que escapa de su control, indomable, ávido de

dar a luz las fórmulas concretas necesarias para fijar y cristalizar de modo real y efectivo la igualdad. Cfr. *Presupuestos políticos del régimen local*, RAP, número 43, pág. 19, donde añade: «En este sentido, la tarea más importante se presentó ciertamente en relación con las asociaciones, corporaciones y demás grupos de carácter estamental, que de modo tan directo impedían el desarrollo normal de un tratamiento jurídicamente igualitario de todos los ciudadanos. Actualizando esta dirección, el 14 de junio de 1791 el Abogado de Rennes, LE CHAPELIER, presentó a la Asamblea, en nombre del Comité de Constitución, un proyecto de supresión de Asociaciones y Corporaciones, proyecto que, inmediatamente a su presentación, fué sin dificultad aprobado. El texto, por su parte, determina en sus primeros artículos no sólo la supresión de los grupos intermedios, sino que va todavía mucho más lejos: taxativamente prohíbe toda clase de asociaciones o corporaciones entre ciudadanos de la misma edad, clase o profesión, así como toda asamblea o petición sobre sus «pretendidos» derechos comunes; declara, igualmente, que tales organizaciones eran inconstitucionales, atentadoras a la libertad y contrarias a la declaración de los derechos del hombre, castigándose a los jefes, autores o instigadores de tales intentos, a los que incluso se les llega a privar de sus derechos activos de ciudadano». Cfr., *infra*, apartado III, C.

expansión. El autor se dedica entonces tenazmente a encontrar «limitaciones al poder de policía» y enseñar cómo no puede violar las garantías constitucionales, cómo la Constitución es una protección nuestra que no existe en otros países, cómo la policía no puede desconocer la persona humana, cómo debe respetar la Ley... La práctica demuestra que los intentos de los autores no son suficientes para contener al poder de policía; éste holla la libertad y la dignidad humanas sin que los autores puedan hacer otra cosa que indignarse contra el Gobierno» (4).

Es necesario reducir la Administración pública a sus justos límites y garantizar al ciudadano una esfera de derechos, facultades y libertades en su faceta administrativa.

Y el vehículo para ello ha de ser la Ley por antonomasia, la Ley fundamental, la Constitución, Sólo si aquellas garantías han plasmado en normas de rango constitucional y existe un sistema jurisdiccional eficaz que asegure su cumplimiento se habrá conseguido algo. De otra forma, aun cuando se sancionen en normas con jerarquía de Ley, no se habrá obtenido absolutamente nada, ante la facilidad con que se deroga o modifica una Ley ordinaria.

Esta es la razón por la que buena parte de los derechos fundamentales que asisten al ciudadano como administrado estén ya en las Constituciones (5). Pero, elaboradas éstas todavía bajo la influencia de que lo esencial eran los derechos políticos tradicionales, sus garantías como administrado son incompletas.

Ha de empezarse, pues, por recoger en las Leyes constitucionales los principios fundamentales. Y, partiendo de éstos, llegar al estatuto jurídico del administrado.

(4) AGUSTÍN A. GORDILLO: *La crisis de la noción de poder de policía*, Buenos Aires, 1961 (separata), pág. 236.

(5) PELLOUX: *Le citoyen devant l'Etat*, 2.^a ed., Paris, 1963; GONZÁLEZ PÉREZ: *El procedimiento administrativo*, Publicaciones Abella, Madrid, 1964, págs. 247-252; ALVAREZ GENDÍN: *La independencia del poder judicial*, Madrid, 1966, págs. 48-57; MONTIEL: *El ciudadano y el administrado*, RAP, núm. 48, págs. 127-142.

II

NOCIONES GENERALES

A. *Concepto.*

El administrado es esa persona que aparece al lado de o frente a la Administración pública. Es «ese público para el que existen, directa o indirectamente, los servicios públicos», el que los sostiene con la participación en sus cargas y se beneficia de sus prestaciones (6). Lo que da unidad al concepto son dos notas esenciales:

a) Por un lado, el sometimiento al Derecho administrativo. No es administrado el particular en cuanto se relaciona con la Administración pública, en régimen de Derecho común. El particular que vende una cosa de su propiedad a la Administración con arreglo al Derecho civil tiene una posición jurídica definida en el Código como vendedor, netamente diferenciado del Derecho administrativo; el obrero que presta sus servicios a una Administración pública en régimen laboral está sometido al contrato de trabajo que rige sus relaciones, etc. El administrado es lo que con frase expresiva CUEVAS calificó de «particular público», esto es, el particular «en cuanto queda ligado, objetiva o subjetivamente, a los sujetos oficiales para algo de carácter público, y por un enlace en que interviene más o menos inmediatamente el Poder público», o, dicho de manera más simple y más técnica, el particular en cuanto sujeto del Derecho administrativo.

b) Y, por otro lado, como nota negativa esencial del concepto, hay que señalar que no es titular de un órgano administrativo. La persona que deviene titular de un órgano deja de ser administrado y se convierte en autoridad o funcionario en el más am-

(6) MONTIEL: *Relieve y función del administrado*, cit., pág. 615; MESA MOLES: *Participación de los administrados en la obra de la Administración*, «Boletín de la Universidad de Granada», V, núms. 22-23, 1963, págs. 184 y sigs.

plio sentido. Este tipo de sujeto, que reúne unas características bien definidas, y que a veces llega a constituir una profesión—no sólo por parte del funcionario en sentido estricto, sino por parte del político que hace de la función administrativa su modo de vida—, puede ser designado, en contraposición al «administrado», con el expresivo nombre de «administrante», que hace años empleó el inolvidable JUAN GASCÓN HERNÁNDEZ (7). Ofrece el máximo interés sociológico. Y, todavía lo ofrece en mayor grado el de la «señora de administrante».

Aparece así una distinción esencial: administrante-administrado.

La distinción administrante-administrado excede del ámbito estricto del Derecho administrativo para ocupar un puesto central en la Ciencia política, muy superior al que CARL SCHMITT asignara a la distinción amigo-enemigo, o su tocayo CARLOS MARX a la diferencia de clases.

Si existe una diferencia profunda, esencial, entre los hombres que integran una comunidad es la distinción entre administrante y administrado.

Las diferentes ideas políticas, el distinto origen regional, el ejercicio de diversas profesiones, apenas si tienen importancia. Entre un administrado socialista, liberal, radical o demócrata-cristiano no existe diferencia esencial alguna (siempre es un pobre desgraciado que espera la cola de los transportes urbanos, que tiene que hacer su declaración de impuestos y sufrir distintas inspecciones en los momentos más inoportunos). Como tampoco existe entre el administrante de cada una de aquellas ideologías. Pero sí existe—y tremenda—entre administrante y administrado, aun cuando los dos comulguen las mismas ideas políticas, sean vecinos del mismo Municipio o ejerzan idéntica profesión.

La diferencia es, fundamentalmente, sociológica, no formal. Se da o puede darse en todas las esferas. Pensemos, por ejemplo, en una de las comunidades más reducidas. Dejemos la comunidad nacional y descendamos a una comunidad más pequeña para ver cómo se da este fenómeno sociológico. Pensemos en eso que está tan de moda y todos conocemos: la comunidad de copropietarios

(7) Sobre las ideas generales, me remito a mi trabajo *El procedimiento administrativo*, cit., págs. 242-260.

de una casa dividida por pisos. A veces—supuesto poco frecuente, pues el administrante abunda mucho—, no existe entre los miembros de la comunidad ningún administrante, y el problema de la administración de la comunidad viene a resolverse por una fórmula análoga a la que ya PLATÓN señalara para el gobierno de la *polis* griega, es decir, un sistema de turnos o sorteos que obliga cada año a uno de los condueños a asumir las cargas de la gestión. Este tipo es raro, pero existe. Conozco algunos.

Otras veces, en la comunidad existe un solo administrante. Y estamos ante una comunidad feliz. Ese administrante será nombrado presidente de la comunidad. Hará firmes protestas—como los políticos—al final de cada ejercicio de que realmente está muy cansado de su gestión, que hace falta la renovación en la dirección de la comunidad, que cualquier otro podrá sustituirle y lo hará mejor que él. Pero, ante los ruegos—que no hace falta que sean demasiado insistentes—de los demás, se sacrificará y continuará su gestión. Los demás comuneros, felices, podrán dedicarse a sus trabajos y actividades. Pagarán como único tributo el tener que soportar en la escalera una alfombra horrenda—que es la que gusta al presidente; mejor dicho, a la mujer del presidente—, y en el *hall* unas plantitas muy cursis que ha elegido la hija del presidente. Pero, a cambio de esto, no tendrán preocupación alguna y podrán trabajar felices.

Ahora bien: lo frecuente es que—y aquí está el problema—en una de estas comunidades exista más de un administrante. Lo que supone acabar con la paz comunal. Surgirá la escisión por la cosa más mínima, la discusión por detalles absurdos y no habrá modo de ponerse de acuerdo. Se dividirán los vecinos y surgirán los conflictos.

Esto, en la esfera reducidísima de una comunidad de propietarios de pisos, es fiel caricatura de esa más amplia comunidad que es el Estado. Y no digamos de esa maravilla de armonía y buen entendimiento que es la comunidad internacional.

Y no es difícil encontrar gobernantes y administradores que son auténticos administrados, y administrados que son consustancialmente administrantes. Se es administrante o administrado como se es rubio o moreno, alto o bajo, gordo o delgado.

Para distinguirlos existen criterios prácticos irrefutables. Mien-

tras los unos pagan los otros viven del presupuesto. Mientras los unos son seres infalibles, los otros se equivocan siempre. Mientras que lo que unos afirman, como dice VICTORIANO FRÍAS, goza de presunción de verdad, los otros tiene que probar lo que alegan, en aplicación del principio sobre carga de la prueba en el procedimiento administrativo. Mientras para uno no reza el régimen de multas por infracciones de normas de policía para otros se aplica implacable. Mientras para unos no existe el orden de preferencia en la tramitación de los expedientes en que están interesados, para los otros tampoco, pero al revés. Y hoy existe un medio técnicamente irrefutable para clasificarlos: el aparcamiento o estacionamiento. Cuando lleguéis a un lugar de excesiva circulación, sea un edificio público, un estadio deportivo o un lugar de recreo, os encontraréis con el consabido poste indicador de prohibido el estacionamiento, debajo del cual habrá un letrero: «excepto...». Pues bien: los que figuran a continuación del «excepto» ésos son los administrantes.

Y os decía que la diferenciación es sociológica, pues, siguiendo este criterio práctico de clasificación, observaréis que existen buen número de personas que, aun cuando utilizan vehículos cuya matrícula está entre aquéllas para las que no reza la prohibición, se consideran sometidas a ella. Y, por el contrario, otras tantas personas que, aun cuando carecen de aquel privilegio, dejan su coche donde mejor les parece, con desprecio de los demás administrados y de las elementales normas de educación ciudadana.

Un ejemplo típico de actuación de administrante lo presencié hace algún tiempo en una oficina administrativa de las que funcionan como Dios manda. Había varias personas esperando tratar con el jefe, que con amabilidad a la española atiende a todos como si estuviese al servicio de la empresa privada, cuando un ordenanza le pasó una tarjeta. El funcionario, hombre sano, haciendo caso omiso del nombre que figuraba en la tarjeta, dijo que tuviese la amabilidad de esperar. Al instante entra de nuevo el bedel diciendo que aquel señor le recordaba que si no sabía que un ex Ministro estaba dispensado de esperar cola. Y como el funcionario insistió, al poco tiempo recibió la llamada de su Ministro para llamarle la atención por su falta de consideración. Ignoro si se trataba de un «ex Ministro de la Corona», de un «ex

Ministro de la República» o de un «ex Ministro del Régimen». Pero podía ser de cualquiera de los tres grupos, pues en este tipo sociológico no se dan diferencias sustanciales.

Otro ejemplo que data de hace varios años: en un procedimiento administrativo pendiente de decisión en determinado Departamento ministerial, el entonces titular del Servicio competente era, por causas que no vale la pena citar, totalmente contrario a la pretensión formulada. Tan contrario, que en una entrevista mantenida con él llegó a decir que, para que se accediera a la petición, habría que pasar por su cadáver, y que si llegaba a dictarse resolución favorable presentaría su dimisión, cosas no muy congruentes, pues mal puede presentar la dimisión un cadáver. Lo cierto es que el Ministro resolvió accediendo a lo pedido—de conformidad con la propuesta de aquel funcionario—. Y, naturalmente, ni dimitió ni hubo que pasar por su cadáver (8).

Pero dejemos al administrante—os prometo dedicarme a él y a su tipo más cualificado, el «publicano», con la debida extensión en otro momento—y volvamos al administrado. ¿Qué tipos de administrado nos ofrece la realidad?

B. Clases de administrado.

Ante la complejidad de las funciones administrativas y sus múltiples manifestaciones, el administrado puede encontrarse en tan distintas posiciones que ha dado lugar a que se hable de clases de administrados. En definitiva, estas diversas posiciones pueden reducirse a dos categorías, que se han denominado administrados simples y administrados cualificados.

1. Administrado simple.

El llamado administrado simple es el auténtico administrado, esto es, el administrado que no se encuentra en alguna de las

(8) Podría reproducir en el texto multitud de ejemplos análogos, que tengo recogido en un archivo sobre experiencias administrativas, que cultivo con el mayor esmero. Pero como mi diario contacto con la «Administración pública» constituye la base de mi trabajo, prefiero demorar su publicación al momento de mi «jubilación».

situaciones cualificadas, en las que, sin dejar de ser administrado, se realiza actividad que en cierto modo pueda considerarse pública. Es el sujeto que se relaciona con la Administración, sin participar en forma alguna en la actividad pública. Su actividad es, subjetiva y objetivamente, actividad privada.

En atención a las distintas manifestaciones de la función administrativa, este administrado simple puede encontrarse, a su vez, en diversas posiciones que pueden catalogarse en dos grandes grupos, según el beneficio o sacrificio que para el mismo suponga.

a) *Posición de sacrificio.*

La intervención administrativa se traduce para el administrado en un sacrificio en su esfera de actuación personal o en su patrimonio. Esta posición de sacrificio se da, por tanto, en las llamadas funciones de provisión de medios. Si la Administración, para realizar sus fines, necesita unos medios, y estos medios han de provenir necesariamente de los miembros de la comunidad, es incuestionable que la obtención de aquellos medios supondrá para éstos un sacrificio: sacrificio es realizar una prestación personal obligatoria, soportar una expropiación—aun cuando se abonare, lo que ocurre en contadisimos casos, un justo precio de verdad—y contribuir a las cargas públicas mediante el pago del impuesto.

Pero, aparte de en las funciones de provisión de medios, también se da una posición de sacrificio en alguna de las funciones de realización de fines. El ejemplo de la función de policía es por demás expresivo: si por esencia la función de policía es limitación de la actividad privada, la imposición de deberes que pueden hasta consistir en un hacer, es incuestionable que supondrá—en cuanto limitación—un sacrificio al particular que la soporta.

b) *Posición de beneficio.*

Ahora bien: al mismo tiempo que el sacrificio, la Administración implica para el administrado auténticos beneficios. No se trata aquí de exponer los beneficios que con carácter general suponen para todo administrado la Administración—manteni-

miento del orden público, la salud pública, etc.—, sino de las situaciones concretas de beneficio en que se puede encontrar el administrado ante el ejercicio concreto de funciones administrativas, no sólo en las de realización de fines, sino incluso en las de provisión de medios. Pues la Administración pública, al proveerse de los medios necesarios para poder realizar sus fines, no siempre emplea la coacción frente al administrado, sino las prestaciones que éste realiza a cambio de ciertas ventajas económicas: el contratista de obras públicas o de suministros a los entes públicos realiza unas prestaciones, aporta al ente público medios necesarios, sin que pueda afirmarse que esté en una posición jurídica de sacrificio.

Tampoco es un *status* de sacrificio el del administrado que utiliza o aprovecha una cosa de uso público, ni el del administrado que percibe las prestaciones de la acción de fomento o de servicio público.

La percepción de las ventajas en que se concreta el fomento y el uso de un servicio público constituyen, al menos en teoría, una positiva situación de beneficio. Y decimos en teoría, porque, por desgracia, en la realidad no ocurre así en buen número de supuestos: pensemos en los servicios públicos establecidos con carácter de monopolio que el administrado no tiene más remedio que utilizar, aun cuando aquella función pública pudiera realizarse en régimen privado en mejores condiciones.

2. *Administrados cualificados.*

El así llamado es—como ha dicho CUEVAS—algo más que un administrado (9). Si su actividad puede considerarse desde un punto de vista subjetivo, privada, objetivamente puede ser considerada en cierto modo pública. De aquí que se haya llegado a hablar del ejercicio privado de funciones y servicios públicos (10). Y así como el administrado simple puede encontrarse en una posición de beneficio, aun cuando normalmente, su posición sea de

(9) CUEVAS: *La teoría jurídica*, cit., pág. 76.

(10) Es el título del célebre trabajo de ZANOBINI (*L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*) publicado en el *Primo trattato*, de ORLANDO, volumen II, parte tercera. Sigue la misma orientación GARRIDO, en *Actos del administrado*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», II, págs. 312 y sigs.

sacrificio, en el administrado cualificado esta última no es muy concorde con su esencia. En tanto en cuanto participa de las características y del trato del «administrante», se da la más absoluta imposibilidad de hablar de sacrificio, mientras que se puede empezar a hablar de prerrogativas. Es cierto que, a veces, el administrado cualificado sigue siendo un auténtico administrado, con todas las características propias del mismo (pensemos en el administrado que cumple con sus deberes militares); pero lo normal será lo contrario. Tal es el caso del denunciante.

El denunciante, aunque formalmente es un administrado—cualificado, pero administrado—, desde un punto de vista sociológico, es un auténtico administrante o algo mucho peor, salvo en los supuestos de denuncia-deber, o, mejor dicho, en supuestos muy concretos de denuncia-deber.

En efecto: ante uno de los típicos delitos comunes, de los que constituyen una verdadera infracción de la ley eterna, ante una conducta que pugne abiertamente con la justicia, es explicable una reacción del administrado que suponga cumplir con ese deber de denuncia que le impone el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Como es explicable la misma conducta, por ejemplo, por parte de quien, teniendo conocimiento de una enfermedad gravemente contagiosa cuya extensión podría poner en peligro la salud pública, cumple con el deber que le impone la base cuarta de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944.

Pero la acción de denunciar ya no es tan lógica cuando lo que se presencia es uno de los delitos artificialmente creados por los políticos o una simple infracción administrativa. Cuando ante una infracción tributaria, por ejemplo, un administrado acude a la oficina competente a formular su denuncia, no es un administrado, sino un auténtico administrante, o, como antes decíamos, algo peor: un ser despreciable movido por los más bajos instintos, desde la envidia al odio, esperando la recompensa de la propia Administración, o hasta de la empresa competidora de la denunciada, que, no sabiendo luchar leal y noblemente en la vida económica, acude a veces a este sucio procedimiento de utilizar estos no menos sucios personajes, tan mimados por cierto sector de los funcionarios de todo el mundo. Tan mimado que, a veces, hasta se

oculta su personalidad en libros de registro ultra-secretos, a fin de protegerle de la reacción social, tan consustancial a la naturaleza del hombre de bien, que ya se manifiesta en los primeros años de la vida, ante lo que se llamará—según el tipo de centro de enseñanza—«soplón», «chivato» o «acusica». Como se trata de proteger la personalidad del verdugo, por razones análogas. Bueno, al verdugo que ejecuta las sentencias dictadas según la ley positiva; pues ciertos verdugos que ejecutan sus propias leyes, por desgracia tan frecuentes en épocas de guerra, viven a la luz pública, sin ocultar su personalidad, en medio del «respeto» de sus convecinos.

C. *Posición jurídica del administrado.*

Ante la complejidad de las funciones administrativas, puede hablarse de tantos estatutos jurídicos del administrado como tipos de función administrativa, y hablarse del estatuto del contribuyente, del expropiado, del usuario del servicio público, etc. Como decía GASCÓN Y MARÍN, poco a poco se va definiendo el estatuto orgánico de los administrados, su situación jurídica, examinada peculiarmente respecto de cada uno de los servicios (11).

Pero, previo a cada uno de estos estatutos específicos y concretos, existe un estatuto general del administrado.

En otra ocasión he proclamado la urgente necesidad de ese estatuto jurídico del administrado con estas palabras: «Cuando vamos a estrenar una Ley de Funcionarios, cuando los hombres de la reforma administrativa han acometido la tarea de articular su régimen jurídico, creo que es el momento de pedir una Ley del administrado. Bien está que se regule la situación del funcionario. Bien está que se definan sus derechos y obligaciones. Pero ocupémonos algo más de aquellos de los que son simples servidores los funcionarios. Ocupémonos de ellos, pero no de rechazo, indirectamente, sino de cara, de frente, en una Ley que sea un verdadero estatuto jurídico del administrado. Y si logramos que así sea, pidámosle a Dios que, cuando se logre la sanción legislativa, el

(11) *Tratado de Derecho administrativo*, 8.^a ed., Madrid, 1943, I, pág. 238; SERRANO GUIRADO: *Administrado*, cit., pág. 381.

texto que se publique en el *Boletín Oficial del Estado* se parezca a sus antecedentes algo más de lo que se parece a los suyos la desafortunada Ley articulada de Funcionarios» (12).

El administrado, como tal administrado, ostenta una serie de potestades y deberes, derechos y obligaciones, con independencia de la concreta situación jurídica en que pueda encontrarse ante cada una de las funciones administrativas. Abstracción hecha de las funciones administrativas, previamente a la función que le afecta o puede afectarle, el administrado ha de estar investido de unas garantías mínimas que constituyen la salvaguardia de la esfera de libertad individual, que es la esencia de un Estado que, de verdad, sea un Estado de Derecho.

III

PRINCIPIOS GENERALES

A. *Función de los principios generales.*

Se ha dicho, con razón, que se puede considerar la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, como el acta de nacimiento del ciudadano moderno (13). Pues en ella fueron consagrados por primera vez los principios en que descansa todo el sistema de garantías que salvaguardan la situación jurídica del administrado, principios que han de concretarse en una serie de normas generales aplicables en todo caso, cualquiera que sea el tipo de función administrativa.

Mas, desde el momento mismo que se proclaman como tales principios generales del Derecho, aun cuando no hayan tenido el debido desarrollo en las correspondientes disposiciones legales y

(12) GONZÁLEZ PÉREZ: *La expropiación forzosa por razón de urbanismo*, Publicaciones Abella, Madrid, 1965, pág. 88.

(13) PELOUX: *Le citoyen devant l'Etat*, cit., pág. 9.

reglamentarias, su eficacia es incuestionable, en una triple dirección (14):

1. Por lo pronto, como fundamento mismo del Ordenamiento. Un principio jurídico, al informar las normas del Ordenamiento, las configura como unidad orgánica. De aquí que la contradicción entre las normas y los principios sólo puede resolverse a favor de éstos. En este punto, nuestro Ordenamiento ofrece fórmulas sumamente eficaces, tanto para el supuesto de que las normas que contradigan el principio tengan jerarquía de Ley, como para el supuesto de que sean, simplemente, normas reglamentarias.

a) En los casos de contradicción entre norma legal y principio general del Derecho, es cierto que no existe en nuestro sistema, al menos por ahora, ningún recurso jurídico que permita la impugnación directa de la norma anticonstitucional. Pero existe un precepto que, debidamente interpretado, constituye garantía más que suficiente del sometimiento de las Leyes ordinarias a las fundamentales. Me refiero al artículo 3.º de la Ley de 17 de mayo de 1958 sobre los principios del Movimiento Nacional, que dispone: «Serán nulas las Leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los Principios proclamados en la presente Ley.»

La proclamación de la nulidad de las Leyes que infrinjan o menoscaben los principios recta y valientemente interpretados implica nada menos que la imposibilidad de que cualquier Juez, sea cual fuere su jurisdicción, aplique sus preceptos. De este modo, la posición del Juez ante una Ley que infringe un principio fundamental es análoga a la que guarda ante un precepto reglamentario ilegal, según el artículo 7.º de la Ley orgánica del Poder judicial. Un Juez no puede aplicar un precepto nulo de pleno Derecho en aplicación de la Ley de Principios del Movimiento.

b) Y cuando es una disposición reglamentaria la que infringe el principio fundamental, entonces ya no sólo existe la posibilidad de no aplicación al caso concreto, sino algo más. Ante un

(14) Me remito a mi trabajo *El método en el Derecho administrativo*, RAP, número 22, en especial págs. 44-56 y bibliografía que allí se cita. Cfr., también, REAL: *Los principios generales del Derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1958.

Reglamento que infringe un principio fundamental cabe la impugnación directa del mismo ante la jurisdicción contencioso-administrativa; cabe que los Tribunales de esta jurisdicción declaren, no ya la no aplicación al caso concreto, sino la nulidad de las normas reglamentarias.

En esta dirección, la jurisprudencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo ha iniciado un camino pleno de perspectivas. La sentencia de 6 de julio de 1959 marcará un jalón decisivo en la historia de nuestro Ordenamiento jurídico administrativo, que, de pronto, ha dado un paso gigantesco, adelantándose, con mucho, a la magistral y progresiva de algún país que, durante mucho tiempo, ha servido de modelo al Derecho administrativo de todo el mundo.

2. Pero la función de los principios jurídicos no se agota en servir de fundamento al Ordenamiento. Si constituyen su base misma, nada más lógico que acudir a ellos en la labor de interpretar cada una de las normas que le integran.

Ellos indicarán en cada momento la fórmula interpretativa que se debe elegir. A esta función de los principios se ha referido la doctrina administrativa, al señalar cómo, en aquellos casos en que algunas disposiciones suponen un atentado al respeto de la persona o de la libertad humana, el Consejo de Estado francés ha podido minimizar el alcance de aquellas disposiciones al interpretarlas de la manera más restrictiva posible y salvaguardar las libertades esenciales (15).

Y así lo ha entendido, también, nuestra jurisprudencia: por ejemplo, al interpretar restrictivamente las normas sancionadoras (sentencias de 19 y 22 octubre 1964), las que señalan los requisitos para tener acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa (sentencias de 26 noviembre 1962, 11 febrero 1963, 19 enero de 1963) o las que regulan las limitaciones de la libertad (sentencia de 29 marzo 1965).

3. Y, por último, como todo principio jurídico, el de igualdad cumple una función hermenéutica, al servir de fuente di-

(15) RIVERO: *Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés*, RAP, núm. 6, pág. 293 y sigs. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos*, RAP, núm. 42, págs. 267 y sigs.

recta en caso de insuficiencia de la ley de la costumbre, por disposición expresa del artículo 6.º del Código civil. Todo principio jurídico—dice la sentencia de 21 octubre 1957—es fuente supletoria de Derecho ante la ausencia de Ley o de costumbre. Como dice la sentencia de 25 enero 1965 (Ponente: ARIAS RAMOS), «suplir el vacío de una norma no es conculcarla». «Interpretar una norma de Derecho—dice la S de 5 octubre 1965. Ponente: ESTEVA—es esclarecer su sentido, que es decisivo para la vida jurídica y, por tanto, también para la resolución judicial. Para lograr este esclarecimiento y precisar y determinar el sentido de la norma o de la Ley existen dos métodos: el gramatical o literal y el lógico o espiritual. En los primeros tiempos del Derecho romano, como en todos los Derechos no desarrollados, lo decisivo era el sentido literal. Pero, a medida que el Derecho se desarrolla y perfecciona, avanza, y posteriormente impera la doctrina de la interpretación del sentido de la norma, prevaleciendo desde entonces el principio aceptado en nuestro Ordenamiento legal positivo y por la doctrina jurisprudencial de que 'sobre la letra de la ley debe prevalecer siempre el espíritu de la misma' para que el objetivo del Derecho, que en definitiva consiste en la realización de la justicia, sea cumplido en beneficio de la seguridad de los fines de la vida del individuo y de la sociedad».

B. Principio de legalidad.

Lo primero a que debe aspirar el administrado, y lo primero que debe garantizarle su estatuto jurídico, es el respeto a la Ley, el respeto a la norma, la sumisión de todos y cada uno de los órganos del Estado y demás entes públicos a un orden jerárquico de normas. En una palabra, el principio de legalidad.

Sin embargo, como buena parte de las conquistas de la Revolución francesa, está en tela de juicio. Se ha discutido su vigencia, no sólo en el seno de los regímenes que se han apartado de los principios clásicos del Estado de Derecho liberal, bien en el sentido de los llamados totalitarios o de las recientes democracias populares, sino también por un sector nada despreciable de la doctrina que se considera continuadora de las esencias del Estado

de Derecho, dentro de los países cuyos Ordenamientos constituyen una manifestación de eso que se ha venido en llamar concepción occidental.

Frente a todas estas tendencias de tan diverso significado, es necesario proclamar la vigencia del principio de legalidad. El principio de legalidad, en su concepción clásica, constituye una de las garantías esenciales del administrado que es necesario mantener intangible y conservar como una de las más preciosas conquistas de la lucha frente a las arbitrariedades de los gobernantes.

Y, digámoslo una vez más, es necesario mantenerle en su concepción clásica. Porque existen hoy sistemas en que también se habla de principio de legalidad—como en las democracias populares, de legalidad revolucionaria—; pero con ello se expresa una idea radicalmente distinta a la del principio de legalidad en su más pura concepción.

Recordemos, pues, lo que en esta pura concepción supone.

Como sabéis, cuando se habla de principio de legalidad no se quiere expresar—o, al menos, no se quiere expresar tan sólo—la primacía de la Ley frente a cualquier acto emanado de un órgano estatal no legislativo, la sumisión de la Administración a la Ley, la necesidad de que la Administración actúe de conformidad a la norma legal.

El principio partía de un presupuesto esencial, y comportaba una elemental consecuencia: el presupuesto no era otro que el carácter representativo del órgano legislativo—el Parlamento era el pueblo a través de los representantes por él elegidos—; y la consecuencia, la reserva a la Ley así elaborada de la regulación de determinadas materias, concretamente, de todo cuanto afectara a la libertad y a la propiedad.

De tal modo, que el principio resultaría vulnerado, tanto cuando la Ley emanara de un órgano que no tuviera ese carácter representativo como cuando se permitiera cualquier invasión de la esfera individual de la libertad o de la propiedad al margen de la Ley o sin la existencia de una autorización legal previa.

Naturalmente, el presupuesto de que parte el principio es estrictamente político. Es previo al estatuto jurídico del administrado propiamente dicho.

Pero si han de constituir parte integrante esencial del mismo las consecuencias del principio, claramente reguladas, a fin de evitar interpretaciones contraproducentes, y arbitrando medios eficaces que aseguren su respeto y cumplimiento.

Nuestro Ordenamiento jurídico, aun cuando en normas dispersas de distinta jerarquía, contiene una regulación que, en buena parte, sigue la línea clásica. En efecto:

1) La primacía de la Ley se consagra en el Fuero de los Españoles (art. 17) y en la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado (art. 23).

2) La reserva a la Ley de la reglamentación de ciertas materias se consagra asimismo en el Fuero (arts. 8 y 9) y en la propia Ley de régimen jurídico (art. 26), aparte de en otras disposiciones especiales, como la Ley general tributaria (arts. 2 y 10).

Pero esta reglamentación no deja de ofrecer ciertas lagunas que es necesario superar a la hora de elaborar un estatuto jurídico del administrado. En especial, debemos destacar las deficiencias siguientes:

1) Que no está claramente consagrada la reserva a la Ley de la reglamentación de la libertad. Es cierto que el artículo 8.º del Fuero reserva a la Ley la imposición de prestaciones personales y que los artículos 12 a 16 consagran el respeto a las libertades tradicionales.

Pero la proclamación clara y solemne de que toda intervención de la Administración en la esfera de la libertad de los ciudadanos exige una autorización legal no existe. Por el contrario, lo que existe en nuestro Ordenamiento es más de un precepto que supone un desconocimiento, olvido y hasta manifiesto atentado al principio. Por ejemplo:

a) En la esfera central, el artículo 28 de la Ley de procedimiento administrativo contiene un atentado, y un atentado consiguiente, pues no existía en el anteproyecto de la Ley; se consumó en el texto que obtuvo la sanción legislativa al modificar el texto del anteproyecto. El precepto, en su párrafo 1, dispone:

«La comparecencia de los administrados ante las oficinas públicas sólo será obligatoria cuando así esté previsto en una disposición legal o reglamentaria.»

El texto primitivo, más concorde con los principios tradicionales, únicamente admitía la obligatoriedad de la comparecencia cuando estuviese previsto en una Ley o en disposición dictada con autorización de Ley. Pero el texto admite también que se obligue a la comparecencia cuando así se autorice en una simple disposición reglamentaria, lo que supone una infracción del principio de legalidad.

Y lo cierto es que nuestros órganos administrativos utilizan muy alegremente esta facultad de requerir la comparecencia del administrado. Por ejemplo, el pasado verano de 1965, en pleno mes de agosto, varios Laboratorios de especialidades farmacéuticas de Madrid recibieron un oficio de la Jefatura provincial de Sanidad, dirigido a los Directores de cada Laboratorio, en el que se decía, poco más o menos, lo siguiente: que, para un asunto relacionado con su industria, se le rogaba se pasase por aquella oficina, apercibiéndole que, de no hacerlo, incurriría en sanción. Naturalmente, ante tan expedito requerimiento, acudieron al llamamiento. Y allí se encontraron con una buena cola, que tuvieron que esperar pacientemente bajo el sol de agosto. para al final de la espera enterarse que se trataba de hacer una liquidación de tasas correspondientes a una visita de inspección girada meses antes, liquidación que iba haciendo con toda parsimonia una funcionaria, en presencia del representante de cada Laboratorio.

Es éste un caso más de los tantos de pérdida de tiempo y molestias al administrado totalmente innecesarios. Pues para practicar una liquidación de tasas no hace falta requerir la presencia del Director de una Sociedad, ni de nadie, en la oficina competente.

b) Y en la esfera local también podemos citar ejemplos de infracción del principio. Así, el artículo 8.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, al disponer que «las Corporaciones podrán sujetar a sus administrados al deber de obtener

previa licencia en los casos previstos por la Ley». Hasta aquí el precepto se mantiene en la línea más ortodoxa de respeto al principio. Pero añade—y esto ya no es tan correcto—que puede sujetar a licencia previa la actividad de los administrados, no sólo en los casos previstos por la Ley, sino también en los previstos por «el presente Reglamento u otras disposiciones de carácter general».

Desde el momento que la sujeción a licencia previa supone una invasión en la esfera de acción individual, en cuanto se concreta en una prohibición de hacer algo que antes se podía hacer libremente, sólo debe admitirse en virtud de Ley o de autorización legal.

Por muy autónomo o autárquico que sea el Municipio, por muy entidad natural que sea, sus órganos rectores no deben intervenir en la esfera de libertad individual sin autorización legal expresa.

2) Por otro lado, al reglamentarse las materias reservadas a la Ley, se observa en nuestro Ordenamiento una omisión importantísima al determinar el órgano al que ha de confiarse la elaboración de la Ley, a excepción de una materia: la creación de impuestos.

En este punto concreto del establecimiento de tributos, ningún reparo puede hacerse a nuestro Ordenamiento, en cuanto que:

—En el artículo 9.º del Fuero se proclama con toda solemnidad el principio de que nadie estará obligado a pagar tributos que no hayan sido establecidos con arreglo a la Ley votada en *Cortes*.

—La Ley general tributaria reitera el principio en su artículo 2.º, al señalar que «la facultad originaria de establecer tributos es exclusiva del Estado y se ejercerá mediante Ley votada en *Cortes*». Y la propia Ley desarrolla este principio general en su artículo 10, al enumerar exhaustivamente las materias que se regularán, «en todo caso, por Ley».

Puede tomarse como ejemplo esta regulación cuando llegue el momento de reglamentar la aplicación del principio a cada una de las materias tradicionalmente reservadas a la Ley.

3) Y, por último, una observación: que tan importante como las Leyes es la educación cívica de los hombres que han de apli-

carlas. Ahí está para corroborarlo la depurada regulación del principio de jerarquía de las normas, con su indudable secuela de la nulidad de toda aquella que contravenga lo dispuesto en una de superior rango. Ya hace varios años que, con una claridad insuperable, así lo dispusieron la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado y la de procedimiento administrativo. Y, sin embargo, no ha podido acabarse con el desprecio hacia la norma, tan acusado en algunos sectores de nuestra Administración.

Como de costumbre, corroboraré la afirmación con un ejemplo reciente

Por Decreto de 18 de abril de 1963 se autorizó en bloque, en determinados sectores económicos, la inversión de capital extranjero en proporción superior al 50 por 100. El Decreto no establece limitaciones ni distinciones. Por tanto, en los sectores concretamente enumerados, desde la entrada en vigor del Decreto no hace falta la autorización exigida en los demás casos para que la inversión de capital extranjero exceda del citado límite.

Naturalmente, nuestras oficinas comerciales del exterior se encargaron de dar la debida difusión a tan liberalizadora disposición.

Sin embargo, cuando algún incauto sueco, alemán o natural de cualquier otro país desarrollado acude a la oficina de inversiones de capital extranjero de la Presidencia del Gobierno a consultar si efectivamente la información es cierta, le dicen que ni hablar: que el Ministerio de Industria ha dado órdenes de que ha de contestarse caso por caso, previo informe de aquel Ministerio, al que ha de presentarse el proyecto completo de la industria de que se trata. Y si, todavía más incauto, presenta el proyecto, a veces le dicen que todavía no está en vigor el Decreto porque aún faltan por dictarse las oportunas disposiciones complementarias por aquel Departamento ministerial.

Como si para que entrara en vigor un Decreto hiciera falta dictar disposiciones complementarias. Pero estamos tan acostumbrados a, por esta vía, desnaturalizar lo reglado en normas de superior jerarquía, que el funcionario se resiste a aplicar pura y

simplemente un Decreto de tan claro y expedido contenido como el citado.

C. Principio de igualdad.

1. El segundo gran principio que debe figurar en un estatuto jurídico general del administrado es el de igualdad. Igualdad ante la Ley y ante los cargos públicos, igualdad en las cargas y en los beneficios, a la hora de contribuir a los servicios y a la hora de recibir las prestaciones.

2. ¿Cómo nació el principio? Al problema me he referido en otra ocasión (16) en los términos que siguen:

Cuando el 5 de mayo de 1789 se abren de par en par las grandes puertas del salón en que habían de celebrarse los Estados generales no habían de entrar por ellas los representantes del tercer estado. Se abrieron, sí, para los diputados del clero y de la nobleza; pero el tercer estado se vió obligado a penetrar en el salón de los Estados por una pequeña puerta, casi excusada.

El hecho, en los albores mismos de la Revolución, no puede ser más expresivo. Refleja una situación de privilegios que, quizá, nadie haya descrito mejor que GNEIST, como recordaba, no hace mucho, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO: «En ningún otro país europeo como en Francia—dice—los privilegios de la aristocracia fueron tan duramente aplicados y tan faltos de las correlativas obligaciones. En ningún otro lugar se había encastillado el alto Clero en sus prebendas y dignidades nobiliarias, separándose del bajo Clero, que, aislado y mal pagado, atendía al culto y al cuidado de las almas. En ninguna otra parte como en Francia los derechos exclusivos de la burguesía industrial se habían desarrollado tan unilateral y arbitrariamente... En ningún otro país el orden natural del trabajo industrial e intelectual, así como la valoración de las clases proporcionadas a sus prestaciones políticas, se encontraba tan alterado, donde la participación a las

(16) *El principio de igualdad en el régimen local*, en «Problemas Políticos de la Vida Local». II, Madrid, 1962, págs. 223-247. Cfr. también ENTRENA: *El principio de igualdad ante la Ley y su aplicación en el Derecho administrativo*, RAP, núm. 37, págs. 63 y sigs.

cargas públicas había devenido la marca infamante de las clases inferiores.»

Nada tiene de extraño, pues, que cuando aquel estado llano se convierte en Asamblea constituyente, su primera preocupación fuese desarticular aquel sistema de privilegios. Y antes de que en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano se consagrara solemnemente el principio de igualdad la Asamblea va a ganar la primera batalla en nombre del mismo, con la promulgación del Decreto de 4 de agosto de 1789, en el que están las bases de la nueva división territorial de Francia.

Quince días más tarde de aquella noche histórica se aprobaba la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Y la igualdad ante la Ley quedaba consagrada como un derecho fundamental.

Así pasó a las primeras Constituciones. Y así ha venido reiterándose hasta las Constituciones de nuestros días.

El Ordenamiento jurídico español no constituyen una excepción. El Fuero de los Españoles, primero, y la Ley de 18 de mayo de 1958, después, proclamarán solemnemente el principio. Lo que supone un tratamiento igual para situaciones iguales, dicen las sentencias de 26 de septiembre, 17 de noviembre de 1959 y 12 de junio de 1962. Por lo que infringe abiertamente el principio, recogido explícitamente en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, cuando se establece una prohibición exclusivamente a un vecino de una vía pública y no a aquellos que están en igual situación (sentencia de 29 marzo 1965). La sentencia de 30 junio 1965 (Ponente: CORDERO TORRES) habla del «principio de igualdad de los administrados ante la norma». Y otra sentencia de 4 de mayo 1965 (Ponente: DOCAVO) afirma que «aunque no siempre un acto administrativo puede ser un precedente vinculante para el Tribunal, lo cierto es que la Administración debe, al dictar sus resoluciones en casos idénticos, mantener un criterio igual». Ahora bien, el precedente administrativo no puede vincular a los Tribunales. Así, una sentencia de 30 septiembre 1965 (Ponente: CORDERO TORRES) dice que «el Tribunal ha declarado repetidamente que el ejercicio de su función jurisdiccional puede llegar a tener presente como elemento útil de enjuiciamiento cualquier precedente; pero no a basar sus fallos en el criterio que

suponga un acto administrativo que en su momento no fué sometido a decisión jurisdiccional y no goza, por tanto, del valor que supone su confirmación de este carácter como ajustado al Derecho aplicable». Y otra de 16 octubre 1965 (Ponente: OLIVES FELÚ) se refiere a la «abundante y reiterada doctrina de esta Sala en el sentido de que los precedentes administrativos de otros casos no traídos a la revisión de la jurisdicción contenciosa son totalmente desconocidos para esta última».

La igualdad ante la Ley es, pues, uno de los principios fundamentales del Ordenamiento jurídico. No se trata de una declaración platónica, ni de una etiqueta legal a efectos de exportación; se trata de un auténtico principio general del Derecho, con las trascendentales consecuencias que ello supone.

¿Qué consecuencias comporta el principio en la realidad jurídico-administrativa? Lo examinaremos respecto de cada una de las funciones administrativas.

3. Refiriéndonos a las funciones de provisión de medios, distinguiremos entre los personales, los reales y los económicos:

a) *Medios personales.*

La Administración pública, toda Administración, como ente jurídico y abstracto, necesita valerse de personas físicas que realicen la actividad a ella encomendada. Son personas físicas que cuando devienen titulares de un órgano administrativo, dejan de ser administrados. Pero como el acceso a la función pública es uno de los derechos del administrado, al estudiar las consecuencias del principio de igualdad en la provisión de medios personales, es necesario aludir al acceso a la función pública y a las prestaciones personales de los particulares que siguen siendo administrados.

a') Respecto de la función pública, el principio de igualdad juega, ante todo y sobre todo, en el momento de la selección. Lo que el principio de igualdad impone, consiste, sencillamente, en igualdad de oportunidades para tener acceso a los puestos públicos. Todo ciudadano debe tener derecho a los cargos públicos,

según su aptitud. Ninguna otra consideración debe jugar en el momento de la selección.

Desde la instauración misma del principio, y en atención a la situación de privilegios frente a la que surgió, ha sido una de las consecuencias destacadas en las propias Leyes fundamentales. En este sentido, el Fuero de los Españoles, después de la formulación general del principio en su artículo 3, en su artículo 11, dispone: «Todos los españoles podrán desempeñar cargos y funciones públicas, según su mérito y capacidad.» Y más tarde, al proclamarse los principios del Movimiento en la Ley de 17 de mayo de 1958, después de la consagración del principio en el apartado V, en el VIII se insiste en aquel aspecto, al decir que «todos los españoles tendrán acceso a los cargos y funciones públicas, según su mérito y capacidad», lo que se ha reiterado por la jurisprudencia de nuestras Salas de lo contencioso-administrativo (verbigracia, sentencia de 2 octubre 1965).

Ninguna exclusión, cualquiera que sea su naturaleza y alcance, es admisible. El principio de igualdad debe aplicarse aquí con todo rigor. Nadie, por razón de nacimiento, por razón de privilegio, debe tener derecho preferente a ocupar un cargo público, desde la más alta Magistratura al puesto más humilde.

Superada la injustificada exclusión de la mujer para tener acceso a determinados cargos y funciones por Ley de 22 de julio de 1961, quedan todavía numerosas y flagrantes infracciones del principio.

Es cierto que la Ley de régimen local ha tratado de asegurar la realización del principio al establecer en su artículo 323 que los nombramientos se efectuarán siempre por oposición o concurso juzgado por Tribunales o Comisiones de carácter técnico-administrativo. Pero que esto no es suficiente lo demuestra buen número de convocatorias para cubrir plazas determinadas. Existen concursos en los que, aún cuando se han limitado las facultades de los Tribunales calificadores estableciendo unos méritos tasados, tales méritos se han valorado pensando en una persona determinada, de tal modo que sólo ha faltado poner en la convocatoria el nombre del candidato oficial. Pero lo cierto es que, aplicando aquellos méritos, sería éste el aspirante que resultaría nombrado.

Y otra infracción del principio, nada infrecuente en nuestro Derecho, es la reserva de plazas a determinados individuos, ordinariamente a los que vienen desempeñándolas interinamente.

Por el fraudulento procedimiento de designar interinamente a ciertas personas, sin las garantías del procedimiento de selección exigido, convalidándose más tarde el nombramiento en propiedad, a través de oposiciones no menos fraudulentas, se lesiona el indiscutible derecho de aquellas otras que, con mejores condiciones, ven cerrado el acceso a la función pública.

Claro está que siempre podrá jugar la desviación de poder como vicio determinante de la anulación de las respectivas convocatorias. Pero ya sabemos la dificultad que ofrece su prueba, a pesar de la progresiva jurisprudencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo.

b') Las prestaciones de los particulares.

Las prestaciones personales obligatorias han quedado reducidas al mínimo en todos los Ordenamientos. Y han quedado reducidas al mínimo, precisamente en aplicación del principio de igualdad. Porque la exigencia de prestaciones personales constituye, en la inmensa mayoría de los casos, un flagrante atentado al principio. Por mucho cuidado que ponga el legislador en su regulación, prestaciones idénticas en su contenido, representan un sacrificio desigual, según la persona a que se exige.

Utilicemos para ello el ejemplo característico de prestación personal que todavía se mantiene en las legislaciones: la exigida en la esfera local por los Ayuntamientos para determinados y concretos fines. En Derecho español—y el ejemplo no constituye, ni mucho menos, una especialidad del sistema—se dice que la prestación no excederá de quince días al año, ni de tres consecutivos, y podrá ser redimida a metálico, al tipo del jornal medio de un bracero en la localidad. Así lo dice el artículo 566 de la Ley de régimen local.

La simple enunciación de la regla es más que suficiente para poner de manifiesto que constituye una fuente de tremendas desigualdades. Pues exigir la prestación de tres días consecutivos de servicios a la Administración supone una carga superior a sus po-

sibilidades para el obrero que necesita el jornal diario para mantener a su familia, mientras que no supone nada, absolutamente nada, para la clase acomodada, que puede hasta redimir la prestación por el equivalente al jornal medio de un bracero.

b) *Medios reales.*

El segundo tipo de medios que necesita la Administración para la adecuada realización de sus fines son los medios reales, las cosas. Ante un fin de interés público está fuera de duda la potestad de la Administración de adquirir, de ocupar, de sacrificar las cosas, tal y como exija la realización del fin público.

Ahora bien: si el sacrificio que exige del particular propietario de la cosa no obtuviese una justa compensación se habría roto el principio de igualdad ante las cargas públicas. Pues un ciudadano concreto habría contribuido exclusivamente a las mismas en beneficio de los demás miembros de la comunidad. Y ésta es la finalidad de la institución de la expropiación forzosa, con la amplitud que se regula en la Ley vigente: hacer real el principio de igualdad sancionando el derecho a una justa indemnización por cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.

Por tanto, siempre que a un particular al que se le impone un sacrificio patrimonial no se le haga efectiva la indemnización correspondiente, cualquiera que sea la causa, estaremos en presencia de una infracción del principio de igualdad.

Y éste es el pan nuestro de cada día en nuestra vida administrativa, tanto en los procedimientos de expropiación propiamente dicha, como en los que se refieren a responsabilidad patrimonial de la Administración, regulados ambos en la Ley de expropiación forzosa.

Al tema me he referido en más de una ocasión. Permitidme que, dada su trascendencia, vuelva una vez más sobre el mismo (17).

(17) Cfr., por ejemplo, GONZÁLEZ PÉREZ: *Responsabilidad por demora en la Ley de expropiación forzosa*, RAP, núm. 33, págs. 11 a 29.

A pesar del decisivo avance que supuso la Ley de 16 de diciembre de 1954 en orden a las garantías patrimoniales del administrado, no deja de ofrecer defectos en la regulación de los procedimientos expropiatorios, dando lugar a que, en la inmensa mayoría de los casos, no perciba el expropiado sino una cantidad muy inferior al verdadero justo precio. Para lograrlo, le basta a la Administración con incumplir los plazos que señala la Ley para la determinación y pago del justo precio. En efecto:

—Determinación del justo precio. Supongamos que, aplicando los criterios legales de estimación, se llegase a fijar una indemnización justa, esto es, que representase efectivamente el valor real de los daños y perjuicios ocasionados al particular. Ahora bien: tal indemnización ha de referirse a un momento concreto perfectamente determinado en la Ley: el artículo 36 dice que las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes y derechos expropiados al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio. Y el expediente se entenderá iniciado, según el artículo 25 de la Ley y 28 de su Reglamento, «el día siguiente a aquel en que haya adquirido firmeza el acuerdo declaratorio de la necesidad de ocupación».

Y aquí radica, precisamente, la principal arma de la Administración para lograr un justo precio que no tenga de tal más que el nombre. Le basta con incoar el expediente, a efectos de determinar la fecha de incoación, y luego dejar pasar varios años para proceder a la fijación del justo precio. La corriente inflacionista hará todo lo demás.

Unos años antes el expropiado hubiese podido adquirir una cosa análoga a aquella en que se ha visto privado. Pero en la fecha en que se determina no puede soñar, ni con mucho, en adquirir nada parecido.

La Ley se ha limitado a regular un sistema de responsabilidad por demora que resulta insuficiente por la simple y elemental razón de que la demora en el pago supone un perjuicio al expropiado muy superior al 4 por 100.

—El pago del justo precio. Tan importante como la determinación de un precio justo es el inmediato pago al expropiado. Porque si, fijado el justo precio, la Administración no cumple

con la obligación de pagar dentro de los plazos que la Ley señala, por la razón antes expuesta de la constante y continua devaluación de la moneda, resultará que, cuando llegue a hacerse efectivo no tendrá de tal más que el nombre.

Y esto es lo que ocurre todos los días. Basta asomarse a cualquier esfera o rama de la Administración para encontrar supuestos de expropiación en los que, fijado el justo precio hace muchos años, los expropiados no han recibido aún las cantidades correspondientes.

Es necesario acabar con esta situación. Es necesario arbitrar medidas eficaces que impidan a la Administración cometer tales abusos. ¿Las tiene la Ley de 1954?

El legislador pensó que lo eran las que se señalan en los artículos 57 y 58. Tales preceptos establecen una coacción importante para el caso de que, fijado el justo precio, no se haga efectivo, a saber: si la demora en el pago no excede de dos años establece la obligación de la Administración de abonar el interés legal a los expropiados; si excede de dos años habrá que practicar un nuevo justiprecio.

La Ley ha pretendido, con la amenaza de esta responsabilidad patrimonial, que la Administración cumpliera los plazos legales. ¿Lo ha conseguido?

En absoluto. La coacción que supone el abono del interés legal no es efectiva, entre otras razones, por la ya señalada de que la diferencia de valor consecuencia de la devaluación de la moneda reporta un beneficio superior a la carga que supone el abono del interés legal.

Y lo mismo puede afirmarse respecto de la otra medida, esto es, la práctica de nuevo justiprecio. Ante su sola posibilidad, se aterran los expropiados. Decir al interesado, después del calvario que supone un expediente de justiprecio, con sus trámites y gastos consiguientes, que tiene que empezar de nuevo, resulta un sarcasmo. La inmensa mayoría prefiere aceptar lo que se ha fijado a tener que repetir el trámite. Porque, se dice—y no sin razón—, si después de fijado el nuevo justo precio la Administración persiste en su actitud, ¿qué hacer? ¿Incoar un tercer expediente una vez transcurridos otros dos años?

Realmente, hay que reconocerlo: la Ley ha fracasado en este

aspecto. Entonces ¿qué hacer? ¿Resignarse a vivir bajo el imperio de la arbitrariedad?

No. Queda una medida eficaz: que la Administración no pueda ocupar la cosa expropiada en tanto no abone el justo precio. Esta sí que es una garantía. Si un ente público necesita de una cosa para la realización de sus fines, y no puede disponer de ella sin abonar previamente el justo precio, ¿qué duda cabe que procurará por todos los expresivos medios a su alcance el cumplimiento de los plazos!

Pero existe una institución en nuestra legislación expropiatoria que echa por tierra esta eficaz garantía: el procedimiento expropiatorio de urgencia. El procedimiento de urgencia, como tal regulado en la Ley de 1939, no figuraba en el anteproyecto primitivo de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Pero resultaba una institución demasiado preciosa para la Administración para que pasase por su supresión. Y en el proyecto se mantuvo. Se mantuvo, no obstante, no como procedimiento expropiatorio especial, sino como medida excepcional que permitía la ocupación de la cosa mediante acuerdo del Consejo de Ministros en cada caso.

No obstante este carácter excepcional, la realidad es que constituye el procedimiento ordinario. Cualquiera que sea la cosa que se trata de expropiar y la causa que lo justifique, en la inmensa mayoría de los casos se acude al procedimiento de urgencia, aunque luego se tarde en consumar el procedimiento expropiatorio varios años. De este modo, la declaración de urgencia, más que un procedimiento rápido de ocupar la cosa expropiada, se traduce en una medida eficaz para aplazar casi indefinidamente el pago. Porque si la Administración cumpliera los plazos del procedimiento ordinario el tiempo que tardaría en ocupar la cosa previo pago del justo precio sería inferior al que tarda en ocuparla con el procedimiento de urgencia. La declaración de urgencia es, digámoslo claramente, el instrumento para burlar la garantía fundamental de los expropiados y demorar el pago del justo precio. No hace mucho pasó por mi despacho uno suficientemente expresivo.

Un organismo público (no citaré concretamente de qué organismo se trata) incoa un procedimiento para expropiar determi-

nadas fincas; se tramita por el procedimiento ordinario y el mismo llega a la fase del justiprecio. Administración y expropiado formulan sus hojas de aprecio y, planteada la divergencia, sólo queda, para ultimar el expediente, que el citado organismo lo remita al Jurado de expropiación, a fin de que lo resuelva definitivamente en vía administrativa. No es necesario conocer detalladamente la Ley para comprender que a partir de aquel momento en pocas semanas podía quedar todo ultimado: el Jurado de expropiación fijaría el justo precio y, abonado éste, la Administración podría ocupar la finca por el procedimiento ordinario. No hacía falta alguna la declaración de urgencia.

El expropiado instó en varias ocasiones a la Administración para que remitiera el expediente al Jurado. Pero el organismo en cuestión hacía caso omiso de ello. Y pasaban los meses, meses que hubieran constituido plazo más que suficiente para terminar el procedimiento ordinario. Hasta que un buen día aparece el acuerdo declarando urgente la ocupación. El procedimiento ordinario que se venía tramitando está paralizado caprichosamente por la Administración. Pero se procedió a levantar el acta previa que permitiera ocupar sin pagar, depositando la ridícula cifra que la Ley señala.

Es necesario, pues, una urgente y radical reforma de la legislación expropiatoria, que debe empezar por establecer como requisito esencial la necesidad de partida presupuestaria suficiente para cumplir las obligaciones dimanantes de la expropiación. Iniciar alegremente un expediente expropiatorio sin partida presupuestaria, a conciencia de que el expropiado va a recibir el justiprecio transcurridos varios años, cuando no sea más que una caricatura del justo precio, es algo más que una ilegalidad; tiene su nombre en la moral y en el Código penal.

—Responsabilidad de la Administración. Por último, la nueva Ley de Expropiación Forzosa supuso una conquista definitiva al regular por primera vez con carácter general la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.

La Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado ha venido a completar la línea iniciada por la de expropiación forzosa en orden a la regulación de la responsabilidad de la Administración. La amplitud con que en la misma se regula ha hecho

dudar de la viabilidad de la nueva normativa. Los defensores de la Administración y los funcionarios de la Hacienda se han llevado las manos a la cabeza, asustados. ¿Es que nuestro presupuesto, nuestro pobre presupuesto, está en condiciones de soportar la carga que supone el principio de responsabilidad patrimonial? Seamos realistas—se dice—, y no saquemos las cosas de quicio; restrinjamos la responsabilidad a supuestos especiales y no la mantengamos con la generalidad de la Ley.

Ante esta forma de argumentar, hay que señalar: si la acción administrativa, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, impone a un administrado un sacrificio individualizado, valorable económicamente y no es indemnizado, lo que habrá ocurrido es, sencillamente, que se ha infringido el principio de igualdad ante las cargas públicas y consumado un atentado a la justicia. Porque para realizar los servicios públicos, para satisfacer unos fines de interés general, que interesan a todos los miembros de la comunidad, algunos ciudadanos habrán contribuido muy especialmente.

Si esto es así, es indudable que la economía nacional está en condiciones de soportar aquella carga. Porque la comunidad ha soportado el daño. Ahora bien, el problema es el siguiente: ¿debe soportarlo exclusivamente el que lo sufrió o deben soportarlo todos, según su capacidad económica, a través de un sistema fiscal justo?

Si la aplicación de las nuevas disposiciones exige forzar la presión fiscal, a fin de aumentar los ingresos, hay que admitirlo como una imposición de la justicia. Y es indudable que un aumento de la presión fiscal por este concepto en modo alguno puede ser rechazado. Es más, si se preguntare a cualquier ciudadano si preferiría verse gravado en los impuestos que abona o correr el riesgo de tener que soportar cualquier día un sacrificio impuesto por la acción administrativa, es indudable que optaría por lo primero.

Sin embargo, pese a los elementales postulados de la justicia a que el principio de responsabilidad responde, hay que dudar de su aplicación a ciertos supuestos.

La posición de prerrogativa que adopta la Administración impone la ejecución de sus actos aun cuando se interponga recurso

contra ellos. Es más, en algún caso, la ejecución es requisito previo para recurrir, como lo es el pago previo respecto de los recursos contenciosos contra actos que impongan el abono de cantidades líquidas. Pues bien, pensemos que el acto que exigió el pago se dictó infringiendo lo dispuesto en las Leyes y que el obligado recurre, siendo estimado el recurso por el Tribunal. Como tuvo que ingresar la cantidad previamente, la sentencia condenará a la Administración a que la devuelva aquella cantidad. Pero entre el pago y la devolución han transcurrido varios años, durante los cuales el particular se ha visto privado de una cantidad, como consecuencia de una actuación administrativa ilegal. Se le han ocasionado unos daños, individualizados y valuales económicamente. Debe ser indemnizado. Es indudable que el abono del interés legal no es, ni mucho menos, suficiente. Porque no cubre, en modo alguno, la devaluación sufrida en la cantidad que pagó al particular. Pese a ello, los Ordenamientos no suelen reconocer aquella infima indemnización.

Es frecuente otro atentado al principio. Tal es el caso de buen número de licencias, autorizaciones o permisos otorgados por determinadas Corporaciones locales. Con arreglo a la nueva legislación, es indudable que, una vez dictados aquellos actos, si razones de interés público exigen su revocación, habrá que indemnizar a su titular los daños ocasionados por la revocación. Pues bien, la Administración ha escapado de esta aplicación del principio, añadiendo a la licencia, autorización o permiso, una cláusula en virtud de la cual se otorgan en precario, reservándose expresamente la facultad de revocar sin indemnización. Con ello se infringe principio tan elemental de Derecho administrativo como el que prohíbe en todo acto administrativo incluir elementos accidentales o accesorios que vayan en contra de su contenido esencial.

c) *Medios económicos.*

Y terminamos con las funciones de provisión de medios refiriéndonos a los económicos, sin los cuales la Administración se vería imposibilitada de obtener cualesquiera otros. Pues, en último término, la obtención de los medios personales y reales se

traduciría siempre en la necesaria disponibilidad de una determinada cantidad de dinero.

Y aquí juega plenamente el principio de igualdad ante las cargas públicas. Al mismo se refiere el artículo 9.º del Fuero de los Españoles al decir que los españoles contribuirán al sostenimiento de las cargas públicas según su capacidad económica. Y el artículo 3 de la Ley General Tributaria, al disponer que la ordenación de los tributos ha de basarse en la capacidad económica de las personas llamadas a satisfacerlas y en los principios de generalidad y equitativa distribución de la carga tributaria.

Los ingentes gastos que implica la Administración moderna deben ser soportados por todos y cada uno de los miembros de la comunidad, según su capacidad económica. Ninguna discriminación es admisible. En sentencia de 27 octubre 1962 se alude a la labor de «distribución de la cantidad globalmente asignada al gremio» calificándola de «tarea en la que forzosamente se ven implicados problemas jurídicos de adecuación de bases y de corrección de índices, en relación con valoraciones objetivas de los elementos tributariamente relevantes y determinantes del impuesto y con la superior misión de reparto justo y equitativo», todo lo cual puede reconducirse a un problema de la máxima enjundia jurídica, sintetizado en el principio de igualdad ante la ley, plasmado en textos tan fundamentales como la Ley de 17 de mayo de 1958, en la que, en su punto V, solemnemente se proclama que «la ley ampara por igual el derecho de todos los españoles» y en el IX que los españoles tienen derecho «a una equitativa distribución de la renta nacional y de las cargas fiscales», en confirmación de otras declaraciones anteriores similares recogidas en los artículos 3.º y 9.º de la Ley de 17 de julio de 1945 sobre el Fuero de los Españoles».

Hasta qué punto nuestro sistema fiscal es congruente con él es un problema que escapa del campo del Derecho administrativo para entrar en el de la Hacienda pública y el Derecho financiero.

Hasta aquí las funciones de provisión de medios. Pasemos a las de realización de fines.

4. Respecto de las funciones de realización de fines, ya es clásica la división tripartita en policía, fomento y servicio público. También en ellas tiene plena vigencia el principio. Veámoslo.

a) *Policía.*

Ante la extensión de la intervención administrativa a los evidentes peligros de desigual trato a que puede dar lugar, es necesario recordar y reiterar el principio. Y así lo ha hecho el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, en su artículo 2, al decir que «la intervención de las Corporaciones locales en la actividad de los administrados se ajustará, en todo caso, al principio de igualdad ante la Ley».

El artículo 5 de dicho Reglamento dispone que la intervención de las Corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los siguientes medios:

- Ordenanzas, Reglamentos, bandos de policía y buen gobierno.
- Sometimiento a licencia previa; y
- Ordenes individuales, constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.

Es indudable que el principio de igualdad juega en todos y cada uno de estos momentos o modalidades de la intervención, tanto al regularse con carácter general como al ejercerse en cada caso concreto.

a') *La regulación de la intervención administrativa.*

Las Corporaciones locales, a través de Ordenanzas, Reglamentos y bandos, pueden regular la intervención, respetando siempre las normas de superior jerarquía, que en ningún caso puede vulnerar.

Pues bien, al ejercer esta potestad normativa, vienen obligadas a respetar rigidamente el principio de igualdad, evitando situaciones de privilegio.

En lo posible, debe evitarse la discrecionalidad, regulando la actividad administrativa sobre la base de situaciones objetivas que condicionen la intervención.

De este modo, el ejercicio de la función interventora se reducirá a la aplicación de aquellas normas a las situaciones de hecho, evitándose toda arbitrariedad.

b') *El ejercicio de la función interventora.*

Regulada con carácter general la intervención, el principio de igualdad condiciona permanentemente la actuación de los distintos organismos.

Cuando la regulación de la intervención limita la discrecionalidad, el principio de igualdad exige que las normas generales que regulan la intervención no sean objeto de derogación o dispensa especial a favor de personas determinadas.

Ante la práctica viciosa y, por desgracia, frecuente de las dispensas, ha sido necesario proclamar su ilegalidad. A este fin responde, en el ámbito estatal, el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y en el local, del artículo 11, párrafo segundo del Reglamento de Servicios, al decir que las disposiciones de las Ordenanzas y Reglamentos «vincularán a los administrados y a la Corporación sin que ésta puede dispensar individualmente de la observancia».

Por si fuera esto poco, la Ley del Suelo, en su artículo 46, establece la nulidad de las reservas de dispensa «que se contuvieran en los planes u Ordenanzas, así como las que con independencia de ellos se concedieran, salvo que lo fueren para edificios monumentales o singulares».

Ahora bien, en muchos casos, la regulación de la intervención deja a la discrecionalidad de los organismos de la Administración local la decisión en uno u otro sentido. Y es aquí, al ejercer esta actividad interventora, donde más necesario es recordar el sometimiento a los principios generales.

La decisión, en cada caso, debe siempre fundarse en una razón objetiva, evitando el espectáculo harto frecuente de licencias concedidas a determinadas personas, cuando pocos días antes habían sido denegadas a otras distintas.

Cuando resulte imposible establecer un orden objetivo de prelación, que sea el sorteo el que decida, siempre que sean varios los aspirantes a la licencia y el número de éstas limitado. Todo menos el sistema de privilegios y favoritismos tan frecuente en nuestro Ordenamiento local.

b) *Fomento.*

Y si esto es así en el ámbito de la intervención administrativa, ¿qué no habrá ocurrido dentro de la acción de fomento?

Mediante el fomento, la Administración persigue la realización de fines públicos, no por el cauce de la limitación, sino por el del estímulo. No a través de mandatos o prohibiciones, sino de medios que favorezcan aquellas actividades encaminadas al fin público, cuya realización interesa a la Administración.

Desde los simples honores hasta los beneficios de la expropiación, pasando por los créditos, primas y subvenciones, muchos y muy variados son los medios de fomento utilizados.

Pues bien, en esta modalidad de acción administrativa se han cometido flagrantes atentados al principio de igualdad. Es cierto que, en la mayor parte de los casos, la Administración actúa dentro de un amplio margen de discrecionalidad. Pero también aquí juegan—y de modo preferente—los principios generales del Derecho. Todos y cada uno de los órganos administrativos se encuentran vinculados por aquellos principios. No pueden prescindir de los mandatos que los mismos implican.

Es cierto que el Reglamento de Servicios ha establecido, en lo posible, importantes limitaciones en el régimen de las subvenciones (arts. 23 a 29).

Sin embargo, ¿cuántas veces, al conceder un crédito, al otorgarse una subvención, al reconocerse ciertas primas, no se habrá olvidado principio tan esencial como el de igualdad? ¿Es que podría excluirse la existencia floreciente de buen número de sociedades y empresas sin haber gozado de una posición de privilegio a la hora de recibir los beneficios de una acción de fomento arbitrariamente realizada?

Hora es ya de que vivamos los principios fundamentales, poniendo fin a aquella forma de gestión de los intereses públicos. Los fondos que el presupuesto consigna, en cada esfera administrativa, para estimular la realización de determinados fines de interés general, no son cantidades de que pueda disponer caprichosamente el funcionario competente para atender relaciones de amistad, compromisos sociales y otros inconfesables, sino can-

tidades para realizar unas funciones administrativas, dentro del marco de la Ley y su sujeción a unos principios generales.

c) *Servicio público.*

Y llegamos al final. Llegamos a aquella función administrativa que representa la máxima intervención: el servicio público. ¿Qué consecuencias implica el principio en la prestación de los servicios? No pueden ser más sencillas: la igualdad en la prestación y en el uso, la igualdad para ser colaborador o concesionario y para ser usuario del servicio.

Sin embargo, pese a lo elemental de estas nociones, ¡cuántas veces no se habrá vulnerado también el principio de igualdad! ¡Cuántas veces se habrá convertido la potestad de explotar ciertos servicios a determinadas entidades privilegiadas, y cuántas otras se habrá excluido a todo un sector de personas del uso de los mismos, pese a reunir las condiciones legales para ello!

D. *El principio de subsidiariedad.*

1. Está de moda hablar del principio. Y, al hacerlo, de colocar unas cuantas citas de los Papas, sobre todo de los últimos (18). Muchas veces para evitar que le apliquen a uno el calificativo de liberal.

Como si para justificar el principio fuese necesario acudir a la doctrina de los Papas o a determinada concepción política o a argumentos económicos. No hace falta ser liberal—que, dicho sea de paso, ha sido, y todavía es, una de las pocas formas de ser señor en política—para defender la subsidiariedad. Se defiende por sí sola.

Pues es un hecho incuestionable que cuando hacen una cosa los particulares—por mal que la hagan—la hacen mejor que los entes públicos. Cuanto más tiempo pasa, cuanto mayor es la in-

(18) No es infrecuente encontrar éstas o parecidas expresiones: «quiero afirmar ahora mi íntima vinculación a una concepción personalista del Estado, tal y como solemnemente acaba de conmover al mundo por boca del llamado Papa Roncali»; o decir: «el texto es del entonces Cardenal Montini». Así, S. MARTÍN-RETORTILLO: *Presupuestos políticos del régimen local*, RAP, núm. 43, págs. 33-35.

tervención administrativa, cuanto más conocemos regimenes intervencionistas, más patente es la incapacidad de los entes públicos para realizar aquellos fines hacia los que se encauza la iniciativa privada.

Da aquí la tendencia innata de la Administración, al crear un servicio público, de crearlo en régimen de monopolio.

Es cierto que, en muchos casos, en los auténticos servicios públicos, el carácter de monopolio es una consecuencia ineludible de su esencia. Pero cuando se trata de servicios públicos impropios—que es donde se centra la cuestión—el carácter monopolístico no es una característica impuesta por el servicio, sino algo impuesto por la exclusiva voluntad del gobernante. ¿Por qué?

Porque no puede admitir la concurrencia de la actividad pública y privada para realizar unas mismas prestaciones, a fin de evitar comparaciones. Pues las comparaciones le pondrían en evidencia: conducirían—al menos en la inmensa mayoría de los casos—a poner de manifiesto la superioridad del régimen de empresa privada sobre el de servicio público. Aunque la «Administración pública» sigue siendo «administración», es una administración muy distinta. Lo que tiene la consiguiente repercusión en el lenguaje: la palabra «administración» experimenta transformación análoga a la que experimenta la palabra «mujer» al añadirle el calificativo de «pública».

Por eso, cuando defendemos el principio de subsidiariedad, lo hacemos al margen de toda consideración política o económica. Cuando afirmamos que los entes públicos únicamente deben intervenir para suplir la inexistencia o defectuosa actuación de la iniciativa privada, lo hacemos pensando, únicamente, en el administrado.

De aquí que el principio, además de consagrarse en Leyes fundamentales, como es la Ley de 17 de mayo de 1958, debe reiterarse en la reglamentación de todas y cada una de las manifestaciones de la acción administrativa, como hace el artículo 4.º de la Ley sobre el régimen del suelo, al disponer en su párrafo segundo que «la gestión pública suscitará en la medida más amplia posible la iniciativa privada, y la sustituirá, cuando ésta no alcanzare a cumplir los objetivos necesarios, con las compensaciones que ésta Ley establece».

Precisamente esta reiteración del principio en una Ley ordinaria, con todas las consecuencias que ello supone, ha permitido a la jurisprudencia reaccionar frente a actuaciones administrativas innecesarias, por existir actuación privada. Así, una sentencia de 17 de febrero de 1962, en la que fué ponente MANUEL CERVIA. Se enfrentaba la sentencia con el supuesto, por desgracia harto frecuente, de una expropiación utilizada por la Administración para ejecutar un plan de urbanismo, a pesar de existir constancia en el expediente de la voluntad decidida de los propietarios afectados de realizar por sí las previsiones del plan. Y la sentencia no duda en considerar ilegal aquella actitud del órgano público, por olvidar los artículos 4.º y 118 de la Ley del Suelo, que preceptúan, respectivamente, la obligación de la gestión pública de suplir a la iniciativa privada, sustituyéndola cuando no cumpla los objetivos necesarios, y la exclusión de la expropiación proyectada cuando los propietarios aceptan realizar el plan en régimen de cooperación.

2. En definitiva, pues, lo que el principio comporta es la utilización de la intervención en la medida que resulte estrictamente indispensable para lograr la finalidad pretendida.

Una de las más logradas clasificaciones de las funciones a través de las cuales la Administración pública realiza los fines asumidos por los entes públicos es, como hemos visto, la que descansa en el grado de intervención. Se ordenan así los distintos modos de actividad administrativa en una escala progresiva que, partiendo de la simple limitación de la actividad privada, llega hasta el servicio público monopolizado (19).

Ante determinada esfera o realidad social, el Poder público puede:

a) Abstenerse de toda intervención, dejar actuar libremente a la iniciativa privada o limitarse única y exclusivamente a dictar normas reguladoras de la conducta de los particulares, dejando a los órganos jurisdiccionales que diriman los conflictos que se planteen con ocasión de la aplicación de aquéllas. Hasta aquí no

(19) Se ha ocupado especialmente del tema, JORDANA DE POZAS, en *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 48, y en *El problema de los fines de la actividad administrativa*, RAP, núm. 4, págs. 11-28.

existe actuación administrativa. Existirá actividad normativa o legislativa, en su más amplio sentido, y, en su caso, actuación jurisdiccional; pero todavía no ha aparecido la Administración.

b) La Administración aparece cuando, ante determinada parcela de la realidad social, el Poder público no se contenta con dar normas, no se queda en la labor de legislar y juzgar, sino que asume determinados fines públicos cuyo realización confía a alguno de los entes que integran la Administración. Aparece el Estado como persona, sometido al Derecho, titular de un interés, el interés público, en cuya realización puede adoptar las posiciones escalonadas siguientes, según la fuerza de su presencia:

—Limitar la actividad privada negativa—imponiendo prohibiciones absolutas o condicionadas—o positivamente —sometiendo al particular a la carga de actuar en un sentido determinado—;

—encauzar la iniciativa privada hacia el fin de interés público, utilizando los medios de estímulo más variados (desde la concesión de simples honores a la de verdaderas ventajas económicas);

—realizar el fin público, a través de sus propios órganos, de una entidad creada especialmente para ello o de un concesionario.

3. Así expuestos los modos de intervención, lo que el principio de subsidiariedad comporta es:

a) En primer lugar, la abstención de toda intervención allí donde el libre juego de la iniciativa privada es más que suficiente para satisfacer adecuadamente las necesidades públicas. Como hace años afirmó JEFFERSON en su conocido lema, «el mejor Gobierno es el que gobierna menos».

El problema está en determinar cuándo ese libre juego de las fuerzas particulares es suficiente.

En un trabajo reciente dedicado al tema, desde el punto de vista económico, SAMUELSON se planteaba así la cuestión: «¿Me coartan y limitan mi libertad los semáforos, verdad? Pues bien, antes de su instalación, ¿era verdaderamente libre en mitad de

un atasco en una calle? Y la suma algebraica de mi libertad y la del automovilista medio, o la de la colectividad en su conjunto, ¿ha aumentado o disminuído a consecuencia de las luces rojas? Los semáforos, como sabéis, señalan el rojo, pero también el verde» (20).

Pues bien, ahí está el nudo del problema: en la apreciación de cuándo el semáforo constituye una remora de la circulación o, por el contrario, el único procedimiento de hacerla posible. En definitiva, pues, la decisión siempre radicará en el buen sentido y la lógica.

b) Y cuando el libre juego de la iniciativa privada no basta, la intervención no ha de olvidar principio tan esencial como el de la proporcionalidad. La intervención administrativa nunca debe olvidar el fin que trata de realizar.

En este sentido, una reciente sentencia, de 29 de marzo de 1965, proclama que «un acuerdo municipal viola el llamado principio de proporcionalidad que ha de presidir la actividad de policía (o intervencionismo, según la terminología del aludido Reglamento de Servicios), consagrado en el apartado 2 del expresado artículo 6 del texto reglamentario comentado, cuando el Ayuntamiento puede optar por el empleo de una medida policial menos restrictiva para la libertad e interés del administrado».

Y otra sentencia de 8 de mayo de 1965 afirma que el artículo 101 de la Ley de Régimen Local, y los artículos 1 y siguientes del Reglamento de Servicios autorizan a las Corporaciones locales «a intervenir la actividad de los administrados cuando existe perturbación grave de la tranquilidad, seguridad o salubridad ciudadanas..., si bien las limitaciones han de ser congruentes con los motivos y fines que justifiquen la medida y ésta lo menos restrictiva posible de la libertad individual».

Cuando bastan las medidas limitativas o de estímulo para que puedan satisfacerse las necesidades públicas nunca deberá ser asumida por el Estado su satisfacción. Como hace años dijo ABRAHAM LINCOLN, en frase que hizo fortuna, «el Estado sólo debe hacer aquello que los ciudadanos no pueden realizar por sí mis-

(20) *El papel económico de la iniciativa privada*, «Información Comercial», abril 1965, págs. 53-60.

mos, o que no pueden hacer con resultados tan positivos como el Estado».

Y así como el administrado debe contar con medios para impedir que la alegría de los gobernantes instaure servicios públicos cuando ninguna necesidad real existe, también debe tenerlos para lograr la creación de aquellos servicios que son, no ya convenientes, sino hasta ineludibles en una comunidad bien organizada.

Pues en buen número de casos se olvidan servicios esenciales mientras se crean mil servicios inútiles, pero más fáciles de organizar, más espectaculares o que halagan a sectores más influyentes, aun cuando sean los menos necesitados.

Por ejemplo, una Diputación provincial cuyo hospital, por falta de medios, no puede atender debidamente las más elementales necesidades de los indigentes hospitalizados, ha invertido cantidades nada despreciables en mejorar las vías de comunicación de una zona residencial en la que tienen sus lugares de descanso y recreo buen número de personas que no pueden catalogarse precisamente entre las clases humildes.

Y los ejemplos podrían multiplicarse. Pero creo que es innecesario; todos los conocéis en las distintas esferas administrativas.

E. Principio de Administración eficiente.

Cualquiera que sea el tipo de función administrativa, cualquiera que sea el sector o realidad social objeto de intervención. lo que interesa al administrado es una Administración eficaz que cumpla adecuadamente los fines encomendados, que acuda con rapidez allí donde sea necesaria su presencia, que resuelva bien y pronto los expedientes.

Bien está la legalidad; bien está que los órganos administrativos adecúen su actividad a la norma. Pero casi tan importante como ello es la celeridad y eficacia. De poco serviría una Administración que cumpliera estrictamente la Ley si cuando se llega a pronunciar su decisión fuese innecesaria.

En nuestra Ley de procedimiento administrativo se recogen estos principios. Su artículo 29, por ejemplo, como sabéis, esta-

blece la necesidad de que la actuación administrativa se desarrolle con arreglo a las normas de economía, celeridad y eficacia.

Pero éste, como tantos otros preceptos análogos, son declaraciones platónicas, que sólo se cumplen cuando lo considera oportuno la autoridad o funcionario de turno.

Así, aun cuando la propia Ley de procedimiento administrativo señala un plazo máximo de seis meses para dictar resolución en un expediente—plazo más que generoso en la inmensa mayoría de los casos—, no tenéis más que ir a cualquier oficina administrativa para encontraros expedientes incoados hace bastante más tiempo sin que se vislumbre una pronta decisión.

No existen garantías para asegurar el cumplimiento de aquellos principios. Los escritos de queja, por mucho que se reiteren, no sirven para nada, como tampoco tiene la menor eficacia práctica el anuncio de que se exigirá responsabilidad por la demora en resolver un expediente, pues políticos y funcionarios saben que la responsabilidad que para estos casos prevé el artículo 49 de la Ley de procedimiento administrativo no se cumplirá jamás, como no sea como medida para reaccionar frente al funcionario que menos culpa tiene, pero que resulta molesto para sus superiores jerárquicos.

A pesar de cuanto se ha hecho, a pesar de los incuestionables avances que indiscutiblemente se han producido, la situación no es mucho mejor de la existente al empezar a hablarse de la reforma administrativa.

El administrado viene suspirando desde siglos por la reforma administrativa. Y, de cuando en cuando, surge alguien que abraza la bandera de la reforma. Y se hacen reformas. Pero reformas que dejan las cosas como están, si no las empeoran. Porque quienes proyectan, articulan y realizan las reformas no son, precisamente, los administrados, sino los administrantes, que no olvidan la más vieja Ley de la Administración pública, anterior a todas las leyes de PARKINSON: que la reforma bien entendida empieza por uno mismo.

En la última década del pasado siglo, en un libro dedicado a estudiar los «errores de la Administración pública»—éste era el título—, se decía: «El país espera y desea reformas; pero reformas prácticas y provechosas; reformas que le causen bienestar,

que le quiten gabelas, que le rebajen contribuciones y que no le entorpezcan el ejercicio de sus derechos.» Como estaréis observando, este buen autor del siglo XIX era un auténtico visionario. Y seguía afirmando: «De no ser así, de añadirse nuevas disposiciones legales a las muchas que ya existen, sin que se ordene, simplifique y aclare el intrincado laberinto de nuestro procedimiento administrativo, y sin que se le aligere de la pesada carga que lleva, desde luego puede asegurarse, sin ser profetas, que cualquier proyecto que las Cortes aprueben que no tienda a los fines apuntados, llevará las maldiciones de todos los buenos, que para el caso presente son todos los españoles que pagan y no viven del presupuesto» (21).

Ahora bien, en éste, como en otros tantos aspectos, no hay que esperar mucho de las Leyes, o, por lo menos, no hay que esperar todo.

La única medida eficaz que puede arbitrar el Derecho es una buena regulación de la responsabilidad de la Administración, clara y terminante, que no admita interpretaciones dudosas.

La fórmula de nuestro Ordenamiento al declarar indemnizable todo daño que sea consecuencia del «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» sería más que suficiente para llegar a todos los supuestos en que procede la indemnización. Pero ante la timidez de nuestra jurisprudencia a la hora de aplicar el principio, sería preferible que, partiendo de aquella fórmula amplia y correcta, se descendiera a todos los supuestos, tomando ejemplo de la progresiva jurisprudencia francesa, que ha llegado a incluir entre los supuestos de responsabilidad, no sólo los casos en que el servicio público haya funcionado mal, sino también

(21) BAYTON: *Los errores de la Administración pública*, Madrid, 1898, página 1.920. En la página 18 afirmaba: «Mas si todo necesita reforma y poda de lo inútil, y a ellas todos aspiramos en principio, no hemos de apartar por esto la vista del pasado y del presente, de cuyas experiencias y prácticas ha de formarse el criterio juzgador de lo porvenir; porque más dañosa es una reforma mal estudiada, que la continuación de lo existente, por defectuoso que sea, por cuanto se destruye lo conocido por lo caótico y el embrollo. Para nosotros es base esencial de todas las reformas que deben acometerse, contar con buenos empleados y simplificar notoriamente el procedimiento administrativo, para que sea rápido el despacho de los asuntos, porque el dar curso a los expedientes es una ineludible y sagrada obligación de los agentes administrativos, y un incuestionable derecho para los azotados contribuyentes, que pagan con el sudor de su rostro y el embargo de sus fincas a los altos y bajos funcionarios y todas sus comodidades y dichas».

aquellos en que no llegó a funcionar—verbigracia, falta de parapeto protector en una carretera o falta de señales en sitios peligrosos—o que funcione tardíamente.

F. *Principio de acceso a la justicia.*

Si el proceso es, dentro de sus imperfecciones humanas, el más eficaz de los medios para lograr que impere el Derecho en las relaciones humanas, la garantía de que toda pretensión frente a la Administración pueda ser deducida ante órganos jurisdiccionales, y, por tanto, independientes, constituirá el único procedimiento idóneo para hacer efectiva la sumisión de la Administración al Derecho.

De poco servirían unas Leyes perfectas si no se instrumentara un sistema eficaz para que todos y cada uno de los órganos administrativos ajustaran su actuación a sus preceptos. Nada conseguiríamos con la promulgación de un estatuto jurídico del administrado que supusiera el más sagrado respeto a los derechos individuales si la Administración pudiera vulnerarle cuando mejor tuviera por conveniente. «En un verdadero Estado de Derecho—se ha dicho—, todo acto administrativo debe ser objeto de control jurisdiccional» (22).

El administrado debe tener plenamente garantizado el acceso a la Justicia, a los órganos jurisdiccionales, para formular toda pretensión, cualquiera que sea su contenido, frente a los órganos administrativos.

Tan esencial es el principio, que se ha ido consagrando en los textos constitucionales. Lo que no es sino una manifestación del fenómeno más amplio que se ha denominado «constitucionalización de las garantías mínimas del enjuiciamiento».

La Constitución austríaca (art. 132), la italiana (art. 113) y la Ley fundamental de Bonn (art. 19, párrafo IV) consagran solemnemente el principio de recurribilidad contra los actos adminis-

(22) ALVAREZ GENDÍN: *Ideas sobre la revisión de la Ley de lo contencioso-administrativo en orden a la estructura orgánica y a la petencia de sus Tribunales*, separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (octubre 1965), pág. 39.

trativos. Por ejemplo, el artículo 113 de la Constitución italiana proclama así el principio: «Contra los actos de la Administración pública será siempre admitida la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa.» Y añade: «Tal tutela jurisdiccional no puede ser excluida o limitada a particulares medios de impugnación o por determinadas categorías de actos».

Una jurisprudencia valiente ha señalado la aplicación inmediata del precepto y no ha dudado en considerar inconstitucional cualquier Ley ordinaria que suponga un obstáculo al acceso a la jurisdicción en una materia determinada.

De este modo se pone fin a las llamadas «materias excluidas», esto es, materias en las que estaba vedado el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa por no estar permitido el «recurso contencioso-administrativo». Dichas «materias excluidas» no son sino el resultado de una acusada tendencia de toda Administración. Porque toda Administración, cualquiera que sea el Estado a que pertenece, aspira a huir de todo sometimiento a esquemas de Derecho, dotando a su actividad de la máxima discrecionalidad y, por ende, de la imposibilidad de que se deduzcan pretensiones procesales contra los actos en que se concrete.

La Administración española no ha constituido una excepción. Y en ocasiones ha logrado que los órganos legislativos exceptuaran del contencioso-administrativo determinados actos. Ya nuestras viejas leyes de lo contencioso-administrativo, al enumerar las resoluciones no susceptibles de recurso, incluían un apartado en que se señalaba «las que se dicten con arreglo a una Ley que expresamente las excluya de la vía contencioso-administrativa», y la vigente Ley de 27 de diciembre de 1956, en su artículo 4, después de hacer una enumeración de actos no susceptibles de recurso, en su apartado f) señala «los actos que se dicten en virtud de una Ley que expresamente los excluya de la vía contencioso-administrativa».

Se ha llegado a intentar la exclusión, bajo el pretexto de que se trataba de actos políticos, incluso de actos que son concreción de una de las típicas manifestaciones de la función administrativa de policía: el mantenimiento del orden público. Siempre, desde el nacimiento del régimen administrativo, una de las funciones

propias de la Administración ha sido el mantenimiento del orden público. Siguiendo esta línea, así lo proclama el artículo 1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales. Sin embargo, al amparo de la vigente Ley de Orden Público, se pretendieron excluir de revisión jurisdiccional los actos dictados en aplicación de aquella Ley por considerarse actos políticos. No obstante, nuestra jurisprudencia, después de unos primeros fallos vacilantes (sobre todo de la Sala 3.^a), consagró la buena doctrina.

Tal corriente legislativa, en cuanto supone la eliminación de una de las garantías máximas que el Ordenamiento confiere para defenderse de las arbitrariedades y abusos de la Administración, es censurable. Pues no se trata en tales disposiciones de delimitar el ámbito de la jurisdicción, señalando, en casos límites, actos —empleando terminología de Derecho fiscal muy expresiva— que *no están sujetos* a fiscalización contenciosa, sino que, como de la redacción de los preceptos respectivos se desprende, lo que se pretende es algo muy distinto: es exceptuar de fiscalización actos que, en principio, estaban sujetos. Se trata, por tanto, según la terminología antes empleada, de *actos exentos*, no de actos no sujetos; esto es, de actos que, de no haber sido exceptuados expresamente, serían impugnables según el régimen general. Y esto es lo que resulta inadmisibles según los principios informantes del estado de Derecho. Porque ninguna razón existe para que determinadas materias tengan un trato jurídico privilegiado y en ellas goce la Administración de la máxima discrecionalidad, sin temor a una posible fiscalización ulterior.

En nuestro Ordenamiento jurídico no existe una consagración tan clara del principio. Es cierto que, entre los principios regulados en la Ley de 17 de mayo de 1958, figura uno que, recta y valientemente interpretado, podría conducir a resultados análogos a los que ha llegado la jurisprudencia italiana al interpretar el texto de su constitución. Me refiero al que se contiene en el IX de la Ley de 1958, al reconocer a todos los españoles el derecho «a una justicia independiente, que será gratuita para aquéllos que carezcan de medios económicos».

En el ámbito jurídico-administrativo, este principio implica importantes consecuencias, pues si todo español tiene derecho a

acudir a los órganos jurisdiccionales, sin que la Ley fundamental imponga limitación alguna, tal derecho no puede ser limitado a materias determinadas por el hecho de que sea una entidad pública la parte frente a la que la pretensión se deduce. De este modo, la máxima garantía del administrado para lograr una plena realización del principio de sumisión de la Administración al Derecho adquiere consagración plena.

Sin embargo, hay que dudar mucho de que nuestra jurisprudencia tenga la valentía necesaria para sacar del principio todas las consecuencias que permite su amplia formulación. Y así lo prueba el hecho de que varios años después de su sanción nuestros Tribunales siguen respetando esa frontera de las materias excluidas, no dictando el menor pronunciamiento acerca de aquellos actos a los que una simple Ley ordinaria excluye de impugnación contenciosa.

De aquí la necesidad de consagrar el principio con la mayor claridad posible, de tal modo que no deje lugar a interpretaciones torcidas.

Parte de la doctrina duda incluso de la efectividad de un principio que viene a consagrar el sistema contencioso tradicional de impugnación de actos. Pues—se dice—ante los nuevos campos a que se extiende la Administración moderna, ante el ingente aumento de funciones, ante la serie de prestaciones del administrado que han asumido los entes públicos, ¿es suficiente un sistema contencioso dirigido a verificar la legalidad de los actos? ¿No sería necesario arbitrar un sistema jurisdiccional en el que el administrado pudiera ver satisfechas sus pretensiones de una buena prestación de servicios?

Creemos que la crítica no es fundada. Pues, en definitiva, todas estas pretensiones del administrado, cualquiera que sea su contenido, conducirán a una decisión administrativa que dejaría abierta la vía jurisdiccional para formular en ella la pretensión.

Y un buen sistema de responsabilidad de la Administración permitirá indemnizar al particular de los daños ocasionados por el funcionamiento «normal o anormal de los servicios públicos», según acertada fórmula de la Ley de Expropiación y de la de Régimen Jurídico.

Pero es necesario regular claramente, no sólo la responsabilidad de la Administración, sino del titular del órgano cuya actuación determinó el daño.

Responsabilidad del político y del funcionario. Responsabilidad patrimonial efectiva. Ultimamente, en nuestro Derecho, se ha dado un paso definitivo en esta línea. Y, aunque tímidamente, demasiado tímidamente, nuestros Tribunales van condenando a la Administración a pagar daños y perjuicios. Se ha levantado la veda frente a la Administración. Pero, en la práctica, sigue la impunidad del administrante.

Y esto es intolerable. Bien está que cuando la Administración cause un daño se indemnice al perjudicado. Pero ¿por qué esa indemnización va a soportarla el contribuyente? ¿Por qué la ineptitud, la alegría o inmoralidad de un funcionario va a pagarla el propio administrado?

Leyes claras y jueces que no titubeen en llegar hasta las últimas consecuencias que de su aplicación deriven. He aquí el nudo de la cuestión. Y en este orden de ideas hay que constatar el desigual trato de que son objeto la Administración estatal y la Administración local. La timidez frente a aquélla a la hora de aplicar, por ejemplo, normas tan expresivas como las que se contienen en los artículos 61 y 110 de la Ley jurisdiccional, contrasta con el excesivo rigor de que, más de una vez, son objeto las Corporaciones locales. Pero no culpemos a nuestros Tribunales de algo que es una simple manifestación de lo que es el ambiente general nacional, y, quizá, no la más expresiva. Si no, ahí tenéis el ejemplo de la prensa: mientras desencadena la más rabiosa crítica al más pequeño error de un Ayuntamiento, se mantiene en la más absoluta pasividad ante gravísimas equivocaciones de los titulares de un Departamento ministerial, como si entre un Ministro y un Alcalde existiera alguna diferencia esencial.

* * *

He intentado ofreceros un resumen de los principios básicos que deben informar todas y cada una de las manifestaciones de la acción administrativa. Si logramos el más escrupuloso respeto

de ellos, hasta en sus más ínfimas consecuencias, podremos hablar de la existencia de una auténtica esfera de libertad y, en definitiva, de que vivimos en un Estado de Derecho.

Pero sería un error creer que ello puede conseguirse sólo por la vía de las reformas legislativas. Se ha dicho, al hablar de las normas procesales, que «la experiencia demuestra que una magistratura capacitada puede administrar una justicia impecable con un instrumento procedimental deficiente, y, viceversa, que el mejor procedimiento sobre el papel no impedirá los mayores abusos si los funcionarios judiciales a quienes su manejo se encomienda son inmorales o ineptos» (23). La afirmación es válida respecto de las normas procesales y de cualquiera otra. Pues mucho más importantes que las normas son los hombres que han de aplicarlas.

De aquí que por encima de las reformas legislativas esté la modificación sustancial de nuestros hábitos, de nuestras prácticas, de nuestras costumbres. Resulta de una imperiosa necesidad acabar con el círculo vicioso en que nos movemos, en que no se sabe qué es peor: si el afán del administrado por defraudar y eludir sus obligaciones o el olímpico desprecio a la norma del administrante.

¿Cómo va a poder seriamente exigir de los administradores el cumplimiento de sus deberes un administrado que, desde que se levanta cada mañana, está pensando en el procedimiento más idóneo para no cumplir las suyas? ¿O ser objetivo en sus decisiones el titular de un órgano administrativo vinculado a poderosos sectores financieros o a grupos de presión más o menos encubiertos? Pues es un hecho universal el contubernio entre el poder político y el financiero. Lo constató hace unos años, entre nosotros, FEDERICO DE CASTRO al hablar de la crisis de la Sociedad Anónima con estas palabras: «Las cajas de los partidos, los órganos de opinión—hasta los nominalmente más anticapitalistas—están subvencionados por los grandes organismos financieros; los políti-

(23) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, págs. 111 y sigs.; PÉREZ SERRANO, en contestación al discurso de PLAZA, *Las garantías de la independencia judicial*, Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1954, págs. 55-56; GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1957, II, págs. 484-485.

cos y burócratas de primera fila son llamados a los Consejos de Administración, y a los menos importantes se les atrae con asesorías o remuneraciones indirectas. Este influjo sobre los servidores del Estado y el conocimiento previo de sus medidas hace que hasta los actos defensivos más enérgicos del Estado (Derecho de la economía) sirvan, a la postre, para aumentar el poder financiero» (24).

Nuestro Derecho ha intentado salir al paso de ello con el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955 sobre incompatibilidades de los cargos de Ministro, Subsecretario, Director general y asimilados, declarándolos incompatibles con el ejercicio activo de cargos que lleven consigo funciones de dirección, representación o asesoramiento en las Compañías, Sociedades mercantiles y civiles.

Pero, una vez más, se demuestra que no estamos ante un problema de normas. Pues en la práctica la interpretación del Decreto-Ley es la siguiente: el Consejero que pasa a la política no cesa, no deja de ser Consejero. Deja de ser Consejero en activo, pero continúa como tal en una especie de excedencia forzosa, que adopta mil modalidades distintas, según el tipo de Sociedad. Y, en cuanto tiene lugar el cese de la política, vuelve automáticamente al puesto que le espera en la empresa privada, si se portó como es debido. Si no, es cuando se produce de verdad el cese.

Se propuso, en su día, para evitarlo, que aquella incompatibilidad no desapareciera en el mismo momento a que se cesara en la política, sino que se mantuviera durante varios años, a fin de evitar que la vuelta—o hasta el ingreso—en la empresa privada fuese una recompensa por los servicios prestados durante la gestión pública. Pero tampoco esto hubiera servido de mucho, pues se hubiera ideado en seguida la fórmula de eludir el precepto.

No confiemos, pues, o al menos, no confiemos demasiado en la norma. Confiemos en nosotros mismos, en todos y cada uno de nosotros. Y esperemos que Dios nos ayude a cambiar un poco nuestro modo de ser, que será el único procedimiento de cambiar

(24) *¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la Sociedad Anónima*, en «Revista de Estudios Políticos», número 49, 1950, pág. 74.

esta España que no nos gusta. Pues, como dijo MARAÑÓN, «la gran lección que la Historia nos da cada día, y que nosotros no queremos nunca aprender, es que no ha habido jamás tiranía que no hayan merecido los que la sufren» (25).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

Catedrático de Derecho Administrativo.

Registrador de la Propiedad.

(25) *Ensayos liberales*, 4.^a ed., 1956. pág. 70.

La defensa de las titularidades dominicales, registrales y extrarregistrales y el procedimiento de Concentración Parcelaria

SUMARIO: 1. *Planteamiento general (Concentración Parcelaria y Registro de la Propiedad).*—2. *La llamada «naturaleza jurídica» de la Concentración Parcelaria.*—3. *Legitimación registral y posesión en el procedimiento de Concentración Parcelaria.*—4. *La defensa de las titularidades dominicales:* a) Titularidades registrales. Período inicial. b) Titularidades no inscritas. Períodos inicial y final. c) Titularidades registrales. Período intermedio. d) Situación especial de las fincas incluidas de dueño desconocido e) Titularidades correspondientes a derechos no reconocidos. f) Fase definitiva. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL (CONCENTRACIÓN PARCELARIA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD).

Hace ya treinta años, JERÓNIMO GONZÁLEZ, en el Prólogo al libro de mi maestro, el Profesor SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo* (1), se lamentaba de que las nuevas tendencias del Derecho agrario amenazaban con dar al traste con el sistema inmobiliario registral, cuya implantación había supuesto tantos esfuerzos. Pero la realidad jurídica, desde entonces, ha puesto de relieve, como recordaba el Profesor SERRANO Y SERRANO, últimamente (2), que el Registro de la Propiedad

(1) Valladolid, 1934 (ed. S. Cuesta).

(2) *El Registro de la Propiedad y el Derecho agrario* (Conferencia en el ciclo sobre «Problemas jurídico-sociales del campo», organizado por el «Instituto Universitario de Derecho Agrario», de Valladolid, y pronunciada en el Colegio Mayor «Menéndez Pelayo», el día 4 de mayo de 1964).

y el Derecho agrario pueden prestarse mutuos servicios, de los que resulten, recíprocamente, fortalecidos (3).

Por ello, la relación de los términos «Concentración parcelaria» y «Registro de la Propiedad», y más aún lo que representan y significan, no parece que implique, necesariamente, una contradicción, pues aunque la legislación hipotecaria contenga, por otra parte, normas sustantivas, como es evidente, organiza el Registro de la Propiedad de manera que sirva a la propiedad y a los derechos reales sobre bienes inmuebles, o, si se prefiere, a su dinámica, pero con relación a cómo, aquélla y éstos, vienen concebidos en el Derecho civil tradicional. De manera que la contradicción se planteará sobre la legislación de concentración parcelaria y el viejo Derecho civil. No obstante, al surgir la concentración parcelaria con una vigorosa vida registral, el cambio que se opera, en su virtud, en relación con la propiedad, tiene, necesariamente, su reflejo en una serie de normas que modifican el procedimiento hipotecario normal, como consecuencia de la necesaria adaptación al fenómeno operado en la realidad jurídica (4).

Que son normas de adaptación a este fenómeno no cabe lugar a duda; lo prueba, sobre todo, el hecho de que el Registro, con la

(3) El propio JERÓNIMO GONZÁLEZ rectifica parcialmente su punto de vista anterior, referido exclusivamente a la inmovilización de la tierra producida por los patrimonios vinculados (véase *Prólogo*, cit.), considerando que la absoluta libertad en el tráfico inmobiliario lleva a resultados contrarios a los fines del Registro (*El actual Derecho inmobiliario español*, conferencia pronunciada en el Seminario de Derecho Privado, doctor Valverde, de Valladolid, el 1 de mayo de 1942, en «Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil», I, Madrid, 1948, páginas 221 y sigs., recientemente, aunque con cierta exageración doctrinal, se ha formulado una teoría general sobre la función social del Registro; así, LÓPEZ MEDEL: *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, 2.ª ed, Madrid, 1959, especialmente págs. 149 y sigs., y *Modernas orientaciones del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1961).

(4) La mayoría de los autores que con algún rigor se han preocupado del tema, han destacado este aspecto; SANZ JARQUE: *Legislación y procedimiento de concentración parcelaria*, Madrid, 1963 (ed. Ministerio de Agricultura); *Régimen de concentración parcelaria*, Madrid, 1961, págs. 193 y sigs., especialmente; *El procedimiento de concentración parcelaria y el Registro de la Propiedad*, en RCDI, 1958, págs. 498 y sigs.; PIÑEL MIGUEL: *La concentración parcelaria y el Registro de la Propiedad*, Madrid, 1961 (ed. Ministerio de Agricultura); VIDAL FRANCÉS: *El elemento objetivo de la concentración parcelaria*, en REAS, número 23, 1958, págs. 69 y sigs.; MORENO TORRES: *La concentración parcelaria y el Registro de la Propiedad*, en REAS, núm. 16, 1956, págs. 81 y sigs.; ROCA SASTRE: *Suplemento al Derecho hipotecario*, 5.ª ed, Barcelona, 1960, págs. 163 y siguientes; BALLARÍN: *Introducción al estudio de la Ley de Concentración Parcelaria*, en REAS, núm. 4, 1953, págs. 69 y sigs., etc.

concentración parcelaria, adquiere una nueva función: servir al mantenimiento de la unidad de la parcela resultado de la concentración (5). De esta manera hay una continuidad finalista entre la Ley Hipotecaria y la legislación de concentración parcelaria en relación con los intereses de la agricultura, y, en el sentido indicado, una confluencia.

En cuanto a la continuidad, no cabe duda, tampoco, que la Ley Hipotecaria, en su tiempo, se plantea también como un *Ordenamiento de reforma*, pues al ponerse de relieve los vicios del Ordenamiento vigente, en el siglo XIX, en relación con la suficiente garantía de la propiedad, para fomentar el tráfico jurídico y la movilización de la riqueza, se creyó que la solución había que encontrarla en la estructuración de un sistema jurídico inmobiliario registral que remediara aquellos males y suscitara favorablemente el desenvolvimiento de los fines propuestos (6). El que aquel laudable intento no haya logrado los éxitos previstos, ni aun en los países de sistema registral técnicamente más perfectos, es una cuestión marginal que aquí no nos interesa (7).

Ahora son otros los tiempos, y los que calificamos como *Ordenamientos de reforma* ya no utilizan solamente recursos puramente jurídicos, sino que han dado entrada a los más diversos elementos de la técnica. El Derecho, más que nunca, se convierte en un mecanismo de adaptación. Pero, para el jurista, lo más significativo de esta nueva situación se encuentra en que el *Derecho nuevo* se presenta como *Derecho vulgar*, ya que no solamente

(5) Así se deduce claramente de los artículos 70 y sigs. de la propia Ley de Concentración Parcelaria de 8 de noviembre de 1962.

(6) El preámbulo del Real Decreto de 8 de agosto de 1855, que mandó formular el Proyecto de Ley Hipotecaria indica claramente los fines de la reforma que trata de llevarse a cabo, al pretender «garantizar suficientemente la propiedad, ejercer saludable influencia en la prosperidad pública, asentar en sólidas bases el crédito territorial, arbitrar la circulación de riqueza, moderar el interés del dinero, facilitar su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble y dar la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales».

(7) El Profesor DE CASTRO, en *El Derecho agrario en España. Notas para su estudio*, en ADC. VII, 1954, págs. 381, recuerda la conocida expresión de HEDERMANN, que ya en 1930 manifiesta cómo los fines señalados en el Registro se ven en la práctica defraudados, precisamente por haberse obtenido un efecto contrario, produciéndose «la atomización de la tierra, endeudamiento de la tierra y egoísmo de la tierra». Recordando el Profesor DE CASTRO, también, oportunamente, la base política de la orientación que había dado lugar al planteamiento después de la Revolución, del estatuto jurídico de la tierra, y a la que, en definitiva, habría que culpar de esta crisis.

utiliza conceptos jurídicos, sino extrajurídicos y, sobre todo, que los conceptos que usa aparecen deformados conforme a un sistema precedente.

Esto no es importante sólo por los conceptos jurídicos, o por el sistema, cuestión puramente contingente; lo es también para la justicia, ya que los conceptos no son más que la expresión formal de un tesoro de experiencias durante largo tiempo acumulado. De ahí que en la labor científica, o simplemente teórica, sobre el *Derecho de reforma*, haya que poner un extremo cuidado para examinar las cuestiones concretas sin perder el sentido de la orientación general respecto de su significado y de la propia misión del jurista. Porque el *Derecho de reforma*, tal y como formalmente se presenta, tiene mucho de *factum*, y por ello el jurista tiene que «separar» doblemente el material normativo, primero para comprender las bases sobre las que se asienta la nueva *naturaleza de las cosas*; después para establecer la *regla jurídica* que resuelva los intereses en juego (8).

Desde otro punto de vista, para el futuro del Derecho privado, es muy importante en toda tarea de este tipo no perder un mínimo control metodológico, pues, en caso contrario, decididamente, el Derecho civil se halla ya condenado a la atomización más absoluta (9). Sólo por un prurito de esta índole se encuentra aquí justificado este planteamiento, como introducción, y ello nos ha llevado a afirmar, inicialmente, que no existe contradicción, propiamente hablando, entre la concentración parcelaria y el Registro de la Propiedad; la contradicción se halla en relación con el concepto de propiedad acogido por el Código civil y por la propia Ley Hipotecaria.

(8) La exacta comprensión del fundamento de la *naturaleza de las cosas*, hace posible la apelación a la *justicia social*, a la hora de dirimir un conflicto de intereses; bien que muchas veces se trate solamente de justicia social *formal*, más de acuerdo con el *orden público* suscitado por la política legislativa concreta que con la verdadera justicia social.

(9) Por eso todo planteamiento separatista es absurdo, como lo prueba el *retorno* del Derecho mercantil al seno del Derecho privado.

2. LA LLAMADA «NATURALEZA JURÍDICA» DE LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA.

La concentración parcelaria lleva a cabo una reordenación de la propiedad rústica con objeto de crear unidades de cultivo indivisibles, adecuadas a la extensión mínima que debe tener una finca para que su explotación resulte rentable (10). Para ello, las diferentes fincas que pertenecen a un propietario en un término municipal son sustituidas por una o varias parcelas concentradas, denominadas «fincas de reemplazo» (11).

Ahora bien, dejando a un lado otras consideraciones sobre el fenómeno de la concentración parcelaria, en general (12), o sus finalidades, en las que se implica un ambicioso programa para la reforma de las estructuras sociales y económicas del campo (13), nosotros vamos a fijarnos únicamente en la alteración que, en abstracto y en concreto, supone para la propiedad privada.

En abstracto, hace falta que insistamos sobre este fenómeno porque la conciencia jurídica actual ha admitido ampliamente que el régimen de la propiedad privada ha de descansar sobre una concepción *pluralista* de la propiedad (14).

(10) El artículo 2.º, LCP, expresa ampliamente sus finalidades.

(11) El capítulo III, título III, LCP, se dedica a la reorganización de la propiedad, y el capítulo III, título IV, al régimen jurídico de la propiedad concentrada.

(12) La literatura es ya muy numerosa, aparte de la indicada en la nota 4, puede verse en el folleto de GÓMEZ Y GÓMEZ JORDANA: *Problemas jurídicos de la concentración parcelaria*, Madrid, 1963 (ed. Ministerio de Agricultura), páginas 10-12, nota 4, una amplia referencia.

(13) Así conecta la concentración parcelaria con el régimen de las *unidades mínimas de cultivo*, desarrollado ya por la Ley de 1952, y extendido con carácter general por la *Ley de 15 de julio de 1954*, que es el texto fundamental en la materia; o con el de las *explotaciones agrícolas familiares*, establecido por la *Ley de 14 de abril de 1962*, o más directamente se toma como punto de partida para el desarrollo del *cooperativismo* y de la *ordenación rural* (Decreto de 3 de enero de 1964 y Reglamento posterior), sobre éste, recientemente, SANZ JARQUE: *La concentración parcelaria como base del desarrollo cooperativo de las zonas rurales*, Madrid, 1963 (ed. Ministerio de Agricultura); BENEYTO SANCHIS: *La ordenación rural en España*, Madrid, 1963 (Idem.), etc.

(14) En general, por todos, y para un planteamiento lo más amplio posible, CASTÁN: *La propiedad y sus problemas actuales*, Madrid, 1963. Ya anteriormente nos hemos ocupado de esta cuestión, y el resumen de su planteamiento es el siguiente; Como resultado del *Derecho nuevo*, aparecen nuevas *formas* o *tipos* de propiedad, en las que la *función social* que va implícita en el planteamiento

En concreto, la situación es totalmente distinta; por algo decíamos antes que el moderno Derecho de reforma se presenta como Derecho vulgar (15). Es cierto que los comentaristas de la legislación de concentración parcelaria, y la propia regulación legal en su evolución legislativa, han aguzado el ingenio para explicar el fenómeno operado respecto del traslado de los derechos que recaen sobre las parcelas sujetas a concentración a las nuevas *fincas de reemplazo*. Pero las explicaciones que se han dado, en general, no son del todo satisfactorias.

Tanto da que se considere que este *traslado* de titularidades es el resultado de una verdadera *expropiación forzosa*, con abono de la indemnización *in natura* (16), como que se estime que se trata de una *permuta* forzosa (17), o, en fin, de una especial *subrogación real* (18), que parece es el criterio que ha prevalecido,

del reconocimiento del derecho mismo por el ordenamiento, se *tipifica* por razón de la finalidad perseguida por el *Derecho de reforma*, en cada caso (a ello aludíamos en nuestro trabajo *El urbanismo desde la perspectiva del Derecho privado*, en RDP, 1961, págs. 292 y sigs.). También cabe pensar, atendiendo a esa finalidad que, lo que sucede en tales casos, es que se ha alterado el *objeto* del derecho de propiedad, el cual concebido de manera abstracta en el sistema del individualismo jurídico respecto del Derecho de propiedad privada, adquiere con el Derecho moderno una significación *funcional* subordinada a las finalidades sociales y económicas que fundamentan el actual pluralismo jurídico (a ello aludíamos también en *Las «tierras en exceso», en el conjunto del Ordenamiento jurídico de la colonización*, Conferencia pronunciada en Zaragoza el 15 de abril de 1964, en el ciclo sobre Colonización Interior, organizada por la Asociación Aragonesa de Derecho Agrario). Por otra parte, es de justicia hacer notar que cabe a BALLARÍN el mérito de haber resaltado esta construcción teórica con aplicación a la concentración parcelaria, al decir que representa «una modificación *objetiva* del Derecho de propiedad contrapuesta a la *subjetiva* que se produce al *transmitirse* el derecho» (op. cit., en REAS, 4, 1953, pág. 83), aunque se utiliza en un sentido técnico, no figurativo.

(15) No sucedía otro tanto al publicarse la Ley Hipotecaria, pues con aquella reforma se proyecta una mejora técnica de las instituciones jurídicas basada sobre una tradición culta, pues no cabe duda que nuestro Derecho hipotecario, ajeno a las tradiciones populares, es un auténtico Derecho de juristas.

(16) Esta opinión ha sido formulada por RODRÍGUEZ MORO: *La expropiación forzosa*, Bilbao, 1953, pág. 90 (cit. OLMEDILLA: *Algunas observaciones en torno a la Ley de Concentración Parcelaria*, en RDP, 1954, pág. 118), construcción en la que según el mismo OLMEDILLA, *ibid.*, ha influido un amplio sector de la doctrina francesa; también SANZ JARQUE: *Régimen de concentración parcelaria*, páginas 40 y sigs. Lo mismo que la opinión que considera se trata de un supuesto especial de expropiación forzosa simplemente.

(17) Acepta esta opinión, entre los civilistas, ESPÍN: *Manual de Derecho civil*, II, Madrid, 1959, pág. 196, si bien referida al resultado de la concentración, siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ: *La concentración parcelaria*, en ADC, VI, 1953, página 168, ya que se presupone una naturaleza jurídica más compleja.

(18) Aparece aceptada en la propia Ley de 1962, artículo 65. y es la que ha tenido más éxito: ROCA SASTRE: *Suplemento*, págs. 167 y sigs., aunque la califica

llegando a ser acogido por la propia Ley (19). Porque aunque no se pretende, como es lógico, en cualquiera de estos casos, al calificar la llamada naturaleza jurídica de la concentración parcelaria, hacer una construcción exacta, sino tomar un punto de referencia, por ello mismo el resultado de esta tarea constructiva parece inútil, pues, en definitiva, no viene a explicar nada, y, tomando esas referencias *cum grano salis*, por otra parte, nos volvemos a un plano de abstracción en que tales construcciones no tienen ninguna función técnica que cumplir, siendo preferible abandonarlas.

De todos modos, si al advertir el fenómeno de la concentración parcelaria no se pretende separar sus distintos aspectos, aludiendo a ella como *procedimiento* o como *institución*, para ver el reflejo de una distinción entre Derecho público y Derecho privado, sin caer en la cuenta de que el Derecho es uno (20), entonces, saliendo de ese error metodológico, se estará más cerca de una comprensión auténtica y profunda del fenómeno. Por ello, frente a las concepciones en que se separan, de una manera o de otra, ambos aspectos, resultan más rigurosas las que no descienden a esta separación o las que, formulando una construcción que da

de *subrogación real forzosa*, diferenciándola de la verdadera y propia subrogación real, por referencia a su trabajo, *La subrogación real*, en RDP, 1949, páginas 281 y sigs.; para el criterio dominante, SANZ JARQUE. op. cit., págs. 48 y siguientes, etc.

(19) El concepto legal de *subrogación real* a que hemos aludido, se expresa por el citado artículo 65 de la Ley de 1962 de la siguiente manera: «El dominio y los demás derechos reales y situaciones jurídicas que tengan por base las parcelas sujetas a concentración pasarán a recaer inalterados sobre las fincas de reemplazo del modo y con las circunstancias que establece la presente Ley» (párrafo primero).

(20) Así SANZ JARQUE, en *Legislación y procedimiento de concentración parcelaria*, pág. 19, dice que «científicamente» se puede concebir la concentración parcelaria como procedimiento y como institución. Pero esto más que una conclusión es una petición de principio, dice: «Su encuadramiento científico cabe hacerlo dentro del Derecho privado, como institución que contribuye a dar cuerpo al nascente Derecho agrario, entendido éste como aquél conjunto de normas que regulan principalmente cuantas relaciones jurídicas se refieren o tienen relación con la propiedad de la tierra». Frente a esta concepción privatista se alinean posturas antagónicas; así, GÓMEZ dice: «La concentración parcelaria, lo mismo que todas las instituciones de reciente creación, está en fase de evolución, y por ello es difícil y probablemente prematura definir su naturaleza jurídica». No obstante, añade: «La concentración entra dentro del marco del Derecho agrario, en el que predomina el intervencionismo del Estado. Pertenecer a la esfera del Derecho público» (op. cit., pág. 25). Ambas posturas no parecen aceptables.

idea de la continuidad de ambos aspectos, se mantienen en ese punto de partida con firmeza, aunque luego no resistan a la tentación de formular una construcción más o menos referencial para aludir a la llamada «naturaleza jurídica» de la concentración parcelaria. En tal sentido, hemos de destacar la construcción de GONZÁLEZ PÉREZ, para quien la concentración parcelaria, desde el punto de vista de sus efectos jurídico-materiales, que es el que aquí nos interesa, constituye un *típico acto administrativo con efectos de Derecho privado* (21) el que éstos al estructurarse recuerden a una *permuta* forzosa, que es algo que el propio GONZÁLEZ PÉREZ sólo dice de pasada, o a una *subrogación real*, esto es indiferente porque no quiere decir nada, ni representa nada (22). Lo importante es que del procedimiento de concentración nace una reordenación de la propiedad (23).

(21) Añadiendo el propio autor citado que se trata de una «categoría de actos administrativos muy poco estudiada por los administrativistas españoles, sin que tampoco civilistas e hipotecaristas se hayan ocupado de ellos, a pesar de que una idea clara acerca de los mismos explicaría con éxito el régimen jurídico de algunas instituciones enclavadas dentro de sus disciplinas», op. cit., en ADC, VI, 1953, págs. 167-168.

(22) La postura de BALLARÍN, op. cit., en REAS, 4, págs. 80 y sigs., es muy certera en cuanto habla de una *limitación de la propiedad por causa de utilidad pública*, que genera una modificación *objetiva*, no *subjetiva*, pero a mi juicio no acierta cuando trata de explicar sus efectos por vía de *subrogación real*, aunque es consciente, naturalmente, de los reparos que ofrece esta construcción y él mismo los examina muy oportunamente. Es preferible quedar en el primer término sin tratar de concretar el segundo, ésta es la actitud adoptada por el propio CASTÁN, cuando entiende que la concentración parcelaria supone una nueva limitación de la propiedad privada (*Derecho civil*, II, 9.ª ed., Madrid, 1957, página 160). Bien es verdad que la idea de limitación no ampara la intervención de los propietarios, que en la proporción establecida por la Ley manifiestan su deseo de que se lleve a cabo la concentración, y, en cambio, la intervención de la *voluntad* privada no altera para nada la naturaleza del acto administrativo, al contrario, la impulsa. De este modo, la Administración recibe también el influjo de los particulares, como sucede en general en el *Derecho administrativo de fomento*, cuyo esquema en la práctica viene a coincidir con lo que yo llamo *Derecho de reforma* y por donde puede venir en el futuro una privatización del Derecho administrativo; si aún no ha empezado a llegar: véase el régimen de las concentraciones privadas, artículos 82 y sigs., LCP.

(23) Acierta también en el sentido del texto OLMEDILLA, cuando dice que la concentración parcelaria es una institución singular planificadora, simplemente, de intereses privados, y tiene razón, por otra parte, cuando recuerda un parágón de RIPERT, a propósito del arrendamiento del local de negocio, en el sentido de que la parcela viene a ser un patrimonio autónomo que sitúa al propietario como si fuera un gerente (op. cit., en RDP, 1954, págs. 120-121). Por lo demás, el fenómeno operado puede imaginarse figurativamente de muchas maneras, y así pensar en una vuelta a la comunidad, hipotéticamente originaria, para luego renacer los derechos en virtud de un modo de adquirir casi originario, lo que cabe pensar porque el acto de reorganización, como título, parece un título real

Por último, todo ello nos pone de relieve que hemos de librarnos una vez más del falso sabor de los conceptos, ya que la tarea jurídica, mucho menos brillante y siempre más modesta, descansa en conciliar los intereses en pugna; prueba de ello, en este caso, nos lo da la exposición que sigue, en la que los conceptos genéricos que se han puesto en juego nada pueden esclarecer, y si, por necesidad de expresión, se echa mano de ellos, éstos siempre aparecerán subordinados a los intereses.

3: LEGITIMACIÓN REGISTRAL Y POSESIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA.

Una de las consecuencias del valor jurídico de la inscripción, en nuestro sistema de publicidad inmobiliaria, es la *legitimación registral*, es decir, el valor que comunica al título su simple ingreso en el Registro. En los sistemas de mera *transcripción*, el Registro no atribuye al título un valor distinto del que tenía anteriormente y, por ello, la función legitimadora sigue exteriorizándose por medio de la posesión. En cambio, en los sistemas de inscripción *constitutiva* hay una identificación absoluta entre el Registro y la realidad. Nuestro sistema, a través de una evolución que aquí no es del caso, ha llegado a una situación intermedia, de manera que la inscripción *presume iuris tantum* la titularidad del Derecho y la posesión de los bienes sobre que recae. Por lo que el Registro aparece como *tendencialmente* exacto, lo que quiere decir en el terreno planteado que, ante un conflicto entre la inscripción y la posesión, aquélla debe prevalecer. Por otra parte, esta situación nadie puede dejar de desconocerla jurídicamente mientras no

y la inscripción casi se identifica con una inmatriculación (ROCA SASTRE: Op. cit. y loc. cit.; SANZ JARQUE: Ops y locs. cit., etc.), pero esto no es absolutamente cierto, porque el propio artículo 70-1, LCP, alude a la expresión en la inscripción de las titularidades registrales que se trasladan a la parcela de reemplazo. Lo que sí es cierto es que tenemos que acostumbrarnos, desde otro punto de vista más general, a esos nuevos *modos de adquirir*, que no lo son del todo, tampoco, suscitados por el Derecho de reforma (lo mismo en el Derecho agrario que en el Derecho del suelo), como nos hemos acostumbrado a la Ley como fuente de las obligaciones, añadida a la clasificación justiniana (véase la clasificación de HERNÁNDEZ GIL, de las fuentes de las obligaciones, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, págs. 242 y sigs., especialmente cuando habla de las obligaciones nacidas de la norma en las dos categorías que establece y, sobre todo, en la referencia a los contratos de contenido forzoso y a los contratos forzosos).

medie sentencia, en contra, en juicio de nulidad del asiento de inscripción o de cancelación (arts. 38-1 y 2, 1.º-3 y 97 LH.) (24). Protección que cobra aún mayor eficacia cuando se trata de terceros amparados por la fe pública registral (art. 34 LH).

Así las cosas, vamos a ver cómo la concentración parcelaria no sólo va a producir, respecto del sistema inmobiliario, una serie de alteraciones que son fruto de la operación que lleva a cabo, sino también, como en el punto de arranque del procedimiento de concentración, cuando se han de determinar e investigar las titularidades de las distintas parcelas afectadas se va a alterar el valor de la legitimación registral.

A este respecto, es curioso seguir la evolución de las normas de concentración. En el ámbito de la vigencia de la primitiva Ley de Concentración Parcelaria de 20 de noviembre de 1952, la Orden circular de los Ministerios de Agricultura y Justicia de 22 de noviembre de 1954 tratandq de guardar las formas con la Ley Hipotecaria, establece que la determinación e investigación de titularidades, referentes a los derechos de las parcelas a concentrar, se haga sin perjuicio, en última instancia, de los datos de hecho, mediante la consulta del Registro (art. 15 O. C.). Pero el sistema fracasó nada más implantarlo, ya que el Registro no estaba preparado para servir a la determinación e investigación de titularidades, pese al valor jurídico de la inscripción (25). Los esfuerzos,

(24) Por todos: LACRUZ: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, 2.ª ed., Zaragoza, 1957, págs. 148 y sigs. y 201 y sigs.

(25) Este problema ha sido examinado en sus distintos aspectos, acertadamente, por SANZ JARQUE, así dice: «Categoricamente puede afirmarse que la concentración parcelaria actúa en la mayoría de los casos donde la propiedad rústica no está inscrita en absoluto. Sólo excepcionalmente se encuentran zonas de concentración que tuvieran, como Torrebeleña y Puencemillán, titulación inscrita en cierta proporción de sus fincas, y casos únicos como Cantalapiedra, en que la propiedad rústica estaba inscrita en su totalidad» (op. cit., en RCDI, 1958, pág. 526); y seguidamente expone los datos referidos a aquel momento, en este orden, facilitados por las Delegaciones del Servicio de Concentración Parcelaria, muy útiles para ver qué desarrollo ha tenido en nuestro país la institución del Registro de la Propiedad (*ibid.*). En cuanto al concreto planteamiento del texto, y refiriéndose al proceso evolutivo indicado, dice que, efectivamente: «Se pensó que la *consulta del Registro de la Propiedad*, que establecía el artículo 15 de la O. C., consistiera en obtener y unir al expediente de concentración una certificación comprensiva del estado hipotecario o registral de la zona, para, en base de tal documento, llevar a cabo la investigación de propietarios y gravámenes; así lo imponía el enlace registral que había de establecerse entre las parcelas de procedencia inscrita y los lotes de reemplazo, según el normal régimen hipotecario vigente. Por ello, incluso antes de que la D. C. se

pues, de la O. C. citada para acortar la divergencia entre el Registro de la Propiedad y la legislación de concentración parcelaria fueron inútiles. Tanto es así que en la regulación siguiente, Ley de 20 de julio de 1955 y texto refundido de 10 de agosto del mismo año, en caso de incompatibilidad entre las situaciones posesorias acreditadas en el expediente y las titularidades registrales, se concede preferencia a las primeras (art. 29, párrafo último) (26), es decir, a la posesión sobre la inscripción.

Las críticas que, razonablemente, ha suscitado esta situación hicieron que se modificara el criterio expuesto en la regulación vigente (27), conforme a la Ley de 8 de noviembre de 1962, haciendo prevalecer, sobre la posesión, aun en concepto de dueño; acreditada en el expediente, la titularidad inscrita en caso de contradicción, a efectos de su constancia en las fincas resultantes y siempre y cuando la incompatibilidad resulte de los mismos asientos registrales, y concediendo en los restantes supuestos mayores posibilidades de defensa de sus derechos al titular registral, como veremos más adelante. Pero, en todo caso, se hace marchar paralelamente, en el proceso de concentración parcelaria, a la inscripción registral y a la posesión, lo que supone, al hacer coexistir el artículo 23 LCP las situaciones registrales con las posesorias a lo largo del expediente: una alteración de las normas sustantivas en materia de titularidad al elevar la posesión a propiedad; haciendo perder a la legitimación registral, además, su extensión a la posesión de los bienes sobre los que recae el derecho y cuya titularidad publica, y, por último, se modifica la posición del titular registral, ya que frente a esa posesión su postura privilegiada puede quedar desvirtuada sin la garantía de un proceso

promulgase, el Servicio se relacionó con los Registradores de las zonas sujetas a concentración, a fin de que comunicasen la facilidad o no de obtener tales certificaciones» (*ibid.*, pág. 536, nota 62). Las contestaciones de los Registradores, como sigue diciendo SANZ JARQUE, fueron desalentadoras, ya que se derivaría un alargamiento excesivo del procedimiento en su fase inicial, y, por otra parte, el Registro, en la mayoría de los casos petrificado en el siglo pasado y desconectado de la realidad, no podía servir a tales fines.

(26) El artículo 29, después de determinar los diferentes supuestos en su párrafo último, proclama: «Las situaciones posesorias existentes sobre las fincas serán siempre respetadas».

(27) Una valoración muy ponderada de estas críticas lleva a cabo PRINEL: Op. cit., págs. 14 y sigs.

por la simple apreciación de la Comisión Local de Concentración Parcelaria (28).

Esta situación, a pesar de la evolución legislativa operada (29), en materia de concentración parcelaria *supone un peligro para la defensa de las titularidades dominicales*, a lo que seguidamente vamos a referirnos, ampliando el supuesto objeto de examen en este trabajo, no solamente a las inscritas, sino también a las no inscritas. Por otra parte, el proceso de concentración parcelaria *entraña otras numerosas modificaciones de la legitimación registral*, que aquí no son del caso, pues hacen referencia, más que a la presunción de titularidad dominical y a su efectividad posesoria, a la exactitud e integridad del Registro, no en el sentido general apuntado, sino en relación con otros derechos y cargas publicadas por la inscripción.

4. LA DEFENSA DE LAS TITULARIDADES DOMINICALES.

Para examinar esta cuestión vamos a distinguir entre titularidades inscritas, no inscritas y correspondientes a dueño desconocido. Por otra parte, hemos de tener en cuenta también los diferentes momentos del procedimiento de concentración parcelaria: inicial, intermedio y final o situación definitiva; y asimismo la diferente situación que se plantea para los titulares, según se trate de derechos, reconocidos o no, en el momento oportuno.

a) *Titularidades registrales. Período inicial.*

Cabría aquí, inicialmente, hacer una distinción entre el titular registral que tenga conocimiento oportunamente del procedimiento de concentración parcelaria del que no se entere del mismo; pero esta situación no tendrá reflejo sino en un período ulterior del expediente, y de ella nos ocuparemos más adelante;

(28) El artículo 23. LCP. es el que marca la pauta en esta materia, aunque en relación con lo indicado en el texto a ello se refiera también el artículo 30, y respecto a su definitiva situación registral, una vez operado el traslado de titularidades o para que éste se lleve a cabo, hay que estar a los artículos 56 y siguientes, en cierto modo al 65, por su carácter de principio general que marca el *modus operandi*, y en definitiva al 70.

(29) Artículos 20-2, 22 30, 56 y 70-1, LCP.

y de otra, como el *modus operandi* de la concentración parcelaria se ha perfeccionado, resulta que las posibilidades teóricas de este supuesto se van cada vez reduciendo, en los sucesivos Ordenamientos legales que han ido apareciendo desde 1952.

La situación general en que se encuentran las titularidades inscritas al comenzar este período inicial, llamado por la LCP de «Investigación», responde a la idea que antes hemos anticipado, legitimación registral y posesión, salvo la excepción apuntada, se hallan en un plano de igualdad. No solamente renace o surge una posesión *contra-tabulas*, sino que además esta posesión constituye, propiamente, una anti-titularidad respecto de la titularidad registral, al menos en potencia. Todo ello es una consecuencia de la derogación del principio de legitimación registral, como resultado de basar las determinaciones de titularidad en las manifestaciones de los interesados (30), hasta el extremo de que, como indica el artículo 21 de la LCP: «Para practicar las operaciones de concentración parcelaria previstas en esta Ley no será obstáculo la circunstancia de que los poseedores de las parcelas afectadas por la concentración carezcan del correspondiente título escrito de propiedad.»

La constancia de las titularidades registrales en el expediente de concentración parcelaria tiene lugar por cualquiera de los medios siguientes: a través de la propia manifestación de los titulares mismos que han sido requeridos por el Servicio (art. 20); por vía indirecta, a través de la contestación que den al cumplir comunicaciones y requerimientos verificados por el Servicio, los Registros de la Propiedad y las demás entidades a que alude el artículo 22 de la LCP, ya que, aunque la finalidad investigadora de este artículo se halla orientada hacia la determinación de cargas y Derechos reales limitativos de la propiedad sobre las fincas incluidas, en algunos casos, puede servir para determinar titularidades dominicales, o, cuando menos, indirectamente, como

(30) LACRUZ, op. cit., págs. 214-215, hace unas consideraciones muy interesantes a propósito de la opinión de VALLET DE GOYTISOLO, en cuanto a la relación mutua entre el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y el artículo 448 del Código civil, tema que constituye la referencia del planteamiento a que aludimos a propósito de la concentración parcelaria (para la opinión de VALLET, aludida. *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, en RDP, 1947, págs. 931 y sigs.).

decimos, a través del conocimiento que de ello tengo la Comisión local (art. 22, en relación con el art. 23-2 LCP) (31); en tercer lugar, por medio de los avisos a que se refiere el artículo 23-1 LCP (32), y, por último, siempre que durante el período de investigación llegue a conocimiento de la Comisión local la discordancia entre el Registro y la realidad (art. 23-2 LCP) (33).

El procedimiento seguido y la discordancia o el vacío del Registro en relación con la realidad hace que, naturalmente, haya lugar a *contradicciones*. Situaciones que regula el párrafo tercero del artículo 23 LCP. Los criterios a seguir son los siguientes: si la discordancia no quedase salvada por el consentimiento del titular registral o de sus causahabientes producirá los siguientes efectos: se trasladará a la finca de reemplazo, en último término, mediante la correspondiente acta de reorganización e inscripción de la misma, la *contradicción*, expresando las situaciones jurídicas resultantes de la certificación registral, y las situaciones inscribibles dimanantes de la posesión acreditada en el expediente. a no ser que éstas sean incompatibles con aquéllas. Este es el resultado final de las distintas reglas que formula el precepto citado, ordenadas siguiendo los diversos momentos del procedimiento de concentración parcelaria (34).

(31) Dispone el artículo 22 que con objeto de averiguar la existencia de hipotecas y de otros derechos reales que no lleven aparejada posesión, se comunicará la concentración a los Registradores y a diversas entidades de crédito públicas, así como a la Hacienda y Organismos encargados de la recaudación de diversas exacciones. Por otra parte, el artículo 23-2, LCP, dispone: «Siempre que durante el período de investigación llegue a conocimiento de la Comisión local, respecto de una parcela determinada, la existencia de una concordancia entre el Registro de la Propiedad y los resultados de dicha investigación, se solicitará de oficio, de no haber sido aportada al expediente por los interesados, la certificación registral correspondiente».

(32) El artículo 23-1, LCP, establece: «En los avisos que abran la encuesta de bases se invitará a los que tengan su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad o a las personas que traigan causa de los mismos para que si apreciaren contradicción entre el contenido de los asientos del Registro que les afecten y la atribución de propiedad u otros derechos provisionalmente realizados como consecuencia de la investigación pueden aportar, a los efectos prevenidos en este artículo certificación registral de los asientos contradictorios y, en su caso, los documentos que acrediten al contradictor como causahabiente de los titulares inscritos».

(33) El artículo 23-2, LCP, reduce las posibilidades de un desconocimiento de las titularidades registrales por el procedimiento de concentración parcelaria, sobre todo cuando haya habido un descuido o una situación de ignorancia por parte del titular registral.

(34) El artículo 23-3, LCP, establece: «En cualquier caso la certificación si la parcela a que se refiere estuviera identificada, a juicio de la Comisión local

La interpretación de estas reglas presenta, ciertamente, muchas dificultades. No obstante, en primer lugar, lo único que parece claro es que, cuando el artículo 23 LCP habla de *situaciones posesorias* hay que entender se trata de posesión que funde exteriorice o legitime un *derecho real* (35), pues, en caso contrario, no puede dar lugar a una *contradicción* de la índole de la contemplada por la Ley. Pero, en segundo lugar, la solución que se da a la *contradicción* no parece clara: si de un lado se dice que regirán las presunciones establecidas en el artículo 38 LH y de otro que las situaciones posesorias acreditadas en el expediente serán siempre respetadas, se está diciendo algo que es contradictorio. Pero si además se añade que cuando estas situaciones posesorias que sean inscribibles tendrán acceso a la inscripción si no son incompatibles con las situaciones jurídicas resultantes de la certificación registral, es claro que, conforme al artículo 38 LH, anteriormente invocado, sólo serán compatibles las que resulten del contenido de la inscripción, y entonces no se habrá planteado *contradicción* alguna. Por ello, cabe suponer que la incompatibilidad se refiere, únicamente, a cuando se trata de *posesión en concepto de dueño* (36). Por otra parte, esta interpretación puede

y la discordancia no quedase salvada por el consentimiento del titular registral o de sus causahabientes, surtirá en el expediente de concentración los efectos que a continuación se expresan:

a) Regirán las presunciones establecidas en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pero las situaciones posesorias relativas a las parcelas de procedencia y no acreditadas ante la Comisión local serán siempre respetadas.

b) En las bases se harán constar las situaciones jurídicas resultantes de la certificación registral y las situaciones posesorias acreditadas en el expediente de concentración.

c) En el proyecto y en el acuerdo y acta de reorganización se determinarán y adjudicarán, por separado, las fincas de reemplazo que sustituyen a las parcelas objeto de contradicción.

d) En el Registro de la Propiedad se inscribirán las situaciones jurídicas resultantes de la certificación registral aportadas al expediente de concentración y las situaciones inscribibles acreditadas en la investigación, si éstas no fueren incompatibles con aquéllas, de tal modo que en el Registro no se haga constar dato alguno que contradiga la situación registral.

(35) La posesión derivada de la antigua *detentación* del Derecho romano nace de un derecho personal y nada tiene que ver aquí; por otra parte, la subsistencia o rescisión de relaciones jurídicas que dan lugar a disfrutes posesorios de esta naturaleza, como el arrendamiento o la aparcería, llevan un cauce distinto en relación con el procedimiento de concentración parcelaria, como se evidencia del artículo 65 de la propia LCP.

(36) Apurando mucho las cosas podríamos hacer una salvedad, pensando que la *posesión en concepto de dueño*, basada en la realidad, puede oponer la

fundarse en los propios precedentes legislativos de la actual Ley de Concentración Parcelaria, de 8 de noviembre de 1962, y, también, por lo que se deduce de lo regulado para los trámites siguientes a que conduce la determinación e investigación de la titularidad en el periodo inicial, como se revela en los artículos 30 (37), 56 (38), 70-1 (39) y otros de la propia LCP; e igualmente de la diferente regulación de que se hace objeto en el artículo 24 LCP para la defensa de las titularidades no inscritas (40). De esta manera, el titular registral del dominio puede quedar afectado en su derecho, según lo publica el Registro, por derechos reales limitativos del dominio, anteriormente inexistentes conforme al contenido registral. Ya veremos más adelante qué medios tiene de defenderse contra esta situación.

Pero el planteamiento de esta cuestión era más desfavorable

presunción del artículo 448 del Código civil frente a la del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, conforme al planteamiento del artículo 36 de la Ley Hipotecaria. Pero esta salvedad se generalizaría a todos los supuestos posibles en los términos planteados y no cabe pensarla como lógica; cuando, por otra parte, parece claro que la LCP, por lo regulado en el artículo 23-3, d), concretamente, y por las demás alusiones que en este artículo 23 se contienen a que se respetarán en todo caso las presunciones del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, se ha decidido por una solución *hipotecarista*, inclinándose por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria frente al artículo 448 del Código civil, ya que el juego de la oposición de la presunción que éste determina se revela en el proceso, pero no fuera de él. De acuerdo, LACRUZ, op. cit., pág. 215, en cuanto al planteamiento general que sirve de fundamento a nuestra digresión.

(37) Este precepto se refiere a la apertura de la encuesta en relación con el traslado de titularidades fijado en las bases y para que los interesados puedan hacer las alegaciones que les convengan, bases que dan por supuesto lo determinado en el artículo 23-3, b).

(38) Este artículo y los siguientes se refieren a la preparación de la titulación que ha de servir para la inscripción del resultado de la concentración. Así dice que: «Se consignarán también en este documento los derechos distintos del dominio existentes sobre las antiguas parcelas o parcelas de procedencia que impliquen posesión de las mismas y de la finca de reemplazo, determinada por los interesados o en su defecto por el Servicio de Concentración Parcelaria; reseñándose asimismo los demás derechos reales y situaciones jurídicas que hayan podido ser determinadas en el periodo de investigación y la finca sobre la que hayan de establecerse».

(39) Este precepto alude al traslado definitivo de las situaciones jurídicas basadas en las certificaciones registrales, aunque se entendiera el procedimiento con personas distintas a título de dueño, y asimismo el relativo a las situaciones posesorias acreditadas en el expediente que sean compatibles con los derechos inscritos.

(40) El artículo 24 establece, como veremos, un régimen distinto para la defensa y amparo de estas titularidades, que hemos de entender distinto y no coincidente con el arbitrado en el artículo 23, LCP, para las titularidades inscritas: régimen que de admitir el juego del artículo 448 del Código civil criticado, sería contradictorio con el del artículo 24. LCP.

para el titular registral en el régimen anterior, establecido por la Ley de 20 de julio de 1955, y texto refundido de 10 de agosto del mismo año. el cual, por otra parte, se encuentra en vigor para las concentraciones a que se refiere la Disposición transitoria 2.ª de la Ley de 1962, en cuanto a lo que aquí nos interesa (41). Pues bien: conforme a esta regulación se da preferencia absoluta a las situaciones posesorias acreditadas en el expediente, y así el artículo 29 del texto refundido de 10 de agosto de 1956 proclama que las situaciones posesorias existentes sobre las fincas serán siempre respetadas, y, aun en el supuesto de titularidad inscrita, «si apareciera acreditada en el expediente la posesión en concepto de dueño a favor de persona distinta del titular registral, el poseedor será considerado propietario a efectos de concentración» (42). Existen, también, otras diferencias de matiz, de una a otra regulación (43), pero lo importante es el juego que presenta en la regulación de 1955 el citado artículo 29, conforme al cual la titularidad registral, no solamente aparece en un mismo plano respecto de la situación posesoria acreditada en el expediente, sino a ella postergada, quedando prevalente la condición de poseedor en concepto de dueño, a favor del cual se hace la declaración de dominio (44), mientras que la titularidad registral únicamente se expresa en el acta de reorganización y, por consiguiente, en el título inscribible de la finca de reemplazo al objeto de permitir a su titular el ejercicio de las acciones pertinentes para la defensa o reclamación de su derecho (45).

Como se ve, la regulación contenida en la Ley de 1962 es más

(41) Cfr. «La inscripción de la nueva ordenación de la propiedad resultante de las concentraciones en curso se registrará por las normas anteriores, observándose la disposición transitoria segunda de la Ley de Concentración Parcelaria, texto refundido de 10 de agosto de 1955. Regirán, no obstante, las nuevas normas si en el acta de reorganización se hace constar que la investigación de la propiedad se ha ajustado a los preceptos de la presente Ley, y especialmente que se ha dado cumplimiento a cuanto disponen los artículos 22, 23, 24, número uno del 41 y 42».

(42) Véanse las exposiciones de SANZ JARQUE, op. cit., en RCDI, 1958, páginas 533 y sigs., y PRÑEL, op. cit., págs. 9 y sigs.

(43) Sobre todo en la forma de proceder en la investigación y determinación de titularidades en relación con una mejor y más adecuada ordenación de los medios de difusión de la concentración para que se entere el mayor número posible de afectados por ella.

(44) Se da, pues, preferencia a la presunción del artículo 448 del Código civil sobre la del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

(45) Artículos 27, 28 y 29 del texto refundido de 10 de agosto de 1955.

respetuosa del sistema registral y seguramente más justa. El titular registral solamente ha de soportar aquellas situaciones posesorias acreditadas en el expediente, *compatibles*, no registralmente, como hemos visto al interpretar el alcance de la Ley en este sentido, sino sustancialmente—en un plano abstracto—con la titularidad dominical inscrita. De manera que, mientras en la regulación de 1955, el titular registral, para defender sus derechos, tenía que enfrentarse judicialmente con todo poseedor, en la de 1962 sólo ha de hacerlo con aquellos a los que haya reconocido una posesión *compatible* con el desmembramiento del contenido del dominio, aunque *incompatible* con su propia inscripción (46).

Volviendo a la defensa de los derechos del titular registral, nos encontramos con que habrá que distinguir tres momentos distintos una vez planteada la *contradicción* en el expediente: antes de la firmeza del acuerdo, aunque firmes las bases (47); después del acuerdo y mientras tiene lugar el acta de reorganización de la propiedad (momento de poca entidad temporal y aun en otros aspectos, pero distinto en el trámite) (48), y una vez que tenga lugar su inscripción en el Registro (49).

Antes de que tenga lugar el acuerdo y acta de reorganización de la propiedad es el momento que aquí nos interesa; a los restantes nos referiremos luego, al tratar de los momentos intermedio y final del trámite de concentración parcelaria: Pues bien, en tal momento, el titular registral podrá valerse o del juicio declarativo ordinario que por su cuantía corresponda, según la naturaleza de la posesión acreditada en el expediente o del procedimiento sumario de efectucción posesoria del artículo 41 LH. Utilizando, en todo caso, las precauciones en su provecho que establece el Registro (50).

Posibilidades que vienen a deducirse, además de lo que esta-

(46) Congruentemente con estas diferencias, entre una y otra regulación, el plazo de vacación de la fe pública registral, que originariamente se había establecido en dos años, de acuerdo con el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, se fijó en cinco años por la Ley de 1955, rebajándose a tres meses en la Ley de 1962.

(47) Artículos 27 y sigs., LCP.

(48) Artículos 31 y sigs., y en cierto modo, artículos 56 y sigs., LCP. Así como el artículo 64 de la misma y concordantes.

(49) Artículos 56 y sigs., y sobre todo el artículo 70-1, LCP.

(50) Situación que venía a ser idéntica bajo el imperio de la regulación de 1955. Véase, en este sentido, el comentario de PRÍEL, op. cit., págs. 14 y sigs.

blece el artículo 30-2 de la propia LCP (51). Por otra parte, los titulares a que nos referimos podrán utilizar el sistema de recursos que establece la regulación de concentración parcelaria en defensa de sus derechos de la más diversa índole y con las limitaciones también impuestas en la misma (52).

b) *Titularidades no inscritas. Periodos inicial y final.*

El artículo 24 de la LCP dicta una serie de normas para el caso de que se plantee la *contradicción* entre la posesión acreditada en el expediente y las titularidades no inscritas que se basen en principios de prueba suficiente, ofreciendo una fórmula equitativa que es digna de toda alabanza.

Pero, ante todo, hay que decir que hemos traído aquí esta cuestión porque, aunque aparentemente rompe la unidad temática propuesta, a pesar de ser titularidades no inscritas, por la peculiaridad del procedimiento de concentración, van a tener acceso al Registro, como resultado final de ese mismo procedimiento.

Efectivamente, el artículo 24-1 LCP establece el procedimiento a seguir en este caso, en condiciones análogas en cierto sentido, al establecido por el artículo 23-3 c), pero, en cambio, en el supuesto de estas *contradicciones*, siempre prevalecerá la posesión en concepto de dueño (53), con lo que se advierte la diferencia de tratamiento entre unas y otras titularidades. Aparte de los diferentes efectos que su respeto por el procedimiento de concentración producen en la inscripción definitiva de las parcelas de reemplazo; los cuales, en el caso de las titularidades no

(51) El artículo 30-2, LCP, dispone: «La conformidad de los interesados acerca de la traslación de las situaciones jurídicas al lote de reemplazo, o el acuerdo que sobre tal extremo se adopte en casos de disconformidad, no obstará al derecho de las partes para impugnar ante los Tribunales las cuestiones que estimen pertinentes en relación con las situaciones jurídicas trasladadas ni al cumplimiento y ejecución de la resolución judicial que se dicte».

(52) Los artículos 47 y sigs. hablan de los recursos administrativos y el artículo 52 del contencioso-administrativo.

(53) Cfr. «Manifiesta en el período de investigación una discordancia entre los interesados, apoyada en principios de prueba suficiente, sobre parcelas cuya inscripción no conste en el expediente, se hará constar dicha discordancia en las bases, procediéndose en el proyecto y en el acuerdo y acta de reorganización en la forma determinada en el apartado c) del artículo anterior, sin perjuicio de dar preferencia a todos los efectos al poseedor en concepto de dueño».

inscritas, se traduce en que tienen acceso al Registro como *anotaciones preventivas de demanda*, según establece el artículo 24-2 (54).

Por lo que, en este caso, por interpretación extensiva del propio artículo 24 LCP, se nos da resuelto cómo puede llevarse a cabo la defensa de estas titularidades, que ha de ser promoviendo el correspondiente juicio ordinario contra los que se arroguen la condición de poseedores en concepto de dueño (55), o en otro distinto que suponga una merma de los derechos dominicales. Por último, no cabe aquí distinguir, a los efectos contemplados, entre la situación que se plantee en el momento inicial y en los restantes del procedimiento, ya que la situación viene a ser la misma en aquél que en el momento final, mientras que en el intermedio el llamado cierre que origina el procedimiento respecto del tráfico jurídico de las parcelas comprendidas en la concentración no es tal fuera del expediente, ni representa un obstáculo para la actuación judicial, como, por otra parte, se establece en el artículo 30-2 LCP (56).

c) *Titularidades registrales. Periodo intermedio.*

Hay que entender que hasta la firmeza del acuerdo sobre nueva ordenación de la propiedad subsiste el periodo inicial; de manera que las cuestiones originadas o que se susciten en el periodo de encuesta del proyecto de concentración a que se refieren los artículos 29 y 30, y de acuerdo con las normas de los artículos 43 y siguientes LCP, recibirán el mismo tratamiento que ya se ha indicado, en lo que nos interesa, pues, las cuestiones que

(54) Cfr. «La expresión registral de la contradicción producirá los efectos de la anotación preventiva de demanda y caducará a los dos años de su fecha, salvo que antes llegará a practicarse dicha anotación».

(55) Aquí cobra toda su eficacia el artículo 448 del Código civil, frente al cual los titulares, para oponer su título, han de acudir al procedimiento judicial correspondiente.

(56) La oportunidad de la medida establecida en el artículo 24, LCP, es también digna de toda alabanza, pues al llevar al Registro la anotación preventiva de demanda, se evitan las consecuencias que se derivan de la larga duración de los pleitos que en el sistema de la Ley de 1955 podían producir perjuicios a veces irreparables. El comentario de PRIEL, op. cit., págs. 17 y sigs., a aquella situación por el carácter de recapitulación que tiene es, en este sentido, muy interesante.

sirven de base a su planteamiento ya han trazado la pauta a seguir, como regula el artículo 23 citado.

Se abre propiamente el segundo período, desde el punto de vista propuesto, cuando en ejecución de la firmeza del acuerdo se extiende y autoriza el acto de reorganización de la propiedad que va a servir de título para la inscripción de las nuevas parcelas a que se refieren los artículos 56 y siguientes LCP, terminando el mismo con la inscripción. Como se ve, la extensión de este período es mínima; lo que sucede es que a veces proyecta su influencia a momentos anteriores. A este respecto, tiene aquí verdadero interés lo dispuesto en el artículo 63 LCP, según el cual: «Las resoluciones dictadas en el expediente de concentración parcelaria no quedarán en suspenso por las cuestiones judiciales que se planteen entre particulares sobre los derechos efectuados por la concentración.» Igualmente, el artículo 64-1 se refiere a que será potestativa para el Servicio dar efecto a las modificaciones o transmisiones de derechos que se comuniquen después de la publicación de las bases; y el artículo 64-2 extiende esta situación a las variaciones que se introduzcan como consecuencia de procedimientos ejecutivos (57), o situaciones análogas, en que no conste el consentimiento de los interesados en las bases. Todo lo cual hace suponer que se produce una paralización o afectación del tráfico jurídico por razones del trámite de concentración, lo cual, como tiene su trasunto registral, artículo 41-2 y 3 (58) al hablar del cierre del tráfico, en general, se extiende al Registro

(57) Hay que entender, según esta referencia legal, únicamente aquellos que no se convirtieran en contenciosos por haber mediado oposición del ejecutado. De todos modos, éste plantea algunos problemas que, más adelante, pasamos a examinar.

(58) Cfr. «2. Los Registradores de la Propiedad en las notas de despacho que extiendan sobre títulos relativos a fincas rústicas, situadas en términos municipales afectados por la concentración, salvo que les conste que estén excluidas de ella o que sean ya fincas de reemplazo resultantes de dicha concentración».

«3. Cuando la concentración parcelaria afecte sólo a parte de una finca inscrita se expresará por nota marginal la descripción de la porción restante en cuanto fuera posible, o por lo menos las modificaciones en la extensión y linderos».

La inscripción conservará toda su eficacia en cuanto a esta porción restante.

La operación registral podrá practicarse en cualquier tiempo a costa del Servicio de Concentración Parcelaria en virtud de certificación expedida por este Organismo a instancia del titular registral o de sus causahabientes.

y se llega a decir, aunque no en sentido propio y técnico, que supone también el cierre registral (59).

Por todo ello, la defensa de las titularidades inscritas correrá la misma suerte que en el período inicial, del cual no cabe diferenciarlo a estos efectos, únicamente será distinta la situación de aquellas titularidades que no se hayan incluido en las bases de concentración por no haberse enterado el titular; pero a ello nos referiremos aparte seguidamente. Únicamente cabe tener en cuenta aquí una posible situación que pasamos a examinar.

Cuando el titular registral ha ejercitado el procedimiento del artículo 41 LH contra una situación posesoria *compatible*, en abstracto, con su título inscrito y que ha sido incorporado a las bases, con objeto de liberar su dominio de tal limitación, si el poseedor no ha hecho oposición, la variación que se ha producido se halla comprendida en el artículo 642, y entonces el efecto obtenido será inoperante en la concentración, a no ser que el poseedor preste su consentimiento favorable a este cambio, lo cual no es probable imaginar si, advertido, no se ha opuesto al procedimiento ejecutivo para lograrlo. De quedar así las cosas, conviene que el titular registral esté advertido para orientarse por la vía del proceso ordinario. Pero, de todos modos, estimo que esta interpretación iría contra el espíritu del propio artículo 64-1 LCP, que considera referido el cierre del expediente de concentración parcelaria para las alteraciones que se produzcan después de la publicación de las bases, habiendo de tener en cuenta que la situación originada por el ejercicio de la acción del artículo 41 de la LH tiene su fundamento en una titularidad registral que tuvo en cuenta en la fijación de las bases.

d) *Situación especial de las fincas incluidas de dueño desconocido.*

En este caso, aparte de que se persone el Ministerio fiscal en la fase previa en su representación, con el mismo alcance y facultades que puede tener la intervención en el expediente de los

(59) Se alude a ello por todos los comentaristas de esta legislación, en particular SANZ JARQUE: Op. cit., en RCDI, 1958, págs. 533 y sigs; PRÑEL: Op. cit., páginas 19-20.

particulares, conforme al artículo 42 LCP, lo más significativo es lo que dispone el artículo 39, según el cual: «Las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante el período normal de investigación se incluirán también en el acta de reorganización, haciéndose constar aquella circunstancia, y consignando, en su caso, las situaciones posesorias existentes.» Pero tales fincas no serán inscribibles mientras no aparezca el dueño o fuera procedente inscribirlas a favor de quien acredite serlo, o del Estado, conforme a la legislación de Mostrencos (60); lo cual puede tener lugar a los cinco años, si así lo estima oportuno el Servicio de Concentración Parcelaria, contados a partir de la fecha del acta. De este modo, la posible defensa de estas titularidades o derechos queda afectada por la modificación de los plazos normales de prescripción conforme al Derecho civil.

e) *Titularidades correspondientes a derechos no reconocidos.*

Establece el artículo 67 LCP que: «Los derechos y situaciones jurídicas que no hubieran sido asignados en las bases a su legítimo titular no quedarán perjudicados por las resoluciones del expediente de concentración, aunque éstas sean firmes; pero sólo podrán hacerse efectivos por vía judicial ordinaria y con sujeción a las normas de este artículo sobre fincas de reemplazo adjudicadas a quien en las bases apareciera como titular de las parcelas de procedencia objeto de tales derechos o situaciones antes de la concentración y, en su caso, sobre la compensación en metálico a que se refiere el artículo 82» (61).

Esta disposición tiene interés en relación con la defensa de las *titularidades dominicales*, ya se hallen *inscritas* o *no inscritas*, cuando sus titulares *no hayan obtenido el reconocimiento de su derecho*, lo cual no parece verosímil respecto de las primeras; para éstas tiene interés sólo en el caso de que *no haya conocido*

(60) El artículo 39, LCP, aludido y citado en el texto, no es tan explícito; habla simplemente de «legislación vigente». Referencia que ahora habrá de hacerse al régimen del Patrimonio del Estado.

(61) El artículo 82, LCP, se refiere a las concentraciones de carácter privado, a propósito de las cuales se articula ese régimen de compensaciones en metálico para igualar los lotes de reemplazo que no pueda exceder del 10 por 100 del valor de su aportación, por cada propietario, ni de la cantidad resultante de dividir dicho valor por el número total de las parcelas que aporte.

oportunamente la concentración parcelaria, pues en tal supuesto, si no le han conocido, ni han tenido medios racionales suficientes para conocerla, la responsabilidad de la indemnización pecuniaria correspondiente pesa sobre el propio Servicio de Concentración Parcelaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 69 LCP. siempre que no sea posible trasladar las titularidades de que se trate a las correspondientes parcelas de reemplazo (62).

Pero los *titulares registrales* que *no hayan tenido conocimiento anterior* de la concentración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69-1 c), podrán pedirse el traslado de sus titularidades a las parcelas de reemplazo, conforme al procedimiento establecido en el artículo 68 LCP (63). Pero en igual caso estarán los que *conociendo* la concentración parcelaria no han querido hacer valer antes sus derechos, sin que la Comisión local, ni el Servicio, hayan tenido tampoco conocimiento de los mismos, ya que para obtener el traslado de titularidades de que habla el artículo 68 no existe la limitación que hay que emplear en sentido restrictivo, establecida en el artículo 69-1 b), en cuanto a la exigencia de la ausencia de conocimiento y racionalidad de la misma que se necesita para pedir la responsabilidad del propio Servicio. Por ello mismo, también hay que pensar que los titulares registrales, en este caso, y en el anterior, pueden ejercitar, no sólo el procedimiento especial previsto en su favor por el artículo 68, sino también el juicio ordinario, ya que su condición no puede ser inferior a la de los titulares ordinarios no inscritos, a los cuales les ampara el procedimiento del artículo 67, pero, naturalmente, con

(62) Para exigir la responsabilidad aludida es preciso que concurran las circunstancias siguientes: a) Que los derechos y situaciones no hubiesen sido tenidos en cuenta en el expediente. b) Que el titular registral o sus causahabientes no hayan conocido oportunamente la concentración ni podido conocerla racionalmente. c) Que no sea posible el traslado de titularidades por haber sido adquirida la parcela de reemplazo por tercero protegido, por haber mediado las indemnizaciones a que alude el artículo 82, o por considerarse dividida la parcela entre varios con preterición de la situación registral (art. 69-1).

(63) El artículo 68-2-1 establece: «Los titulares y causahabientes de las situaciones registrales expresadas en los antiguos asientos podrán pedir su traslación sobre las fincas de reemplazo. En defecto, de acuerdo entre las partes, formulado ante el Servicio de Concentración Parcelaria, la traslación se instará del Juez de Primera Instancia, quien tras los trámites del juicio verbal y previo informe del Servicio, accederá al traslado si resulta que las situaciones registrales cuyo traslado se pretende afectan efectivamente a determinada parcela de procedencia de las incluidas en las bases de concentración. La sentencia será inapelable y no tendrá fuerza de cosa juzgada».

las limitaciones contenidas en el mismo, según se desprende del artículo 68-2-2 (64). No cabe pensar, por otra parte, que la disciplina del artículo 68 tenga otra aplicación posible, ya que las titularidades registrales reconocidas en las bases, conforme al artículo 23, han de trasladarse al Registro y han de prevalecer, en los términos que ya indicamos, sobre las situaciones posesorias en concepto de dueño. Situación que no puede ser alterada tampoco, ni es verosímil que así lo fuera, por la calificación del Registrador, según se deduce claramente del artículo 701 LCP. Por último, es curioso hacer notar en todos estos procedimientos las pretensiones en defensa de la propia titularidad, sean de la clase que fueren, sólo pueden ejercitarse contra la persona que aparezca en las bases como dueño (arts. 67 y 68), lo cual es una consecuencia del principio de la llamada *subrogación real*, que acoge el artículo 65-1 LCP, con alcance de formulación general. Igualmente, ninguno de estos procedimientos pueden perjudicar a tercero protegido por la fe pública registral (arts. 67, 68 y 69). Habiendo de entender aquí por tercero el que lo fuera respecto de las parcelas de reemplazo, no respecto de las fincas de procedencia.

f) *Fase definitiva. Conclusiones.*

Dice SANZ JARQUE que «los títulos de concentración parcelaria encierran en sí, por su propia naturaleza, una presunción de exactitud, tanto en lo que se refiere a su contenido jurídico como al físico. Apparentemente son verdaderos títulos reales. Sin embargo, no lo son porque les falta la declaración legal que les atribuya tal carácter. De ahí que sean, no obstante su apariencia y las garantías de hecho que ofrecen, meros documentos probatorios idóneos para su inscripción en el Registro de la Propiedad (65). Pues bien, tendencialmente, esta presunción de exactitud, fortalecida después de la inscripción por el propio sistema registral, se traslada a su vida ulterior. Esta vida registral de la parcela

(64) Cfr. «En cuanto a la determinación de la finca de reemplazo que haya de quedar afectada por el traslado, anotación de la demanda y ejecución de la sentencia se estará a lo dispuesto en el artículo anterior».

(65) *Procedimiento y régimen*, cit., pág. 68.

de reemplazo es, en todo y por todo, una nueva vida; por eso su acceso al Registro se ha visto como una *inmatriculación*; de esta manera las titularidades inscritas procedentes de las antiguas parcelas concentradas o se han hecho valer en su momento oportuno, bien por el procedimiento del artículo 68 o han tenido acceso directamente por el artículo 23 (66).

Por ello vemos que para la defensa de las titularidades dominicales existen dos caminos distintos, según se tengan o no en cuenta dichas titularidades en las bases de concentración, el trazado por los artículos 23 y 24 para el primer caso y, por los artículos 67, 68 y 69, para el segundo; desenvolviéndose paralelamente con unas u otras características, según se trate de titulares inscritos o no inscritos.

Únicamente queda una cosa en el aire: cuando por efecto del traslado de titularidades realizado conforme a lo dispuesto en el artículo 23 se inscribe definitivamente la titularidad dominical a favor del titular registral, pero de manera que haya podido llegar al Registro, también, una situación jurídica inscribible, según la terminología legal, que implique posesión por haber sido acreditada, en su día, en el expediente de concentración parcelaria, nos encontraremos con que, en relación con la titularidad primitiva, que ha sido trasladada conforme al artículo 70-1, existe una *contradicción*. Pues bien: a nuestro juicio, esa contradicción puede eliminarla el titular registral solamente mediante el oportuno juicio ordinario, porque a pesar de la contradicción que indirectamente publica el Registro, la situación posesoria acreditada, una vez inscrita, puede ser opuesta como excepción a la acción del artículo 41 L.H. Y además puede eliminarla, en todo caso, a pesar de haberse llevado a cabo la inscripción, porque su situación no

(66) El artículo 70-1 dispone: «Todas las fincas de reemplazo serán inscritas sin hacerse referencia, salvo los casos determinados en la presente Ley, especialmente por el artículo 23, a las parcelas de procedencia en cuya equivalencia se adjudican, aun cuando estas parcelas aparezcan inscritas a nombre de personas distintas de aquellas con quienes a título de dueño se entendió el procedimiento de concentración. En la misma inscripción se harán constar las cargas y situaciones jurídicas inscribibles acreditadas o constituidas en el expediente y que por afectar a la finca de que se trate se hayan consignado en el título relativo a la misma. Estas inscripciones no surtirán efectos respecto de terceros hasta transcurridos noventa días naturales a contar desde el siguiente al que se extendió el asiento de inscripción, en el que se hará constar esta circunstancia».

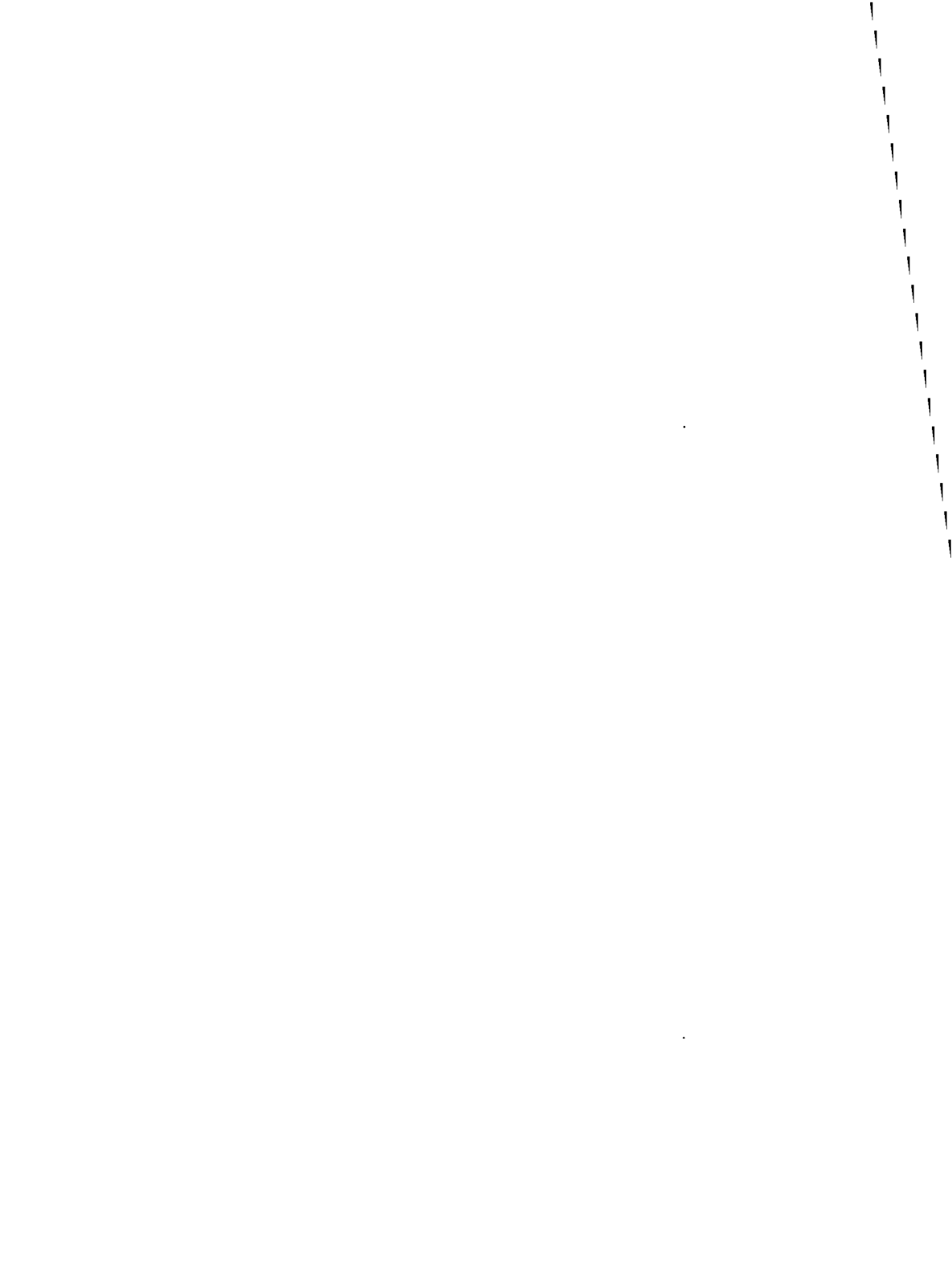
va a ser inferior que la que se reconoce al titular que insta el procedimiento abreviado del artículo 68 LCP para hacer valer su derecho inscrito, el cual conserva la acción ordinaria en todo caso, ya que la sentencia que recae en aquel procedimiento no produce excepción de cosa juzgada, y aquí no tiene nada que ver el que los efectos de la acción ordinaria hayan de reducirse al ámbito del artículo 67 LCP (67).

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS.

Profesor Adjunto de Derecho Civil

(67) Lo que, por otra parte, no se halla en desacuerdo tampoco con lo dispuesto en el artículo 40, d), de la Ley Hipotecaria.

NOTAS



Más sobre el artículo 1.413

En un reciente trabajo publicado en el número de marzo-abril de la *Revista de Derecho Inmobiliario*, primoroso, como todos los suyos, el culto Registrador e ilustre comentarista de Derecho Hipotecario, mi buen amigo y compañero don RAMÓN DE LA RICA, me alude insistentemente; y, lo que es peor, me atribuye el establecimiento y creación de una técnica registral, de cuya aplicación se derivarán—según él—males ingentes para la institución.

No se ha fijado LA RICA que no fui yo, ¡pobre de mí!, quien ha creado esa doctrina, sino que ha sido la reiterada jurisprudencia del Supremo, iniciada con la notable sentencia de 13 de marzo de 1964, quien la formuló, en su misión de interpretar las Leyes y llenar sus lagunas.

Yo no he sido otra cosa que su portavoz.

Por lo demás, soy tan enemigo como LA RICA de que se llene el Registro de actos anulables; pero soy mucho más enemigo de la injusticia, e injusticia grande es tratar registralmente, de modo distinto, actos con similar imperfección.

Nos referimos a las enajenaciones del marido de los bienes inmuebles gananciales sin el consentimiento de la mujer, y a las disposiciones de la mujer, de sus bienes propios, sin licencia del marido. A ambas clases de actos les falta, para ser perfectos, un requisito legal de «estrecho parentesco y paralelismo», y ambos han sido calificados como anulables: los primeros, por esa nueva jurisprudencia; los segundos, por la Ley (arts. 62 y 65 del Código civil). Y para ambos se han arbitrado las mismas soluciones registrales: para los segundos, por el artículo 94 del Reglamento Hipotecario; y para los primeros, por la citada jurisprudencia.

dencia, que nos ha dicho: «Que se les habrá de aplicar por analogía, para solucionar las lagunas que la reglamentación del consentimiento *uxoris* origina, la soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como *legal*, a propósito de la licencia marital.»

Y... ¿cómo después de esta terminante declaración del Supremo, avalada por la más acreditada doctrina científica, insiste LA RICA en su vieja tesis de que una afecta a la capacidad y el otro a la eficacia?

No se canse LA RICA en disquisiciones filosófico-jurídicas para defender lo indefendible. Y si quien tiene la misión de aclarar y definir (nos referimos al Supremo) ha dicho, a sus declaraciones nos tendremos que atener, mal que nos pese.

En una palabra (y aquí viene mi intervención, limitada a desarrollar registralmente esta doctrina del Supremo), que también a las disposiciones de los bienes gananciales inmuebles realizadas por el marido sin el consentimiento *uxoris* se les ha de aplicar la técnica registral establecida en los párrafos primero y segundo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario; se les ha de aplicar el artículo 169 del Reglamento Notarial; y se les han de aplicar, también, todas las demás disposiciones legales, que han perfilado la entrada en el Registro, de los actos dispositivos de los bienes propios, realizado por la mujer, sin licencia del marido.

Por otra parte, es posible que se produzcan algunos de esos daños señalados por LA RICA. ¡Ah!, pero, si se producen, no seremos nosotros los responsables, sino que lo serán, en primer término (y casi exclusivamente), los que formularon el desdichado artículo 94 del Reglamento Hipotecario, catapulta que abrió la primera brecha en el impoluto castillo registral. Y—preguntamos nosotros—¿no fué LA RICA uno de los redactores de esa norma?

En cuanto a la crítica que en este trabajo hace LA RICA de las resoluciones de la Dirección sobre cancelación de hipotecas de bienes gananciales realizadas por el marido, sin el consentimiento de la mujer, nada tenemos que añadir a la ponderada defensa que de dichas resoluciones hace el gran comentarista GINÉS CÁNOVAS. Este, sin una palabra desarmónica y con una medida y cuidado exquisitos, luego de airear la gran valía de LA RICA (a cuyo justo homenaje gustosos nos unimos), va desgranando una

serie de razones incontestables que dejan muy mal parada la tesis de LA RICA.

Por cierto que se pregunta CÁNOVAS: «¿Qué hará la Dirección cuando llegue a sus esferas un caso de disposición de gananciales inmuebles realizado por el marido sin el consentimiento de la mujer?...» Supone CÁNOVAS que rechazar su inscripción, en razón de que estos actos no tienen eficacia plena, como, respecto a la hipoteca de un buque, ha establecido la resolución de 9 de abril de 1965.

Nosotros, siguiendo la tendencia del Supremo, podíamos decirle a CÁNOVAS, y, por elevación, a la Dirección: Es cierto que las disposiciones del marido de bienes gananciales inmuebles no tienen eficacia plena (no pueden perjudicar a la mujer ni a sus herederos), pero es que las enajenaciones de los bienes propios realizados por la mujer sin licencia del marido ¿la tienen?

A ambas disposiciones les falta un requisito legal de similar importancia, al decir de esa nueva jurisprudencia; y puesto que ésta ha previsto para dichos ambos casos la aplicación de la misma doctrina científica y legal, la Dirección, si respeta esa doctrina, que, hoy por hoy, fija los perfiles del desarrollo de ese desvaido e incompleto artículo 1.413, no tendrá otro remedio que declarar inscribibles dichas disposiciones de gananciales, haciéndose constar en la inscripción que no se ha obtenido el tan repetido consentimiento *uxoris*.

Ya hemos visto que a LA RICA no le satisface esa nueva doctrina legal y trata de impugnarla en una nota de su trabajo. En ella examina esa famosa sentencia de 13 de marzo del 64 y, combatiendo su doctrina, nos dice: «Que no había lagunas que llenar en cuanto a la naturaleza y tratamiento registral de los actos dispositivos de los gananciales inmuebles realizados por el marido sin el consentimiento de su mujer, ya que dichas lagunas las había llenado cumplidamente la última modificación del Reglamento Hipotecario. Nos dice, también, que ni pueden ni deben asimilarse la licencia marital y el consentimiento *uxoris* (1)»

(1) Y lo más curioso es que LA RICA, para impugnar la doctrina de esta singular sentencia, se vale, como argumento de fuerza, de la propia jurisprudencia. Obsérvese que se apoya, entre otras, en las sentencias de 2 de julio de 1873 y 25 de marzo de 1915. Se le podía preguntar: ¿Es que la jurisprudencia vale cuando confirma nuestras opiniones y pierde su fuerza cuando las contradice?

Respecto de las lagunas, nosotros preguntamos: ¿Dónde nos dijo esa nueva reglamentación si tales actos eran válidos, nulos o anulables?... ¿No es ésta una importantísima laguna que había que llenar y que llenó esa famosa sentencia al calificarlos de anulables? ¿Dónde nos explicó el tratamiento notarial y registral de tales actos? ¿No es eso otra laguna que había que llenar y que esta jurisprudencia ha llenado diciendo: Que ha de aplicarse por analogía a tales actos las soluciones elaboradas por la doctrina científica o legal a propósito de la licencia marital?

Y no nos diga LA RICA que la mejor defensa de los intereses de la mujer estará en impedir el acceso al Registro de las enajenaciones realizadas por el marido de los gananciales inmuebles sin el consentimiento de la mujer. Eso sería verdad si la reforma del artículo 1.413 no hubiera introducido, alegremente, en las relaciones económico-conyugales la cuña de la autorización judicial, pues, como ya dijimos en nuestro anterior trabajo sobre el artículo 1.413: «La reforma deja indefensos los derechos de ese uno por ciento de mujeres que necesitan de tal defensa, pues aunque ellas quieran defenderse, negando el consentimiento a las disposiciones de los gananciales inmuebles hechas por su marido. si éste obtiene la autorización judicial para tal disposición, ésta tendrá seguro acceso al Registro, y como el dinero obtenido en tal operación es ganancial, pero mueble, y queda, por tanto, sujeto a la libre disposición del marido, bien fácil le será a éste hacerle desaparecer, burlando unos derechos que la norma, reformada, no supo defender.»

Por eso volvemos a preguntar a LA RICA: ¿No es mejor y más eficaz, para la defensa de esos derechos, que se permita el acceso al Registro de esos actos, haciendo constar que les falta el consentimiento *uxoris*, con lo cual queda allí clavada la posible acción de defensa?

Por lo demás, respecto del acierto de esas disposiciones reglamentarias, que tratan de adaptar al Registro, esa infeliz reforma del artículo 1.413, nada queremos decir por nuestra cuenta; dejaremos hablar a dos ilustres juristas: GINÉS CÁNOVAS y ANGEL SANZ. Se expresó así GINÉS CÁNOVAS en la página 917 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO de julio y agosto últimos: «Nuestro parecer—modestísimo parecer—es que se debió esperar a que

el tiempo hubiese ido decantando todo lo reformado, y especialmente en el Reglamento no llegar *a más* de lo que el mismo Código había llegado. Tal como ya expusimos en otro lugar, con la poco feliz fórmula de la Regla 1.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario se ha causado todo el enredo y desconcierto sobrevenido. Porque si el Código, para los actos de disposición de gananciales inmuebles y establecimientos mercantiles requería el consentimiento de la mujer, esto no debió superarse, cual hicieron los redactores del Reglamento con la *dichosa fórmula* de ordenar se *inscribiese a ambos* y para la sociedad conyugal. Porque ello, tomado literalmente, significaría una *codisposición* que el Código no consagró, y si, como el mismo LA RICA puso de manifiesto, no era sino ratificar lo que diversas resoluciones habían proclamado de que los bienes aparecen inscritos a nombre del marido o de la mujer con ciertas circunstancias o datos que permiten su atribución a la comunidad ganancial, no vendría sino a producir dudas y suscitar interpretaciones, con lo que, en suma, si la cuestión seguía igual, no valía la pena haber *alumbrado* la discutida fórmula...»

ANGEL SANZ, con mucha más extensión y saña que GINÉS CÁNOVAS, combate la reforma del Reglamento Hipotecario en un trabajo sobre *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*. Yo no voy a traer a este comentario todas las razones de SANZ, que en su generalidad comparto; pero en esta crítica, que puede leer el que quiera, se abunda en el mismo criterio de que la reforma reglamentaria en los artículos 95 y 96 ha desbordado al Código, saliéndose de su misión y modificando disposiciones de rango muy superior, como son las de dicho Código. Sólo vamos a transcribir estas palabras: «A mi juicio, ninguno de los razonamientos de LA RICA puede justificar la radical reforma introducida (se refiere a la defensa que hace LA RICA de la técnica registral introducida por el nuevo artículo 95 del Reglamento Hipotecario); por el contrario, creo que la modificación del Reglamento ha ido mucho más allá de lo que exigía la reforma civil, ha establecido una norma que desvirtúa el verdadero carácter de las sociedades gananciales y es precisamente ahora cuando está en mayor desacuerdo con el Código civil.»

Y; más adelante, al examinar el vigente artículo 96 del Re-

glamento Hipotecario, tampoco se manifiesta conforme con que sea la mujer la que disponga de los bienes gananciales inscritos a su nombre en el Registro, aunque sea con el consentimiento del marido. Son éstas sus palabras: «Esta forma de disposición no puede afirmarse que sea muy ajustada al Código civil. Conforme a este Cuerpo legal, es indudable que la mujer carece de un poder dispositivo directo sobre los bienes gananciales, ni aun con consentimiento del marido; por el contrario, es a éste a quien corresponde este poder de disposición.»

Comentando CÁNOVAS la resolución de 9 de abril de 1965, relativa a la hipoteca de un buque de carácter ganancial, y defendiendo su doctrina (que, dicho sea de paso, nos parece abiertamente contraria a lo establecido en la tan repetida jurisprudencia del Supremo), de pasada, se manifiesta opuesto a nuestra solución legal y registral del problema. Son sus palabras: «Aun concediendo sea la sentencia de 13 de marzo de 1964 fiel expresión de esta corriente doctrinal, de ningún modo puede ésta abocar a la posición sostenida por AZPIAZU, es decir, a dar por válidas, sujetas a una simple acción de anulabilidad, y por tanto inscribibles, las ventas de inmuebles gananciales realizadas por el marido sin el consentimiento *uxoris*.»

Me corre mucha prisa el decirle a CÁNOVAS: Primero, que no he sido yo, sino el Supremo, quien ha calificado estos actos de anulables; y segundo, que ha sido también el Supremo el que ha dispuesto que, por analogía, se apliquen a dichos actos las soluciones elaboradas por la doctrina científica y legal, a propósito de los actos sin licencia marital.

Yo no he sido otra cosa (quiero que no lo olviden ni LA RICA ni CÁNOVAS) que el portavoz de esa doctrina, o, si se quiere, el que ha desarrollado en postulados de técnica registral estas declaraciones jurisprudenciales.

Y para impugnar esta solución, no mía, sino del Supremo (lo repito una vez más), exhuma CÁNOVAS una vieja opinión de Cosío, elaborada cuando todavía el Supremo no se había pronunciado sobre el problema. ¿No ha pensado CÁNOVAS que por mucha autoridad científica que concedamos a las opiniones de Cosío, éstas no pueden prevalecer contra las decisiones del Supremo?...

Y mientras no se derogue por una Ley (no por una opinión

científica, por muy grande que sea su autoridad) el artículo 94 y sus congéneres, mal que nos pese, no tendremos más remedio que considerar anulables los actos de disposición de bienes inmuebles gananciales realizados por el marido sin el consentimiento *uxoris*; y considerar también prescrita la acción de impugnación que corresponde a la mujer o a sus herederos, a los cuatro años de disuelto el matrimonio, por aplicación, a ellos, del artículo 1.301, como dispone, para los actos sin licencia marital, el párrafo segundo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

Y conste que nosotros, particularmente, los consideramos anulables porque así lo ha dicho quien lo podía decir; hasta entonces habíamos pensado que eran válidos, aunque rescindibles en favor, esta rescisión de la mujer y sus herederos. Sacábamos esta calificación de las últimas palabras del artículo 1.413, que dicen: «En todo caso, estos actos realizados en fraude de la mujer o en contravención al Código, no perjudicarán a la mujer ni a sus herederos.» Es decir, que para poder anularlos, tanto la mujer como sus herederos, tendrán que acreditar este perjuicio. Pues bien, esa característica de no poder perjudicar es la que se aprecia en todos los actos rescindibles, que son válidos mientras no perjudiquen a instituciones o intereses de superior rango y entidad, que la justicia tiene obligación de defender en primer término.

Pero esta mi pobre opinión, ni las de más altos vuelos de CÁNNOVAS, COSÍO y LA RICA, ¿qué valen ni qué significan ante la irrebatible autoridad que tienen las decisiones del Supremo?

Como resumen de nuestra réplica, y para concretar nuestro pensamiento sobre el problema, decimos, contestando a LA RICA y a CÁNNOVAS: No he sido yo, sino el Supremo, quien ha elaborado esa doctrina que aplica a las disposiciones de bienes gananciales inmuebles realizadas por el marido sin el consentimiento de la mujer las normas registrales que los artículos 94 del Reglamento Hipotecario y 1.301 del Código civil aplican a las inscripciones de las disposiciones de los bienes propios, realizadas por la mujer sin la licencia del marido.

La adaptación de la doctrina del desdichado y vacilante artículo 1.413 del Código al Registro, realizada por la modificación del Reglamento Hipotecario de 1959, desbordó con mucho la tesis

de dicho artículo; y es atentatoria a la facultad de disposición de los gananciales que al marido le reservó dicha norma.

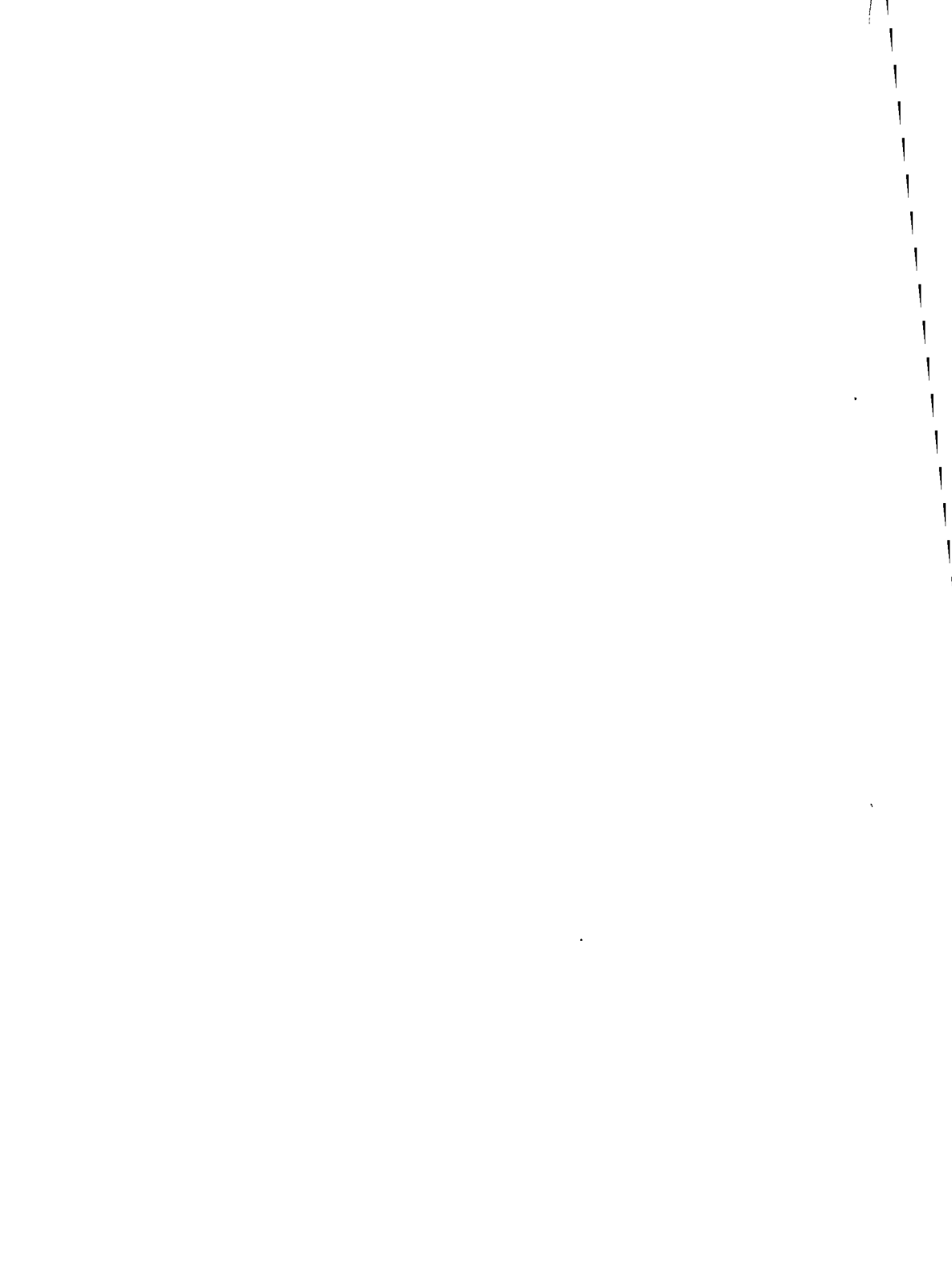
Mientras que otra reforma más afortunada del citado artículo 1.413 y del 94 del Reglamento Hipotecario, causa primera y principal de la entrada en el Registro de los actos anulables, no ponga las cosas en su sitio, tanto los Registradores, como los Notarios, como la propia Dirección, no tendrán más remedio que aplicar a las disposiciones de los gananciales realizadas por el marido sin el consentimiento de la mujer la técnica registral elaborada por la doctrina *tanto científica como legal* para las disposiciones de la mujer de sus bienes propios, sin licencia marital.

Así lo ha dispuesto quien lo podía disponer (nos referimos a esa jurisprudencia iniciada por la sentencia de 13 de marzo de 1964), y a los demás no nos queda otro camino que obedecer. Lo contrario sería salirse de la legalidad, ya que la legalidad, hoy por hoy, es esa jurisprudencia.

JOSÉ AZPIAZU.

Registrador de la Propiedad.

LEGISLACION



Crónica legislativa

SUMARIO: 1. Decreto por el que se modifican los artículos 485, 497 y 506 del Reglamento Hipotecario.—2. Decreto sobre demarcación judicial.—3. Decreto sobre contratos celebrados en el extranjero por el Estado y sus Organismos autónomos.—4. Decreto sobre participación de Empresas extranjeras en la contratación de obras del Estado y Organismos autónomos.—5. Decreto sobre reorganización de los Servicios del Patrimonio Forestal del Estado.—6. Los Presupuestos Generales del Estado para el bienio 1966-1967.—7. Decreto-Ley por el que se prorroga el plazo para la aprobación de los textos refundidos de los distintos tributos.—8. Ordenes del Ministerio de Hacienda sobre normas provisionales para la aplicación de la Cuota Proporcional de la Contribución Rústica y Pecuaria y sobre la correspondiente al ejercicio de la actividad ganadera independiente.—9. Ley sobre la modificación del artículo 222 del Código penal.

1. El *Boletín Oficial del Estado* de 24 de diciembre de 1965 publica el Decreto 3.736/65, de 16 de diciembre, por el que se modifican los artículos 485, 497 y 506 del Reglamento Hipotecario.

La modificación del artículo 485 tiene por finalidad salvar la contradicción entre dicho precepto y el artículo 490, por haberse omitido la congruente alteración del primero, originada por la reforma del segundo, efectuada por Decreto de 17 de marzo de 1959.

La del artículo 497 responde a la conveniencia de establecer la equiparación existente entre Registradores de la Propiedad y Notarios en cuanto al plazo de permanencia en el Registro o Notaría para poder concursar de nuevo, equiparación que se interrumpió al ampliarse el referido plazo respecto a los Notarios por Decreto de 30 de noviembre de 1945, sin hacerse ello extensivo a los Registradores de la Propiedad. Con el plazo de un año se intenta, en ambos casos, lograr las condiciones requeridas para el debido arraigo y eficacia del servicio.

Y la del artículo 506 reduce a siete los miembros del tribunal

calificador de la oposición a ingreso en el Cuerpo de aspirantes a Registradores de la Propiedad, aceptando el criterio seguido cuando se trata de otros tribunales de función semejante.

El texto de los artículos modificados es el siguiente:

«Artículo 485 (sólo se modifica el apartado I).

Los Registradores de la Propiedad se sustituirán recíprocamente en sus ausencias y enfermedades, siendo responsables de los actos y operaciones que realicen como tales sustitutos.

Al cesar en el cargo alguno de los titulares, la vacante será desempeñada interinamente conforme señalan los artículos 490 y 495,

Artículo 497. La provisión de los Registros que deba hacerse, conforme al artículo 284 de la Ley, se efectuará por concurso, que abrirá la Dirección General, incluyendo en cada uno las vacantes que resulten del anterior y las que vayan ocurriendo hasta el día precedente a la fecha del concurso de que se trate.

Para tomar parte en los concursos será necesario que haya transcurrido el plazo de un año, contado desde la fecha de posesión en el Registro que sirva el solicitante.

No obstante, podrán concurrir sin dicha limitación los titulares de los Registros que hayan sido suprimidos o cuya circunscripción territorial haya sido modificada.

Los aspirantes a Registradores que ingresen en el Cuerpo podrán solicitar vacantes en concursos después de su primer nombramiento en propiedad, aunque no haya transcurrido el año desde la posesión. Pero en los sucesivos nombramientos en propiedad quedarán sujetos a la limitación establecida en el párrafo 2.º de este artículo.

Artículo 506. Las oposiciones para ingreso en el Cuerpo de aspirantes se celebrarán en Madrid, ante un Tribunal que se compondrá de un Presidente, que será el Director General de los Registros y del Notariado, el cual podrá delegar en el Subdirector, en el Decano del Colegio de Registradores o en quienes hagan sus veces, y de los seis vocales siguientes:

Dos Registradores de la Propiedad, uno de los cuales será el Decano del Colegio, si no ocupare la Presidencia, o el miembro de la Junta directiva en quien éste delegue.

Un Abogado del Estado o, en su defecto, un Registrador de la Propiedad que sea titular de Oficina liquidadora.

Un Notario.

Un Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, de alguna de las siguientes asignaturas: Civil, Mercantil, **Romano, Procesal o Administrativo**, o un Magistrado, o un Registrador de la Propiedad.

Un Letrado del Cuerpo Facultativo, que ejercerá las funciones de Secretario.

Todos los miembros del Tribunal se designarán por Orden del Ministerio de Justicia, que se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*.

No podrán formar parte del Tribunal los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguno de los opositores, ni los que tengan entre si dicho parentesco. A tales efectos, el día de la constitución del Tribunal declarará formalmente cada uno de sus miembros, haciéndolo constar en el acta, que no se halla incurso en incompatibilidad.

La reforma del artículo 497 surtirá efecto a partir de un año, contando desde la publicación del Decreto y las demás reformas desde su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

2. Los *Boletines Oficiales del Estado* de 26 de noviembre y 21 de diciembre de 1965 publican el Decreto 3.388/65, de 11 de noviembre, y la Orden ministerial de 14 de diciembre de 1965 sobre demarcación judicial.

La demarcación de partidos judiciales establecidos por nuestras Leyes orgánicas se atuvo, como era obligado, al criterio fundamental de acercar la justicia a los justiciables y a que el órgano pudiera desplazarse a todos los núcleos urbanos que constituían los partidos.

El Decreto de 11 de noviembre último acepta el mismo criterio, pero lo adapta a las nuevas circunstancias, teniendo en cuenta los nuevos medios y vías de comunicación, la reforma de la Justicia municipal, que ha reducido la competencia de los Juzgados de Pri-

mera Instancia, y la conveniencia de agregar a los de la capital de la provincia o de fusionar los de dos o más partidos, siempre que por ello no sufra detrimento el criterio esencial expuesto. Sólo en contados casos se crean nuevas capitalidades y de modo excepcional se mantiene un reducido número de partidos que por su escaso contenido podrán haberse incorporado a otros limitrofes. Por el contrario, para lograr más equitativo reparto de trabajo se establecen nuevos Juzgados, por regla general en las capitales de provincia.

La reorganización, que obedece a criterios objetivos, se llevará a efecto de manera sucesiva a medida que quede vacante el cargo de Juez y haya que cubrirlo en los que subsistan o resulten de la nueva agrupación, dándose siempre a ese funcionario y a los restantes de plantilla del Juzgado afectado oportunidad y adecuado plazo para que inste y consiga nuevo destino.

Según el artículo 8.º del Decreto, las modificaciones introducidas en el mismo quedan limitadas al ámbito estrictamente judicial, sin que, por tanto, impliquen alteración en las restantes demarcaciones de índole hipotecaria, administrativa, recaudatoria, electoral o de cualquier otra naturaleza.

3. El *Boletín Oficial del Estado* de 10 de diciembre de 1965 publica el Decreto 3.637/65 de 25 de noviembre, por el que se regulan los contratos del Estado y sus Organismos autónomos referentes a obras, gestión de servicios o suministros que se celebren en territorio extranjero.

La disposición final sexta de la Ley de Contratos del Estado exceptúa de sus normas a los contratos ahora regulados y autoriza al Gobierno para que, mediante Decreto, dicte las normas especiales relativas a estos negocios.

El Decreto fija el ámbito de su aplicación, la competencia de los órganos administrativos y la capacidad de las Empresas para celebrar tales contratos, forma de los mismos, el procedimiento administrativo para su preparación y adjudicación, cláusulas especiales, casos en que se pueden celebrar verbalmente o por medio de persona interpuesta y las normas supletorias.

En cuanto *al ámbito de aplicación*, se someten al Decreto los contratos del Estado y sus Organismos autónomos referentes a

obras, gestión de servicios o suministros que se celebren y ejecuten en país extranjero, pero si el contrato se celebra en territorio español, aunque se ejecute en el extranjero, se aplicará al convenio la Ley de Contratos del Estado.

La *competencia* para celebrar los contratos se atribuye al Ministro de Asuntos Exteriores, que la ejercerá a través de los representantes diplomáticos o consulares, sin perjuicio de la que corresponde al Ministro de Hacienda en cuanto a inspección e intervención a otros órganos de la Administración en lo relativo a la preparación, tramitación y vigilancia de ejecución cuando se trate de obras o suministros con destino al servicio de los mismos y de lo establecido en el artículo 3.º de la Ley de Contratos del Estado y disposición final segunda para lo que se refiere a los Organismos autónomos.

El Ministro de Asuntos Exteriores podrá delegar sus facultades, previa autorización del Gobierno, con carácter general o para casos determinados, en favor de otros organismos o funcionarios del Estado, así como en personas particulares españolas y extranjeras.

Tendrán *capacidad* para contratar las Empresas que la tengan conforme a las Leyes del país respectivo y que reúnan las condiciones de idoneidad y solvencia adecuadas a los fines del contrato.

Los contratos se celebrarán con las *solemnidades*, requisitos intrínsecos y condiciones necesarias para que sean plenamente eficaces, conforme a la Ley del Territorio donde aquéllos tengan lugar.

El procedimiento administrativo de preparación y adjudicación del contrato se sujetará a las siguientes reglas: primera, el proyecto, si se trata de obras, podrá ser elaborado por facultativos españoles o del país extranjero, pero en todo caso deberá ser supervisado por el Departamento a quien directamente afecte el contrato; si el proyecto se refiere a explotación del servicio o se trata de bases técnicas del suministro, deberán ser aprobados por el Ministerio competente; segunda, el expediente de contratación se tramitará por el Departamento que resulte competente para la aprobación del gasto, prescindiéndose del pliego de cláusulas administrativas particulares y operándose con un modelo del contrato a celebrar, donde se contengan las cláusulas esenciales afectantes al objeto y al precio, siendo preciso el informe del Ministe-

rio de Comercio en los expedientes que originen pagos en moneda extranjera, así como el cumplimiento de las normas dictadas por el Instituto Español de Moneda Extranjera sobre este particular; tercera, los contratos se podrán adjudicar en régimen de contratación directa, previa la oportuna publicidad en los periódicos del país y que siempre que sea posible se consigan tres ofertas, al menos, de empresarios capaces de cumplir el contrato, y sólo se podrá prescindir de dichos requisitos por razones de urgencia o por el carácter reservado del negocio; cuarta, antes de verificarse en firme la adjudicación, deberá informar el Ministerio competente; quinta, el negocio se formalizará en documento fehaciente y antes de la celebración deberá informar la Abogacía del Estado del Ministerio de Asuntos Exteriores sobre la legalidad y eficacia, conforme al ordenamiento del país correspondiente; sexta, al empresario adjudicatario se le exigirá fianza; séptima, el modo de inspección y vigilancia se decidirá en cada caso por el Jefe del Departamento a quien afecte el negocio; octava, el pago del precio se condicionará a la entrega de la contraprestación, salvo que se oponga a ello el derecho o las costumbres del país, en cuyo caso se exigirá aval por el anticipo.

En todos los contratos se procurará incluir *cláusulas* para preservar los intereses del Estado en caso de incumplimiento del contrato, para que queden autorizadas las convenientes modificaciones del contrato, y para resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas de arbitraje sencillas, procurando, en todo lo posible, la sumisión a los Tribunales españoles.

Se podrán contratar *verbalmente* las obras de conservación y reparación de edificios oficiales, excepto las de cuantía superior a 25.000 pesetas, que por su naturaleza sean susceptibles de un proyecto o, en su caso, presupuesto y de contratar por un precio cierto. En la misma forma se podrán contratar los suministros menores.

El Gobierno podrá confiar a *un funcionario o persona determinada para que en su propio nombre* contrate en casos excepcionales en que así lo exija la seguridad del Estado. La persona facultada, una vez gestionado el servicio o entregado el suministro, rendirá cuentas para su aprobación por el Gobierno.

En defecto de las normas contenidas en el Decreto, se aplicará la Ley de Contratos del Estado.

4. El *Boletín Oficial del Estado* de 25 de diciembre de 1965 publica el Decreto 3.470/65, de 16 de diciembre, por el que se regula la participación de empresas extranjeras en la contratación de obras del Estado y Organismos autónomos.

El artículo 4.º de la Ley de Contratos del Estado admite con carácter general la participación en la contratación administrativa de Empresas extranjeras y autoriza al Gobierno para dictar normas de coyuntura mediante disposiciones especiales y por un tiempo determinado. Este carácter tiene el Decreto de 16 de diciembre, el cual quedará sin efecto el 1 de enero de 1968, salvo que el Gobierno prorrogue expresamente su vigencia y sin perjuicio de que el Reglamento de la Ley de Contratos del Estado puedan recoger en su articulado las disposiciones del mismo que no tengan carácter coyuntural.

El Decreto regula el ámbito de su aplicación, los requisitos que deben reunir las empresas, particularidades de las cláusulas administrativas, anuncio de subasta, forma de adjudicación, preferencia, en su caso, de las empresas españolas, forma de pago y depósito en divisas.

En cuanto al *ámbito de aplicación*, el Decreto dispone que las empresas extranjeras podrán concurrir a la ejecución de obras del Estado cuando lo autorice previamente el Gobierno por razón de las características de la obra o porque sea financiada la misma con créditos extranjeros, para la obtención de los cuales se hayan establecido condiciones de excepción. Las agrupaciones temporales de empresas españolas con empresas extranjeras se ajustarán a las siguientes reglas: primera, tanto el contrato como la empresa o empresas extranjeras deberán reunir los requisitos que establece el Decreto; segunda, el Gerente de la agrupación deberá ser de nacionalidad española; tercera, el escrito de proposición deberá expresar la participación de las empresas españolas y extranjeras en la obra de que se trate; cuarto, el depósito a que después se hará referencia, se reducirá al porcentaje que represente la participación de la empresa o empresas extranjeras. Por último, las normas del Decreto se aplicarán sin perjuicio de lo acordado en

tratados internacionales y, especialmente en los convenios de créditos existentes o que puedan establecerse con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y demás Organismos públicos de carácter internacional, pudiendo el Consejo de Ministros dispensar en casos excepcionales la aplicación del Decreto, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Las *empresas extranjeras* deberán reunir los siguientes requisitos : primero, tener plena capacidad para contratar y obligarse conforme a la legislación de su país, extremo que se acreditará mediante la presentación de documentos constitutivos, visados por la Embajada de España y traducidos por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores, así como un despacho expedido en la Embajada respectiva donde se certifique que, conforme a la legislación de su país, tienen capacidad para obligarse y celebrar contratos no sólo con particulares, sino también con Organismos públicos; segundo, que en el país de procedencia de la empresa extranjera se admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación de obras del Estado en forma sustancialmente análoga, por lo menos, a la que establece el Decreto, requisito que se acreditará mediante informe de la Embajada de España respectiva; tercero, que la Empresa extranjera tenga una agencia o sucursal domiciliada en España y designe nominalmente los apoderados o representantes de la misma para sus operaciones; cuarto, que la empresa esté inscrita en el Registro Mercantil, al igual que los apoderamientos referidos, y en el Registro Industrial del Ministerio de Industria; quinto, que la empresa, en su escrito de proposición, haga declaración solemne de someterse a la jurisdicción de los Tribunales españoles, civiles, penales, laborales y contencioso-administrativos para todas las diferencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato. Los requisitos 3 y 4 no serán exigibles hasta la firma del contrato.

En las *cláusulas administrativas* y en el *anuncio de licitación* se hará constar la opción concedida a las empresas extranjeras.

La adjudicación deberá ser necesariamente en *forma de concurso-subasta o subasta* en las licitaciones que concurren empresas extranjeras.

Tendrán *preferencia* las ofertas de las empresas españolas,

siempre que no excedan de un 10 por 100 de la oferta extranjera más baja, salvo que el Gobierno acuerde otro porcentaje inferior.

Los pagos derivados de contratos en favor de empresas extranjeras se verificarán siempre en pesetas, salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares prevea la concesión de divisas, en cuyo caso deberá informar previamente a la redacción del pliego el Ministerio de Comercio.

La Empresa extranjera que resulte adjudicataria deberá constituir, independientemente de la fianza y sin finalidad de garantía, al solo efecto de disponer de moneda española, un depósito en divisas cotizadas oficialmente en España del 25 por 100 del importe de la anualidad media que corresponda al contrato adjudicado. El depósito se constituirá en el Instituto Español de Moneda Extranjera, abriéndose a la Empresa extranjera una cuenta en pesetas para las atenciones de las obras y será devuelto al interesado una vez efectuada la recepción provisional, siempre que esté cancelada la cuenta en moneda nacional.

5. El *Boletín Oficial del Estado* de 13 de diciembre de 1965 publica el Decreto 3.639/65, de 2 de diciembre, sobre reorganización de los Servicios del Patrimonio Forestal del Estado.

Esta disposición tiene por finalidad acomodar los Servicios Hidrológicos-Forestales, dependientes del Patrimonio Forestal del Estado a las directrices de la política agraria fijadas en la Ley de 28 de diciembre de 1963, que aprueba el Plan de Desarrollo Económico y Social, y en el que se ordena que la repoblación forestal se concentra especialmente en las cuencas hidrográficas, de forma que contribuya eficazmente a la protección de los embalses impidiendo la erosión de las zonas circundantes.

A tal fin se divide el territorio nacional en doce regiones, cada una de las cuales constituirá una división Hidrológico-Forestal. Cada una de estas regiones constituirá, a su vez, una Jefatura, de la que dependerán todos los Servicios del Patrimonio Forestal del Estado enmarcadas en su jurisdicción.

Estos Servicios Hidrológicos-Forestales desempeñarán, además de su función específica hidrológico-forestal, todas las que actualmente viene ejecutando en cumplimiento de la legislación forestal vigente, y su funcionamiento y régimen de trabajo se regirá

por lo previsto para los Servicios propios del Patrimonio Forestal del Estado en la Ley y Reglamento de dicho Organismo.

6. El *Boletín Oficial del Estado* de 24 de diciembre de 1965 publica la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el bienio 1966-1967.

Se conceden créditos para los gastos ordinarios del Estado durante el año económico de 1966 hasta la suma de 168.801.124.540 pesetas y los ingresos ordinarios para el mismo ejercicio se calculan en 168.710.240.000 pesetas.

El artículo 24 de la Ley concede autorizaciones respecto a créditos para la Administración de Justicia «en tanto no se dé cumplimiento a la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Bases de Funcionarios Civiles».

Dicha disposición transitoria ordena que el Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia, remitirá a las Cortes un proyecto de Ley de los Servicios de la Administración Civil de Justicia, acomodando sus preceptos a la citada Ley, en cuanto resulten compatibles con la función judicial.

Reitera lo ordenado en la repetida disposición transitoria la 9.ª de la Ley de Retribuciones de Funcionarios Públicos de 4 de mayo de 1965.

7. El *Boletín Oficial del Estado* de 31 de diciembre de 1965 publica el Decreto-Ley 16/65, de 30 de diciembre, por el que se prorroga hasta el 31 de diciembre de 1966 el plazo para la aprobación de los textos refundidos de los distintos tributos.

8. El *Boletín Oficial del Estado* de 30 de diciembre de 1965 publica la Orden del Ministerio de Hacienda de 29 de diciembre de 1965 por la que se dictan normas provisionales para la aplicación de la Cuota Proporcional de la Contribución Territorial, Rústica y Pecuaria.

Las normas definitivas se dictarán después que sea conocida la experiencia del primer ejercicio y se publique el texto refundido cuando se apruebe el Reglamento General del Tributo.

Las ahora establecidas, para que pueda percibirse la cuota proporcional al ejercicio de 1966, se regulan: el hecho imponible,

el censo de explotaciones, el periodo impositivo y rendimientos imputables al mismo, los regímenes de determinación de la base imponible, los de estimación objetiva y directa, la determinación de la base imponible, el devengo de cuota y la desgravación por inversiones.

El mismo *Boletín Oficial del Estado* publica la Orden del Ministerio de Hacienda de 29 de diciembre de 1965, por el que se regula la cuota fija en la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria por el ejercicio de la actividad ganadera independiente.

9. El *Boletín Oficial del Estado* de 23 de diciembre de 1965 publica la Ley 104/65, de 21 de diciembre, sobre modificación del artículo 222 del Código penal.

El artículo 222 del texto refundido de 1963 del Código penal disponía:

Serán castigados como reos de sedición: 1.º Los funcionarios o empleados encargados de todo género de servicios públicos y los particulares que por su profesión prestaren servicios de reconocida e inaplazable necesidad que, con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, de perturbar su normal actividad o de perjudicar su autoridad o prestigio, suspendieren su trabajo o alteraren la regularidad del Servicio. 2.º Las coaligaciones de patronos dirigidas a paralizar el trabajo. 3.º Las huelgas de obreros.

El nuevo texto ordena:

Serán considerados como reos de sedición: 1.º Los funcionarios, empleados o particulares encargados de todo género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad que, suspendiendo su actividad, ocasionen trastornos en los mismos o, en cualquier forma, alteren su regularidad. 2.º Los patronos y obreros que, con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad, perturbar su normal actividad o, de manera grave, la producción nacional, suspendieren o alteraren la regularidad del trabajo.

La reforma tiene por finalidad eliminar de las normas penales los conflictos de trabajo que tengan un móvil estrictamente laboral y suprimir el elemento finalista del antiguo párrafo 1.º por la especial consideración que el servicio público merece.

FRANCISCO DE COSSÍO Y CORRAL.

VIDA JURIDICA

Crónicas

CALIFICACION DE LOS CONTRATOS.—ARRENDAMIENTO DE OBRA O ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS (Sentencia de 23 de noviembre de 1965).

La Compañía X, importante empresa minera, con instalaciones en Linares para la explotación de minas de plomo y la fundición de este mineral, y que cuenta además con oficinas en Madrid, decidió reducir los costos de fabricación y aumentar su productividad, mediante los modernos sistemas de racionalización, para lo cual entró en contacto con la entidad Y, que disponía de Ingenieros y Técnicos especializados en estas cuestiones, los cuales, después de un estudio preliminar, hicieron una oferta de contrato en la que se incluía la reorganización de la totalidad de la empresa X. De toda esta oferta de contrato, la Compañía minera sólo aceptó la referente a la oficina administrativa, que comprendía la secretaría, Sección de contabilidad, cuentas corrientes, cuentas de fabricación, caja, Sección comercial y almacenes. La Sociedad Y se comprometía a formar un servicio de racionalización con personal de la propia empresa X, a establecer métodos de trabajo que aumentasen la productividad y al estudio de los impresos a utilizar. La duración de los trabajos había de ser de cinco meses y su precio pagado en plazos mensuales durante esos cinco meses. Aceptada la oferta, la Compañía Y remitió un informe a la Sociedad X con el título «Principios de aplicación», en el que se hacía constar los trabajos que habían comenzado a efectuarse y el programa o guía que pensaban seguir, que comprendía los estudios sobre los métodos de trabajo,

que habian de hacerse durante los dos primeros meses y la «aplicación» o puesta en práctica de esos estudios, que tendria que finalizar en los tres meses siguientes.

Comenzados los trabajos, la Sociedad X fué cumpliendo su obligación del pago mensual de las facturas enviadas por la Sociedad Y, y esta empresa remitió a la primera los informes sobre la situación actual de todas las Secciones de la oficina administrativa, con excepción de las de Productos y Expediciones, Secretaría y Transportes, y los informes sobre la reforma referidos únicamente a las Secciones de Personal y Nómina, Almacén general y Compras, faltando todos los demás y omitiendo totalmente la denominada «aplicación» o puesta en práctica de dichos estudios.

La Compañía X denunció ante la Compañía Y el incumplimiento de contrato y la requirió para que le devolviera el precio pagado, a lo que esta entidad se negó, por lo que la primera acudió al Juzgado relatando los hechos expuestos, que calificaban el contrato suscrito entre ambas Sociedades como un contrato de obra y suplicando se dictase sentencia por la que se declarase resuelto el contrato celebrado con la demandada, se condenase a ésta a devolver el precio del contrato incumplido, y se condenase a pagar los daños y perjuicios sufridos por la demandante, consistentes en haber tenido una serie de empleados al servicio de la demandada durante el período de racionalización, sin ningún resultado práctico, y los gastos de otros técnicos que la Sociedad demandante había tenido que contratar dado el incumplimiento de la demandada.

La Compañía Y se opuso a la demanda, negando que hubiese incumplido el contrato, ya que la «realización» consistía en la formación de un servicio de racionalización con personal de la empresa X para aplicar, con la ayuda de la demandada, los métodos de simplificación y control de trabajo, encargándose este servicio de conservar, mejorar y ampliar a nuevos sectores los trabajos realizados con su intervención. La primitiva oferta de contrato, resalta que la aplicación de los métodos de simplificación y control del trabajo tenía que llevarse a cabo por la entidad X. La demandada no estaba obligada más que a hacer unos «diagramas funcionales» tendentes a figurar de una manera gráfica la iniciación, desarrollo y desenvolvimiento del trabajo con

arreglo a los métodos entonces en vigor; añadiendo que, no sólo hizo los diagramas funcionales, sino verdaderos informes, trabajo más acabado y completo. Respecto a los resultados posibles de la racionalización, la demandada aseguraba el aumento de productividad expresado en porcentajes concretos, respecto de los sectores de Alto Horno, Desplatación, Talleres y Mina, es decir, respecto de los sectores que la demandante no aceptó. En cambio, no aseguraba aumento de productividad en la racionalización de la oficina administrativa.

En cuanto al plazo de cumplimiento del contrato, que era de cinco meses, aparte de que estos plazos se consideran siempre prorrogados, mientras no haya una cláusula penal, no puede olvidarse que en la propuesta de colaboración, se especificaba que los Ingenieros de la demandada irían, de una manera discontinua, a las oficinas de la demandante, dejando un programa a cumplir durante su ausencia, programa que nunca se cumplió. La demandante pagó íntegramente el precio, liquidando el último plazo cuando había expirado ya el término de los cinco meses que se habían fijado para el cumplimiento del contrato, lo que significaba que la Compañía X estimaba que la demandada había cumplido sus obligaciones contractuales.

La Compañía Y calificó el contrato como arrendamiento de servicios, y no de obra o resultado, ya que precisamente sólo respecto a la oficina administrativa no se pactó ningún resultado concreto sobre la reducción de costos ni aumento de la productividad, siendo significativo el detalle resaltado en su escrito de contestación a la demanda de que la aplicación de los métodos de racionalización, era obligación de la demandante, aunque con ayuda de la demandada.

El Juzgado dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y declarando resuelto el contrato celebrado entre los litigantes, condenando a la demandada a devolver el precio y desestimando la petición de indemnización de daños y perjuicios. La sentencia del Juzgado califica el contrato suscrito por las partes como contrato de obra, ya que su finalidad consiste en obtener la racionalización del trabajo en la totalidad o en alguna de las Secciones de la entidad arrendataria, y por ello ha de concluirse que, siendo la causa del contrato una unidad indivisible o resultado, el

contrato ha de calificarse como arrendamiento de obra y no de servicios.

Por la Compañía demandada se interpuso recurso de apelación, y la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia confirmando en todas sus partes la dictada por el Juzgado.

La demandada interpuso contra esta sentencia recurso de casación por infracción de Ley, indicando que se habían violado, por falta de aplicación, los artículos 1.281, 1.282, 1.283, 1.284 y 1.285 del Código civil, referentes a la interpretación de los contratos. La sentencia de la Audiencia, dice la recurrente, parte de la base de que en el informe dado por la entidad Y se da significación y trascendencia de contrato, a lo que no fué más que un informe sobre el principio de aplicación de los trabajos de racionalización. En tal informe, no se establecen nuevas ni distintas prestaciones a que la recurrente viniera obligada por la aceptación de la propuesta de colaboración, que fué la constitutiva del convenio entre ambas partes sobre la reorganización de la demandante. En ese informe se dice: se ha confeccionado un programa general que nos servirá de guía y al cual trataremos de ajustarnos. El que un contratante se confeccione un programa, y el que trate de ajustarse a él, dista mucho de que el programa detallado pase a constituir una obligación estricta, jurídicamente exigible, cuando éstas se hallan establecidas en el convenio. Al no hacerse así, la sentencia ha infringido el artículo 1.281 del Código civil.

También existe infracción de dicho precepto y de los artículos 1.284 y 1.285, al apartarse la sentencia recurrida de los textos literales del convenio, para fijar su contenido deduciéndole de otros puntos de la Propuesta de Colaboración no referentes a la oficina administrativa, sino a otros sectores de la empresa tratada de racionalizar. La Sala *a quo* ha prescindido de esos preceptos sobre la interpretación de los contratos, ateniéndose a deducciones, supuestos, etc., siendo así que los términos del convenio son claros y terminantes, pero no en el sentido que expresa la sentencia de que la Sociedad Y quiso obligarse a la puesta en marcha del nuevo método de trabajo totalmente implantado, sino a hacer diagramas funcionales de los métodos actuales de trabajo, y estudiar y proyectar el nuevo método de trabajo.

El motivo segundo del recurso, fundamentado en la infracción por interpretación errónea de los mismos preceptos del motivo anterior, argumenta que se ha producido una violación, por falta de aplicación del artículo 1.544 del Código civil, en el que se define el contrato de arrendamiento de servicios como aquel en que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto. El contrato se concibió y propuso como divisible y susceptible de cumplimiento parcial, porque lo acreditan: el no ofrecimiento de beneficio concreto; las distintas Secciones a que se refería la reorganización de la oficina administrativa; la forma de fijación y pago del precio de los «honorarios» correspondientes a la realización de los trabajos, y la condición de que la empresa demandante podía prescindir en cualquier momento de la colaboración de la demandada. Todos estos extremos impiden que el contrato pueda calificarse de arrendamiento de obra. Está claramente determinado que se trata de un arrendamiento de servicios.

En su tercer motivo, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la recurrente afirma que la sentencia recurrida al sostener que la Sociedad Y incumplió el contrato, ha incurrido en error evidente en la apreciación de las pruebas, y señala los documentos auténticos en que basa su afirmación.

El cuarto motivo denuncia infringido por falta de aplicación el artículo 1.253 del Código civil, al no haber deducido la sentencia de los hechos probados, expresamente reconocidos, la conclusión de que, en primer término, se había convenido el contrato como divisible y susceptible de cumplimiento parcial, y en segundo lugar, que la recurrente no había incumplido culpablemente el contrato, o que si había habido algún incumplimiento parcial había sido por el incumplimiento anterior de la demandante.

El motivo quinto denuncia la aplicación indebida del artículo 1.124 del Código civil. Sobre la base de los otros motivos anteriores, es decir, que la Sociedad Y no incumplió el contrato, o que en otro caso lo incumplió primero X, es evidente que se ha aplicado indebidamente dicho artículo, puesto que son supuestos necesarios de su aplicación, el incumplimiento de sus obligaciones

por parte de uno de los contratantes en los contratos que producen obligaciones reciprocas.

El sexto motivo del recurso, que se formula con carácter subsidiario, afirma que la sentencia recurrida ha incidido en la violación por falta de aplicación de los artículos 1.091, 1.124, 1.295, 1.486 y 1.592 del Código civil. Si el contrato se concibió, propuso y aceptó como divisible y susceptible de cumplimiento parcial, en vista de que, en último caso, se ha cumplido en gran parte por la Sociedad recurrente, y al amparo del último párrafo del artículo 1.592 del Código civil, como quiera que la demandante satisfizo íntegramente los plazos constitutivos del precio íntegro, es indudable que aprobó y recibió los trabajos prestados por la recurrente. Que la demandante hizo suyos los servicios y trabajos que le prestó la demandada es indudable, y, por tanto, resultaría injusto obligarla a la devolución del total del precio percibido.

La Compañía recurrida se opuso al recurso, y la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de noviembre de 1965 no da lugar al mismo. Declara la sentencia del Tribunal Supremo, que el primer motivo del recurso está mal formulado, pues se citan como inaplicados diversos artículos que contienen distintos elementos interpretativos, de imposible interpretación conjunta, sin que por la entidad recurrente se discrimine cuáles de dichos elementos han sido defectuosamente interpretados, con lo que se falta a la claridad y precisión que exige el artículo 1.620 de la Ley Procesal Civil, y además es doctrina jurisprudencial reiteradísima la que declara que es facultad privativa de los Tribunales de instancia, interpretar y fijar el sentido y alcance de las cláusulas de los contratos, no pudiendo ser sustituido por ningún otro el criterio del Tribunal *a quo*, a menos que sea evidentemente erróneo, razones que hacen que perezca este motivo, así como el segundo, pues la interpretación errónea de estos artículos y la violación por falta de aplicación del artículo 1.544 del Código civil es una amalgama de conceptos tan distintos por su contenido y alcance, que impide que se planteen de un modo preciso los términos del recurso, defecto en que también incurre el motivo quinto.

En el motivo tercero se invoca error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción de los artículos 1.218 y 1.225

del Código civil, pero como no se expresa el concepto de la infracción denunciada, como tal error se relaciona y refiere a la interpretación de varios documentos y no a su valor probatorio, lo que se denuncia en este motivo no puede conceptuarse como error de Derecho, ya que éste sólo se comete cuando se infringe un precepto legal. Y en cuanto al error de hecho, ni se precisa en qué consiste, ni los documentos que se citan gozan de autenticidad a efectos de casación por ser los mismos sobre cuya interpretación se ha discutido en el juicio y resuelto en la sentencia.

Tampoco ha habido violación por falta de aplicación del artículo 1.253 del Código civil, porque, dado el carácter de supletorio que en el orden de las pruebas está asignada a las presunciones, no debe acudirse a ellas cuando el hecho debatido tiene demostración eficaz por los demás medios de prueba del artículo 1.215 de dicho Código, y como la Sala estima acreditado por el conjunto de las pruebas practicadas el incumplimiento por la entidad recurrente, no tenía que acudir a una prueba supletoria.

Como el Juzgador de instancia no estima el contrato celebrado entre los litigantes como arrendamiento de servicios, no puede tampoco prosperar el sexto motivo de casación.

JUAN LUIS PÉREZ-MULET.

JURISPRUDENCIA

I. Jurisprudencia monográfica

Sentido de la Jurisprudencia sobre prescripción quinquenal de intereses

SUMARIO: I *Planteamiento de la cuestión*: 1. Exposición del problema. 2. Único aspecto del mismo que me propongo examinar.—II *La jurisprudencia*: 3. Sentencias atinentes al tema. A) Sentencias que no niegan la prescriptibilidad quinquenal de los intereses: 4. Sentencia de 24 de junio de 1897. 5. Sentencia de 25 de mayo de 1918. B) Sentencias que de alguna forma niegan tal prescriptibilidad: 6. Cuáles son. 7. Sentencia de 20 de febrero de 1925. 8. Sentencia de 3 de junio de 1932. 9. Sentencia de 13 de junio de 1959. C) Sentencias que admiten la prescripción quinquenal de intereses: 10. Jurisprudencia favorable a la prescripción quinquenal. 11. Sentencia de 14 de noviembre de 1934. 12. Sentencia de 10 de octubre de 1959. 13. Sentencia de 14 de marzo de 1964.—III. *Resumen sobre la orientación de la jurisprudencia*: 14. Línea general seguida por el Tribunal Supremo.—IV. *Prescripción de los intereses moratorios*: 15. Firmeza de la jurisprudencia sobre ellos. 16. ¿Sería más correcto estimar que prescriben quinquenalmente?—V. *Prescripción de los intereses compensatorios*: 17. Firmeza también de la jurisprudencia sobre ellos.—VI. *La cuestión de los «pagos periódicos de obligación principal»*: 18. Jurisprudencia sobre ella. 19. Estudio crítico del tema. 20. Nuestro Derecho positivo sobre él.—VII. *Conclusión*: 21. Conclusión.

I

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

1. *Exposición del problema.*

Hace ya treinta y cinco años, en esta misma REVISTA (1). CASADO PALLARÉS se ocupó del tema de la prescripción de los intere-

(1) Tomo VI, año 1930, págs. 458 y sigs., 497 y sigs., y 577 y sigs.

ses en un *interesante* (doblemente: por si y por razón de la materia tratada) y documentado trabajo cuya tesis central era defender la aplicabilidad, en principio, a los mismos del artículo 1.966, 3.º del Código civil, según el que: «Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes... 3.º La de cualesquiera otros pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves.»

De momento, a mí, es ése el único extremo que me interesa señalar ahora. De forma que—de prosperar el punto de vista defendido en aquel trabajo—no quedando, de entrada, excluidos de ese artículo los intereses, podrían prescribir por el transcurso de cinco años los que no se reclamasen durante ese período contado a partir de su vencimiento.

Evidentemente, eso no quiere decir que *siempre* y a *todos* los intereses se les aplique la prescripción quinquenal, y no la de quince años del artículo 1.964, sino que significa sólo que aquélla no es privativa de pensiones alimenticias (1.966, 1.º), rentas de arrendamientos de fincas rústicas y urbanas (1.966, 2.º) y de otros pagos (1.966, 3.º) *que no sean intereses*.

Presupuesto lo anterior, los intereses no serían prescriptibles, o si, por el transcurso de cinco años, según que les faltasen o reuniesen los requisitos adecuados. En cuanto ahora importa, basta con decir: según que deban pagarse por plazos superiores al año, o bien por años o plazos más breves (art. 1.966, 3.º, *in fine*) (2).

(2) El deber de pagarlos periódicamente proviene de que *venzan* periódicamente. Pero cosa distinta del vencimiento periódico es el señalamiento de períodos de devengo. Como dice acertadamente Díez Picazo (*La prescripción en el Código civil*, Barcelona, 1964, pág. 190), hay que distinguir entre «el vencimiento, exigibilidad o pago de los intereses, por una parte, y su determinación, cómputo o devengo por otra. Que una determinada deuda produzca un interés de un determinado tanto por ciento anual, no quiere decir, necesariamente, que el pago haya de ser anual también».

El artículo 1.966-3.º tiene en cuenta sólo la periodicidad con que deben pagarse, es decir, la periodicidad de los vencimientos.

Con razón agrega después Díez Picazo (pág. 191) que: «Cuando se haya previsto el ritmo de devengo de los intereses, pero no sus vencimientos, se planteará ante todo un problema de interpretación del negocio jurídico de constitución de la obligación, que habrá de resolverse de acuerdo con las reglas hermenéuticas generales. En la duda, sin embargo, debe entenderse, a mi juicio —agrega—, que los intereses son exigibles en el momento en que son devengados (argumento art. 1.113 del Código civil)».

Por mi parte, a este respecto ya dije (*Instituciones de Derecho civil*, I, Barcelona, 1961, pág. 525) que: «El pago de los intereses generalmente debe hacerse de forma periódica (meses, trimestres, años, etc.). A falta de fijación

En síntesis, la cuestión que me importa es únicamente: presupuesto que los intereses carecen de una prescripción especial para ellos solos, ¿les es aplicable la prescripción quinquenal del artículo 1.966, o, por alcanzar el espíritu de éste sólo a otros pagos periódicos, hay que aplicar a aquéllos la prescripción de quince años del artículo 1.964?

2. *Unico aspecto del mismo que me propongo examinar.*

Mas de tal cuestión no voy a ocuparme ahora para replantearla y comenzar a exponer de nuevo argumentos en pro o en contra de que los intereses sean admitidos en el artículo 1.966. En tal aspecto, la cuestión no me preocupa. Creo decididamente que este artículo les alcanza, en principio, y creo, además, que por nuestros autores ya se han esgrimido a favor de esa posición razones suficientemente contundentes (3).

Dicho lo anterior, ya se comprende que menos aún voy a estudiar el tema históricamente ni en Derecho comparado.

En definitiva, mi propósito en orden al mismo es, no defender una tesis (que se defiende por sí sola), sino probar que no es exacta la opinión de que tal tesis es propugnada por la doctrina,

de este punto por las partes, habrá que acudir a lo que disponga la Ley (bien la Ley general, bien cualquier otra especial que regule el pago de los intereses de que se trate) o la costumbre; acudiéndose, en última instancia, a los principios generales del Derecho, según los que parece lo más seguro que hayan de pagarse por años, si se acordó un interés anual, por meses, si mensual, etc. (argumento *ex art. 1.581*).

Cfr. también MESSA: *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti*, 2.^a ed., Milano, 1932, núm. 13, pág. 24.

Un caso en el que nuestro Tribunal Supremo rechazó la aplicación de la prescripción quinquenal del artículo 1.966-3.º, porque, aunque marcados periodos anuales de *devengo*, no se estimó que hubiese fijados plazos periódicos de *vencimiento*, fué el de la sentencia de 28 de noviembre de 1906. En él se había fijado el interés del 6 por 100 a una suma debida, y el Tribunal Supremo entendió que «el pacto del interés anual del 6 por 100 que esos contratos [los del pleito] consignan, sólo determina lo que el capital había de ganar mientras no se extinguiese la deuda». Rechazando así el motivo segundo del recurso que sostenía que los periodos anuales eran de *devengo* y de *vencimiento*.

(3) Principalmente cfr. CASADO PALLARÉS, ob. cit., en lugar cit., págs. 458, 464 y sigs. y 497 y sigs.; Díez PICAZO, ob. cit., págs. 190 y 191; REYES MONTERREAL, en «Mucius Scaevola», *Código civil*, XXXII, vol. 2, Madrid, 1965, págs. 842 y 843; ALAS, DE BUEN y RAMOS, *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, pág. 303.

pero no compartida por la jurisprudencia. Opinión que, en cierto modo, se halla difundida (4).

Así, pues, podría decirse que trato de evitar que llegue a consolidarse una *communis opinio* doctrinal sobre que la jurisprudencia, en general, mantiene un punto de vista que realmente no suele mantener y que, cuando lo hace, lo hace por errar sobre lo que ella misma mantuvo anteriormente.

Exponente máximo de lo que afirmo son las más recientes sentencias que sobre el tema conozco: la de 10 de octubre de 1959, según la que «es acertado... declarar prescritas... las cuotas de intereses que no se han reclamado en los cinco años siguientes a sus respectivos vencimientos», y la de 14 de marzo de 1964, según la que a los intereses «es perfectamente aplicable lo que ordena el párrafo tercero del artículo 1.966, sin que exista fundamento para excluir tales pagos periódicos de la prescripción de cinco años que dicho artículo establece».

II

LA JURISPRUDENCIA

3. Sentencias atinentes al tema.

Las sentencias atinentes al tema, o que se han considerado como tales por otras posteriores o por la doctrina, son de las siguientes fechas: 24 junio 1897, 24 mayo 1918, 20 febrero 1925, 3 junio 1932, 14 noviembre 1934, 13 junio 1959, 10 octubre 1959 y 14 marzo 1964.

Repasando lo escrito sobre el particular, se observa frecuentemente la omisión de algunas de ellas en obras posteriores a las

(4) Así, cfr. CASADO PALLARÉS, ob. cit., loc. cit., págs. 458 y sigs.; Díez PICAZO, ob. cit., pág. 187; CASTÁN, *Derecho civil*, I, 2.º, novena ed., Madrid, 1955, página 714, nota 3; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil*, I, 2.º, Madrid, 1958, página 447, nota 28; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I, 2.º, Barcelona, 1959, pág. 343; REYES MONTERREAL, en ob. cit., pág. 842; MANRESA-RODRÍGUEZ ARIAS, *Comentarios al Código civil español*, XII, quinta ed., Madrid, 1951, página 935.

mismas. De modo que, a veces, el que la posición global que se atribuye al Tribunal Supremo sea la contraria a la que aquí se propugna se debe a que aparecen sin recoger sentencias en las que claramente adopta ésta.

A).

SENTENCIAS QUE NO NIEGAN LA PRESCRIPTIBILIDAD QUINQUENAL
DE LOS INTERESES.

4. *Sentencia de 24 de junio de 1897.*

La primera de las sentencias citadas, la de 24 de junio de 1897, realmente no se refiere al caso en estudio. No obstante, ha sido tomada por el propio Tribunal Supremo (5) por sustentadora del criterio que excluye los intereses del artículo 1.966.

Se trataba de que la Audiencia había declarado que la liquidación de cuentas entre los litigantes debía ajustarse a las siguientes bases: «... 3.ª Las cantidades entregadas al demandante por los demandados, sin hacer expresión de la deuda a cuyo pago se dedicaban, se imputarán en primer término al pago de intereses, después a la amortización del capital representado por la escritura hipotecaria, y, por último, al importe del pagaré». Y contra esto, el recurso, en su Motivo tercero, alega que infringe el 1.966 porque, habiendo sido hechas dichas entregas hacia más de cinco años y siendo dificilísima su justificación, vendrían a discutirse ahora, con infracción de dicho artículo, cuyo número tercero establece la prescripción quinquenal para las acciones encaminadas a exigir el cumplimiento de pagos que deban hacerse por años o plazos más breves, siendo así que los intereses objeto del litigio eran pagaderos semestralmente.

Pues bien: el Tribunal Supremo (Considerando tercero) no declaró que los intereses estuviesen excluidos del artículo 1.966, sino que se limitó a decir que éste ni había sido infringido por la

(5) Así en las sentencias de 20 de febrero de 1925 (que en su Considerando quinto remite a la jurisprudencia—entre la que está aquella sentencia—citada en el Motivo segundo del recurso) y de 13 de junio de 1959.

Audiencia, ni habría podido serlo «porque dicho precepto legal se refiere a la prescripción de acciones determinadas, y no a la imputación de los pagos que el deudor hubiese hecho a su acreedor en cumplimiento de sus obligaciones».

O sea, se podría decir que los pagos, hubiesen sido los que hubiesen sido, ya estaban hechos, y no es lo mismo reclamar intereses pasados cinco años que entrar en la cuestión de que las cantidades entonces entregadas deben entenderse aplicadas al pago de aquéllos. Pues se tratará, a lo más, de discutir a qué se aplicaron. Y ésta es cuestión distinta de la de reclamarlos pasado el quinquenio.

Es, pues, claro que esta sentencia no sirve para dilucidar la cuestión que nos ocupa. Y, por otro lado, carente del apoyo de esta sentencia, pierde sentido el mantenimiento, basado en tal apoyo (como hace la de 20 de febrero de 1925), de la tesis que equivocadamente se atribuye a aquélla.

5. *Sentencia de 25 de mayo de 1918.*

Se trataba de un préstamo gratuito, al que se fija cierta fecha de devolución, estableciendo que si, llegada aquélla, no se reintegra, el deudor sufrirá una penalidad consistente en el 1 por 100 mensual de la cantidad prestada, tanto por ciento que correrá hasta que devuelva el préstamo. Quedando claro, pues, que dicho tanto por ciento, aunque pueda calificarse de interés, no tiene el carácter de un interés compensatorio, sino el de pena, que, en vez de fijarse en una total cantidad alzada (como se hace en muchos casos) o en una cantidad fija por cada día, mes, etc., de retraso (como se hace en otros), se señaló en un tanto por ciento mensual de la suma no devuelta a tiempo.

Planteado el pleito, el juez dictó sentencia condenando al pago de todos los intereses reclamados, sin tope de tiempo. La sentencia de la Audiencia revocó en esa parte la del juez, apreciando la prescripción de los intereses con antigüedad superior al quinquenio. Y el Tribunal Supremo la casó, estimando la aplicación errónea del artículo 1.966, 3.º, respecto del que el Motivo primero del recurso aducía la inaplicabilidad porque—decía—«refiérese a pa-

gos que deben hacerse por años o en plazos más breves, cuando nace el derecho de reclamarles en aquéllos; pero no es posible que tenga aplicación este precepto en este pleito porque el interés estipulado en el contrato, base de la reclamación, lo está con el carácter de cláusula penal, de sanción impuesta en el supuesto de que no fuera satisfecho a su tiempo el préstamo, y no es su reclamación ni en fijación, como aquel precepto exige, por años o en más breves períodos, puesto que la indicada estipulación es sólo para liquidar los intereses, formando la cuenta para aplicar la sanción; pero no es derecho del prestamista exigir el pago de dicha cantidad en el expresado plazo, es decir, que no es pago de pensiones ni precio del arrendamiento y otros análogos en los que se estipula una cantidad determinada en períodos fijos, y a los cuales se refiere la prescripción de cinco años de que habla este artículo».

Ahora bien, en su Considerando primero, la sentencia del Tribunal Supremo no excluye a los intereses del artículo 1.966, pues se limita a decir que el número 3.º de éste no es de aplicar a los intereses de demora por vía de daños y perjuicios (lo que puede leerse diciendo: *pena calculada en la suma a que ascenderían, acumulados, los intereses del período de demora*). Es más, antes de declarar la inaplicabilidad del artículo 1.966 a éstos, el Tribunal Supremo afirma que está dictado para las reclamaciones sobre pago de pensiones atrasadas, por años o en plazos más breves, y que «tan excepcional prescripción respecto a intereses devengados con anterioridad a los cinco años últimos no puede aplicarse a los de demora por vía de daños y perjuicios de los que se trata en este recurso de casación».

De modo que se puede decir que el Tribunal Supremo lo que llega a afirmar es que la prescripción quinquenal *es aplicable* a los intereses, pero no a los *intereses-pena* del caso litigioso.

De cualquier forma, y aun dando por inexistente esa acogida de la prescriptibilidad quinquenal de los intereses compensatorios, lo que es indudable es que el Tribunal Supremo no niega, en general, tal prescriptibilidad para los intereses, sino que: 1.º La niega sólo para el caso del pleito; y *no por tratarse de intereses*, sino porque *están pactados como pena* (y a falta de disposición especial sobre la prescripción de la obligación penal—cfr. artícu-

los 1.152 y sgts.—, habria que aplicar el art. 1.964), o, si se quiere, como intereses de demora. 2.º Tiene también apoyo para negarla, en el caso del pleito, en el razonamiento, hecho por el recurso, de que no se trata de pagos que deban realizarse periódicamente, sino de suma a entregar, como pena, de una vez, aunque su montante se obtenga calculando la cifra a que habrian ascendido los intereses devengados durante el tiempo que se demoró la devolución del capital (6).

B)

SENTENCIAS QUE, DE ALGUNA FORMA, NIEGAN TAL PRESCRIPTIBILIDAD.

6. *Cuáles son.*

Demostrado que las dos sentencias anteriores no niegan, en general, la prescriptibilidad quinquenal de los intereses, voy a examinar otras tres que sí lo hacen: las de 20 febrero 1925, 3 junio 1932 y 13 junio 1959.

7. *Sentencia de 20 de febrero de 1925.*

En cuanto a la primera, resuelve un caso de préstamo pactado con intereses en el que cuando, al cabo del tiempo, se reclama la devolución de aquél y el pago de éstos, el Juzgado condena a ello, desestimando la prescripción quinquenal alegada por el demandado. Apelada la sentencia, la Audiencia sí apreció esta prescripción. Y, por su parte, el Tribunal Supremo casó el fallo de la Audiencia porque (Considerando quinto) «los intereses y la sumas debidas no pueden entenderse comprendidas en la letra y espíritu del artículo 1.966 del Código civil..., pues fué dictado tan sólo para aquellas obligaciones en que el pago de lo principal es periódico,

(6) Mi tesis de que esta sentencia no excluye del 1.966 los intereses compensatorios, no resulta afectada, aunque se entienda que en el fondo la realidad del caso litigioso es que verdaderamente se configuraron unos intereses pagaderos periódicamente. Pues, ello no obstante, se puede seguir manteniendo lo dicho sub 1.º en el texto.

según claramente se expresa en los dos primeros números, interpretación que se ajusta a la doctrina que respecto de dicho precepto se sienta por este Tribunal Supremo en varias de sus sentencias, como en las tres que se citan en el segundo de los Motivos».

Según lo visto, la sentencia niega la prescripción quinquenal de los intereses por no ser obligación en que sea periódico el pago de lo principal. Punto éste que después trataré. Considero el argumento desacertado, pero de lo que no cabe duda es de la posición que, con acierto o sin él, adopta el Tribunal Supremo. A diferencia del caso de las sentencias de 1897 y 1918, en que no se adoptaba la posición que se le suponía.

Ahora bien: lo que el Tribunal Supremo dice a continuación, en el mismo Considerando quinto de la sentencia que estoy estudiando, sobre que la doctrina que adopta en él se ajusta a la que sentó en varias de sus sentencias anteriores, no es exacto, si es que se dice en el sentido (único que importa aquí, y si se dice en otro no me afecta) de que también en ellas declaró la imprescriptibilidad quinquenal de los intereses por no ser pagos periódicos de obligación principal (7).

De forma que, aunque esta sentencia innegablemente está contra la prescripción quinquenal de los intereses, pierde, sin duda, en cierto modo, su fuerza, en tanto en cuanto que lo que pretendía era seguir sosteniendo una jurisprudencia que realmente el Tribunal Supremo nunca había mantenido (8).

(7) Precisamente el Motivo segundo del recurso del demandante (pues también había recurrido el demandado), así como el primero, son los que dejan ver claramente que el espíritu que el Considerando quinto encierra es el de negar la prescripción quinquenal para los intereses, porque no siendo pagos periódicos de obligación principal, ya las sentencias anteriores la habían también negado en casos idénticos al de autos, por interpretar que el artículo 1.966 sólo se refiere a dichos pagos (cosas ambas inciertas, tanto la de que los casos anteriores fuesen idénticos al de autos, como la de que las sentencias anteriores hubiesen rechazado en ellos la prescripción por no ser los intereses pagos periódicos de obligación principal).

(8) Sin duda que esto es innegable a la vista de lo que ya dije sobre las sentencias de 24 de junio de 1897 y 24 de mayo de 1918, que son a las que se refiere la ahora en estudio (cfr. su repetido Considerando quinto, que remite al citado Motivo segundo del recurso del demandante, que las recoge).

Recoge también ese Motivo segundo la sentencia de 26 de octubre de 1904 (aunque, sin duda por error, aparece citada la del mismo día y mes del año 1924), y a ella se remite el aludido Considerando quinto de la de 20 de febrero de 1925. Pero es lo cierto que tal sentencia (cfr. su Considerando último y el Motivo tercero del recurso) no es adecuada al efecto que se la invoca.

8. *Sentencia de 3 de junio de 1932.*

En cuanto a la segunda, es decir, la de 3 de junio de 1932, recayó en un caso en el que se trataba también de un contrato de préstamo con interés. El Juzgado desestimó la prescripción quinquenal de éste, que, invocando el artículo 1966, alegó el demandado. La Audiencia confirmó dicho extremo. Y el Tribunal Supremo desestimó el recurso, en cuyo Motivo cuarto se alegó violación de aquel artículo, declarando (en el último Considerando de su sentencia) que «en cuanto a la prescripción de los intereses, carece de aplicación al caso el número 3.º del artículo 1.966 del Código civil que se invoca, según tiene declarado esta Sala en su sentencia de 24 de mayo de 1918».

Así, pues, estamos ante un nuevo caso en el que el Tribunal Supremo se apoya para declarar la inaplicabilidad a los intereses del artículo 1.966, 3.º, en haberlo resuelto así la sentencia de 24 de mayo de 1918, sentencia que, como ya se ha repetido hasta la saciedad, resolviendo caso muy distinto, no negó la aplicabilidad de aquel artículo a los intereses en general, sino que estimó que no procedía conceder la prescripción en el caso discutido, porque en él no se trataba, en rigor, de genuinos intereses, sino de utilizar éstos como mero medio de establecer una obligación penal (obligación que no cae bajo el artículo 1.966), o, si se quiere, porque se trataba de intereses moratorios.

En conclusión, la sentencia de 3 de junio de 1932 viene a ser otro caso en el que la posición del Tribunal Supremo pierde (valga la expresión) su fuerza, una vez demostrado que es inexacta la razón (seguir la jurisprudencia anterior) por la que se dictó.

9. *Sentencia de 13 de junio de 1959.*

En cuanto a la tercer sentencia, es decir, la de 13 de junio de 1959, recayó en un caso en el que, a base de ciertas cantidades debidas por una parte a otra, tuvo lugar la celebración de un contrato de reconocimiento de deuda, en el que el deudor se comprometía al pago en determinada fecha, y por todo el tiempo que transcurriese sin verificarlo a partir de aquélla, a abonar un

interés moratorio del 6 por 100. Y como quiera que no cumplió sus obligaciones, el acreedor interpuso demanda, a la que—por lo que aquí importa—opuso aquél la prescripción quinquenal de los intereses. Y resolviendo—en lo que atañe a este extremo—el recurso de casación interpuesto por el demandante, el Tribunal Supremo rechaza dicha prescripción quinquenal, basándose en su anterior jurisprudencia («Basta—dice su Considerando noveno—tener en cuenta la doctrina de esta Sala, que, con ocasión de interpretar el aludido precepto, tiene declarado...»), y sostiene que el artículo 1.966 se refiere «a la prescripción de acciones determinadas en las obligaciones en que el pago de lo principal es periódico, según claramente se expresa en sus dos primeros números, y no es aplicable a los intereses de demora, aunque se hubiesen pactado (sentencias de 24 de junio de 1897, 24 de mayo de 1918, 20 de febrero de 1925, 3 de junio de 1932)».

Así, pues, esta sentencia es un nuevo caso en el que la denegación de prescripción quinquenal de los intereses se apoya en la jurisprudencia anterior.

Luego cabe decir de ella que debe seguir la suerte de aquélla, y que realmente debe—a lo más—restringirse su alcance al que verdaderamente aquélla tenga.

Siendo de señalar que, aunque he incluido esa sentencia de 13 de junio de 1959 en este apartado de jurisprudencia *adversa* a la prescripción quinquenal de los intereses *en general*, lo he hecho por la afirmación que contiene de restringir el artículo 1.966 a las obligaciones en que es periódico el pago de lo principal. Pero realmente el fin de la repetida sentencia es denegar sólo la prescripción quinquenal de intereses *de demora*.

C)

SENTENCIAS QUE ADMITEN LA PRESCRIPCIÓN QUINQUENAL DE INTERESES.

10. *Jurisprudencia favorable a la prescripción quinquenal.*

Hasta aquí la que podríamos llamar jurisprudencia *adversa* a la prescripción quinquenal de los intereses. Jurisprudencia que, vistas sus razones, pierde mucho de su adversidad, que en realidad

se reduce a excluir de aquella prescripción a los intereses moratorios, y que cuando excluye a todos los intereses en general, lo hace por pensar, equivocadamente, que así lo había hecho en anteriores sentencias.

Y ahora vamos a examinar las sentencias en que el Tribunal Supremo, de forma contundente y sin basarse erróneamente en una supuesta anterior jurisprudencia, admite sin reservas la prescripción discutida. Se trata de las de 14 de noviembre de 1934, 10 de octubre de 1959 y 14 de marzo de 1964, en la primera de las cuales califica de «elemental extremo» el relativo a considerar los intereses prescriptibles quinquenalmente.

11. Sentencia de 14 de noviembre de 1934.

En la primera se está ante un caso de préstamo con interés, a la reclamación de cuyo pago opuso el demandado la prescripción quinquenal, que fué desestimada por el Juzgado. Confirmada la sentencia por la Audiencia e interpuesto (en cuanto aquí interesa) recurso de casación, el Tribunal Supremo la casó, apreciando la infracción del artículo 1.966.

El Motivo tercero del recurso sostiene que en el apartado 3.º de dicho artículo están comprendidos los intereses del capital dado a préstamo.

De acuerdo en que lo estén. Pero es evidente el desenfado de dicho Motivo de afirmar que ello es sabido por *reiterada jurisprudencia*. Naturalmente, no se cita ni una sola sentencia representativa de esa reiterada jurisprudencia.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en el Considerando último de su sentencia, hace caso omiso de la sedicente *jurisprudencia favorable* alegada por el recurrente, y sin aludir tampoco para nada a la realmente existente en contrario, se limita a declarar «que el pronunciamiento por virtud del cual se condena a pagar los intereses corridos anuales del 5 por 100 del capital de 16.000 pesetas a que asciende el importe del préstamo concertado, devengados desde las fechas 29 de mayo, 10 de agosto y 31 de diciembre de 1920, según se pactaron en la póliza, infringe con evidencia el artículo 1.966, caso 3.º, del Código civil, pues, alegada

especialmente por los demandados la prescripción extintiva de estas deudas accesorias en su escrito de contestación y opuesta por la parte actora en el de réplica la interrupción de dicha institución liberatoria, la sentencia que condena al pago de los intereses, transcurrido el plazo de los cinco años que previene el citado precepto para el ejercicio de la acción dirigida al percibo de los que hubieren vencido a término, resulta contraria a Derecho, pues la prestación periódica de los mismos es obligación exigible en el mutuo lucrativo al agotarse cada vencimiento pactado, y en concepto de pagos destacados y autónomos caen bajo la rúbrica genéricamente enunciativa de la disposición legal que se cita como violada; y siendo palmario que la póliza de 1 de marzo de 1920 estipuló el interés del 5 por 100 anual sobre el capital prestado, es obvio también que la prescripción ha extinguido la deuda accesoria de aquellos intereses que no fueron reclamados dentro del plazo de los cinco años siguientes a la vigencia de su exigibilidad, cuya interrupción no se hubiese demostrado con oportunidad; mas como la resolución recurrida, a despecho de tan elementales extremos, emite condena de pago, debe prosperar en congruencia con lo expuesto el tercer Motivo del recurso».

12. *Sentencia de 10 de octubre de 1959.*

En cuanto a la segunda sentencia, sin entrar en extremos del pleito que requerirían más larga exposición y que no son esenciales a nuestro problema, baste decir que, en un caso en el que se pactó el pago de intereses por una cantidad adeudada, la Audiencia apreció la prescripción quinquenal de aquéllos, y que en el recurso de casación (en el que se argumenta sobre la base de estimar prescrita, no ya la deuda de intereses, sino la de capital) se concede (Motivo tercero) que «tratándose de una deuda viva, no vencida todavía, que viene produciendo intereses, acaso la doctrina sentada por la Audiencia de Zaragoza pudiera ser aceptable al considerar prescritos únicamente los intereses que no hayan sido reclamados en los cinco años siguientes a sus respectivos vencimientos».

Y por su parte, el Tribunal Supremo, recogiendo en su Consi-

derando tercero la concesión hecha en el recurso—para el supuesto de que se tratase de una deuda viva de capital—respecto al posible acierto de la doctrina sobre prescripción quinquenal de los intereses sentada por la Audiencia, mantiene que es precisamente la doctrina aplicable en el caso litigioso, porque estima que en él—a diferencia de la tesis del recurrente—debe apreciarse que aún está viva la deuda de capital productora de los intereses. Dice, en efecto, dicho considerando que la parte recurrente «reconoce que la doctrina de la Audiencia sería aceptable al considerar prescritos únicamente los intereses que no hayan sido reclamados en los cinco años siguientes a sus respectivos vencimientos, si se trata de una deuda viva, no vencida todavía, que viene produciendo intereses; pero como la deuda principal se ha extinguido o desaparecido, por haber pasado el término legal a contar de su vencimiento contractual, los intereses que se paguen no tienen el concepto que se les asigna...; mas como la Audiencia, para llegar a su fallo, ha declarado que la acción ejercitada es personal, sin que haya admitido la prescripción de la acción en cuanto a la deuda principal, por empezar aquélla a contarse desde el último pago de intereses hecho por la recurrente, es visto que el criterio del Tribunal *a quo* es acertado al declarar prescritas únicamente las cuotas de intereses que no se han reclamado en los cinco años siguientes a sus respectivos vencimientos».

13. Sentencia de 14 de marzo de 1964.

En cuanto a la tercera sentencia, es contundente, y me parece que se puede decir que fija con claridad el pensamiento actual del Tribunal Supremo sobre el problema en estudio.

Se trata, en cuanto importa ahora, de reclamación de intereses correspondientes a la parte de precio de venta que quedó en poder del comprador. Y el Tribunal Supremo establece (Considerando quinto) que, «sentando que lo reclamado es el pago de intereses o rentas anuales, correspondientes a la parte del precio de la venta de la finca que quedó en poder del comprador, cuyos intereses habían de pagarse mensualmente, refiriéndolos a determinada cantidad de trigo, valorada en metálico, según las normas

que se establecen, y ello supuesto, es evidente que se trata aquí de pagos que han de hacerse en los plazos periódicos establecidos, y es perfectamente aplicable lo que ordena el párrafo 3.º del invocado artículo 1.966 del Código civil; sin que exista fundamento para excluir tales pagos periódicos de intereses de la prescripción de cinco años, que dicho artículo establece, en armonía a sentencias de esta Sala, de 10 de octubre de 1959 y 14 de noviembre de 1934, doctrina no contradicha por la que excluye de dicha prescripción a los intereses de demora, que, conforme al artículo 1.108 del Código civil, tienen el carácter de indemnización de daños y perjuicios, y procede consiguientemente estimar este motivo del recurso».

III

RESUMEN SOBRE LA ORIENTACION DE LA JURISPRUDENCIA

14. *Línea general seguida por el Tribunal Supremo.*

Así, pues, habiendo examinado una por una las sentencias en cuestión, parece que la línea del Tribunal Supremo en materia de prescripción quinquenal de intereses queda bastante clara, y puede sintetizarse así:

Se empezó por sostener (sentencia de 24 de mayo de 1918) que, admitiendo, en principio, tal prescriptibilidad quinquenal, sin embargo, como se trata de algo excepcional, no es aplicable a los intereses de demora (9), que tienen el concepto de indemnización de daños y perjuicios.

A continuación, por pensar erróneamente que así se seguía lo dicho con anterioridad, se extendió (sentencias de 20 de febrero de 1925 y de 3 de junio de 1932) la exclusión de la prescripción quinquenal a todos los intereses. Bien sin más intento de justifi-

(9) Esto cuando más, pues, según ya se vió al estudiar aquella sentencia, bien pudo ser el espíritu de la misma (quizá no exactamente expresado en ella) no referirse ni siquiera propiamente hablando a la prescriptibilidad de los intereses de demora, sino a la de la obligación penal en la que la cuantía de la pena se fijase en la cifra a que habrían ascendido los intereses de demora.

cación (sentencia de 3 de junio de 1932), bien con el razonamiento (que no tiene el menor fundamento en la Ley) de que la prescripción abreviada del 1.966 se refiere sólo a las obligaciones en que el pago de *lo principal* es periódico (como la sentencia de 20 de febrero de 1925, y, después, la de 13 de junio de 1959).

Pero después de esas dos sentencias no se ha vuelto a declarar inaplicable el artículo 1.966, 3.º, en ningún caso de intereses compensatorios, sino que, por el contrario, siguiendo la pauta que, al excluir sólo los de demora, marcó la de 24 de mayo de 1918, las sentencias más numerosas y más recientes (14 de noviembre de 1934, 10 de octubre de 1959 y 14 de marzo de 1964) han sostenido expresamente la aplicabilidad a aquéllos de dicho artículo. Pues —repito— la de 13 de junio de 1959 (aunque contiene la equivocada afirmación a que acabo de referirme de que el artículo 1.966, 3.º, rige sólo para obligaciones en las que el pago de lo principal es periódico), se dictó en caso de intereses de demora.

Por último, para confirmar la línea del Tribunal Supremo de conceder prescripción quinquenal a los intereses compensatorios y de excluir de ella sólo a los de demora, está la última sentencia sobre el particular, la de 14 de marzo de 1964, declarando que a los primeros es perfectamente aplicable el artículo 1.966, 3.º, y que son sólo los segundos los que se excluyen por tener, conforme al artículo 1.108, el carácter de indemnización de daños y perjuicios.

En conclusión, parece innegable que el sentido de la jurisprudencia es: la prescripción quinquenal se aplica a los intereses compensatorios, y no a los moratorios (10).

(10) Con lo cual, respecto a éstos, la jurisprudencia viene a mantener un punto de vista que se sostuvo asimismo por parte de las doctrinas y jurisprudencias francesas e italianas, las cuales, sin embargo, prevalentemente se inclinaban por considerar también prescriptibles quinquenalmente los intereses moratorios (cfr. especialmente Messa, ob. cit., núms 44 y sigs; PUGLIESE, *La prescrizione estintiva*, 4.ª ed., Torino, 1924, núms. 201 y sigs., en especial, 205 y 206). Y en cuanto a los compensatorios, desde luego que sí, porque en sus Derechos los artículos equivalentes a nuestro 1.966 sí mencionan en particular los intereses, luego, por lo menos, han de referirse a los compensatorios. El 2.277 del Código civil francés dice: «... les intérêts des sommes prêtées...», y el 2.144 del italiano de 1865 decía: «... Gl'interessi delle somme dovute...»

IV

PRESCRIPCION DE LOS INTERESES MORATORIOS

15. *Firmeza de la jurisprudencia sobre ellos.*

La posición de la jurisprudencia respecto a los moratorios es, sin duda, firme, como lo prueba el hecho de que en todos los casos (sentencias de 24 de mayo de 1918 y 13 de junio de 1959) en que se trataba de ello denegó la prescripción quinquenal, y el de que—además—en alguno de los que, por tratarse de intereses compensatorios, falló admitiéndola, hizo la salvedad (sentencia de 14 de marzo de 1964) de que otra cosa eran los moratorios, en los que no procedía.

Así, pues, la prescripción aplicable a éstos es la normal de quince años (art. 1.964), que se contarán para cada vencimiento desde la fecha en que se produzca. Alcanzando a cualesquiera intereses moratorios, es decir, provengan de la clase de mora (automática o mediante reclamación) que provengan, y lo mismo se halle fijado su devengo, sin más, por la Ley, que se haya pactado en particular por los interesados (como cuando se fija una fecha para pagar cierta cantidad, estableciéndose que a partir de ella, si no se entrega, devengará determinado interés). E igualmente—por empezar a ser intereses moratorios—se les aplica la prescripción de quince años, y no la quinquenal, a los que, pactados inicialmente como compensatorios, pasan a convertirse en moratorios desde que se incurre en mora en el cumplimiento de la obligación de capital (cfr. art. 1.108). Entonces, los devengados antes de la mora, siguen el régimen de los compensatorios, y los devengados después, el de los moratorios (11).

(11) De cualquier forma, en todo lo anterior no se olvide de que como la clave de que—cuando proceda—proceda la prescripción quinquenal es que los pagos de los intereses deban hacerse por años o plazos más breves (art. 1.966-3.º), no se aplicará la misma si, aunque se *devenguen* (o cuente el tiempo para calcular su montante) por años (o períodos menores), *no vencen* (o puede ser exigido su pago) sino en plazos mayores. Y menos aún será aplicable la prescripción quinquenal si no hay vencimientos periódicos, sino que aunque para calcu-

16. *¿Sería más correcto estimar que prescriben quinquenalmente?*

Hasta aquí la posición de la jurisprudencia. Y cosa distinta es que, examinada críticamente, se considere preferible otra. Mas, como en este trabajo lo que persigo es ver lo que *dice* la jurisprudencia (12), y no lo que *debería* decir, me abstengo de entrar en razonamientos a favor o en contra de la misma.

A tal respecto, sólo he de señalar—sin más profundización—que, evidentemente, en pro de la aplicabilidad de la prescripción quinquenal a los intereses moratorios está, naturalmente cuando reúnan los requisitos del 1.966, 3.º, el: 1.º Que caben en su letra. 2.º Que la razón para el establecimiento de un plazo prescriptivo corto, vale igualmente para los intereses moratorios que para los

lar la cifra total de algo (así, de indemnización) se parta de los intereses que habría producido una suma (aquella cuya entrega se demoró), como hace el artículo 1.108, sin embargo, el acreedor no puede exigir (precisamente no puede porque faltan los vencimientos periódicos) cada período el pago de la parte que corresponda a éste, sino el del todo, al final.

Ciertamente que en el caso del artículo 1.108 la indemnización por mora, si no se habían pactado intereses que venciesen periódicamente, tiene un carácter unitario (aunque esté calculada sobre la cuantía de los intereses legales). Pero creo que si antes de incurrir en mora había pactados intereses compensatorios vencedores periódicamente, aunque se conviertan (si se estima así) en moratorios una vez que la mora comience, no por tal conversión cesan de vencer en los periodos antes fijados y de ser exigibles en cada uno de ellos. Pensar otra cosa llevaría al resultado—que parece inaceptable—de privar al acreedor de su derecho al cobro por vencimientos, por el hecho de que el deudor incurra en mora.

Ese carácter unitario, y no por vencimientos periódicos, de la indemnización por mora cuando se da ésta en casos en que no había ya pactados por las partes intereses de ninguna clase, ni moratorios ni compensatorios vencedores periódicamente, es posiblemente el que—por faltar la periodicidad anual, o menor, de los vencimientos—ha llevado al Tribunal Supremo a excluir de la prescripción quinquenal los intereses moratorios. Siendo así que no necesitaban excluirse de ella por moratorios, sino por no vencer periódicamente. Por otro lado, en casos en que se pactaron intereses exclusivamente como moratorios (así el de la sentencia de 24 de mayo de 1918), el Tribunal Supremo—como ya señalé en su momento—quizá también se inclinó por la no prescripción quinquenal, por no estimar que se hallasen establecidos vencimientos (anuales o menores) periódicos.

Lo cierto es—de cualquier forma—que el Tribunal Supremo se ha pronunciado contra la prescripción quinquenal de los intereses moratorios, bien por esas razones, o porque de verdad no quiere dicha prescripción quinquenal de los intereses moratorios, no por el hecho de no tener vencimientos periódicos, sino por el de ser moratorios.

(12) Aunque, a lo largo del mismo, por otras razones de tratamiento completo de ciertos puntos de ésta, algunas veces haya entrado en el terreno de su crítica.

compensatorios. 3.º Que la exclusión de ese plazo corto, y la aplicación del prescriptivo normal de quince años, no parece muy acertado fundamentarla en el carácter penal o indemnizatorio que los tales intereses moratorios puedan tener, habida cuenta de que, a tenor del 1.968, 2.º, la acción para exigir responsabilidad por daños—que, sin duda, parece tener más gravedad y, desde luego, el mismo carácter indemnizatorio—dura sólo un año.

V

PRESCRIPCION DE LOS INTERESES COMPENSATORIOS

17. *Firmeza también de la jurisprudencia sobre ellos.*

En cuanto a la prescripción quinquenal de los intereses compensatorios, la posición de la jurisprudencia parece definitivamente consolidada en el sentido de admitirla. Incluso señalé, en su momento, cómo las sentencias más antiguas que la denegaron, realmente seguían con error—consistente en aplicarla a los compensatorios—la jurisprudencia dictada para los moratorios.

VI

LA CUESTION DE LOS «PAGOS PERIODICOS DE OBLIGACION PRINCIPAL»

18. *Jurisprudencia sobre ella.*

Ahora bien: como sea que en un par de ocasiones (sentencias de 20 de febrero de 1925 y 13 de junio de 1959) el Tribunal Supremo ha afirmado que la prescripción quinquenal sólo se aplica a obligaciones en que *el pago de lo principal* es periódico, quiero

entrar en el examen de esa afirmación, porque, de ser verdad, habría que excluir (lo que no hace el propio Tribunal Supremo) de la prescripción quinquenal, no sólo a los intereses moratorios, sino también a los compensatorios, ya que tampoco esto son *obligación principal*.

19. *Estudio crítico del tema.*

Vamos a ahondar el punto:

En primer término, la afirmación de que la prescripción quinquenal sólo se aplica a obligaciones en que el pago de lo principal es periódico, si bien ha sido hecha por el Tribunal Supremo dos veces, sólo una la hizo en caso de intereses compensatorios (sentencia de 20 de febrero de 1925), pues en el otro (sentencia de 13 de junio de 1959) se trataba de moratorios.

En segundo término, tal afirmación la contradice tácitamente el mismo Tribunal en todas las sentencias (24 de mayo de 1918, 14 de noviembre de 1934, 10 de octubre de 1959 y 14 de marzo de 1964), en que ha admitido prescripción quinquenal de intereses compensatorios.

En tercer término, en algunas de estas sentencias, bien ha admitido *expresamente* tal prescripción para obligaciones accesorias (13), bien, después de contraponer deuda principal y deuda accesoria, ha admitido—sin proclamarlo expresamente—tal prescripción para ésta (sentencia de 10 de octubre de 1959).

Luego se ve claro que el criterio del Tribunal Supremo, sobre admitir a prescripción quinquenal sólo obligaciones principales, y excluir las accesorias, no es muy seguro que digamos. Y más bien cabe afirmar que pretende utilizarlo como fundamento para denegar tal prescripción en los casos en que considera que no debe admitirla, pero sin darse cuenta de que realmente para excluir de ella éstos basta, sin necesidad de acudir a la distinción

(13) La de 14 de noviembre de 1934 dice en su Considerando tercero que «... alegada... la prescripción extintiva de estas *deudas accesorias* [los intereses]..., la sentencia que condenó al pago de los intereses transcurrido el plazo de los cinco años..., resulta contraria a Derecho», y después insiste en que «... es obvio que la prescripción [quinquenal] ha extinguido la *deuda accesoria* de aquellos intereses».

entre deudas principales y accesorias, servirse de la bipartición intereses compensatorios-intereses moratorios, que es la que verdaderamente aplica al conceder la prescripción a aquéllos pero no a éstos.

Así que, a tenor de la propia línea seguida por el Tribunal Supremo, queda claro que lo que pretende no es admitir o negar la prescripción en cuestión, a base de aquella distinción (obligaciones principales, sí; accesorias, no), sino a base de ésta (intereses compensatorios, sí; moratorios, no). Y queda también claro que de aplicar aquélla tendría que declarar imprescriptibles quinquenalmente *todos* los intereses, porque también los compensatorios son deuda accesoria. Y no haciéndolo es que no la aplica.

La dicha es la línea realmente seguida por el Tribunal Supremo, a pesar de su equivocada afirmación de no ser prescriptibles quinquenalmente las deudas accesorias, afirmación con la que luego no ha sido consecuente, al no aplicarla. No habiéndolo hecho porque, ciertamente, no correspondía al verdadero espíritu de la doctrina que el propio Tribunal Supremo quería sentar.

20. *Nuestro Derecho positivo sobre él.*

Y ese línea corresponde a nuestro Derecho, porque en él nada restringe la prescripción quinquenal a sólo obligaciones principales. Diciendo el texto legal que prescriben por el transcurso de ese plazo: «... 3.º Cualesquiera otros pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves», queda claro que da lo mismo que los pagos periódicos sean cumplimiento de obligación principal que de accesoria, porque en ambas hipótesis hay *pago periódico*, que es lo único que (se sobreentiende, siempre que se trate de periodicidad anual o menor) exige el precepto (14). Y, por tanto, el hecho de encontrarse los intereses en el caso de ser obligación accesoria no es motivo para excluirlos de la mencionada prescripción.

(14) Como dice—ob. cit., pág. 184—DÍEZ PICAZO: «La Ley no distingue y habla expresamente de pagos que se hagan por años o en plazos más breves. La prescripción de cinco años se aplica, pues, a las prestaciones periódicas, con independencia de que, dentro de la total relación obligatoria, constituyan prestaciones principales o accesorias» (cfr. también pág. 190).

VII

CONCLUSION

21. *Conclusión.*

Con lo expuesto queda—me parece—suficientemente aclarado todo lo relativo a la posición jurisprudencial en orden al tema planteado: es decir, única y concretamente la admisibilidad de la prescripción quinquenal de intereses.

Ciertamente que hay otros muchos puntos dudosos o discutibles en esa prescripción. Pero no ha sido mi propósito estudiarlos aquí.

Queda, pues, cumplido éste con la obtención de la siguiente sola conclusión:

Es exacto que—hablando en términos generales—la doctrina está a favor de que el artículo 1.966, 3.º, se aplique a los intereses. Lo que ya no lo es es que la jurisprudencia opine lo contrario; pues lo que realmente hace es distinguir entre compensatorios y moratorios, aplicándolo a aquéllos, y no a éstos.

MANUEL ALBALADEJO GARCÍA.

Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Barcelona.

II. Sentencias comentadas

Los incidentes en el proceso administrativo (*)

SUMARIO: I. *Nociones generales*: A) Concepto. B) Naturaleza jurídica. C) Fundamento. D) Regulación.—II. *Requisitos procesales*: A) Requisitos subjetivos: 1. Órgano jurisdiccional. 2. Partes.—B) Requisitos objetivos: 1. Conexión con la cuestión principal. 2. Que exija tratamiento procesal específico.—C) Requisitos de la actividad. 1. Petición de subsanación. 2. Plazo.—III. *Procedimiento*: A) Fase de alegaciones: 1. Demanda incidental. 2. Contestación.—B) Fase de prueba: 1. Recibimiento del proceso a prueba. 2. Proposición y práctica.—C) Fase de conclusiones: 1. Vista. 2. Sentencia.—IV. *Efectos*: A) Efectos jurídicos. B) Efectos económicos.

Una interesante sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de que fué ponente SILVA MELERO, la sentencia de 14 de diciembre de 1965, sobre el problema del tratamiento jurídico de los incidentes de nulidad de actuaciones, nos sugiere el estudio del proceso incidental en esta rama del Derecho procesal (1).

I. NOCIONES GENERALES.

A) Concepto.

1. Uno de los supuestos de crisis objetivas es el cambio en el nexo lógico que liga a la pretensión con la oposición: al lado del

(*) En el presente trabajo se han utilizado las abreviaturas siguientes:

A = Auto.

Lec = Ley de enjuiciamiento civil.

LJ = Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

S = Sentencia.

(1) Sobre el mismo, me remito a mi *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1958, III, pp. 149 y ss.

objeto principal surge otro secundario o accidental, que se conoce con el nombre de incidente (2). El incidente es, por tanto, la alteración procesal, que consiste en el nacimiento de cuestiones que no pertenecen al tema lógico normalmente establecido (3). Cuando en un proceso surge el incidente, para su decisión cabe adoptar dos posibles soluciones: que tenga lugar en el mismo proceso en que el incidente ha surgido, o que se arbitre otro proceso especial cuyo objeto consista, precisamente, en la cuestión incidental.

2. El proceso incidental es aquel cuyo objeto es un incidente surgido en otro proceso. Y como el incidente es siempre una cuestión anormal o secundaria que viene a ser resuelta en el proceso incidental, de aquí que éste sea un proceso especial que tiende a facilitar el desarrollo de otro proceso.

3. No siendo la anormalidad en que el incidente consiste privativa del proceso civil, y constituyendo el proceso incidental el instrumento más idóneo para su decisión, nada tiene de extraño que la figura se dé, con marcada importancia, en otras esferas procesales y, concretamente, en el campo del proceso administrativo (4).

4. El proceso incidental puede ser definido, por tanto, como aquel proceso especial que tiende a facilitar el desarrollo de otro proceso, mediante la resolución de los incidentes que durante la pendencia de éste pueden suscitarse (5).

B) *Naturaleza jurídica.*

1. Es un proceso. Aun cuando existe una estrecha conexión con otro proceso en el que el incidente ha surgido, el proceso incidental tiene un objeto propio, claramente diferenciado, si bien sea accidental o secundario respecto del objeto de otro proceso que, por esta razón, puede ser calificado proceso principal.

(2) Cfr. *Derecho procesal administrativo*, tomo II, pp. 622-623.

(3) GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, pp. 541-544.

(4) CABALLERO Y MONTES: *Lo contencioso-administrativo*, Zaragoza. 1904. III. página 461.

(5) GUASP: *Derecho procesal civil*, cit., p. 1.331.

2. Es especial por razones jurídico-procesales. Pues está concebido para supuestos concretos, particularizados en razón a su función respecto de otro proceso.

3. La nota específica que le diferencia de otros procesos especiales no es otra que la de su tendencia a facilitar el desarrollo de otro proceso, mediante la resolución de los incidentes que surjan durante su pendencia.

Cuando se trata del incidente de «nulidad de actuaciones», una S de 9 de noviembre de 1959 dice que «conforme a los preceptos concordantes de la Lec y a la doctrina de la jurisprudencia, tiene por finalidad conceder a las partes un medio de subsanar cualquier defecto u omisión que no fuere susceptible de corregir por otro recurso procesal, con el designio de evitar las dilaciones y perjuicios que se ocasionarían en la prosecución del procedimiento, cuya invalidez hubiera que declarar, pero no puede reputarse adecuado ni admisible cuando ... es considerada y resuelta la cuestión incidental en la sentencia que pone fin al pleito».

C) *Fundamento.*

1. El fundamento del proceso incidental ya ha quedado señalado: no es otro que la conveniencia de crear un instrumento que permita resolver aquellas cuestiones incidentales que surjan en un proceso, con independencia del mismo.

2. Sin embargo, a veces se han subrayado ciertos inconvenientes que ofrece el proceso incidental. Principalmente, que si bien debiera servir para desbrozar el camino al proceso principal, «prácticamente suele servir para convertir la marcha de éste en una carrera de obstáculos» (6). Esta objeción puede resultar válida en aquellos casos en que el proceso incidental supone una paralización del proceso principal, pero no en aquellos casos en que no impide la continuación de éste. De aquí el acertado criterio de la LJ

(6) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, p. 145. GUASP: *Derecho procesal civil*, cit., p. 543, le censura «por la complicación innecesaria que introduce en el procedimiento, olvidando las posibilidades que tiene el proceso normal de resolver con sus propias fuerzas estas anomalías».

al disponer que siempre «se sustanciarán en pieza separada y sin suspender el curso de los autos» (art. 126), norma que algún autor la ha estimado censurable, al aplicarse a la «nulidad de actuaciones», pues tiene el inconveniente de que, «al pasar al pronunciamiento especial y no interrumpir el curso del pleito, pueden causar otras nulidades» (7).

D) *Regulación.*

1. La LJ dedica al proceso incidental un solo artículo, el 126, y otros a la «nulidad de actuaciones» (arts. 127 a 129). Por tanto, en aplicación de la disposición adicional sexta, habrá que acudir, como supletoria, a la Lec (arts. 741 a 761). Una S de 14 de diciembre de 1965 (ponente: SILVA MELERO) dice que «dentro del proceso contencioso-administrativo aparece con toda claridad la posibilidad de declarar lo que en la sección tercera del capítulo 5.º, título IV, LJ, se califica de invalidez de los actos procesales, por la vía incidental de la llamada «nulidad de actuaciones», siendo de notar que en relación al Ordenamiento jurídico anterior, texto refundido de 1952, por expresa declaración de la Exposición de Motivos de la normativa vigente en materia de recursos y su ordenación se dice literalmente que se mantienen en el nuevo texto en términos análogos a la Ley antigua, con innovaciones que se califican de «puramente técnicas», y en este aspecto se limita a negar a los que en el Ordenamiento anterior se denominaban recursos de aclaración y nulidad de actuaciones la naturaleza jurídica de recursos, para designarlos sin especificación, como cuestiones incidentales».

2. Según el artículo 741, Lec, «las cuestiones incidentales... que se promuevan en toda clase de juicios... y no tengan señalada en esta Ley tramitación especial, se ventilarán por los trámites que se establecen en el presente título». Por tanto, se impone una distinción fundamental:

(7) RÍOS SARMIENTO: *Legislación contencioso-administrativa*, Barcelona, 1957, página 232. Sin embargo, consideran que la norma es congruente con el propósito del legislador de evitar trabas a la normal tramitación de los procesos, TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA: *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1965, II, p. 845.

a) Incidentes que tengan señalada en la Ley una tramitación especial. En estos casos se acudirá a su regulación específica. La LJ se refiere a algunos incidentes especialmente (8).

b) Incidentes que no tengan señalada en la Ley una tramitación especial. Se aplicarán las normas contenidas en el título III del libro II, Lec, con las especialidades contenidas en la LJ. De aquí que sólo pueda plantearse una cuestión incidental en este proceso especial cuando la Ley no prevea otra tramitación.

El estudio de estas normas generales, en cuanto son aplicables al proceso administrativo, es el objeto del presente artículo.

II. REQUISITOS PROCESALES.

A) *Requisitos subjetivos.*

1. *Órgano jurisdiccional.*

a) Dada la naturaleza del proceso incidental—que tiende a facilitar el desarrollo de otro principal—, es lógica la regla general que atribuye su conocimiento al órgano jurisdiccional que conoce del proceso principal. El art. 8.º, párrafo 1, LJ (de modo análogo al artículo 55, Lec), dispone que «los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que fueren competentes para conocer de un asunto, la tendrán también para todas sus incidencias».

b) La misma regla rige cuando el proceso incidental versare sobre la «nulidad de actuaciones». Ahora bien, aun cuando tenga competencia para conocer del incidente de nulidad el mismo ór-

(8) Una enumeración de los mismos, en VILLAR Y ROMERO: *Comentarios a la nueva Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Madrid, 1957, pp. 81-85.

En S de 29 de septiembre de 1954 se desestima la demanda incidental deducida por la parte coadyuvante, en la que solicitaba la «nulidad de actuaciones», fundada en que no debió tramitarse el recurso contencioso-administrativo por haber sido interpuesto fuera de plazo. Se basa la sentencia en que la petición «no se había deducido en la forma procesal correspondiente», pues la «prescripción de la acción» es una de las «excepciones» que se pueden alegar por el demandado en el proceso principal.

gano jurisdiccional que conoce del proceso principal, varía su composición. Según el artículo 128, LJ, hay que tener en cuenta las normas siguientes (9):

a') Si se trata de una Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial, conocerá del incidente la propia Sala, «completada con el Presidente de la Audiencia y el Magistrado más antiguo de la Sala de lo civil» (art. 128, párrafo 1, LJ).

b') Si se trata de una de las Salas del Tribunal Supremo, conocerá del incidente la misma Sala, «constituida según lo dispuesto en el artículo 16, párrafo 5, apartado a)» (art. 128, párrafo 2, LJ), es decir, integrada por el «Presidente de la Sala y seis Magistrados».

2. Partes.

Serán partes en el proceso incidental las mismas que lo son en el proceso principal. Su legitimación viene dada en función de la cuestión incidental planteada, de tal modo que puede haber una inversión en su posición procesal y actuar en el proceso incidental como demandante la que es demandada en el principal, y como demandada la que en éste es demandante. Por ejemplo, en un incidente de nulidad de actuaciones porque el demandante presentó el escrito de demanda sin firma de abogado, será demandante el que es demandado en el proceso principal.

B) Requisitos objetivos.

Para que, según el artículo 742, Lec, pueda deducirse una pretensión incidental, es necesario que se dé alguna de las circunstancias siguientes: que tenga relación inmediata con la deducida en el proceso principal o que se refiera a la validez del procedimiento. Ya lo exigía el artículo 173 del derogado Reglamento de lo contencioso, al recoger el contenido del artículo 742, Lec, y el mismo había insistido alguna decisión jurisprudencial, como el A

(9) ALVAREZ GENDÍN: *Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1960, p. 183; PÉRA VERDAGUER: *Cómentaris a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1962, pp. 378-379

de 4 de junio de 1936, al afirmar que para que una cuestión se califique de incidente debe «tener relación inmediata con el asunto principal que sea objeto del litigio, o con la validez del procedimiento». Esto es, se exige que el objeto del proceso incidental sea un incidente en el sentido técnico de la palabra, lo que implica que se trate de una cuestión que se relacione con el tema básico del litigio, sin formar parte integrante de él, y que imponga, por naturaleza, una resolución desligada, por lo menos conceptualmente, de la decisión que recaiga sobre el ámbito normal del litigio. La jurisprudencia, a veces, al referirse a la conexión que debe existir con la cuestión principal, emplea expresiones equívocas, como en la S de 12 de abril de 1956, al decir que como los «incidentes» (de *incidere*, interrumpir, surgir en medio, *quia incidunt inare de quae agitur*) «constituyen verdaderos episodios del debate, son cuestiones accesorias que sobrevienen o surgen durante el curso del proceso, su conceptualización más sintética y acertada fué la dada por los comentaristas de las Decretales de Gregorio IX, que las definían como 'cuestión accesoria que tiene su origen dentro del juicio', concepto que informó el espíritu de la modificación que la Ley procesal civil de 1855 sufrió al ser redactada en su nuevo texto aún vigente de 3 de febrero de 1881, al exigir en su artículo 742 la relación inmediata entre la cuestión incidental y la fundamental del litigio, en lugar de la relación 'más o menos inmediata' que bastaba, según el texto del artículo 338 de la Ley procesal civil mencionada de 1855, cuyo texto de la vigente Ley de procedimientos civiles, específicamente citado, fué transcrito en el artículo 52 de la Ley de lo contencioso-administrativo de 8 de febrero de 1952».

1. *Conexión con la cuestión principal.*

Es necesario, por tanto, que la cuestión incidental, aun siendo diferente, de modo que no llegue a confundirse con ella, presente puntos de contacto con la principal. Esta relación puede afectar: al proceso o al fondo.

a) Puede, en primer lugar, existir relación con las cuestiones procesales: sujetos (órgano jurisdiccional y partes), objeto, pro-

cedimiento y actos. Cuando se refiere a la validez de los actos procesales, lo que constituye el supuesto más frecuente, el proceso ofrece ciertas especialidades (10).

b) Puede, en segundo lugar, existir relación con la cuestión de fondo.

Tanto en uno como en otro caso, es necesario que no exista confusión entre la cuestión incidental y la principal; que aquella, aun relacionada con ésta, mantenga su autonomía.

2. *Que exija tratamiento procesal específico.*

Para que pueda hablarse de cuestión incidental no basta que tenga relación con la que constituye el objeto del proceso principal. Es necesario que exija un tratamiento procesal específico, especialmente una resolución del órgano jurisdiccional, previa y distinta de la principal, aunque sólo sea idealmente (11). De aquí que—como dice una S de 9 de noviembre de 1959—el incidente previsto en los artículos 126 y ss. no puede reputarse adecuado ni es admisible, cuando es considerada y resulta la pretendida cuestión incidental en la sentencia que pone fin al pleito.

a) En las cuestiones que surjan en un proceso y se refieran a los problemas procesales del mismo, normalmente se darán aquellos requisitos exigidos para que pueda hablarse de incidente. Porque los problemas procesales tienen, por su propia naturaleza, carácter previo; deben ser examinados y decididos con carácter previo a las cuestiones de fondo. De aquí que si, en un proceso determinado, surge alguna anomalía referente a alguno de los puntos del proceso, la cuestión exige un tratamiento previo a los planteados en el proceso. Ahora bien, si en todo caso los problemas procesales requieren una resolución previa a la principal, no siempre dan lugar a un proceso diferenciado y distinto. Existen casos en que, aun existiendo cuestión incidental, no surge proceso in-

(10) Resulta obvio que no puede constituir «cuestión incidental» la nulidad de actuaciones del «procedimiento administrativo», pues para que pueda hablarse de «cuestión incidental» es necesario que surja «directa o indirectamente en el procedimiento contencioso-administrativo» (A de 12 de abril de 1956).

(11) GUASP: *Derecho procesal civil*, cit., p. 542.

cidental, porque aquélla se decide en el proceso normal mismo en que ha surgido, en el que se regula un trámite diferenciado para ello.

b) En orden al fondo del proceso también puede surgir alguna cuestión incidental. Hay que reconocer, sin embargo, que ello no es frecuente. Porque si la cuestión incidental debe ser de tal naturaleza que influya decisivamente en el pronunciamiento que ha de poner término al proceso principal, dentro del proceso administrativo, cuyo objeto es siempre una pretensión deducida en relación de un acto administrativo o de una disposición de categoría inferior a la Ley, es sumamente difícil que surja una cuestión anómala que reúna aquellas características. Las cuestiones anormales que en el mismo pueden surgir, o derivan del acto o disposición que son objeto de la pretensión deducida, en cuyo caso pueden y deben ser examinadas en el mismo proceso principal, o no derivan del acto o disposición, en cuyo caso, en aplicación del principio de la decisión previa, no pueden ser planteadas sin que antes la Administración pública se haya pronunciado sobre ellas.

C) *Requisitos de la actividad.*

En principio, el proceso incidental no ofrece otra especialidad en cuanto a los requisitos de la actividad que la de que debe incoarse durante la tramitación del proceso principal: no podrá deducirse la demanda incidental cuando aún no ha nacido el proceso principal o cuando éste ha terminado—por sentencia o por alguno de los modos anormales de terminación—. El planteamiento de la cuestión incidental es posible, «tanto en primera instancia como en grado de apelación, y asimismo en un recurso de revisión, como expresamente viene a admitirse en cuanto a los incidentes de nulidad de actuaciones en el artículo 128» (12). Pero cuando se trata de la nulidad de actuaciones, surgen especialidades importantes en orden a los requisitos de la actividad: principalmente la exigencia de la petición de subsanación (lo que constituye un presupuesto en sentido técnico) y el plazo dentro del cual debe incoarse.

(12) PERA VERDAGUER: *Comentarios*, cit., p. 382.

1. *Petición de subsanación.*

Ya la Ley anterior, al regular el llamado recurso de nulidad, exigía como requisito previo la petición de subsanación (13). Y la LJ, en su artículo 128, exige que la parte pida la subsanación de la falta. El régimen jurídico de este presupuesto procesal es el siguiente:

a) *Requisitos.*

a') En cuanto al órgano jurisdiccional, deberá solicitarse ante el mismo órgano jurisdiccional que conozca del proceso principal, que decidirá acerca de la misma con su composición normal y no con la especial que prevé el artículo 128, LJ, para el caso de que llegue a plantearse el incidente de nulidad de actuaciones.

b') En cuanto al objeto, consiste, sencillamente, en la petición de subsanar la falta cometida y que da lugar a la nulidad de actuaciones (verbigracia, la citación de una parte para la vista).

c') La LJ no señala plazo a esta petición de subsanación, a diferencia de la Ley anterior, que establecía un plazo de diez días, contados desde aquel en que se cometió la falta (art. 74, párrafo 1) (14). Al no establecer un plazo especial, es indudable que, según el Derecho vigente, se podrá pedir la subsanación en cualquier momento, en tanto se tramita el proceso principal.

b) *Procedimiento.*

a') Presentada la petición de subsanación, debe oírse a las demás partes, al menos cuando se trata de una infracción cometida por una de ellas. Así lo impone el principio general contenido en el

(13) GONZÁLEZ PÉREZ: *La sentencia administrativa. Su impugnación y efectos*, Madrid, 1954, pp. 154-156. Como dice un A de 8 de octubre de 1946, «es indispensable que se pida la subsanación de la falta».

(14) Como decía un A de 15 de marzo de 1922, hay que pedir la subsanación de la falta dentro del plazo de diez días.

artículo 129, L.J. Porque si en la nueva Ley las partes pueden subsanar cualquier defecto susceptible de ello en que hubieren podido incurrir, en el plazo de diez días, es indudable que cuando la infracción sea imputable a una parte, debe dársele traslado para hacer posible la subsanación en aquel plazo. Y en los demás casos, en que no se trate de falta imputable a las partes, también deberá oírseles, en aplicación del principio de contradicción, concediéndolas al efecto un plazo que fijará discrecionalmente el órgano jurisdiccional.

b') El Tribunal, al resolver acerca de la petición de subsanación —lo que hará en forma de auto—, podrá acordar la subsanación o no de la falta. En el supuesto de que deniegue la subsanación, quedará abierta la posibilidad de promover incidente de nulidad de actuaciones.

2. Plazo.

El plazo dentro del cual debe promoverse el incidente de nulidad de actuaciones es el de cinco días, a contar desde el siguiente al de la denegación de subsanación. El régimen de este plazo es el común de los plazos, que vienen dados por días (15).

Parece evidente, pues, que una vez terminado el proceso, no cabe pedir la subsanación, ni, por tanto, denegada ésta, incoar el proceso incidental. Así lo ha entendido la doctrina, de acuerdo con la jurisprudencia civil. Por ejemplo, PERA VERDAGUER afirma: «Denegada la subsanación, tiene la parte cinco días para promover el incidente sobre nulidad de actuaciones, incidente que con invocación de la sentencia de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1909 y A de 13 de junio de 1947, estimamos que sólo podrá promoverse durante el curso del proceso en que la falta se haya cometido, pero no una vez que hayan terminado los mismos» (16). No obstante, la jurisprudencia de nuestras Salas de lo contencioso-administrativo no lo ha entendido así y viene admitiendo que se plantee el incidente de nulidad de actua-

(15) GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, tomo II, pp. 463-469.

(16) *Comentarios*, cit., p. 384.

ciones después de terminado el proceso por sentencia. Así, en S de 14 de diciembre de 1965 (ponente: SILVA MELERO), que se plantea con carácter general la teoría de la invalidez de los actos procesales, afirma: «La validez de los actos procesales aparece determinada según la jurisprudencia por la concurrencia de las condiciones que por exigencia legal hacen realidad su eficacia, y la nulidad, por consiguiente, se produce cuando el acto aparece viciado esencialmente para emplear la terminología legal, lo cual no contradice que con carácter general la sentencia firme subsane los vicios procesales, siempre que se trate de actos anulables, con posibilidad de convalidación o subsanación, lo cual no acontece en aquellos supuestos en que el requisito omitido se reputa fundamental, o como se dice en la S de 27 de noviembre de 1912, cuando el procedimiento aparezca en abierta oposición a la Ley, siendo de tener en cuenta que el Ordenamiento jurídico, en su conjunto, proclama que los actos absolutamente nulos no pueden producir efectos jurídicos». En análogo sentido, un A de la Sala 4.ª de 3 de diciembre de 1965, en su único Considerando, sentó la siguiente doctrina: «Que la diligencia de vista se extendió sin duda alguna correctamente, pues designarse en ella como componentes del Tribunal sentenciador a quienes en verdad lo fueron y por corresponderles aquel día, según se acredita mediante el libro de señalamientos que el Presidente de la Sala lleva, el anuncio que del acordado para el 2 de octubre último firmó el Vicesecretario de Gobierno, el respectivo certificado sobre composición de la Sala que el Presidente de ésta autoriza cada día en que ella actúa y el consiguiente asiento practicado después por el Secretario de Gobierno en el libro de «Asistencias», todo ello aparte de que, al fallarse el asunto, previa celebración de vista, los mismos letrados actuantes en ella no pudieron menos de ver que componían la Sala aquellos señores cuyos nombres figuran en la diligencia de vista, los cuales fueron quienes seguidamente a ésta deliberaron y votaron, sentado lo cual dedúcese que las anomalías antes expuestas, por muy lamentables que ellas sean, en nada afectan al contenido de la sentencia, la cual conserva su plena validez, tratándose tan sólo de equivocaciones materiales de Secretaría y por ello subsanables».

III. PROCEDIMIENTO.

A) *Fase de alegaciones.*1. *Demanda incidental.*

a) *Requisitos.*—El proceso se inicia con la presentación del «escrito en que se promueva el incidente» a que se refiere el artículo 747, número 1, Lec. Como la Ley no exige ningún requisito especial, ni remite a las normas del llamado «escrito de demanda» ordinario, bastará que en él se delimite con claridad y precisión la cuestión incidental que se plantee.

b) *Efectos.*

a') Presentado el escrito, el órgano jurisdiccional, de oficio, declarará su inadmisibilidad cuando no se den los requisitos exigidos por el artículo 742, Lec, mediante providencia, contra la que procederá recurso de súplica, y si hubiere sido dictada por una Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial, contra la desestimación del recurso de súplica, el de apelación. Pero siempre la parte que hubiere promovido el incidente podrá deducir la misma pretensión en proceso independiente (artículo 743, Lec).

b') Admitido el escrito, como en el proceso administrativo no se suspende el curso del proceso principal (art. 126, LJ) (17); siempre se formará pieza separada a costa de «la parte que haya promovido el incidente», que contendrá (art. 747, Lec):

(17) Algunos autores—así, ALVAREZ GENDÍN y PERA VERDAGUER—consideran que en algún caso concreto la interpretación de la cuestión incidental ha de determinar la suspensión del curso de los autos principales, como en el incidente de pobreza del demandante, en relación con la obligación de pago que impone el artículo 57, párrafo 2, e), LJ. Mas lo cierto es que no hay razón para suspender el curso de los autos, sino que el demandante, por la simple incoación del incidente de pobreza, vendrá dispensado de presentar aquel documento.

«1.º El escrito original en que se promueva el incidente, o testimonio del mismo y de la providencia en la parte necesaria, si aquél contiene otras pretensiones.»

2.º Los documentos originales relativos al incidente que se hayan presentado con dicho escrito.

3.º Testimonio de los particulares que con referencia a los autos principales designe la parte que promueva el incidente, incluyendo también en él los que la contraria solicite que se adicionen, si el Juez los estima pertinentes».

2. Contestación.

El régimen jurídico de la contestación a la demanda incidental es el siguiente (art. 749, Lec):

a) Deberán contestar la demanda las partes personadas en el proceso principal que no hubieren promovido el incidente.

b) El objeto de la contestación debe referirse «concretamente» a «la cuestión incidental».

c) El plazo para contestar a la demanda será de seis días para cada una de las partes cuando fueren más de una.

B) Fase de prueba.

1. Recibimiento del proceso a prueba.

Se seguirán las reglas generales. Por eso se ha afirmado la necesidad de que la petición del recibimiento a prueba se haga por otrosí en los escritos de demanda y contestación (art. 750, Lec) en el que se expresarán los hechos sobre los que ha de recaer la prueba. En este sentido, un A. de 25 de abril de 1950: (18).

(18) Cfr. *Derecho procesal administrativo*, cit. tomo II, pp. 576-582.

2. *Proposición y práctica.*

Para la proposición y práctica de la prueba el Tribunal concederá un plazo común, que no podrá bajar de diez días ni exceder de veinte (art. 753, Lec), si bien podrá otorgarse el plazo extraordinario de prueba, según el artículo 754, Lec.

C) *Fase de conclusiones.*

1. *Vista.*

a) Si no se hubiere recibido el proceso a prueba (art. 751, Lec), o si, recibido a prueba, hubiere transcurrido el plazo para ello, el Tribunal acordará, además de la unión de las pruebas practicadas a los autos, en este último caso (art. 755, Lec), traer a la vista los autos para sentencia con citación de las partes.

b) Dentro de los dos días siguientes al de la citación, las partes podrán solicitar la celebración de vista (art. 756, Lec). Dada la mayor aplicación del principio inquisitivo en el proceso administrativo, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 76, LJ, y entender que la vista tendrá lugar «cuando lo pidan las dos partes o el Tribunal lo estime necesario».

c) Acordada la celebración de vista, se pondrán las pruebas de manifiesto a las partes para instrucción por el plazo que medie desde el señalamiento hasta el día de la vista (art. 757, Lec). En la vista—que se celebrará según las reglas del proceso ordinario—se «oír a los defensores de las partes, si se presentaren».

2. *Sentencia:* El Tribunal dictará sentencia en el plazo de cinco días, contado desde aquel en que tuvo lugar la vista, o desde que transcurrieron los dos días siguientes al de la citación, cuando no se acordó la

celebración de vista (art. 758, Lec) (19). Según el artículo 759, Lec, cuando el proceso incidental se haya promovido como consecuencia del proceso seguido ante una Audiencia Territorial o ante el Tribunal Supremo, «la sentencia que en ellos recaiga será suplicable para ante la misma Sala». Aun cuando el «recurso de súplica» se haya establecido como recurso ordinario contra providencias y autos (art. 92, LJ), no ofrece duda que, por disposición expresa del artículo 759, Lec, cuando el proceso incidental se decida por sentencia, es admisible contra la misma recurso de súplica, al que se aplicarán las reglas comunes.

IV. EFECTOS.

A) *Efectos jurídicos.*

El criterio dominante en nuestro Derecho es que las sentencias dictadas en un proceso incidental no producen los efectos propios de la cosa juzgada; el fallo no impide que en otro proceso se plantee la misma cuestión entre las mismas partes. Porque para lograr los efectos propios de la cosa juzgada, la pretensión ha de deducirse en un proceso principal independiente. Como afirma GUASP, reaccionando contra esta posición, «no sería ilógico que la decisión de la cuestión incidental no se limitara al mero efecto preclusivo de su indiscutibilidad en el proceso en que se dicta, sino que se hiciera inatacable de todas formas, impidiendo la apertura de un nuevo litigio, ya que el Juez no decide *incidenter tantum*, sino emitiendo una verdadera decisión incidental» (20).

(19) Dice PERA VERDAGUER: «No vemos inconveniente en que sean finalizados por auto, y nos basamos para hacer esta afirmación en que era la solución que se aceptaba en la legislación precedente, poniendo en relación el artículo 185 del Reglamento de 1894 con el artículo 127, del mismo... Ello se infiere también claramente de los preceptos del artículo 131-1, cuando indica 'al resolver por auto... los incidentes', así como del artículo 132-2, que se refiere a 'la denegación de la pobreza por auto'; cfr. *Comentarios*, cit., p. 381.

(20) GUASP: *Derecho procesal civil*, cit., pp. 1.339-1.340.

B) *Efectos económicos.*

Al no existir ninguna regla especial, se aplicarán las normas comunes sobre el régimen de las costas y beneficio de pobreza. Por tanto, según el artículo 131, LJ, las Salas de lo contencioso-administrativo, al dictar sentencia o al resolver por auto los incidentes que ante la misma se promovieron, impondrán las costas a la parte que sostuviere su acción con mala fe o temeridad. Y en S de 29 de septiembre de 1954 se imponen las costas al coadyuvante que promovió un incidente con notoria temeridad.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ,
Catedrático de Derecho Administrativo.

III. Resoluciones y sentencias

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

SEGREGACIÓN PARA FORMAR FINCA NUEVA.—APARECIENDO EN LA ESCRITURA LA DESCRIPCIÓN COMPLETA DE ESTA ENTIDAD CREADA, LA PARTE DE EXTENSIÓN SEGREGADA DE LA FINCA MATRIZ, ASÍ COMO LA EXPRESIÓN DEL LINDERO DE ESTA ÚLTIMA POR DONDE SE EFECTUÓ LA SEGREGACIÓN, ES INSCRIBIBLE AQUÉLLA, O SEA, LA ESCRITURA CALIFICADA.

Resolución de 23 de octubre de 1965 («B. O.» de 3 de noviembre de igual año).

Según escritura otorgada en Vigo el 17 de abril de 1963, don J. P. P., representado por don V., vendió a «Galaica de Materiales de Construcción, S. A.», representada por don V. S., un terreno o solar, denominado «La Caeyra», sito en la parroquia de Poyo, Municipio del mismo nombre, provincia de Pontevedra, de la extensión superficial de dieciséis mil trescientos sesenta y dos metros cuadrados, que linda al Sur, en línea de cinco metros setenta centímetros, con puente del ferrocarril y terrenos de vía férrea; Norte, en una longitud de ciento veinte metros sesenta centímetros, con terrenos del Estado, ramo de guerra, destinado a Base del Parque y Talleres de Automovilismo del Ejército; Oeste, en línea de doscientos setenta y cuatro metros con cuarenta centímetros, con terrenos de la RENFE, y Este, en una longitud de

doscientos cuarenta y siete metros y diez centímetros, con el río Lárez»; para mejor identificación de la finca descrita, se acompañó por duplicado plano de la misma en que estaba delimitada en trazos rojos, uno de cuyos ejemplares se uniría a la copia de la escritura destinada al Registro de la Propiedad; la finca vendida se segregaba de otra mayor, previamente inscrita, y cuya descripción registral se recogía; en la escritura se hacía constar que «después de realizada la segregación de referencia, que se llevó a efecto hacia el lindero Este, la finca matriz quedó reducida a la superficie correspondiente»; y la cláusula tercera de la escritura establece que «ambos otorgantes, según intervienen, hacen constar que, en previsión de que en el futuro llegara a suprimirse la actual explotación del Servicio del Ferrocarril de la RENFE, que corre al Oeste de la finca objeto de este documento, y que separa del resto de la finca matriz, que se reserva el señor P. P., y en su consecuencia quedaran colindantes ambos predios, se obliga y compromete el vendedor, don J. P. P., a facilitar gratuitamente una entrada o camino permanente de seis metros de anchura que desde el paso nivel del ferrocarril y a través del terreno que actualmente pertenece a la RENFE penetre por el ángulo Noroeste de la finca adquirida por «Galaica de Materiales de Construcción, S. A.» en la presente escritura».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fué calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del documento que antecede por observarse los siguientes defectos:

Primero. Expresarse equivocadamente la situación de la finca matriz y la de la porción segregada de la misma, por no haberse tenido en cuenta la línea de demarcación actual que separa los términos municipales de Poyo y Pontevedra y el límite de la parroquia de San Salvador, enclavada en el territorio del primero de dichos Municipios.

Segundo. No expresarse con exactitud el lindero Este, que por virtud de la segregación corresponde en lo sucesivo al resto de la finca matriz.

Tercero. Contener la escritura en su cláusula tercera una estipulación que no puede tener acceso al Registro, por no ser ins-

cribible a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.º del vigente Reglamento Hipotecario, defecto éste, sin embargo, que no impide la inscripción si el interesado o representante manifiesta la conformidad a que hace referencia el párrafo segundo del artículo 434 del aludido Reglamento.

Estimándose subsanables los indicados defectos, no se extiende anotación preventiva por no haberse solicitado.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura calificada y habida cuenta que de los tres defectos señalados en la nota solamente procedía examinar el segundo, dado que el Registrador se conformó con la decisión del auto presidencial acerca del primero, en cuyo auto fué rechazado, y que el Notario autorizante no recurrió respecto al señalado en tercer lugar, la Dirección revoca el repetido auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio del segundo de los defectos apuntados, siendo, por tanto, inscribible la escritura, salvo, es de rigor añadir, en lo referente a la cláusula obligacional señalada en el tercero de los puntos de la nota calificadora, en méritos de la ajustada doctrina siguiente:

Que el principio de especialidad, uno de los fundamentales de nuestro sistema inmobiliario, exige que la finca, por ser el elemento básico sobre la que se centran todos los derechos inscribibles, sea descrita con arreglo a las prescripciones legales, a fin de que pueda ser identificada con toda precisión, y por ello, los artículos 9.º de la Ley Hipotecaria y 51, apartados 2.º y 3.º de su Reglamento, establecen que las inscripciones se practicarán expresando la situación, linderos, medida superficial y demás circunstancias que contribuyen a la identificación del inmueble;

Que igual prescripción aparece reflejada en los artículos 170 y 171 del Reglamento notarial, al ordenar al Notario que cuide de expresar con la mayor exactitud posible las circunstancias y requisitos imprescindibles o necesarios para realizar la inscripción y que procure rectificar los datos que estuviesen equivocados o hubieran sufrido variación por el transcurso del tiempo, para lo cual aceptará las afirmaciones de los otorgantes o lo que re-

sulte de los documentos facilitados por los mismos, pues de esta forma se logrará que estén siempre de acuerdo los libros del Registro y la realidad jurídica;

Que al practicarse una segregación de un inmueble los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario también establecen la necesidad de una descripción completa de la porción segregada que va a constituir una nueva finca independiente, para su fácil identificación, y lo mismo en cuanto a la finca matriz, cuya descripción se exige «cuando fuere posible», para lograr esa finalidad y concordar la nueva situación resultante con las inscripciones registrales, mas como a veces la descripción de ese resto no es posible, o incluso de verificarse, caso de realizarse varias segregaciones separadas, los resultados obtenidos no sólo estarían en contradicción con la situación real, sino que oscurecerían y perturbarían la limpieza y claridad que deben tener los asientos del Registro, los propios artículos 47 y 50 prescriben que, en lugar de describir la porción restante, se haga constar solamente la modificación en la extensión y el lindero o linderos por donde se haya efectuado la segregación, circunstancias que aparecen claramente determinadas en la escritura calificada, que contiene la descripción completa de la nueva finca creada, la parte de extensión segregada de la finca matriz y el lindero Este del inmueble, por donde se efectuó la segregación.

REGISTRO MERCANTIL.—SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.—ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE ESTA CLASE DE SOCIEDADES, EN QUE SE DISPENSA A LOS ADMINISTRADORES NOMBRADOS DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 12, PÁRRAFO SEGUNDO DE SU LEY ESPECIAL, DE NO PODERSE DEDICAR POR CUENTA PROPIA O AJENA AL MISMO GÉNERO DE COMERCIO QUE CONSTITUYE EL OBJETO DE LA COMPAÑÍA.

Resolución de 5 de noviembre de 1965 («B. O.» de 19 de igual mes y año).

El 1 de febrero de 1964, se constituyó en Barcelona la Compañía Mercantil «Reverca, S. L.», según escritura autorizada por el No-

tario recurrente, y en cuyo otorgamiento III se decía: «Nombramientos de administradores.—Quedan nombrados administradores de la Sociedad con arreglo y con las facultades del artículo 5.º de los Estatutos sociales, el socio don J. C. M. y don L. C. M., español, mayor de edad, casado, Abogado y de esta vecindad (calle Monterolas, 9, primero, segundo). Se les dispensa de la incompatibilidad establecida en el párrafo último del artículo 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.»

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del presente documento por cuanto la dispensa contenida en el otorgamiento III del mismo infringe lo establecido en el último párrafo del artículo 12 de la Ley de 17 de julio de 1953, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada. No procede anotación de suspensión.»

Interpuesto recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo por don Diego Pombo Somoza, Notario autorizante de la escritura, la Dirección revoca la nota y acuerdo del Registrador, mediante la doctrina siguiente:

Que los conflictos de intereses que pueden surgir entre un administrador y la Sociedad con ocasión del ejercicio de actividades idénticas aparecen reglamentados en las diferentes legislaciones con una variedad de fórmulas que van desde la simple obligación del administrador de comunicarlo a los restantes miembros del Consejo, para que se dé cuenta del acuerdo tomado en la primera Junta general que se celebre, y éstas son las más, hasta aquellas otras que, con un mayor rigor, exigen el consentimiento de la propia Junta o prohíben tales actos, e imponen a veces incluso la incompatibilidad y consiguiente cese en el cargo de quien se encuentra en estas condiciones:

Que en nuestro Derecho la prohibición establecida en el citado artículo 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada está en la línea de otras disposiciones dictadas para casos similares, como los artículos 136, 137 y 288 del Código de Comercio, así como el 83, 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, si bien en todos estos preceptos mencionados se autoriza que las personas

afectadas puedan realizar válidamente los actos prohibidos, siempre que la Sociedad preste su consentimiento o exista pacto especial que lo permita en el caso de las colectivas, o que lo autorice expresamente el principal cuando se trate de factores o, por último, mientras no haya acuerdo de la Junta General, a petición de cualquier socio, en las Sociedades Anónimas;

Que, a diferencia de los supuestos anteriores, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no suaviza la prohibición que contiene el artículo 12, al silenciar la posibilidad de que, mediante pacto social o por acuerdo de la Junta, puedan los administradores dedicarse al mismo género de comercio que el de la Sociedad, circunstancia muy de tener en cuenta, no ya sólo porque no se podía desconocer el régimen y sistema seguido en las otras Sociedades, sino también porque cuando la misma Ley ha querido permitir pacto o cláusulas distintos de los que en ella se contienen lo establece expresamente, como ocurre en los artículos 16, 18 y 21, y porque además la infracción de esa prohibición por el socio administrativo es causa incluso de disolución parcial de la Compañía, según prescribe el artículo 31, todo lo cual parece apoyar la tesis de que el precepto discutido tiene carácter imperativo y no cabe su renuncia, conforme al artículo 4.º del Código civil.

No obstante, esta interpretación, que tendría quizá en su favor el texto meramente literal de los preceptos legales, atendería a los propósitos del legislador, el cual, evidentemente, no ha pretendido dispensar a la Sociedad de Responsabilidad Limitada una injustificada tutela y protección en favor y defensa de intereses particulares, aun en contra de la voluntad de los mismos interesados, superior a la que han merecido las restantes Sociedades, y muy especialmente la Sociedad Anónima, cuando es así que en ésta el riesgo de maquinaciones fraudulentas y lesiones a la Compañía es más grave que en las Limitadas, generalmente de tipo familiar, y en las que la fiscalización es más sencilla y obvia;

Que el posible argumento del carácter imperativo del párrafo segundo del artículo 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, basado en el inciso final del artículo 4.º del Código civil, y atendiendo a la defensa de terceros, especialmente futuros acreedores sociales, no tiene solidez alguna si se tiene en cuenta,

como ya antes se dijo, que los artículos 136, 137, 138 y 288 del Código de Comercio permiten expresamente el pacto en contrario, y el artículo 83 de la Ley de Sociedades Anónimas, al exigir acuerdo de la Junta general, a petición de cualquier socio, para que cesen en su cargo los administradores, ya que no se concibe que los posibles acreedores de las Sociedades de Responsabilidad Limitada merezcan mayor protección que los de los restantes tipos de Sociedades y comerciantes individuales;

En fin, que, según se deduce claramente de la disposición final primera de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, aun dictada para un supuesto especial, es el Código de Comercio texto supletorio de carácter general, lo que viene a reafirmar el sentido no imperativo del artículo 12 de la misma y a completarlo, toda vez que el artículo 283 declara de aplicación al Gerente de una empresa o establecimiento mercantil las disposiciones sobre factores, y el 288 citado, que sienta con carácter general el mismo principio de que estas personas no podrán traficar por su cuenta particular ni interesarse en nombre propio ni ajeno en negociaciones del mismo género, dispone terminantemente que tal prohibición existirá, «a menos que se les autorice expresamente para ello».

* * *

Don Federico de Castro, al referirse a la cuestión práctica que para el intérprete han de tener los trabajos preparatorios a la redacción de las leyes (la labor de las Comisiones codificadoras, leyes de bases y *exposiciones de motivos*), por lo que afecta particularmente a éstas, expresa que llevan la autoridad de haberla redactado alguien que intervino o conoció de cerca la *intimidad de la obra legislativa*, además de la de su propia autoridad personal y científica; y como remache o contera a éste aserto trae a colación (nota 4) las siguientes palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1943: «para fijar el sentido y alcance de una Ley no hay fuente de interpretación más directa que la procurada por su *exposición de motivos* (*Derecho civil de España*, Parte general, tomo I, pág. 472).

Pues bien: como adujo en su sereno y razonado dictamen el

Registrador, expresándose en la exposición de Motivos de la Ley sobre el régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, que «si la prohibición de ejercer el mismo género de comercio que la Sociedad de Responsabilidad Limitada parecía excesiva para imponerla a los socios en general, no así, en cambio, en relación con los administradores *que tienen en su mano los sacretos y la confianza de aquéllos*», éste principio había de ser desenvuelto y plasmar en el articulado de la Ley, cual se efectuó en el 12, 2.º de ella. Y esto resulta plenamente ratificado por la reciente Sentencia del 14 de octubre de 1965, en su tercer Considerando *in fine* (ver pág. 1.587 esta REVISTA, de dicho año).

Se argumenta, muy bien, por cierto, por nuestro Centro directivo que el precepto, en relación con el inciso final del artículo 4.º del Código civil, no tiene solidez alguna si se le quiere atribuir carácter imperativo; y ello habida cuenta otras disposiciones del Código de Comercio, Ley de Anónimas, etc., cuando expresa, en fin, y a ellos nos remitimos en sus Considerandos.

¿Pero no son principios analógicos los que se esgrimen mejor que de auténtica, concreta, disposición encarnada en la Ley específica que rige la materia?

En un apartado anterior al copiado de la citada exposición de Motivos se dice que—contrariamente al rigor de la Ley de Anónimas—la presente Ley (o sea la de Limitadas) está inspirada en principios de gran elasticidad, para permitir a los interesados hacer uso, en amplia medida, de la libertad de pactos, *siempre que ésta no se traduzca en una violación directa o indirecta de los postulados esenciales del tipo de Sociedad que ahora se regula*.

Compárese lo expuesto con lo expresado por el mismo Centro rector en el tercero de los Considerandos arriba copiados y acaso pudiéramos considerarnos eximidos de añadir todo otro comentario.

Pero es que en el mismo sentido que la nota del Registrador está la opinión; para nosotros valiosísima, de nuestro inolvidable compañero Valeriano de Tena, cuando tras varios razonamientos que omitimos, en honor a la brevedad, expresó: «y ya que de limitaciones se habla ahora, tráigase aquí la contenida en el artículo 12 de la Ley, *prohibitivo* de que los administradores de la Sociedad Limi-

tada pueden dedicarse, mientras lo son, a ejercer por cuenta propia o ajena al mismo género de comercio que constituya al objeto de la Sociedad» (*El proceso fundacional...*, pág. 250 de esta REVISTA, año 1954). Añadiendo al final de su trabajo como un caso de contradicción que puede darse entre las reglas sociales y la Ley este que regula el artículo 12, 2.º, de la misma «imperativamente prohibitivo» (pág. 784, ob. cit.).

Y autor tan ponderado como Uria, al comentar el precepto: artículo 12, 2.º, LRL, si bien, con toda razón, dice ser una regla inspirada en los artículos 136 y 137 del Código de Comercio, que encuentra su razón de ser en el evidente conflicto de intereses que se produciría si el administrador, por cuenta propia o ajena, se dedicase al mismo comercio de la Sociedad, tan sólo exceptúa que la prohibición deba tomarse en sentido tan amplio que comprenda cualquier posible operación aislada, pues cuando la Ley dice «no podrá dedicarse» parece pensar en una realización habitual o duradera del mismo comercio o industria que la Sociedad (*Derecho Mercantil*, pág. 340).

Por tanto—agregamos nosotros—, no parece haber pensado siquiera el ilustre Profesor que tal prohibición se pueda dejar inoperante en el contrato social mediante pacto.

Por último, esa meridiana deducción que extrae nuestro Centro de la Disposición final primera de la Ley de Limitadas, en el postrero de sus Considerandos, con toda sinceridad y respeto, creemos es argumento que puede esgrimirse de contrario, pues al no tratarse de Sociedades «de ese supuesto especial», como advierte el mismo Centro, las restantes—cual la del caso que nos ocupa—estarán *imperativamente* sujetas a las normas de la Ley especial, sin que quepan, por tanto, pactos o convenciones que por *analogías* las debelen

REGISTRO MERCANTIL.—EL PACTO ESTABLECIDO EN ESCRITURA DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA CONSTITUÍDA CON ANTERIORIDAD A LA PROMULGACIÓN DE LA LEY ESPECIAL Y ADAPTADA A ÉSTA, POR EL CUAL SE RESERVABA UN SOCIO, PARA UN CASO CONCRETO, LA TRANSMISIÓN DE SUS PARTICIPACIONES SOCIALES, ES VÁLIDO E INSCRIBIBLE, EN CONSECUENCIA, LA ESCRITURA DE TRANSMISIÓN DE AQUÉLLAS, PORQUE TAL RESERVA NO ESTÁ EN OPOSICIÓN CON EL ARTÍCULO 20 DE LA ALUDIDA LEY, PUES AL NO FORMAR PARTE DE LOS ESTATUTOS, SINO DEL CONTRATO SOCIAL, ES FUNDACIONAL Y OBLIGA, Y SIGUE OBLIGANDO, A TODOS LOS CONTRATANTES, MIENTRAS NO SEA FORMALMENTE REVOCADO, Y ADEMÁS PORQUE CONTINUANDO DICHA CLÁUSULA INSCRITA EN EL REGISTRO, SURTE TODOS SUS EFECTOS Y ESTÁ BAJO LA SALVAGUARDIA DE LOS TRIBUNALES, MIENTRAS NO SE CANCELE O SE INSCRIBA LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE SU INEXACTITUD O NULIDAD.

Resolución de 15 de diciembre de 1965 («B. O.» de 4 de enero de 1966).

Por escritura autorizada el 7 de mayo de 1948 se constituyó la Sociedad Mercantil de Responsabilidad Limitada «Ramón Pose e Hijos», que utilizaría el nombre comercial de «La Marisqueira, Sociedad Limitada»; en el artículo 8.º de los Estatutos sociales se estableció que ningún socio podría transmitir sus participaciones en la Sociedad sin autorización expresa y escrita de los demás a persona ajena a la misma; en la cláusula cuarta de la escritura se determinó que, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 8.º, estatutario el socio don R. P. R. podrá transmitir sus participaciones cuando estime oportuno a su hijo don A. P. C., con exclusión de cualquiera otra persona. En 4 de diciembre de 1953, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, se adaptaron los Estatutos a dicha Ley, y con objeto de evitar confusiones, los comparecientes de la escritura acordaron redactar nuevamente los citados Estatutos, en los cuales su artículo 10, sustitutivo del anterior 8.º, dice lo siguiente: «El socio que desee transmitir *inter vivos* su participación o participaciones sociales a persona extraña a la Sociedad deberá comunicarlo por

escrito dirigido a los administradores, quienes lo notificarán a los socios en el plazo de quince días. Los socios podrán optar a la compra dentro de los treinta días siguientes a la notificación, y si son varios los que deseen adquirir la participación o participaciones se distribuirá entre todos ellos, a prorrata de sus respectivas partes sociales o en la proporción que de común acuerdo convengan. En el caso de que ningún socio ejecute el derecho de tanteo podrá la Sociedad adquirir esas participaciones en el plazo de otros treinta días, para ser amortizadas, previa reducción del capital social, con arreglo a las normas del artículo 19 de la Ley (debe ser el 20). Transcurrido este último plazo, el socio quedará en libertad de transmitir sus participaciones sociales en la forma y modo que tenga por conveniente. Para el ejercicio del derecho de tanteo que se concede en este artículo, el precio de venta se fijará de acuerdo con el balance y liquidación resultante en el fin del trimestre natural inmediato a la fecha en que se convenga la cesión. La transmisión de participaciones sociales se formalizará en escritura pública; que se inscribirá en el Registro Mercantil.» El 29 de abril de 1963 don R. P. R. y su hijo don A. P. C. requirieron al Notario don Manuel Otero Peón para que hiciese saber a los otros socios y administradores de la Compañía, don M. y don A. P. C., también hijos del primero, haber decidido la transmisión a don A. de treinta de las participaciones que le correspondían en el capital social, lo que les comunicaba a los efectos del artículo 10, párrafo primero estatutario, sin que estimasen aplicables los párrafos segundo, tercero y cuarto del mismo artículo, dada la reserva establecida en el artículo cuarto de la escritura de constitución de la Sociedad; el 3 de mayo de 1963 el Notario requerido participó la notificación interesada a los socios indicados, contestándole que se tienen por notificados y se reservan los derechos y acciones que les correspondan, y por escritura autorizada el 8 de mayo de 1963 don R. P. R. cede y transmite a don A. P. C. treinta de las participaciones que tiene en el capital social, en virtud de la reserva hecha en su favor en la mencionada cláusula cuarta;

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la escritura del documento precedente, acompañado de un

acta de notificación autorizada el 29 de abril de 1963, por el Notario de La Coruña don Manuel Otero Peón, por haberse otorgado esta escritura antes de transcurrir los plazos que señala el artículo 20 de la vigente Ley de Sociedades Limitadas de 17 de julio de 1953, tomándose en su lugar anotación preventiva por término de sesenta días, a instancia del presentante en el libro 72 de Sociedades, al folio 46 vuelto, hoja número 1.334 duplicado, anotación letra A». Vigente el asiento de presentación fué llevado al Registro un mandamiento judicial, en que consta que don A. y don M. P. C. promueven juicio declarativo de mayor cuantía contra don R. P. R. y don A. P. C., en que se pide que por infracción de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de 17 de julio de 1953, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 10 de los Estatutos de 4 de diciembre de 1953, que rigen la Compañía «Ramón Pose e Hijos, S. L.», se declare nula la transmisión de participaciones sociales realizada por don R. P. R. en favor del también demandado don A. P. C.

Interpuesto recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo por don Manuel Otero Peón. Notario autorizante de la escritura calificada, la Dirección revoca la nota del Registrador, declarando inscribible la transmisión de participaciones sociales, en méritos de la doctrina siguiente:

Que la cuestión que plantea este recurso se centra en determinar si el pacto establecido en la cláusula cuarta de la escritura de constitución de la Sociedad de Responsabilidad Limitada «Ramón Pose e Hijos», que constituye, por expresa declaración de todos los interesados, una excepción a la norma general de transmisión de participaciones sociales que se contenía en el artículo 8.º de los Estatutos por los que se regía la mencionada Sociedad, continúa subsistente o ha quedado sin efecto después y como consecuencia de la redacción dada a dicha materia en el artículo 10 de los nuevos Estatutos, transcritos en la escritura de adaptación a la Ley de 17 de julio de 1953;

Que la subsistencia de la cláusula cuestionada aparece decidida por las siguientes razones: a) La escritura de adaptación se limitó a poner en congruencia los Estatutos sociales con el régi-

men de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sin afectar a lo que no se oponía a la misma, y por eso el contenido del artículo 8.º de los Estatutos antiguos, por estimarse estaba en contradicción con aquélla, al exigir el consentimiento escrito de todos los socios para la transmisión de participaciones sociales, fué sustituido por un sistema similar al del artículo de la Ley, cuyo texto viene a reproducir. b) La excepción establecida a favor de uno de los socios y para un caso concreto, por lo demás justificado, no se encuentra en oposición con dicho artículo 20, por lo que no era necesaria su adaptación, y de otro lado, al no formar parte del contenido de los Estatutos, sino del contrato social, es fundacional y obliga, y sigue obligando, a todos los contratantes mientras no sea formalmente revocada. c) La cláusula discutida continúa inscrita en el Registro Mercantil, por lo que surtirá todos sus efectos y estará bajo la salvaguardia de los Tribunales, mientras no se cancele o se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad.

* * *

Confesamos nuestra perplejidad ante el caso planteado y tanjuntamente resuelto por nuestro ilustrado Centro.

Y ante todo, mejor que en el momento de la transmisión de las participaciones sociales, ¿no debió suscitarse la cuestión al inscribir la adaptación? Claro que pudo ser otro el Registrador, y el que éste no opusiese dificultad a la continuación del pacto cuarto de la escritura no vincula al que califica la transmisión. Ni aun siendo el mismo..., lo que no creemos; pero todo ello revela, como al principio indicamos, la divergencia de opinión que se puede sustentar.

El que los asientos estén bajo la salvaguardia de los Tribunales, artículo 1.º, y aun 3.º, del RRM, estimamos no es argumento decisivo para que si el calificador se halla frente a un pacto, condición, etc., contrario a Ley, en su parecer, haya de pasar por él y por cuantas consecuencias se deriven del mismo. Claro que lo que sucede es que el calificador entiende que por causa de la modificación del artículo 10 de los Estatutos el pacto cuarto, sobre el que se polemiza, quedó sin efecto, cosa que en verdad no se hizo constar expresamente en el Registro.

Otro punto—y más fundamental—es que, establecido el pacto por *expresa declaración de todos los interesados*, como una excepción a la norma general de transmisión de participaciones que se contenía en el artículo 8.º de los Estatutos antiguos, siga o no obligando a todos. A ello contesta la Dirección afirmativamente en el apartado b) del segundo de sus Considerandos. Y más aún: estima que el pacto no se encuentra en oposición con el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Ciertamente, la Ley no aclara nada al respecto, si bien el apartado 3.º de dicho artículo, aunque dice que «podrán establecerse otros pactos y condiciones para la transmisión *inter vivos* de las participaciones sociales», induce seguidamente a interpretar que ha de ser bajo las directrices de los apartados anteriores.

Más convincente—para nosotros—es que, partiendo de la discriminación, superada por la doctrina (ver a tal efecto lo que dice GARRIGUES en la página 217 del tomo I de sus *Comentarios*, con URÍA, a la Ley de Sociedades Anónimas) y consagrada por el artículo 11 de esta última, entre contrato de Sociedad y Estatutos de la misma, y puesto que en la relación de hechos se nos presenta el debatido pacto como *cláusula de la escritura*, que exceptiona o frena lo expuesto en el artículo 8.º de los Estatutos, al no formar parte del contenido de éstos, sino del contrato social, es fundacional y sigue obligando a todos los contratantes, mientras no sea formalmente revocado.

De todos modos, y volviendo al principio, no vemos la cuestión con nitidez. Son de alabar los informes del Notario y Registrador en defensa de sus respectivos puntos de vista del problema y encomiable por su precisión de forma y fondo la decisión de nuestro respetable Centro rector (y ello aunque por virtud de la demanda entablada—y anotada en el Registro—hubieran los Tribunales de declarar nula la transmisión de participaciones sociales objeto del recurso).

• GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,

Registrador de la Propiedad.

2. Sentencias del Tribunal Supremo

CIVIL

I.—FAMILIA.

SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1965.—*Existiendo defensor judicial de los menores, es nulo el reconocimiento de deuda por honorarios de Abogado, hecho por la madre en nombre de ellos, derivado de asunto en que tenía interés contrario a sus hijos.*

Ejercitándose en la demanda rectora del pleito una acción personal de reclamación de cantidad, la pretensión formulada básicamente se asienta en la carta suscrita por la madre de don Alberto y doña Josefa T. C., a la razón menores de edad, con fecha 9 de octubre de 1953, carta en la que aquélla, como representante legal de sus mencionados hijos, no sólo presta su conformidad a la cuenta de honorarios de los Letrados accionantes, sino que, aparte 75.000 pesetas que se dicen cobradas, estipula la forma en que han de percibirse las cantidades restantes, e intereses que éstas deben devengar, afirmándose, además, en tal documento, que «a todos los efectos, incluso al de la prescripción, quedan convertidos sus devengos profesionales en un crédito personal ordinario que en la forma expresada les reconozco en nombre de mis hijos»; carta en que los propios demandantes conceden valor contractual, pues, como se dice en el escrito de réplica, «no es el importe de unos honorarios profesionales lo que aquí se reclama, sino el cumplimiento de una obligación de pago establecida en carta de 9 de octubre de 1953».

Mas, antes de entrar en el examen de las cuestiones jurídicas planteadas en el presente recurso, añade la sentencia, conviene destacar: a) que en el pleito en que se devengaron los honorarios reconocidos y fijados en la carta de referencia, la madre de los menores accionaba contra éstos y otras personas; b) que en ese litigio, por tener la madre un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombró para éstos un defensor judicial, de acuerdo con el artículo 165 del Código civil; c) que fué ese defensor quien designó al letrado que había de defender en el pleito a dichos menores; d) que cuando se suscribió la carta de referencia se tramitaba el pleito en la primera instancia y subsistía el defensor judicial, y e) que la madre de los menores, contraria a éstos en el pleito, era ajena al nombramiento de letrado defensor de los mismos.

La suma reclamada tiene su origen en un arrendamiento de servicios profesionales, contrato en el que no intervino como parte contratante la madre de los menores, ni por sí ni en representación de sus hijos no emancipados; y aunque cierto es que, conforme al artículo 155 del Código civil, el padre, y en su defecto la madre, tienen, respecto a sus hijos, *el deber* de representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho, es obvio que, en el caso de autos, la madre no podía representar ni representó a sus hijos en un litigio en que ella fué parte actora y ellos demandados, y, en consecuencia, quien legalmente ostentaba la representación de los menores «en juicio y fuera de él» era, de acuerdo con el artículo 165 del Código civil, el defensor judicial al efecto nombrado, puesto que la madre tenía *un reconocido interés opuesto* al de sus hijos, sin que la esfera del defensor haya de restringirse a la meramente judicial, puesto que tenía que extenderse a la representación de los menores fuera del juicio en cuanto su actuación estuviese relacionado con la misión de defensa que le había sido confiada, y en tal punto, habiendo sido el defensor judicial el que había hecho la designación del Letrado de los hijos demandados, quien por tanto, concertó el arrendamiento de servicios en razón del pleito y quien incluso relevó de su cargo al Abogado designado, no es admisible que, sin su intervención y aprobación, se fijase el importe de esos servicios profesionales, creando obligaciones de pago en nombre de dichos menores, y que precisamente lo hiciese quien, ~~por~~ siendo madre de los menores, no dejaba de ser parte contraria en el pleito ~~en que~~ tales servicios se prestaron, teniendo un interés opuesto al de sus hijos y careciendo, por ello, de representación a tales efectos; y si de los autos resulta, cual se sostiene en la sentencia impugnada, que por decisión del defensor judicial «se procedió a cambiar la dirección profesional llevada por los actores, designando a su vez Letrado que había de continuar el pleito en trámite», de tal afirmación mal puede lógicamente deducirse que haya de reputarse ratificada la actuación de la madre, ni tampoco cabe sostener que no exista contraposición de intereses cuando el interés opuesto surja del litigio mismo, con el que la prestación de servicios profesionales está íntimamente relacionada.

Por consiguiente, la madre actuante, cual alegan los recurrentes, no tenía la representación legal de sus hijos menores para suscribir durante el pleito que con ellos sostenía, el documento básico de referencia, ni podía obligarlos a tenor de su texto, y, por ende, dando a ese documento un contenido contractual, tampoco podía contratar a nombre de sus aludidos hijos, por no estar para ello autorizada (artículo 1.259 del Código civil) y, en consecuencia es nulo, por ir contra lo dispuesto en la Ley, el convenio en cuestión; a lo que hay que añadir que, como también sostienen los recurrentes, la actuación de la madre al respecto no cabe configurarla con una gestión de negocios ajenos, ni asimilarse a ella, pues tal actuación fué como contratante, arrogándose indebidamente la representación legal de sus hijos, estando, pues, indebidamente aplicado el artículo 1.888 del Código civil, una vez que no se trataba de intereses abandonados y quien tenía, en ese aspecto, la verdadera representación de los menores, era el defensor judicial.

Que, en consecuencia, debe declararse haber lugar al recurso, casando la sentencia recurrida, sin expresa imposición de costas.

SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Litis expensas. Su fundamento. Los Tribunales de Instancia son los que han de apreciar la necesidad, naturaleza y extensión del gasto, como problemas de hecho.*

Es doctrina de esta sentencia:

Que consignada en el artículo 1.408 del Código civil como carga primera de la sociedad de gananciales las deudas y obligaciones contraídas, no sólo por el marido, sino también por la mujer en los casos en que pueda obligar legalmente a la sociedad, entre los que se encuentra el demandar o defenderse en los pleitos con su marido, en que puede serle necesario exigir que éste sufrague los gastos de su defensa cuando ella no dispone de bienes con que hacerlo, ya que con arreglo a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de carácter general en toda España, no puede la mujer casada defenderse como pobre aun cuando carezca de bienes si los tiene su marido, y sería injusto que por el olvido de tales preceptos se la colocase en la imposibilidad de ejercitar sus derechos, siendo su estado legal semejante al del propietario que por embargo u otro motivo no dispone de sus propiedades y rentas.

Que si con arreglo a reiterada doctrina de esta Sala—sentencias de 22 de enero de 1910, 16 de junio de 1920, 18 de diciembre de 1944, 8 de marzo de 1949, 4 de enero de 1955, 21 de abril de 1956 y 24 de enero de 1959—el derecho de *litis expensae* está sometido a lo que en cada caso resuelvan los Tribunales de Instancia, quienes deberán apreciar la necesidad, naturaleza y extensión del gasto para autorizarla y graduarla, como problemas de hecho, debiendo ser respetadas en casación sus valoraciones, mientras no se combatan en forma adecuada para acusar un evidente error, es visto que fundada la actual concesión de aquéllas en concretas afirmaciones de hecho, cuales son las de carecer de bienes propios la mujer, haber mediado diligencia de depósito de la misma, hallarse en tramitación el pleito sobre separación en la Curia Eclesiástica y un juicio sobre alimentos instados contra su marido por la actora, y tener esta necesidad de abonar el importe de los derechos y gastos causados en los aludidos procedimientos el importe de los derechos y gastos causados en adecuada forma tales afirmaciones, base de la sentencia, que se limita a subsumir los hechos declarados probados que han quedado firmes en casación en el número primero del artículo 1.408 del Código civil y en la doctrina legal contenida en las propias sentencias citadas por la parte recurrente, no puede prosperar el motivo único del recurso.

III.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1965.—*Contrato de Corretaje. Prueba.*

El contrato de corretaje, dice esta sentencia, no regulado específicamente por nuestro Código civil, tiene por finalidad característica, según destaca la jurisprudencia—sentencias de 27 de diciembre de 1962 y 9 de octubre de 1965—, la conclusión de otro distinto, conseguible por la intervención del mediador, al llevar a cabo gestiones que ponen en relación a quienes han de celebrar el ulterior contrato, percibiendo por estas actividades singulares una retribución, que sólo

se devenga en el caso de que el negocio final se realice por la intervención del mediador o que de sus gestiones de mediación se haya aprovechado quien lo concluye.

Fundada la pretensión del actor y recurrente, en que habiéndole encargado el demandado, hoy recurrido, la venta de unos solares de que era dueño, fué perfeccionado el contrato mediante su intervención, por lo que le corresponde percibir la cantidad que en concepto de comisión reclama en su demanda; obvio es que la prueba de la realidad de estos hechos basa de la acción que se ejercita es inexcusable y corresponde al actor; con efecto tan trascendente que, de no ser cumplida, el Tribunal de Instancia no puede acceder a lo solicitado, sin que a este pronunciamiento quepa tampoco imputarse con éxito, en casación infracciones legales o doctrinales, en tanto en cuanto no se demuestre previamente que por el Tribunal *a quo* se ha incurrido en error de hecho o de derecho, al no estimar probadas las afirmaciones del demandante, presupuesto indeclinable de cuanto solicita.

Que no obstante no haberse admitido por la Sala sentenciadora el que el recurrente, como le incumbía, haya probado así el encargo de vender como la realidad de los actos de mediación, cuya omisión es la determinante de la desestimación de la demanda, los motivos segundo, sexto y séptimo del recurso denuncian, al amparo del número siete del artículo 1.692 de la Ley procesal, la comisión por el juzgador de instancia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, cuyas acusaciones son totalmente ineficaces a la finalidad que persiguen, pues cada uno de ellos se limita a criticar razonamientos aislados de la resolución recurrida que, cualquiera que sea su acierto, en nada alteran la «esencial afirmación» que sienta de faltar la prueba de los hechos en que la acción se basa, la que persiste inmovible al no demostrarse por documento auténtico ser cierto lo afirmado por el actor en su demanda, o que se ha vulnerado norma de valoración probatoria de obligada e ineludible acatamiento que contradijese la situación fáctica tenida en consideración por la sentencia combatida.

Que los motivos primero, tercero, cuarto y quinto formulados por el camino procesal que ofrece el apartado 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que acusan a la sentencia que impugnan de haber cometido infracciones, en los diversos conceptos que puntualizan, de los artículos 1.215 y 1.280 del Código civil, 12, 16, 18, 1 y 2 del Decreto de 6 de abril de 1951, que aprueba el Reglamento de los Agentes de la propiedad inmobiliaria son también desestimables, porque las tesis que cada uno de ellos desarrollan, así le dé la posibilidad de probar en encargo hecho a un agente por medio distinto de cuanto prescribe el capítulo 4.º del citado Reglamento, como la de que es factible la intervención de más de uno, en la conclusión de un negocio, o, la de que es suficiente la certificación correctamente expedida por el Colegio de Agentes para reputar como tal al mediador, carecen de influencias en el fallo desestimatorio, pues no son otra cosa sino impugnaciones de razonamientos intrascendentes, cualquiera que sea su acierto, de la resolución combatida, contra los que es doctrina reiterada no cabe la casación a menos que se trate de la esencial base de la decisión, lo que en manera alguna acontece en el caso, ya que el fallo se funda en la falta de prueba de los hechos alegados como origen de la acción, sin que cuanto la resolución recurrida consigne para justificar la conclusión que sienta tenga otro alcance que el del designio de convencer, que con lo aportado no puede llegarse a la conclusión de haberse probado los hechos en que el recurrente funda su demanda.

SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1965.—*Juicio de árbitros. Los árbitros han de ajustarse estrictamente a los términos de la escritura de compromiso y respetar el plazo fijado por las partes.*

Es doctrina de esta sentencia:

Que para que nazca la relación jurídica arbitral es necesario que exista un compromiso válido y que los árbitros designados acepten su nombramiento, aceptación que no ha de ser incondicionada para que adquieran la potestad de resolver el conflicto pendiente entre los sujetos compromitentes, pero antes de esta aceptación el contrato de compromiso, mientras subsiste, produce el efecto negativo de enervar la acción judicial, cual previene el artículo 19 de la Ley de arbitraje, permitiendo sustraer a la jurisdicción ordinaria del conocimiento de la controversia pendiente, mediante una auténtica excepción, pero desaparece y queda ineficaz el compromiso cuando todos o alguno de los árbitros designados no aceptan el cargo o lo hacen con condiciones que modifican la voluntad de los compromitentes, para lo que carece de facultades, dado que sólo pueden rechazar o aceptar el encargo, pero en este caso han de ajustarse estrictamente a los términos de la escritura de compromiso y respetar el plazo fijado por las partes para la resolución de la controversia, plazo que vincula a los árbitros de tal forma que marca los límites de la potestad arbitral.

Que esta doctrina obliga a estimar el motivo segundo, pues declarando la Sala sentenciadora que los árbitros, en vez de aceptar expresamente su cargo, manifiestan su propósito de dilatar la resolución de la controversia hasta que se falle el proceso instado para la validez o nulidad del compromiso, ni ello puede considerarse como aceptación, ni los árbitros pueden alterar el plazo fijado por los compromitentes, ni condicionar su actuación a otra cosa que a la voluntad de los que los obligaron, por lo que al quedar, por ello, ineficaz el compromiso, es inaplicable el artículo 19 de la Ley de arbitraje, lo que obliga a estimar el motivo segundo con los pronunciamientos del artículo 1.745 de la Ley procesal.

SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1965.—*Nulidad por simulación de escritura de compraventa de bienes inmuebles y de las correspondientes inscripciones. Tercero sin buena fe.*

Se litigó, principalmente, la nulidad, por simulación, de determinadas escrituras de compraventa de fincas y de sus correspondientes inscripciones.

La sentencia de primera instancia declaró la nulidad de pleno derecho de los contratos de compraventa, así como de las correspondientes escrituras públicas e inscripciones en el Registro de la Propiedad, lo que fué confirmado por la Audiencia en apelación.

El Tribunal Supremo no dió lugar a la casación y se fundó en los siguientes razonamientos:

Considerando: que el primer motivo del recurso, con amparo en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imputa a la sentencia recurrida, error de hecho en la apreciación de la prueba, que, en sentir del recurrente, se evidencia con los documentos y acto auténtico siguientes:

a) la copia fehaciente de la escritura pública de adquisición de las fincas objeto del recurso, otorgada ante Notario, en la que se afirma que el precio de dicha adquisición fué el de 65 350 pesetas que, en su presencia, se entregaron a los vendedores; b) los asientos de inscripción de la mencionada escritura, en el Registro de la Propiedad, que confirman la existencia del precio y su recibo por los vendedores, y c) el acto auténtico de la confesión judicial del recurrente de la que aparece que aunque el precio real fué mayor que el entregado bajo la fe del Notario, ha existido precio; de todos cuyos documentos y acto auténtico se desprende—siempre en tesis del impugnante—que hubo precio y, por tanto, causa del contrato, lo cual choca abiertamente y contradice a la estimación de simulación del negocio concertado, que hace la sentencia recurrida.

Considerando: que, en realidad, toda la tesis de este motivo se dirige a sostener que como esos documentos y acto auténtico proclaman que hubo entrega de cantidad ante el Notario, la sentencia recurrida no podía proclamar que no hubo precio y que, por tanto, faltó la causa en dicho contrato, y al estimarlo así, viene a hacer una afirmación contraria a la que los documentos públicos aseveran e infringe la Ley.

Considerando: que no es exacto que la sentencia recurrida sostenga como base de su tesis condenatoria, que en presencia del Notario no se ha entregado por el pseudo-comprador, a los pseudo-vendedores, determinada cantidad, sino que lo que dicha sentencia da a entender es que, aun estimando como cierta tal entrega, sin embargo, de una serie de indicios de gran valor—que no se han desvirtuado—y de varios hechos que se estiman como ciertos—y que tampoco han sido atacados en forma—se llega a la conclusión de que esa entrega aparentemente traslativa, formaba parte del convenio concertado entre unos y otros para dar apariencia real de una compraventa a un acto que no tenía otra finalidad que la de crear un tercero hipotecario que pudiera quedar inune contra los futuros ataques que provinieran de los herederos de la esposa de don Hilario Fernández Prieto, padre, a su vez, de don Avercio, que figuraba como transmitente.

Considerando: que si por el hecho de que ante Notario se entregase una cantidad de dinero como precio de una compraventa, quedará ésta invulnerable ante cualquier ataque de nulidad o de inexistencia por simulación, por falta de precio, tendría que desaparecer este instituto jurídico, y quedarían subsistentes todas cuantas discordancias se produjeran, con ánimo de defraudar intereses legítimos, entre la voluntad declarada por los contratantes y la voluntad real por ellos querida, con tal de que la entrega del precio se hiciera ante el Notario autorizante del contrato.

Considerando: que, en último término, y a mayor abundamiento, es de advertir: a) que la copia de la escritura de adquisición por el recurrente, de las fincas objeto del litigio, fué uno de los documentos básicos del pleito, que ya tuvo en cuenta la Sala sentenciadora, para llegar a la tesis condenatoria, y lo mismo la certificación registral invocada, y si no les dió la interpretación correcta, que con arreglo a las normas legales le correspondía, debería ser atacada por la vía del número 1.º del artículo 1.692, con invocación de los preceptos infringidos y especificación del concepto en que se infringían; b) que si la copia fehaciente literal de la escritura pública de compraventa invocada no tiene virtualidad suficiente para demostrar la no simulación del negocio jurídico en ella documentado, tampoco la puede tener la transcripción extractada que de ella hizo el Registrador en los asientos de inscripción, y c) que las ma-

nifestaciones auténticas del recurrente, proferidas al absolver posiciones, sosteniendo que el precio entregado ante el Notario fué menor que el real y que esa ocultación se hizo con fines fiscales, no vinculan al Tribunal a que las tenga por ciertas, pues lo único que evidencian es que, efectivamente, fueron hechas por el litigante en la presencia judicial.

Considerando: que el motivo segundo, y también por esa misma vía del número 7.º, se ataca la sentencia, atribuyéndole error de derecho en la apreciación de las pruebas, sosteniéndose, en tal motivo: a) que se viola el artículo 1218 del Código civil, en cuanto al valor de los documentos públicos antes señalados—copia fehaciente de la escritura y certificación registral—, de los cuales, siempre en tesis del recurrente, aparece que hubo entrega real del dinero ante Notario, y, por tanto, que la sentencia contradice abiertamente ese hecho al declarar simulada la compraventa por falta de precio, y b) que se viola también, por inaplicación, el artículo 1233 del repetido Código, que impide dividir la confesión judicial aprovechándose de ella en una parte y no aceptando el resto, lo cual hace la sentencia impugnada al sostener que una demostración de que no hubo precio fué la manifestación del recurrente, que reconoció, en confesión, que el entregado ante Notario había sido menor, lo que obligaba al juzgador a proclamar que, por tanto, había existido.

Considerando, que la Sala sentenciadora no comete la violación del artículo 1318, ya que, como queda expresado, en ninguno de los particulares de la sentencia se afirma que no haya sido entregada cierta suma ante el Notario autorizante, sino que lo que se sostiene es que esa entrega real no fué más que uno de los actos encaminados a dar apariencia de negocio traslativo, a lo que en la intención de los intervinientes no pasaba de ser una simulación, y esto no contradice lo más mínimo a la realidad de aquella entrega, ni va contra lo que aquel precepto ordena respecto al valor y eficacia de los documentos públicos.

Considerando: que tampoco se comete la violación del artículo 1233 del Código civil, estimando como uno de los indicios de la simulación la confesión del propio recurrente, «que reconoce la falsedad del precio, cuya entrega se hizo para alegar otro distinto, cuya virtualidad ni siquiera ha tratado de probar», porque con tal estimación no se divide la confesión, sino que se aprecia adecuadamente, entendiendo que toda vez el confesante reconoce que la cantidad entregada ante el Notario no fué el precio verdadero, sino que éste era mayor, a él le correspondía probar que hubo esa entrega complementaria, y no lo ha intentado siquiera.

Considerando: que, en último término, tampoco puede descomponerse la apreciación conjunta que de la prueba hace el juzgador atacando sólo alguno de los elementos que la integran, y, además, esa confesión judicial, por ser prestada bajo juramento indecisorio, no vincula al Tribunal, sino que tiene que ser apreciada en unión de las demás pruebas—artículo 580 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

Considerando: que el motivo tercero, con apoyo en el número 1.º del citado artículo 1692, acusa a la sentencia recurrida por entender que aplica indebidamente el artículo 1253 del Código civil en relación con el 1259 del mismo, ya que, en su opinión, no hay enlace preciso y directo entre la entrega del precio bajo fe de Notario—que resulta de las escrituras y de los asientos del Registro—y la conclusión a que llega la sentencia de que no existió precio y que el contrato fué simulado.

Considerando: que esta imputación de falta de enlace preciso y directo

entre el hecho estimado probado y el deducido podría prosperar si, efectivamente, la sentencia impugnada hubiese inferido del hecho de la entrega ante Notario la simulación del contrato de compraventa, porque de aquella entrega no podía deducirse esa simulación; pero la Sala sentenciadora, para llegar a esta declaración, no parte de semejante entrega parcial del precio, sino que arranca de una serie de indicios y razones que expone sistemáticamente, los cuales conducen a dicha conclusión, a saber: 1.º La inexistencia, por simulación de los contratos intercedentes entre don Avercio y su padre, y que la segunda transmisión de aquél al recurrente se convenga pocos meses después de fallecida doña Secundina. 2.º La casi totalidad de los razonamientos que llevaron al juzgador a declarar la simulación de los contratos entre padre e hijo. 3.º Que la entrega del precio no fué real ni el precio lo fué verdadero, como se deduce de todo el conjunto de razones, y especialmente «de la propia confesión de los demandados, que reconocen la falsedad del precio cuya entrega se hizo, para alegar otro precio distinto, cuya virtualidad ni siquiera se ha tratado de demostrar». 4.º Que carecía en absoluto de motivación la transmisión que ahora se discute, como «lo prueba, el hecho de que ninguna de las fincas que se dicen transmitidas hayan salido de la posesión del pretendido vendedor». 5.º «La situación económica del redicente comprador, y su hábito de labrar fincas arrendadas. . que no se compadecen con el hecho de adquirir una casa y unas fincas que no va a utilizar directamente». 6.º Que no se ha probado por el recurrente ese contrato de arrendamiento de las fincas que se dicen compradas, y no hay de ello más prueba que un pago de renta que se realizó después del acto conciliatorio previo a este pleito. 7.º Que los demandados no han verificado ni intentado prueba alguna referente a los motivos de la compraventa impugnada, a la existencia en poder del comprador, del dinero de la compra, ni la existencia auténtica de un precio real, dado que se ha confesado la falsedad del constatable en escritura pública.

Considerando: que para que pudiera prosperar el cuarto motivo, sería preciso que la sentencia contuviera las afirmaciones que el recurrente le atribuye, o sea, que éste es adquirente a título oneroso de quien, según el Registro, podía transmitir y además que se demostrase que la apreciación de la mala fe en dicho adquirente—que la Sala estima—era errónea en su calificación, o eran inexistentes los hechos de que la deducía.

Considerando: que para convencerse de que ello no es así, basta tener en cuenta que la Sala sentenciadora estima, «de una parte, la inexistencia, por simulación, del acto inscrito, que queda desprovisto, consiguientemente, del concepto de adquisición por título oneroso», y de otra, «el directo conocimiento de las condiciones simuladas de la adquisición del transmitente, eliminando la buena fe necesaria para la protección registral invocada».

Considerando: que el motivo quinto, por la vía del número 7.º, se dirige a atacar la apreciación de mala fe que hizo la Sala sentenciadora respecto al recurrente, señalando como documento auténtico, para evidenciar ese error, la certificación registral que proclama que en la fecha de la adquisición no existía ninguna inexactitud registral; pero tampoco puede prosperar tal motivo, porque dicha Sala lo que afirma es que el pseudo-comprador, cuando realizó la aparente adquisición, conocía la simulación de la anterior compraventa, y ello le desposeía de la buena fe precisa para merecer la protección registral invocada.

Considerando: que en el motivo sexto y último del recurso, por el cauce del número 1.º, y *ad cautelam*, para el supuesto de que se entendiese que la apre-

ciación de la simulación era cuestión de derecho, se ataca la sentencia recurrida imputándole violación, por inaplicación del artículo 1.261 del Código civil; pero no se especifica la forma en que se supone cometida tal inaplicación, ni cuál de los números del precepto es el inaplicado, y además, la sentencia de primera instancia—aceptada por la Audiencia—, para llegar a su tesis de simulación tiene en cuenta, precisamente, lo dispuesto en ese precepto—aunque no lo cita expresamente—y proclama que está probada la falsedad de la causa, y por eso, por falta de ese elemento esencial—precio o causa—, estima la inexistencia por simulación de los contratos de compraventa litigiosos, y la sentencia de apelación hace expresa aplicación del artículo 1.261, invocado en la demanda, razonando en el sexto Considerando que «faltan los requisitos de todo contrato, fundamentalmente el consentimiento...», así como la causa contractual», por lo que concluye proclamando que «tales contratos o negocios son esencialmente inexistentes por faltarle los requisitos esenciales determinados en el artículo 1.261 del Código civil».

SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Contrato de reserva de hospedaje. No es nulo, aunque el precio convenido sea mayor que el autorizado por disposiciones administrativas.*

Se convino un contrato de reserva de hospedaje sobre la totalidad de un hotel y por un plazo de varios meses. Surgidas diferencias en cuanto a su cumplimiento, pues no se llegó a utilizar el hotel reservado, es decir, no llegaron huéspedes en el plazo convenido, el demandado se negó a pagar el precio estipulado por la reserva, alegando, entre otras razones, la nulidad del contrato, por haberse convenido precios superiores a los autorizados por el Ministerio de Información y Turismo.

El Juzgado de Primera Instancia declaró nulo de pleno derecho el contrato y condenó al demandante a devolver al demandado las 150.000 pesetas que recibió como anticipo y el interés legal. La Audiencia revocó la sentencia de 1.ª Instancia y estimó en parte la demanda; condenó al pago al demandado, aunque en cantidad inferior a la pedida. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación y discurrió así en sus Considerandos:

Que el artículo 1.255 del Código civil proclama el principio de autonomía de la voluntad justamente con sus límites naturales, al declarar que «los contratantes pueden establecer con pactos, cláusulas y condiciones que tengan con conveniente, siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la Moral o al Orden público», afirmando rotundamente respecto a los contratos el artículo 1.098, que las obligaciones que nacen de ellos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, *pacta sunt servanda*, en aras del valor y eficacia de lo libremente estipulado, en servicio de la seguridad jurídica de público interés para el mantenimiento del orden social, y también en el orden privado, que se basa en la eficacia de las relaciones jurídicas que ligan a todos los ciudadanos para el disfrute de los bienes necesarios para el cumplimiento de su destino en esta vida.

Que el apartado primero del artículo 4.º del Código civil se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino, como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos con-

trarios a la Ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una Ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales que puedan ser meramente accidentales en relación al acto de que se trate, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad, máxima en aquellos casos en que exista una legislación especial que regule la materia o el problema que se suscita recaiga en realidad sobre una materia que revista gran complejidad y no pueda quedar resuelta por la nuda y aislada aplicación de este artículo (sentencias de 19 de octubre de 1944, 28 de enero y 8 de abril de 1958, 8 de octubre de 1963 y 22 de marzo de 1965).

Que la generalidad de lo dispuesto en el apartado primero del citado artículo 4.º del Código civil, impone, pues, la precisión, en cada caso concreto, de analizar las circunstancias del acto o contrato, cuya nulidad se postule, ya que sólo podrá accederse a la misma, por regla general, como puntualiza la sentencia de 10 de noviembre de 1964, en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Que existe precepto específico de la Ley que impugna la nulidad *per se* del acto o contrato (tal, entre otras, la establecida por los artículos 670, 1.271, párrafo segundo, 1.583, segundo inciso, y 1.654 del Código civil). 2.º Que se trata de un acto constitutivo de un estado o condición para cuya eficacia exija la Ley determinados requisitos y falte alguno esencial en el evento de que se trate (artículos *ad exemplum* 316 y 318 del Código civil). 3.º Cuando la materia, objeto o finalidad del acto impliquen un fraude de la Ley, sean atentatorias a la Moral o supongan daño o peligro para el orden público, a todo lo que se refiere el artículo 1.255 del Código civil, determinando la concurrencia de lo que él mismo califica de «causa torpe» (artículo 1.306).

Que la aplicación de esta doctrina hace perecer el motivo primero del recurso, ya que el Decreto de 25 de junio de 1957 del Ministerio de Información y Turismo sobre reclamación en materia de precios y hospedajes en hoteles y similares, aparte de su carácter puramente administrativo y de no establecer la nulidad, como sanción aplicable el precio abusivo de hospedaje, no contempla el contrato de reserva de hospedaje concertado entre dos industriales para que uno de ellos aloje huéspedes en el establecimiento del otro, sin que como materia prohibitiva pueda ser objeto de analogía. En todo caso el motivo sería inadmisibile por defectos formales al involucrar dos conceptos de infracción respecto al Decreto de 25 de junio de 1957 y el alegar la inaplicación del artículo 4.º sin precisar el apartado del mismo a que se refiere, cuando se argumenta sobre su interpretación errónea y referirse finalmente a un precepto procesal como el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no susceptible de casación en cuanto al fondo.

Que tampoco pueden prosperar los motivos segundo, tercero y cuarto en cuanto alegan error de Derecho en la apreciación de la prueba, ya que el artículo 1.240 no contiene ningún precepto de inexcusable observancia, y si tan sólo el fundamento, finalidad y razón de ser de la prueba de reconocimiento judicial, marcando claramente las circunstancias en las que debe utilizarse para que tenga eficacia (sentencias de 15 de febrero de 1934, 20 de mayo de 1946 y 30 de noviembre de 1961), y la infracción del artículo 1.253 del Código civil sólo puede ser acogida por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley adjetiva (sentencias de 24 de noviembre de 1954, 2 de febrero, 18 y 23 de marzo, 3 de abril, 27 de mayo, 20 de octubre, 14 y 30 de noviembre de 1961; 8 de enero y 7 de febrero de 1962, etc.).

Que el motivo quinto, en cuanto alega violación por inaplicación del artículo 1.124 del Código civil, necesariamente decae, pues la facultad de resolver

las obligaciones contraídas solamente puede ejercitarla el perjudicado, pero no quien dejó de cumplir lo estipulado, que ha de aceptar las consecuencias jurídicas de ese incumplimiento, cuestión ésta que, por ser de hecho, corresponde ser determinado por el juzgador, cuya decisión debe respetarse en casación, según se declara, entre otras, en las sentencias de 1 de mayo de 1928, 2 de junio de 1931, 3 de octubre de 1958, 16 de mayo de 1959 y 19 de mayo de 1961, habiendo declarado la sentencia recurrida que el hotelero no dispuso de las habitaciones reservadas, por ser el número de las que cuenta el hotel superior al de éstas.

Que el motivo sexto tampoco puede prevalecer al dejar inconvencible el Considerando segundo de la sentencia recurrida, que sólo podría combatirse alegando infracción de normas hermenéuticas contractuales, habiendo quedado firme en casación que el compromiso a que alude la cláusula segunda, sólo hace referencia al hospedaje, pero no a la reserva determinada en el contrato.

Que el motivo séptimo incurre en una petición de principio al partir de que el hotelero dispuso de las habitaciones reservadas, lo que precisamente es negado de modo expreso por la sentencia recurrida, sin impugnación eficaz en el recurso.

Que, por último, el motivo octavo se basa en la estimación de la nulidad o resolución—peticiones, por cierto, inconciliables—que al ser denegadas acarrear su desestimación y con ella la total del recurso.

SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1965.—Error en la sustancia de la cosa en una transacción. Contenido del escrito de réplica.

En la demanda de doña Rosaura Gutiérrez se decía, entre otros extremos:

Que el día 8 de marzo de 1959, sobre las cuatro horas y cuarenta y cinco minutos, conducía Juan Pérez Ruiz el automóvil S-9074, propiedad de su tío, don Juan Ruiz Piedra, y con su autorización, por la calle de Castelar, en dirección al Sardinero, y no obstante no existían obstáculo o razón alguna que a ello le obligara, se salió de su mitad derecha, un metro veinte centímetros aproximadamente, cuando por hallarse en las proximidades de la motocicleta S-7478, propiedad de Manuel García Argumosa, que conducida por su hermano Angel, llevaba como pasajera a Rosaura Gutiérrez Alday, frenó bruscamente a unos doce metros, sin conseguir por ello no golpear a la citada motocicleta, que por ir en dirección contraria a la del conductor y circular por su derecha, fué a caer con sus ocupantes a la acera de ese lado, según la dirección que llevaban, produciéndose con tal motivo desperfectos en el automóvil valorados en 400 pesetas, en la motocicleta por valor de 6.000, y lesiones a Angel y Rosaura, de las que curaron, el primero a los ochenta y tres días de asistencia facultativa, habiendo sido preciso amputarle la pierna izquierda por su tercio medio, y quedándole ligero abultamiento óseo del quinto metacarpiano de la mano izquierda, y la segunda había curado a los seiscientos veintiocho días de asistencia médica, con anquilosis parcial de los movimientos de flexión de la articulación del codo izquierdo, acortamiento de unos tres o cuatro centímetros de la extremidad inferior izquierda, anquilosis parcial de la articulación tibia-peroné-astrogalina, deformidad en el tercio medio de la pierna izquierda con atrofia muscular y retracción cicatrizal, pérdida de fuerza de dicha extremidad, e igualmente trastornos motores y sensitivos, y dado el tiempo que llevaba con los mismos, era de esperar que fueran de carácter permanente,

cicatrices visibles en la pierna izquierda y encorvamiento de la misma pierna; que el conductor, no obstante haberse dado cuenta del encontronazo sufrido, continuó su camino sin prestar auxilio a los lesionados, por no querer cerciorarse siquiera de las consecuencias del accidente, presentándose, no obstante, en la Comisaria el mismo día de los hechos a las dieciséis horas y quince minutos, después de haber cambiado impresiones con el propietario del automóvil que conducía; Angel García Argumosa, Juan Ruiz Piedra y Rosaura Gutiérrez Alday han renunciado a toda indemnización; los dos primeros a la presencia judicial y la tercera por escrito, lo que efectuó mediante la engañosa creencia de su total e inmediato restablecimiento; que los hechos anteriores constituían el primer Resultando de la sentencia de 12 de abril de 1961, dictada por la Audiencia Provincial de Santander, que adquirió el carácter de firme.

Que en el cuarto Considerando de la sentencia referida se reservó a las partes el ejercicio de las acciones civiles que le fueron pertinentes en cuanto a la indemnización impugnada a nombre de Rosaura Gutiérrez Alday.

Suplicó se dictara sentencia condenando a los demandados a satisfacerle, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la cantidad de 200.000 pesetas, previa deducción de las 15.000 ya recibidas o cualquier otra cantidad que rebasa la indicada cifra de 200.000 pesetas.

En las contestaciones se alegó, entre otras razones, que la demandante, con fecha 4 de mayo de 1959, suscribió un documento dirigido al Juzgado en el que renunciaba expresamente a ejercer acción civil o penal contra el demandado con ocasión del accidente sufrido y que en la misma fecha, la misma demandante suscribió un documento en el que reconoció haber recibido de la Compañía Anónima Plus Ultra la cantidad de 15.000 pesetas en concepto de indemnización por todos los daños y perjuicios que se ocasionaron con motivo del accidente, considerándose suficientemente indemnizada y comprometiéndose a no hacer reclamación alguna relacionada con el expresado siniestro ni al propietario del automóvil ni a la Compañía Plus Ultra... Que tal transacción se hizo tres meses después de ocurrido el accidente y que dicha demandante tuvo un pleno conocimiento de lo que hacía y de lo que firmaba, aun cuando ahora pretendiera silenciar esta cuestión, bajo pretexto de que no sabía lo que firmaba, de que firmaba en blanco o de que se le había engañado por cuanto el resultado de los tratamientos médicos fué diferente del que había de esperarse.

El Juzgado absolvió de la demanda a los demandados. La Audiencia declaró la nulidad de la renuncia y transacción otorgadas el día 4 de mayo de 1959 y condenó a los demandados don Juan P. R., don Juan R. P. y Compañía de Seguros Plus Ultra a que, con carácter principal el primero y subsidiario los otros dos, paguen a la actora la cantidad de 80.000 pesetas, sin hacer especial imposición de costas en ninguna instancia. El Tribunal Supremo no accedió a la casación.

Es desestimable el segundo motivo del recurso, en el que al amparo del número uno del repetido artículo 1.692 se acusa al Tribunal *a quo* de haber infringido por interpretación errónea el 1.809 del Código civil y doctrina legal que le complementa, y por aplicación indebida los 1.265, 1.266 y 1.300 de la misma Ley sustantiva por haber declarado la nulidad del documento de 4 de mayo de 1959, sin tener en cuenta el carácter aleatorio representado en el mismo, porque al razonar de ese modo la Entidad recurrente olvida que si bien es cierto que en la transacción es de esencia eliminar por recíprocas concesiones la incertidumbre en que las partes se encuentran respecto a la existencia o exigibilidad de un determinado derecho en litigio o pendiente de hallarse en se-

mejante situación (sentencia de 13 de julio de 1940), no menos exacto es que la inseguridad propia de dicho negocio jurídico no se refiere al elemento objetivo de la relación obligacional transigida, que necesariamente debe ser cierto, preciso, conocido y determinado, según se ha proclamado por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en sus sentencias de 8 de mayo de 1920 y 20 de octubre de 1954, sino al resultado de la decisión jurisdiccional que pudiera poner fin a las diferencias de los contratantes, lo cual constituye el factor psicológico (*timor litis*), que les mueve al otorgamiento del contrato, y que el contenido real de la transacción concertada para dirimir las discrepancias sobrevenidas como consecuencia de reclamaciones derivadas de los artículos 1.092 y 1.093 de dicho texto legal por la comisión de un delito de lesiones o por la producción del daño a que se refiere el artículo 1.902 se integra no sólo por el quebranto físico sufrido por el agraviado, sino también por el tiempo invertido en su curación, que es precisamente el que tipifica al delito y se proyecta sobre la culpa civil, como se desprende para el primer supuesto del artículo 433 del Código penal.

Que sentado lo anterior y pudiendo dicho convenio invalidarse cuando el consentimiento se haya otorgado con error sobre la sustancia de la cosa que le sirve de objeto (artículos 1.817, 1.265, 1.266 y sentencias de 12 de febrero de 1898, 14 de enero de 1932 y 20 de marzo de 1951), es evidente que, dados los hechos que la resolución impugnada declara probados, y habida cuenta de que, por lo general, el error en el consentimiento está reservado a la libre apreciación de los Tribunales de Instancia (sentencias de 6 de febrero de 1947 y 5 de marzo de 1960), la conclusión a que éste llega al emitir su fallo, se acomoda estrictamente a las normas que se recogen en los preceptos invocados en el motivo, lo que conduce a su desestimación y a la del recurso en su totalidad.

Respecto a la cuestión suscitada de lo que puede alegarse en escrito de réplica expone:

Que el escrito de réplica, conocido en la legislación histórica española a través de la Ley tercera, título VII del libro XI de la Novísima Recopilación, no tiene por finalidad exclusiva en nuestro vigente Ordenamiento positivo, fijar concreta y definitivamente los puntos de hecho y *de jure* sometidos a la decisión jurisdiccional, sino también, como expresa el segundo párrafo, del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «adicionar o ampliar las pretensiones formuladas en la demanda», es decir, añadir o agregar algún pedimento distinto de los originariamente aducidos en el proceso, puesto que la palabra *pretensión*, utilizada en el precepto, y con la que enlazan de forma directa e inmediata, los verbos *adicionar* y *ampliar*, equivale, según el Diccionario Oficial de la Lengua, al ejercicio del derecho que se cree tener sobre una cosa, y por ello la jurisprudencia de esta Sala, en evitación de que desaparezca la razón de ser de dicho escrito (sentencia de 17 de noviembre de 1961) autorizó al demandante para que introdujera en él determinadas peticiones aclaratorias o complementarias de las inicialmente esgrimidas, siempre que fuesen compatibles y concordantes con éstas y no alterasen su esencia o sustancia (sentencias de 8 de febrero de 1955, 30 de abril de 1960, 30 de marzo de 1962 y 22 de junio de 1963), llegando incluso a permitirle, aunque con alguna oposición (sentencias de 15 de octubre de 1924, 31 de enero de 1931 y 11 de diciembre de 1950), solicitar la declaración de nulidad de una escritura pública, documento privado o negocio jurídico relacionado con la cuestión controvertida, tanto si ignoraba su existencia al interponer la demanda (sentencias de 10 de febrero de 1886, 30 de diciembre de 1944, 8 de julio de 1954 y 12 de febrero de 1957) como si le

era conocida con anterioridad a esa fecha por haber intervenido en su perfeccionamiento, según sucede con el contrato de transacción que pudiera obstaculizar ulteriormente una reclamación derivada del resarcimiento de daños y perjuicios (sentencias de 25 de abril de 1922 y 2 de junio de 1931), y como esto es precisamente lo ocurrido en el supuesto que aquí se ventila, el Tribunal *a quo*, al concordar su decisión con lo solicitado en el escrito de réplica, se ajustó estrictamente a la doctrina legal antes citada y a las normas establecidas en el artículo 359 de la expresada Ley, sin incidir en el vicio *in iudicando* comprendido en el número 2 del artículo 1692, como se pretende en el primer motivo del presente recurso, que, en su consecuencia, no puede prosperar.

SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Acción de enriquecimiento sin causa en intrusión minera. Tiene sustantividad propia. No le es aplicable el plazo de prescripción de un año del artículo 1.968, 2.º, del Código civil. Las cuestiones de competencia por razón del territorio son materia del recurso de casación por quebrantamiento de forma.*

En litigio sobre reclamación de cantidad por intrusión minera, el recurrente, entre otras alegaciones, expuso que la acción ejercitada «no tiene la naturaleza que pretende quien la ejercita, sino la que realmente le corresponda en atención a su objeto y contenido» y que la ejercitada en la demanda es para lograr el resarcimiento de daños y perjuicios que el demandante dice sufridos por la supuesta intrusión en una mina, y que esa acción tiene un plazo de prescripción de un año, el cual había terminado el 28 de septiembre de 1958, y como la demanda «no se fecha hasta octubre de 1960», teniendo en cuenta que la excepción de prescripción fué oportunamente alegada, al no acogerla el Tribunal *a quo* ha infringido por violación los preceptos del Código civil citados.

Que claramente estableció el accionante en este pleito que la acción ejercitada por él en la demanda se basaba «en el enriquecimiento injusto» y en la ganancia indebida obtenida por el demandado y que esa acción permitía la valoración y abono del carbón extraído con la intrusión, háyase originado ésta con buena o mala fe, dejando clara constancia de que no ejercitaba la acción de daños y perjuicios fundada en la culpa extracontractual o aquiliana regulada por el artículo 1.902 del Código civil, exponiendo en el escrito de réplica que no era aplicable el plazo de prescripción establecido en el artículo 1.968 del Código, sino el fijado en el 1.964 del mismo Cuerpo legal. Al respecto, debe significarse que las cuestiones suscitadas por las partes, que son objeto del motivo noveno, han sido doctrinalmente resueltas por las sentencias de este Tribunal de 12 de abril de 1955 y 5 de mayo de 1964, puesto que, como dice la última sentencia citada, la *condictio sine causa* prescinde en absoluto de dichas nociones de culpa, para atender sólo al hecho de enriquecerse «sin causa», lo que origina el desplazamiento de un patrimonio a otro, normalmente por consecuencia de un hecho jurídico lícito, lo que revela que la acción de restitución por enriquecimiento torticero tiene sustantividad propia frente a la de indemnización de daños y perjuicios, y al no ejercitarse en aquella litis la acción aquiliana es inaplicable el número segundo del artículo 1.968 del Código civil, expresando también la sentencia de 12 de abril de 1955 que 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... y que 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 que es la contemplada en el artículo 38 de la Ley de Minas», siendo de notar que ambas sentencias se refieren a casos de intrusión que fueron declaradas por las Jefaturas de Minas correspondientes, como en el litigio presente ocurre, razones por las que la doctrina sustentada en dichas sentencias debe ser ahora sostenida, por tener perfecta aplicación al caso aquí debatido.

El primer Considerando de este fallo afirma:

Que la causa sexta del artículo 1.692 se contrae a «cuando por razón de la materia haya habido abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, conociendo en asunto que no sea de la competencia judicial o dejando de conocer cuando hubiere el deber de hacerlo», siendo de notar que este Tribunal, delimitando el ámbito de esta norma legal, con reiteración tiene declarado que son las cuestiones por razón de la materia, cuantía o grado jurisdiccional las que se comprenden en el citado número sexto del artículo 1.692, pero que la Ley reserva al mismo ordinal del artículo 1.693 los supuestos de *incompetencia territorial*, en cuanto esta falta constituya un defecto de forma, sólo subsanable a instancia de parte, mientras que en aquellos otros casos, cual sostiene la sentencia de esta Sala de 7 de abril de 1943, se produce abiertamente la infracción de la norma de derecho, reguladora del poder jurisdiccional que está por encima de la voluntad de los litigantes; de modo que, de acuerdo con esa doctrina que separa los límites entre la materia jurisdiccional y la competencia propiamente dicha, procederá el recurso de casación por infracción de ley cuando el Juez o Tribunal que ostente jurisdicción por razón de la materia, de la cuantía o de la jerarquía que le está asignada deja de conocer de un asunto, o sin tal facultad evoque a sí el conocimiento del que no le corresponde; pero, en cambio, es solamente propio del recurso de casación por quebrantamiento de forma el supuesto de competencia en razón del territorio, cuando del asunto puedan entender Jueces o Tribunales de igual grado dentro de la jurisdicción ordinaria (sentencia de 7 de abril de 1943, «ya mencionada», 23 de septiembre de 1942, 18 de enero y 14 de noviembre de 1945, 24 de abril y 13 de mayo de 1947, 10 de octubre de 1949 y otras que pudieran citarse).

BARTOLOMÉ MENCHÉN.

Registrador de la Propiedad.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1965.—*Arrendamiento de local de negocio (con vivienda anexa): excepción a la prórroga legal: por no uso (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 62, 3.º): es preciso que el «cerrado» sea el «local», y no basta que la «vivienda» «no esté ocupada».*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los actores (arrendadores) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el arrendatario demandado) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimó la pretensión de resolución del contrato, y absolviendo al arrendatario demandado.

«Considerando (1.º) que, partiendo de que el arrendamiento de que se trata lo es de local de negocio con vivienda anexa, la Sala sentenciadora rechaza la pretensión resolutoria por estimar improbadamente el cierre de aquél y entender que el abandono de la vivienda es irrelevante, dada la finalidad del contrato...

«Considerando (2.º) que, siendo el arrendamiento de local de negocio, sólo el cierre del mismo, y no la desocupación de la vivienda anexa, es lo que podría determinar la resolución del contrato, y, en cuanto a la alegación del recurrente de que en el local de negocio no se desarrolla la actividad normal para cuyo fin se contrató, hace con ello supuesto de la cuestión, ya que la sentencia no califica dicha actividad de "anormal", sino de "reducida", lo que es muy diferente, y se refiere, cuando hace tal calificación, al dictamen pericial emitido por el Ingeniero designado por el Juez, según cuyo dictamen, el establecimiento instalado en el local no es un taller industrial mecánico, sino un taller de reparación de devanados de pequeños motores eléctricos y aparatos electrodomésticos, trabajo de artesanía, para cuya ejecución en dicho local se precisa de un obrero, o de dos a tres, según los devanados que se hagan...»

SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1965.—*Arrendamiento de local de negocio: lo es el del portal alquilado para instalar escaparates el arrendatario; resolución del contrato: excepción a la prórroga legal (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 114, causa 11.ª): por no uso (Ley de arrendamientos urbanos, citada, artículo 62, 3.º).*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de resolución de contrato formulada por la arrendadora.

«Considerando (1.º) que la cosa arrendada ... fué precisamente el portal de la casa ... que se reseña en el contrato, y para destino de "escaparates": es

decir, para una actividad negocial de exhibición o depósito, que, al quedar encajada en el párrafo segundo del artículo 5.º de la Ley especial arrendaticia urbana, ha de quedar asimilado a local de negocio, aunque por su finalidad esté destinado a permanecer casi siempre cerrado, y, en este aspecto, y por aplicación de la causa 11.ª del artículo 62 de aquella Ley, el Tribunal *a quo* sienta la premisa de haber permanecido dicha cosa arrendada en situación de "no uso" y de abandono total durante cerca de dos años, constituyendo semejante declaración la razón de la formación del recurso de injusticia notoria interpuesto por el recurrente, sosteniéndose por éste en los dos primeros motivos, amparados ambos en la causa 3.ª del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos, el criterio de que, siendo lo arrendado un local que, por su propio destino, ha de estar constantemente cerrado, no le cabe la aplicación de la sanción que la Ley impone y establece únicamente a los locales de negocio abiertos al público, definidos y comprendidos en el artículo 1.º de la misma, razonamiento éste que ha de estimarse totalmente equivocado, porque cuando, como en el presente caso de autos, se arrienda parcialmente el portal reseñado para instalar en el mismo unos escaparates, con el único fin de desarrollar una actividad negocial, se hace evidente que el no desempeño de la misma, o el no uso de la cosa para el fin a que se destinó, constituye un "cierre" a los efectos de la causa 3.ª del artículo 62, ya que no otra cosa significa el cese de toda actividad en el local objeto del contrato, por lo que le comprende plenamente la sanción establecida en aquella norma legal, y, de consecuencia, han de rechazarse aquellos motivos... así como el . . . tercero, desde el momento que las vitrinas colocadas lo fueron por el recurrente para cumplir la misión de exposición de artículos en el local que se arrendaba, actividad de negocio ésta que ha sido precisamente la que por otra parte del demandado quedó abandonada, o no utilizada, durante un lapso de tiempo que excedió al establecido en la Ley, por lo que no cabe justificar, cual pretende el recurrente, una utilización y una actividad comercial en el simple hecho de seguir instaladas las mencionadas vitrinas...

SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1965.—*Arrendamiento de «industria»: novación del contrato para convertirse en arrendamiento de «local de negocio»: no es eficaz la actuación unilateral del arrendatario sobre el destino del inmueble no afectado ni conocido por el arrendador.*

Desestima (con costas) el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la demandada (arrendataria) contra la sentencia dictada en apelación (también por ella interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de desahucio de industria basado en el transcurso del plazo contractual de vigencia del arrendamiento.

«Considerando (1.º) que la sentencia, estimatoria de la acción de resahucio formulada en estos autos, se funda en calificar la materia del arrendamiento como "industria", y no "local de negocio", que opone el arrendatario, y en el transcurso del término pactado para la vigencia del contrato, basándose el recurso fundamentalmente en la aludida contradicción respecto al concepto jurídico que merezca el objeto del arrendamiento, ya en haberse operado una novación del primitivo contrato, convirtiéndole en otro sobre "local de negocio",

regido por la legislación especial y trámites adecuados, así como en impugnar la legitimación activa del demandante, por alegar (el arrendatario) su condición de verdadero dueño, y, por otra parte, en distintas infracciones procesales; debiéndose inicialmente examinar el segundo de los motivos del recurso, a fin de establecer la naturaleza del objeto del arrendamiento, trascendente tanto para establecer los derechos del arrendatario cuanto para determinar el procedimiento adecuado, motivo que, amparado en el número 7.º del artículo 1692 de la Ley de enjuiciamiento civil, propugna la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, respecto a la controvertida calificación jurídica de la finca arrendada, motivo que debe ser desestimado, tanto porque el documento que en concepto de "auténtico" se cita, contrato de arrendamiento celebrado entre el recurrente y la anterior dueña del inmueble, ha sido examinado y ponderado en la sentencia, lo que le priva del carácter de "auténtico" a los fines de este motivo del recurso, cuanto porque la afirmación fáctica del Tribunal *a quo* sobre la naturaleza de lo arrendado, como "industria", se basa, tanto en la interpretación del referido contrato, que no cabe atacar dentro del número que ampara este motivo, cuanto en otros elementos probatorios, cuales los del reconocimiento judicial e informe pericial, todo lo que hace inviable el motivo referido.

«Considerando (4º) que, imbatidos los hechos que la sentencia recurrida declara, ello hace decaer aquellos motivos que, lejos de fundarse en éstos, se apoyan en otros contrarios a los afirmados, lo que hace decaer el primero de los motivos del recurso, por partir de la calificación del objeto del arrendamiento como "local de negocio", no estimada por el Tribunal sentenciador, razones aplicables para rechazar igualmente el cuarto de los motivos, que, con igual amparo procesal, se dirige a proclamar la existencia de una novación del primitivo contrato locativo, en contradicción con los hechos que la sentencia sostiene, partiendo de una actuación unilateral sobre el destino de la finca arrendada, no aceptada, ni aun conocida, según dicha sentencia, por la propiedad, supuesto de novación en que se apoya el quinto de los motivos del recurso, al efecto de sostener la aplicación al caso de la prescripción de la acción personal que se ejercita, y que decae consecuentemente al ser rechazado el anterior motivo».

SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1965.—*Resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio: denegación de la prórroga legal por necesidad del arrendador (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículos 62, caso 1.º, y 70 y 114, causa 11.º): indemnización del arrendador al arrendatario (Ley de arrendamientos urbanos, citada, artículo 70, requisito 4.º): determinación, de no mediar acuerdo, por la Junta de Estimación (Ley de arrendamientos urbanos, citada, artículo 73, apartado 3): impugnado por el arrendatario el laudo de la Junta de Estimación, éste tiene valor provisional y desde su notificación ha de computarse el plazo de un año que al arrendatario se concede para desalojar el local arrendado, sin perjuicio de la determinación definitiva que de la cuantía de la indemnización sea hecha en el correspondiente proceso declarativo ordinario (Ley de arrendamientos urbanos, citada, artículos 152, apartados 2 y 4, y 73, apartados 1 y 4), y el arrendatario que, so pretexto de hallarse «sub iudice» su pretensión impugnatoria del laudo de la Junta de Estimación, deja pasar tal plazo sin*

desalojar el local, pierde todo derecho a la indemnización (Ley de arrendamientos urbanos, citada, artículo 73, apartados 2 y 4).

Estima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el actor (arrendador) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que desestimara la demanda de resolución del contrato de arrendamiento.

«Considerando (1.º) que, ejercitada en la litis una acción resolutoria del contrato de arrendamiento, sobre la base de una negativa del derecho de prórroga por necesitar el ahora recurrente el local arrendado, quedó centrada la cuestión debatida en determinar si se habían cumplido por el demandante los requisitos señalados y exigidos por el artículo 70, en relación con el 73, ambos de la Ley especial arrendaticia urbana, y concretamente el del número 4.º del primero de los citados, cuestión ésta que la sentencia recurrida resolvió en el sentido de inviabilidad de la acción ejercitada por adolecer del cumplimiento de dicho requisito, originando esta decisión la formalización del recurso de injusticia notoria, cuyo primer motivo denuncia la infracción por interpretación errónea de aquellos artículos mencionados, con más, el 152, número 4.º, en su relación con el 65. 1.º, todos ellos de la Ley de arrendamientos urbanos, y, en este aspecto, aquella premisa sentada por el Tribunal *a quo* en cuanto declara que hasta tanto no se resuelva la acción de impugnación entablada por el propio demandante contra el laudo dictado por la Junta de Estimación, valorando la indemnización abonable al arrendatario, no pueden cumplirse las obligaciones legales de pago y desocupación del local arrendado, debiendo quedar mientras tanto en suspenso el plazo marcado en la Ley con el expresado fin, resulta equivocada, porque, si el plazo de un año que establece el artículo 73 de la Ley para que el arrendatario desaloje el local ha de contarse o desde la fecha del requerimiento que efectúe el arrendador, cuando con el arrendatario haya mediado acuerdo sobre el importe de la indemnización, o desde la del día siguiente a la notificación de la resolución dimanada de la Junta de Estimación, cuando, por desacuerdo de las partes, deba ser fijada por ésta la cuantía de aquélla y siendo así cuando, como en este caso, el arrendador cumplió con aquel requisito, notificando, ofreciendo y consignando la cantidad señalada en el laudo a los efectos del desalojo del arrendatario, no puede alegarse que ello carece de eficacia ante la circunstancia de haber sido impugnada esta resolución, porque, si, a virtud del artículo 152 de la Ley de arrendamientos urbanos, ella es ejecutoria y definitiva sin que quepa contra ella ulterior recurso, aunque admita su impugnación en el juicio declarativo correspondiente, ello ha de interpretarse en el sentido de que su ejecutabilidad ha de llevarse adelante, sin que en modo alguno se produzca el efecto suspensivo del fallo, más propio de los recursos verticales que de éstos, de naturaleza horizontal, y tan ello es así, que el propio artículo 73 fija como momento inicial del plazo para el desalojo por el arrendatario el de la notificación del laudo dictado por la Junta, sin establecer ni supeditarle a la firmeza de dicha resolución, y es que el procedimiento en el que se ejercita la acción resolutoria es total y absolutamente independiente de aquel otro originado por la impugnatoria del laudo, los que, por otra parte, resultan perfectamente compatibles, desde el momento que por la ejecutoriedad de éste permite llevar adelante el desalojo y el pago de la indemnización fijada, sin perjuicio, claro está, de que, como consecuencia de la impugnación, resulte un

exceso o defecto sobre aquélla, que en todo momento puede quedar ajustada, así ha de ser, porque las circunstancias de necesidad, que son presupuestos indispensables de la excepción a la prórroga forzosa, requieren también la oportunidad de un momento o épocas determinadas en los que exista dicha necesidad, por lo que, si hubiere que esperar, cual pretende la sentencia recurrida, a la firmeza de la resolución derivada de la impugnación del laudo, pudieran desaparecer entre tanto aquellos (supuestos, digo) presupuestos en los que el arrendador apoyó su acción...

«Considerando (2.º) que esta determinación obliga a esta Sala a situarse en el terreno de instancia, por lo que, ante una demanda formulada sobre la base de los preceptos arrendaticios urbanos que se relacionan con la denegación de la prórroga contractual especificados en la causa 11.ª del artículo 114, en relación con la primera del 62, de la vigente Ley, se hace inevitable por la parte demandante acreditar plenamente la necesidad que alega para la ocupación del local arrendado por el demandado, y es un hecho cierto que todos aquellos requisitos que exige la Ley especial arrendaticia urbana para que el propietario de una vivienda o local de negocio pueda llevar a cabo la acción negatoria a la prórroga del arrendamiento concertado han concurrido en el presente procedimiento, ya que el demandante, por haber sido desahuciado de los locales en los que tenía instalado su negocio, se ve compelido a ocupar el que es objeto del presente proceso, sobre el cual tiene el derecho de copropiedad, y, como, por otra parte, cumplió con el requisito del ofrecimiento y consignación de la cantidad de 450.000 pesetas, que en concepto de indemnización determinó a Junta de Estimación, sin que, por otra parte, el demandado haya desalojado el local en el tiempo de un año que imperativamente señala el artículo 73 de la Ley, se hace evidente, que aquellas peticiones contenidas en el suplico del escrito inicial del pleito deben estimarse» (declaración de que el arrendatario ha perdido el derecho a ser indemnizado por el desalojo, entre otros).

JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ,

Abogado.

Profesor Ayudante de Derecho Procesal.

M E R C A N T I L

V.—DERECHO MARÍTIMO.

SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1965.—*Responsabilidad subsidiaria de la Compañía Aseguradora del buque causante de abordaje a otro* (ponente: J. Beltrán de Heredia y Castaño).

La Compañía Aseguradora del buque causante de abordaje a otro es responsable subsidiariamente por el importe del daño causado, del pago al titular de éste (el buque abordado), hasta donde alcance la suma asegurada; sin que exima de la obligación civil de indemnizar la circunstancia de haber sido absuelto el patrón del buque causante del abordaje en proceso criminal, porque, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo (sentencias de 5 de marzo de 1929, 21 de octubre de 1932, 25 de febrero de 1936, 20 de octubre de 1950 y 23 de diciembre de 1964), existe la posibilidad de una culpabilidad de tipo civil, a la que corresponde la consiguiente indemnización reparadora del daño ocasionado, sin que en modo alguno la apreciación que de los mismos hechos hiciere el Tribunal de lo criminal pueda vincular al de lo civil, ya que los primeros aprecian las pruebas practicadas, con arreglo a su conciencia, mientras que los segundos tienen que apreciarlas con sujeción a normas preestablecidas.

RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS,

Registrador de la Propiedad.

Notario.

P R O C E S A L

SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1965.—«*Recurso de injusticia notoria*»: *error de Derecho en la apreciación de la prueba (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 136, causa 3.ª): confesión judicial y «praesumptiones hominis».*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los actores (arrendadores) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el arrendatario demandado) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimó la pretensión de resolución del contrato, y absolviendo al arrendatario demandado.

«Considerando (1.º) que ... afirmación, la de que no se ha probado el cierre del local de negocio, que es la que se ataca en los tres motivos primeros del recurso, pero sin éxito: el primero, porque, para valorar la eficacia probatoria de la confesión judicial, se ha de estar al resultado armónico de todo lo confesado ..., y, en cuanto al tercero, porque en el mismo se invocan conjuntamente como infringidos los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, siendo así que el primero de ellos se refiere al hecho base, y el segundo a la deducción, con lo que, al involucrarlos, se incide en falta de claridad y precisión, que lo hace desestimable, aparte de que se fundamenta por el recurrente, en que, a su juicio, la sentencia aprecia parte de la prueba practicada (en sentido) contrario al que ofrece su conjunto, demostrativo del cierre, argumentación que, por sí misma, pone de relieve que lo que en realidad pretende es sustituir la apreciación que de las pruebas hizo el juzgador por la suya propia ...»

SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1965.—«*Recurso de casación por quebrantamiento de forma*»: *interpretación restrictiva de la Ley de enjuiciamiento civil, artículo 1.693; «por falta de emplazamiento» (Ley de enjuiciamiento civil, artículo 1.693, 1.º).*

Desestima (con costas) el «recurso de casación por quebrantamiento de forma» interpuesto por el actor contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que desestimara la demanda.

«Considerando (único) que la circunstancia de que dos de los demandados en un proceso no fueron declarados en rebeldía, a pesar de su incomparecencia en el mismo, y la de que se omitiesen las firmas del Secretario o de los testigos en dos de las diligencias de notificación de acuerdos judiciales, ajenos al emplazamiento, no pueden incluirse en el ámbito de aplicación del número 1.º del artículo 1.693 de la Ley de enjuiciamiento civil, para conseguir la casación de la sentencia impugnada, como se pretende en el presente recurso, tanto por el criterio restrictivo con que debe ser interpretado dicho precepto, según se ha proclamado, entre otras, en las sentencias de esta Sala de 21 de fe-

brero de 1927 y 3 de octubre de 1953, como, muy especialmente, porque en el supuesto aquí controvertido tales litigantes fueron emplazados debidamente ..., lo que, unido a que al recurrente no le afectaría nunca el pretendido vicio *in procedendo* por él invocado ni le produciría indefensión, lo que le priva de la facultad de acudir a estos remedios procesales de carácter extraordinario (sentencias de 12 de noviembre de 1945, 1 de diciembre de 1949 y 28 de enero de 1950), y a que no ha aportado el documento exigido por el artículo 1.698 ni prestado la caución juratoria establecida en el número 4.º del artículo 14, con lo que ha vulnerado las prevenciones contenidas en el 1.751, todos ellos de la Ley procesal, conduce a la desestimación del recurso».

SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1965.—*Desahucio: legitimación activa (Ley de enjuiciamiento civil, artículo 1.564). Recurso de casación por infracción de Ley: por error de hecho en la apreciación de la prueba: «documento auténtico» (Ley de enjuiciamiento civil, artículo 1.692, 7.º); concepto de la infracción (Ley de enjuiciamiento civil, artículos 1.692, 1.º, y 1.720). Proceso especial de desahucio: sumariada.*

Desestima (con costas) el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la demandada (arrendataria) contra la sentencia dictada en apelación (también por ella interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de desahucio de industria basado en el transcurso del plazo contractual de vigencia del arrendamiento.

«Considerando (1.º) que la sentencia, estimatoria de la acción de desahucio formulada en estos autos, se funda en calificar la materia del arrendamiento como "industria", y no "local de negocio", que opone el arrendatario, y en el transcurso del término pactado para la vigencia del contrato, basándose el recurso fundamentalmente en la aludida contradicción respecto al concepto jurídico que merezca el objeto del arrendamiento, ya en haberse operado una novación del primitivo contrato, convirtiéndole en otro sobre "local de negocio", regido por la legislación especial y trámites adecuados, así como en impugnar la legitimación activa del demandante, por alegar (el arrendatario) su condición de verdadero dueño, y, por otra parte, en distintas infracciones procesales; debiéndose inicialmente examinar el segundo de los motivos del recurso, a fin de establecer la naturaleza del objeto del arrendamiento, trascendente tanto para establecer los derechos del arrendatario cuanto para determinar el procedimiento adecuado, motivo que, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, propugna la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, respecto a la controvertida calificación jurídica de la finca arrendada, motivo que debe ser desestimado, tanto porque el documento que en concepto de "auténtico" se cita, contrato de arrendamiento celebrado entre el recurrente y la anterior dueña del inmueble, ha sido examinado y ponderado en la sentencia, lo que le priva del carácter de "auténtico" a los fines de este motivo del recurso, cuanto porque la afirmación fáctica del Tribunal *a quo* sobre la naturaleza de lo arrendado, como "industria", se basa, tanto en la interpretación del referido contrato, que no cabe atacar dentro del número que ampara este motivo, cuando en otros elementos probatorios, cuales los del reconocimiento judicial e informe pericial, todo lo que hace inviable el motivo referido.

«Considerando (2.º) que el 7.º y 8.º de los motivos del recurso, amparado el primero por el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, y el segundo, conforme al número primero de dicho precepto legal, alegan la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba el uno, y la interpretación errónea del artículo 1.112 del Código civil y la violación del número 2.º del artículo 533 de la Ley de enjuiciamiento civil el otro, combatiendo por esta doble vertiente la apreciación del Tribunal sentenciador de haber sido transmitido al actor el derecho al desahucio, motivos desestimables: el formulado en primer lugar, porque el documento esgrimido en concepto de "auténtico" a los fines de dicho motivo, escritura pública de adquisición de la finca por el actor, que la sentencia examina y valora, carece, por las razones ya expresadas, del mencionado carácter, y el segundo, porque la condición de titular registral con que acciona el recurrido lleva consigo todos los derechos inherentes al dominio, cual el derecho a desahuciar, y la interpretación del título que, con adecuada soberanía, efectúa la sentencia, no contradice la transmisión del mentado derecho, sin que la expresión en que el recurrente pretende ampararse en ambos motivos, esté en contradicción con el ejercicio de la acción de desahucio a favor del comprador de la finca, razones que hacen decaer los referidos motivos.

«Considerando (3.º) que el tercero de los motivos, amparados en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, alega la aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 1.281 del Código civil ..., debiendo rechazarse el primero de los fundamentos de impugnación, porque, con incumplimiento de las normas formales establecidas en el artículo 1.720 de la Ley de trámites, denuncia respecto al mismo precepto legal dos conceptos de infracción, sustantivamente diferentes, lo que no es factible conforme a la constante doctrina de esta Sala ...

«Considerando (5.º) que el sexto de los motivos, articulado igualmente conforme al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, se funda en la violación de los artículos 1.450, 1.451 y 1.262 del Código civil, 533 de la Ley de enjuiciamiento civil, así como de la doctrina legal que cita, y en la indebida aplicación del número 2.º del artículo 1.473 del citado Código sustantivo, dirigido a patentizar la anterior compra y posesión de la finca por parte del recurrente, poniendo en juego, según su particular interpretación, las normas referidas al supuesto de doble venta, mas ejercitada la acción por el que ostenta el título de dominio inscrito a su favor, la constante doctrina de esta Sala ha proclamado que, frente al mismo, que supone la posesión real a favor de quien lo adquirió, y le otorga por sí la facultad para ejercitar la acción de desahucio, no cabe en este procedimiento discutir ni resolver cuestiones que tiendan a destruir dicho dominio, ni sobre la validez o preferencia de unos títulos sobre otros, con la inexcusable secuela de anular el que protege el titular inscrito, bastando esta situación para producir, dentro de este procedimiento sumario, todos los efectos, cual el que se pretende de acuerdo, entre otras sentencias, de 21 de mayo de 1941, 25 de marzo de 1957, 15 de enero de 1947, 24 de julio de 1945, 13 de marzo de 1952, 3 de febrero de 1912 y 8 de abril de 1914, razones por las que no puede otorgarse a la pretensión formulada por el demandado, fuera de los términos claros y sencillos con que la acción se plantea, sin llevar consigo cuestión alguna necesariamente vinculada a las condiciones y eficacia del procedimiento, como supuestos indeclinables para la resolución del juicio de desahucio, ninguna clase de efectos en éste, que no puede apartarse de los términos documentales que respecto a la propiedad y

posesión, así como sobre el contrato que vincula a las partes, aparecen sentados en el mismo, razones que dan lugar a desestimar el referido motivo del recurso.

«Considerando (6.º) que el noveno de los motivos del recurso, formulado conforme al ordinal tercero del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, invoca la existencia de incongruencia en la resolución recurrida, por no resolver sobre las excepciones y objeciones formuladas por el actor, mas, dados los términos con que la acción se ejercita, y la antes señalada limitación de lo que debe constituir el contenido de este juicio sumario, es evidente que la sentencia estimatoria resolvió todas las cuestiones eficazmente propuestas, sin que se dé ninguna otra que requiera especial decisión, porque las formuladas respecto al fondo del litigio se examinan y desvirtúan en los fundamentos de la sentencia, sin suponer excepción alguna procesal que de manera especial hubiera de ser resuelta en el fallo recurrido».

SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1965.—*Pretensión del arrendador frente al arrendatario sobre pago de la merced arrendaticia: «cuestiones propias de» y «derecho reconocido en» la Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956 (artículos 120, 121, 122, 128, etc.).*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la demandante (arrendataria) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por demandante y demandado: arrendataria y arrendador) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia y estimando parcialmente la demanda (condenando al arrendador a devolver la parte de las rentas percibidas proporcionalmente correspondientes a la parte de los locales inutilizables por la arrendataria mientras duró la realización de las obras por el arrendador) y la reconvencción (declarado resuelto el contrato por no uso) y desestimando el resto de la reconvencción (petición de pago de rentas pendientes con los incrementos autorizados por las últimas disposiciones).

«Considerando (2.º) que el primer motivo del recurso denuncia un quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio por el hecho, según el recurrente, de haberse acumulado en un mismo proceso (por el arrendatario demandado, en su "reconvencción") una acción de reclamación de cantidad en concepto de rentas, impropia de la Ley especial, y otra sobre resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio, sin tener en cuenta dicha recurrente que las sentencias de instancia no mencionan ni resuelven, en cuanto al primer pedimento de la reconvencción, otra cosa que la que afecta a los aumentos legales de renta autorizados por el Decreto de 6 de septiembre de 1961, sin referirse al importe de las rentas que se reclaman (?), actitud ésta totalmente correcta, porque esta última no constituye en sí una pretensión distinta a la ejercitada por el arrendatario demandante, ni aún tampoco una petición propia de una acción reconvenccional, aunque así la comprenda el demandado, puesto que envuelve una contraposición al problema propuesto en aquella demanda inicial y, de consecuencia, no se plantea por este último al reconvenir una cuestión nueva, sino la tesis opuesta a la iniciada por el demandante, debatida en los autos y resuelta por el juzgador, y buena prueba de ello es que el Tribunal *a quo* resuelve ese particular pedimento del abono de las rentas independientemente de la reconvencción y deniega, respecto de ésta, la acción ejer-

citada por el simple hecho de no haberse cumplido con los requisitos del artículo 101, como trámite previo y necesario para exigir el abono de los aumentos autorizados, única cuestión que cabe considerar en el primer pedimento de la reconvencción, que, al estar dominada por la finalidad arrendaticia, al no surgir figuras jurídicas distintas que desbordan el área del simple arrendamiento, no puede decirse en modo alguno que la acción ejercitada no está fundamentada en derechos reconocidos por la Ley especial, por lo que no se han infringido ninguno de los preceptos que en relación con los artículos 128 en su relación con los 123 y 126, todos ellos de la Ley arrendaticia urbana, así como los 464, 680, 153 y 154 de la Ley de enjuiciamiento civil, se mencionan en apoyo del motivo primero, que ha de rechazarse cuando, como en este caso, no existió defecto de forma ni indefensión alguna, para el recurrente».

SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1965.—*Beneficio de pobreza para litigar: fallecido después de recibir la certificación de las sentencias y ser emplazado en el recurso de casación por él interpuesto, el que, litigante como rico durante la primera instancia había solicitado la pobreza en curso la segunda, para que su causahabiente personado en su lugar obtenga el beneficio de pobreza es preciso que pruebe hallarse personalmente en tal estado económico y que, de continuar viviendo su causante, éste hubiera tenido también derecho a tal beneficio, por circunstancias sobrevenidas con posterioridad al procedimiento de la primera instancia (Ley de enjuiciamiento civil, artículos 25 y 26).*

Deniega el beneficio de pobreza a la causahabiente del recurrente que falleció litigando como rico.

«Considerando (1.º) que, en términos generales y de acuerdo con el criterio sostenido por el auto de esta Sala de 16 de noviembre de 1896, al personarse en los autos los herederos de un litigante, se subrogaron en todos los derechos y obligaciones de éste, no pudiendo ostentar ni pretender condición ni beneficio legal alguno, dentro del pleito, que el mismo no tuviera, por lo que, al formular esos herederos el incidente de pobreza para seguir ejercitando en concepto de pobre los derechos de su causante, que litigó siempre como rico, tienen que acomodarse a la situación legal que éste tenía al tiempo de su fallecimiento, doctrina de la que se deduce que el artículo 26 de la Ley de enjuiciamiento civil, puesto en relación con la norma contenida en el 25 de la misma Ley, es aplicable a tales herederos cuando se personan para seguir el recurso de casación.

«Considerando (2.º) que en el caso presente, por surgir de las actuaciones obrantes en el rollo de los autos principales, deben tenerse presentes las circunstancias siguientes:

a) Que don J. E. B. litigó en el pleito en concepto de rico en la primera instancia y que, ya en la segunda, promovió ante la Sala de apelación, a causa de venir a peor fortuna, incidente de pobreza.

b) Que cuando se extendió la oportuna certificación para interponer recurso de casación se hallaba pendiente el curso del incidente de recibirse las certificaciones a que se refiere el número 6.º del artículo 28 de la Ley procesal civil, sin que, por ende, hubiese recaído sentencia concediendo el beneficio de pobreza.

c) Que el Tribunal de instancia, al tener por preparado el recurso de casación, se negó a remitir de oficio la certificación correspondiente.

d) Que don J. E. B., causante de la interesada, falleció con posterioridad a la preparación del recurso extraordinario e incluso después del acto de entrega de la certificación y del emplazamiento para comparecer ante este Tribunal.

e) Que el personamiento en el recurso de casación tuvo lugar a nombre de doña J. C. V. a medio del Procurador con poder bastante y en concepto de heredera del señor E. (según el testamento de éste como heredera universal del mismo).

f) Que no se presentó resguardo de la constitución del depósito prevenido en el artículo 1.698 de la citada Ley procesal, por ser innecesario, ya que no existía conformidad entre las sentencias de primera y segunda instancia.

g) Que al formalizarse el recurso de casación expresó la mencionada señora que el incidente de pobreza del señor E. se hallaba pendiente y, por tanto, el causante de doña J. C. no estaba declarado pobre.

«Considerando (3.º) que, habida cuenta de las circunstancias expresadas, la solicitante, para seguir como pobre el recurso de casación, no sólo tenía que demostrar su propia pobreza legal, sino que, estando, como estaba, subrogada en los derechos del actor, como heredera universal, debía demostrar la pobreza de aquél, puesto que el señor E. se había defendido como rico en la primera instancia y sólo en la segunda solicitó el beneficio legal, que no consta obtuviese, y, por eso, en todo caso tendría que justificarse que se había producido un cambio patrimonial y que había venido a estado de pobreza dicho causante, en los términos prevenidos en el artículo 25 de la Ley de enjuiciamiento civil, y para ello había de alegarse y demostrarse el hecho o acontecimiento que le trajo a tal estado (sentencia de 7 de diciembre de 1928); pero cuya demostración no puede entenderse cumplida en este incidente por las declaraciones de algunos testigos que, con deficientes razones de ciencia, dicen que el señor E. falleció en estado de pobreza, cuando se desconoce cómo y por qué sobrevino tal variación en la situación económica de dicho causante, que antes había litigado en concepto de rico».

SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1965.—*Competencia; competencia territorial; pretensiones basadas en el «derecho personal» («acciones personales»): compra y venta de cosa mueble enviada por el vendedor al comprador a «portes debidos»: «forum adimplendi contractus»: es competente para conocer de la pretensión (del vendedor) de pago del precio el Juzgado del lugar en que se halla sito el establecimiento mercantil del vendedor, pues allí se entiende entregada la mercancía vendida (Código civil, artículo 1.500, segundo párrafo, y Ley de enjuiciamiento civil, artículo 62, regla 1.ª, no son relevantes); para decidir la competencia los documentos aducidos extemporáneamente por el actor, al oponerse, ante el Juzgado requerido, al requerimiento de inhibición (Ley de enjuiciamiento civil, artículo 89).*

Decide la «cuestión de competencia por inhibitoria» a favor del Juzgado ante el que la demanda fuera planteada y requerido de inhibición.

«Considerando (1.º) que, prescindiendo, como es de rigor procesal, de los

documentos aportados extemporáneamente por el actor al oponerse al requerimiento de inhibición, los que no pueden tenerse en cuenta para la decisión de esta competencia, según reiteradas declaraciones de esta Sala dictadas en aplicación del artículo 89 de la Ley de enjuiciamiento civil, y teniendo en cuenta que se ejercita en la demanda una acción personal derivada de un supuesto contrato de compraventa mercantil concertado, según se afirma en aquélla, por mediación de representante, y negado tal contrato por el demandado, aparece de las manifestaciones de las partes y de los documentos aportados que se pidió harina a dicho representante, enviada a porte debido a persona distinta del demandado, sin que tales hechos hayan sido desvirtuados por el requirente de inhibición, dado que éste ha acreditado el pedido a dicho representante, aunque hecho a nombre propio, y la remisión de un vagón a nombre del mismo consignatario expresado en la demanda por lo que, a los solos efectos competenciales, está indiciariamente acreditado tal contrato, así como la remesa a porte debido, y, entendiéndose entregada la mercancía, en tal caso, en el establecimiento mercantil del vendedor, es en dicho lugar en donde debe hacerse el pago de la misma, a tenor del artículo 1.500 del Código civil, por lo que debe decidirse el presente conflicto jurisdiccional, según la regla primera del artículo 62 de la Ley procesal, a favor del Juzgado de Huesca».

SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1965.—*Adecuación del procedimiento: proceso especial sobre arrendamiento de inmueble urbano (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículos 120, 122 y 151): no es el adecuado, y si el proceso común que corresponda, cuando el derecho que se alega como fundamento de la pretensión no dimana del contrato de arrendamiento y la Ley especial, sino de un ulterior convenio entre arrendador y arrendatario, cuyas consecuencias no prevé dicha Ley especial.*

Estima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la demandada (arrendadora) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por la arrendataria demandante) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera de la instancia declarándose incompetente, y estimando la pretensión de la arrendataria sobre reparaciones en el inmueble e indemnización de daños y perjuicios.

«Considerando (1.º) que, partiendo del hecho, expuesto en el escrito de demanda (de) que, para realizar obras de reforma afectantes a la totalidad del inmueble, se convino en el año 1962 las que habrían de llevarse a cabo en el piso cuestionado, con las condiciones que específicamente se detallan en el hecho tercero, y teniendo en cuenta además que en el «suplico» se pide la ejecución de las obras consiguientes a la modificación operada por el cambio de configuración y estructura originado en la totalidad de la casa e indemnización de los perjuicios que de su incumplimiento se derivan, es obvio que la razón, o causa, de pedir no se apoya en el contrato de arrendamiento del año 1942, sino en el posterior pacto de 1962, que, aunque entroncado con el anterior, su fuerza coercitiva radica en el segundo convenio, y buena prueba es que no se pide la reposición del local al ser y estado primitivo que tenía cuando se le confirió el uso y desenvolvía en forma normal la relación arren-

daticia, sino que ponga en estado normal de aprovechamiento por consecuencia de la reforma efectuada a virtud del convenio celebrado, supuesto litigioso que no encuadra en el contenido del artículo 115 de la Ley especial, que se refiere a «perturbaciones de hecho o de Derecho» que alteren o impidan el adecuado uso del local tal como se venía haciendo en el desarrollo del arrendamiento y, por ello, la controversia aquí entablada, aunque tenga su raíz en el contrato matriz (*sic: ¡!*) de arrendamiento, se funda en un negocio obligacional distinto, cuyas consecuencias no están previstas en la Ley especial, por lo que el trámite, o procedimiento, judicial a seguir para su efectividad ha de ser el previsto en la Ley procesal común, de acuerdo con lo establecido en el artículo 151 de la Ley, y, al no entenderlo así la sentencia recurrida y resolverlo como si se tratase de un derecho especial emanado de la Ley arrendaticia, ha contravenido la susodicha norma adjetiva, por lo cual se ha de dar lugar al primer motivo del recurso, en que así se denuncia, remitiendo a las partes al cauce adecuado...»

JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ,

Abogado.

Profesor Ayudante de Derecho Procesal.

Fiscal

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 15 de enero de 1965.

DISTINCIÓN ENTRE EL CONTRATO DE VENTA CONCERTADO POR CORRESPONDENCIA, A QUE SE REFIERE LA EXENCIÓN NÚMERO 10 DEL ARTÍCULO 3.º DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO Y LOS CONTRATOS DE OBRAS CON SUMINISTRO DE MATERIALES.

Antecedentes.—La Inspección técnica, al visitar la oficina de la Sociedad E. A., levantó acta haciendo constar que ésta había aceptado la oferta de la casa «CINIC» sobre compra de ciertos recipientes que esta última construía y la compradora utilizaba en su industria. La operación, por un importe de mucha consideración, se completó por correspondencia.

Presentada el acta dicha en la Abogacía del Estado, instruyó expediente de investigación y requirió a la compradora para que presentase la correspondencia cruzada entre las partes.

La Abogacía del Estado estimó suficientes los documentos presentados junto con las manifestaciones de las partes, y el acta aludida estimó terminado el expediente y acordó que habiendo sido adquirida la maquinaria con pago superior al plazo de noventa días no era aplicable la exención número 10 A) del artículo 6.º del Reglamento, y giró las correspondientes liquidaciones a cargo de la compradora por el concepto «muebles», número 46 de la tarifa, por una considerable suma de pesetas.

El Tribunal provincial desestimó el recurso fundado en que los contratos cuestionados debían calificarse como mixtos de obras con suministro de materiales, dada la distinción entre ellos, y los

de simple compraventa, distinción consistente, según la jurisprudencia en que a los celebrados por correspondencia no les alcanza la exención cuando se trata de un encargo de maquinaria con fijación de formas de pago y plazos de entrega, y no se limita, por tanto, como mero pedido de géneros cuya calificación no obsta a la liquidación de los mismos como compraventa de bienes muebles, de acuerdo con el apartado 4) del artículo 18 del Reglamento del tributo.

Interpuesta la alzada ante el Central, se alegó que la recurrente se dedica a la fabricación de hielo, Malta y cerveza, y que para las necesidades de su industria hizo gestiones cerca de la «CINIC», fabricante de materiales industriales y tuberías para la adquisición de los tanques y tinas de que se trata, a cuya construcción y venta se dedica tal Sociedad, según modelos y características establecidos, y operación de compra que realizó mediante las respectivas ofertas y aceptaciones por correspondencia, de donde se deduce que las características de dichos tanques y tinas no fueron fijados por la compradora, sino que se hallaban predeterminados por la vendedora, como lo acreditan las respectivas ofertas, limitándose la adquirente a la mera aceptación, por lo cual gozan de la exención invocada tales adquisiciones, y, en su consecuencia, deben ser anuladas las liquidaciones.

El Central empieza por centrar el problema, y dice que consiste en determinar si los contratos cuestionados deben calificarse, a efectos fiscales, como contratos mixtos de ejecución de obras con suministros de materiales, o más bien como simple compraventa, y en este segundo supuesto si están amparadas por la exención del número 10 del artículo 3.º A) de la Ley del impuesto de 21 de marzo de 1958, referente a los celebrados por correspondencia.

Del expediente resulta, sigue diciendo la Resolución examinada, que la adquisición por la recurrente de los artefactos de que se trata se formalizó mediante ofertas previamente hechas por la entidad vendedora, a requerimiento de la compradora y posteriormente aceptadas por ésta, todo ello en forma epistolar, con puntualización completa de la capacidad de los artefactos, materiales a emplear, grifos, etc. y demás elementos componentes de los mismos, así como precio por unidad, plazo de entrega y condiciones de pago.

Esto supuesto, añade la Resolución que es doctrina reiterada la de que para la diferenciación de la simple compraventa y el contrato mixto de ejecución de obra con suministro de materiales hay que tener en cuenta los elementos subjetivos y objetivos del contrato, tipificando aquélla la oferta del vendedor de los productos de su fabricación y la actitud del comprador limitada al acto de la aceptación de la oferta, la cual, una vez conocida por el vendedor, constituye el título de perfección y obligatoriedad del contrato para el adquirente, mientras que el contrato mixto es el adquirente el que previamente somete al ejecutante las condiciones de la obra a realizar o de la elaboración de un determinado producto de especiales características, con lo cual la aceptación del encargo genera el título de perfección del contrato.

Por tanto, al no haberse apreciado en el caso debatido estas últimas circunstancias, lleva a la conclusión de que el caso es de compraventa de bienes muebles, sin que a ello sirva de obstáculo el que la oferta haya partido de la vendedora y a ello haya seguido la aceptación de la compradora.

Comentarios.—Nos parece que la solución revocatoria dada por el Central está razonablemente acordada, sin que a ello sirva de obstáculo el que la iniciativa del contrato haya partido de la compradora, porque, en definitiva, la esencia de la exención está en que el contrato es de venta por correspondencia hecha por el industrial de artículos que él fabrica.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 15 de enero de 1965.

LA HIPOTECA A FAVOR DE UNA CAJA DE AHORROS EN GARANTÍA DE UN PRÉSTAMO HECHO POR LA MISMA A UNA SOCIEDAD SE LIQUIDA AL TIPO DE 0,50, NÚMERO 8 DE LA TARIFA Y NO AL 1,20 POR 100 DEL NÚMERO 40 DE LA MISMA.

Antecedentes.—Cierta Sociedad obtuvo de una Caja de Ahorros un préstamo considerable, que el prestatario garantizó con una hipoteca a favor de la prestamista, y presentada la escritura a

liquidación fué liquidada por el número 40 de la Tarifa al 1,20 por 100, a cargo de dicha Caja de Ahorros.

No conforme la prestataria con el tipo de liquidación aplicado, recurrió ante el Tribunal provincial, alegando que, dada la condición benéfica de la prestamista, el tipo de liquidación aplicable era el 0,50, a tenor del número 8 de la Tarifa, y dicho Tribunal anuló la liquidación y reconoció el derecho a la devolución de lo indebidamente pagado, con fundamento en que la Caja de Ahorros había adquirido un derecho real de hipoteca, único concepto liquidable en los préstamos con hipoteca, como dispone el apartado 2) del artículo 27 del Reglamento del impuesto, supuesto que la entidad reclamante tenía la condición de establecimiento de beneficencia, dándose, por consiguiente, los requisitos para la aplicación del número 8 de la Tarifa del impuesto.

La Resolución del Tribunal Provincial fué recurrida ante el Tribunal Central por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, en uso de la facultad que le concede el artículo 128 de la jurisdicción económico-administrativa de 26 de noviembre de 1959, alegando que basta la simple lectura del párrafo 1) del artículo 28 del Reglamento del impuesto, o en general del artículo 10, para comprobar que el mismo no puede ser aplicable a los préstamos hipotecarios, que como una de sus operaciones habituales realizan las Cajas de Ahorros, toda vez que la legislación del impuesto, al referirse al derecho real de hipoteca, habla siempre de «constitución» (art. 2.º, apartado 2) de la Ley, y art. 13 del Reglamento), mientras que el mencionado artículo 28 del Reglamento emplea la expresión «adquisiciones», que, unida al sujeto de todo el precepto y a la finalidad perseguida en él, aleja toda duda a este respecto, pues lo que ha pretendido es facilitar la constitución y el incremento de los patrimonios de las instituciones benéficas propiamente dichas, lo cual ninguna relación guarda, ni aun lejana, y además no sería suficiente para llegar a condiciones distintas con las normales operaciones crediticias de las Cajas de Ahorros, razones que mueven a sostener el criterio de la procedencia de aplicar en el caso el tipo señalado en el número 40 de la Tarifa del impuesto, deduciéndose de todo ello, según la Dirección General recurrente, la precedencia de dejar sin efecto

la resolución del Tribunal provincial de Bilbao y en vigor la liquidación recurrida de la Abogacía del Estado de la misma ciudad.

Comentarios.—Pese a la indiscutible autoridad y competencia de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, no podemos compartir el criterio interpretativo que sostiene, y nos parece más razonable la conclusión a que llega el Tribunal Central con su Resolución.

Efectivamente, el nervio de la tesis de la Dirección estriba en contraponer el contenido de los artículos 13 del Reglamento y 2.º, párrafo segundo de la Ley con el artículo 28, porque en aquéllos se habla de la constitución de Derechos reales, incluso de hipoteca, sujetándolos al tipo de liquidación de 1,20 por 100, mientras que el artículo 28 del Reglamento, en su apartado 1), se refiere a toda clase de adquisiciones a título oneroso o lucrativo que realicen los establecimientos de beneficencia e instrucción de carácter privado, cuyas adquisiciones grava con el 0,50 por 100, de donde deduce que la constitución de derecho de hipoteca, como especialmente gravado con el 1,20 por 100, no puede estar tarifado en el aludido precepto del artículo 28, puesto que está específicamente comprendido en el artículo 13.

A esto opone la Resolución examinada del Tribunal Central que el impuesto, por su naturaleza, es un tributo que grava los actos que implican tráfico patrimonial, o sea desplazamiento o adquisición de bienes o derechos susceptibles de estimación económica, como ocurre con el derecho de hipoteca, que lleva consigo la afección específica de un inmueble al cumplimiento de una obligación principal específica de carácter oneroso, como contraprestación obligada del contrato de préstamos otorgado por las partes.

No hay, pues, diferenciación en el caso entre adquisición de bienes inmuebles materiales y la de incorporales o derechos, esto además de que el número 9 de la Tarifa asigna a las repetidas adquisiciones de bienes y derechos por dichas entidades del mismo tipo del 0,50 en los mismos términos del artículo 28 del Reglamento, lo cual corrobora en los artículos 7.º de la Ley y 51 del Reglamento al establecer que el impuesto se satisfará por el que adquiera los bienes o derechos gravados.

En conclusión: el Tribunal Central revoca la resolución del provincial, que a su vez había anulado la liquidación de la oficina liquidadora.

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 26 de febrero de 1965.

EN LAS RECLAMACIONES POR EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES ENTABLADAS POR LOS GRUPOS SINDICALES O ENTIDADES COOPERATIVAS ES PRECEPTIVO, A TENOR DE LA ORDEN DE MINISTERIO DE HACIENDA DE 27 DE ENERO DE 1948, EL INFORME DE LA JUNTA CONSULTIVA DEL RÉGIMEN FISCAL DE LAS COOPERATIVAS.

Antecedentes.—El Grupo Sindical de Colonización de Piñel de Sayago compró por elevada suma una importante dehesa, y presentada a liquidación la oportuna escritura, fué liquidada por la Abogacía del Estado de Madrid al 6 por 100, concepto compraventa, a cargo del mencionado Grupo Sindical.

Entablado recurso ante el Tribunal provincial por la representación del mencionado Grupo por entender que la finca estaba exenta, dada la condición de la cooperativa adquirente, alegando además que se había omitido el informe de la Junta Consultiva del Régimen Fiscal de las Cooperativas, trámite previsto en la Orden del Ministerio de Hacienda de 27 de enero de 1948.

El Tribunal provincial acordó la desestimación del recurso dado, en que al interponerlo estaba prescrita la acción por estar presentado el recurso fuera de plazo.

Se interpuso recurso de alzada ante el Tribunal Central, insistiendo en que era preceptivo el informe de la mencionada Junta Consultiva y haciendo notar que las liquidaciones habían sido notificadas el 25 de abril, y de ahí que no eran firmes y consentidas cuando se interpuso la reclamación de Primera Instancia, ya que, notificada el 25 de abril, se interpuso el recurso ante el provincial el 10 de mayo, y por tanto, en el plazo reglamentario de quince días, como previene en el Reglamento de procedimiento y también el del impuesto.

Entrando en la cuestión de fondo, el Tribunal Central invoca

varias Resoluciones del mismo y varias sentencias del Tribunal Supremo, según las cuales está vigente la Orden del Ministerio de Hacienda de 27 de enero de 1948, ratificada por Decreto de 9 de abril de 1954, que dispone que la Junta Consultiva del Régimen Fiscal de las Cooperativas habrá de informar preceptivamente en todas las cuestiones que se susciten sobre interpretación de las disposiciones fiscales relativas a las Sociedades cooperativas, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.º del mencionado Decreto, que dispone que es exclusiva del Ministerio de Hacienda la competencia para decidir que en vía administrativa acerca de las exenciones fiscales otorgadas a las Sociedades cooperativas y resolver las cuestiones o incidencias que plantee dicha materia, en su consecuencia, el Tribunal Central, en virtud de las disposiciones dictadas y del Decreto de 17 de diciembre de 1959, que asimila la entidad recurrente a las cooperativas del campo, anula el fallo impugnado y repone las actuaciones al trámite pertinente, a fin de que solicite del preceptivo informe de las Juntas Consultivas del Régimen Fiscal de las Cooperativas, y una vez emitido, conceda nueva audiencia a la entidad reclamante, con remisión del expediente al Ministerio de Hacienda a sus efectos.

Comentarios.—Del conjunto de la Resolución reseñada, nada es necesario destacar, dadas las disposiciones invocadas, y especialmente la Orden de 27 de enero de 1948, que desorbita la competencia de los órganos normales que rigen en lo administrativo para conocer de toda clase de reclamaciones de ese orden y creando un trámite nuevo la Junta intermedia y la competencia del Ministro de Hacienda.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL.

Abogado del Estado.

LIBROS

Parte general del Derecho civil: Das Rechtsgeschaeft (El negocio jurídico), por el Profesor Werner Flume, de la Rheinischen Friedrich-Wilhelm-Universitaet, de Bonn. Tomo II de la obra *Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts (Parte general del Derecho civil)*. 1.^a edición, 1965.

Las palabras iniciales de su prólogo, resumen, mejor que cualquier comentario, el propósito de esta obra. Sitúa el autor el negocio jurídico como hecho básico y central de la parte general del Derecho; su consideración y entendimiento supone, en esencia, detallar sistemáticamente las reglas de la autonomía privada. El libro contiene, exclusivamente, variaciones sobre este gran tema. Valora su obra como un trabajo de ciencia histórico-jurídica. La teoría del negocio es el resultado de una evolución histórica y, sobre todo, el resultado de esa evolución en los últimos doscientos años. Como tal resultado y en labor de continuidad se trata por el autor el tema propuesto. No cree, en contra de la opinión muy extendida, que la teoría del negocio jurídico haya llegado marcada por la impronta del positivismo y que requiera de una nueva elaboración. Su trabajo no pretende serlo y se limita a una consideración crítica de las enseñanzas recibidas y al intento de darles debida continuación. La teoría del negocio jurídico es expresión y prueba de una elevada cultura jurídica, y precisamente ese entendimiento debe mover al jurista a continuar trabajando en su estudio y elaboración. Condensa el autor aquel propósito con las propias palabras que Savigny empleara en el preámbulo de su *System des heutigen Roemischen Rechts (Sistema del Derecho romano actual)*: «... se pone el mayor empeño en el conocimiento de la relación viva que anuda el presente con el pasado. Sin este conocimiento sólo cabría apreciar la apariencia externa y no la íntima esencia del Derecho actual...»

Destaca así la fundamental importancia de este libro, que recoge en acabado estudio toda la teoría del negocio jurídico. El texto se divide en once capítulos, cuya materia es objeto de amplia y detenida meditación a lo largo de más de 900 páginas de densa y no por ello menos clara literatura jurídica. Vamos a intentar esbozar, bajo aquellos enunciados generales con que se titulan los capítulos, a grandes rasgos, su contenido. Sean estas páginas solamente noticia de los distintos temas que el tratado brinda y ofrece a la atención y consulta del jurista y estudioso.

Capítulo I.—*La esencia de la declaración de voluntad y del negocio jurídico.*

Parte el autor, como ya anunció, del concepto de autonomía privada como principio conformador de las relaciones jurídicas del individuo, según su voluntad, y presupuesto del Ordenamiento jurídico de todos los países, por más que cobre realidad con muy distinto contenido en cada uno de ellos. La conformación voluntaria de las relaciones jurídicas viene determinada, en su forma y posible contenido, por el Ordenamiento jurídico. El individuo puede actuar su autonomía privada sólo dentro de los actos-tipo que el Ordenamiento le brinda, aparte las limitaciones que derivan de la ley o la costumbre. No cabe plantearse, dice, si la «auténtica» razón o causa de validez del acto de autonomía reside en su conformación voluntaria o en el orden legal. Ambos son inseparables como fundamento jurídico de su validez. Sobre esta base, considera a continuación las consecuencias jurídicas que se fundan en la autonomía—aunque siempre sean consecuencias legales, *latu sensu*, en cuanto reguladas en el ordenamiento jurídico—y las que tienen su fundamento exclusivo en la Ley, que, a la hora de la decisión e interpretación jurídica del negocio, hay que poder distinguir entre sí, y también de aquellas otras que derivan, por imperativo legal, de la conformación voluntaria del negocio, es decir, consecuencias no previstas ni convenidas, pero que se valoran en función de la voluntad determinante del acto.

En punto a este principio, se refiere a su relación con el pro-

blema de creación del derecho. Si su validez implica el reconocimiento de la soberanía (*Selbstherrlichkeit*) individual para la creación de sus relaciones jurídicas, y, en tal medida, no cabe una calificación jurídica sobre si es «justo» o «injusto» lo conformado dentro del ámbito que a aquélla reconoce el Ordenamiento jurídico, destaca que ello sólo es así, referido, en la esfera contractual, a la contratación para uno mismo. Desde el momento, por otra parte, en que la capacidad es, inexcusablemente, presupuesto de la autonomía, no ofrece dificultad ninguna el directo entendimiento de que la regulación de aquellos contratos tipo en que se da un plano distinto de capacidad o poder en las partes —relaciones arrendaticias, laborales, etc.—, quede sustraída a los contratantes y sometida a normas legales irrenunciables. Es necesario, además, diferenciar los términos «autonomía privada» y «libertad de contratación». En opinión común, el primero hace relación al derecho de cosas, de familia y sucesiones, y el segundo, al derecho de obligaciones, a la contratación onerosa, y se equipara a libre determinación del contenido de las reciprocas contraprestaciones, más que a la constitución y nacimiento, en sentido estricto, del negocio jurídico. Pero si el tráfico jurídico ha de actuar en función de uniformidad, tampoco aquí puede regir como algo absoluto el principio de libertad de contratación, en el sentido de libre determinación del contenido, si se trata de ordenación de obligaciones o prestaciones predeterminadas, dándose, aún en el caso de relaciones jurídico-personales, la especial circunstancia de que el contenido que la Ley impone es, en general, y según la conciencia jurídica imperante, el único que se estima posible o, en todo caso, «justo».

Es necesario insistir, afirma, en que los principios de autonomía privada y de libertad de contratación nada tienen que ver con el liberalismo o individualismo de los siglos XVIII y XIX. Hoy, como siempre, será la autonomía privada un principio individualista, el reconocimiento de la soberanía del individuo en la conformación de sus relaciones jurídicas; pero si se le considera en el entendimiento de que ese autodeterminismo sólo puede ejercerse dentro de los límites fijados por el Ordenamiento jurídico, no cabe error en la valoración del principio, que se acrisola en la efectiva interconexión entre libertad y limitación.

Refiriéndose más adelante a la autonomía privada, en su relación con el orden constitucional, señala que éste debe garantizarla, ya que, siendo inherente al ser personal, es también parte integrante de la comunidad. Esto no supone en absoluto admitir la tesis de quienes, equiparándola a libertad de contratación, elevan ésta a categoría de derecho fundamental o llegan incluso a conferir rango constitucional al orden civil. Tampoco cabe admitir una regulación de las relaciones jurídico-privadas por aquella norma fundamental. Las teorías impropriamente llamadas de la «eficacia frente a terceros» o de la «eficacia absoluta» de los derechos y libertades fundamentales son inconsistentes y no se ajustan ni a la real problemática de éstos ni a la esencia de la autonomía privada. Una cosa es que los principios de valor que la norma constitucional contiene sean válidos también para el Derecho privado y otra, que la nulidad que deriva de un vicio o error en el consentimiento, por ejemplo, tenga su fundamento en la constitución; responde a valores ínsitos en el Derecho civil, por más que también la Ley orgánica los recoja como derechos fundamentales.

Precisa seguidamente el concepto «negocio jurídico» y señala su diferenciación con la «declaración de voluntad». No existe el negocio jurídico en sí, sino sólo los concretos tipos que el Ordenamiento jurídico reconoce. Se trata, pues, de una abstracción de todos aquellos actos-tipo regulados en la Ley, para la constitución, modificación y extinción de relaciones jurídicas privadas. *Numerus clausus*, ampliable, tanto por disposición legal, como por la evolución que el tráfico jurídico impone a partir de los existentes. Aquella regulación legal es, a la par que nota común, la característica esencial del negocio jurídico, que lo diferencia de todos los demás hechos o actos a los que el Ordenamiento reconoce consecuencias jurídicas. De esa esencia común a todos los negocios jurídicos, deriva la problemática «del» negocio jurídico, y en torno a ella han de girar las soluciones a los problemas que cada uno en concreto plantea. Haber sido capaz de esta elaboración será el mérito imperecedero de la teoría del negocio jurídico. Pero, al lado de esta común naturaleza, no puede dejar de considerarse la especialidad de cada negocio, lo que sólo es posible si al negocio jurídico no se le enjuicia como algo «en sí», sino sólo como

abstracción de todos los tipos que el Ordenamiento reconoce y regula.

«Declaración de voluntad» es precisamente la exteriorización de la voluntad que pone en juego las concretas regulaciones jurídicas. Pertenece al negocio, pero ambos conceptos no coinciden sino cuando el nacimiento de una relación jurídica responde a una única manifestación de voluntad; pero el negocio jurídico puede consistir o constar de varias declaraciones de voluntad y pertenecerle, también, otros procesos, ya como parte integrante (inscripción constitutiva), ya como supuesto para su efectividad, sin ser parte del mismo (muerte del testador para la eficacia del testamento). Se hace preciso matizar con claridad estos dos conceptos para una correcta inteligencia de toda la problemática del negocio jurídico. Empieza aludiendo al negocio jurídico como concepto del Derecho privado y las conexiones con el Derecho público. En apretado resumen, señalamos algunos de los puntos que el autor trata: diferencia fundamental entre actuación soberana y privada del Estado, contrato público y privado, el negocio jurídico con finalidad pública, servicio público, regulación pública o privada; el negocio jurídico y el acto administrativo, diferencias esenciales, acto administrativo y participación o aceptación del administrado; acto administrativo, parte integrante o presupuesto del negocio jurídico; la fundamentación de relaciones jurídico-privadas en un acto administrativo. Se refiere a continuación al acto de declaración de voluntad y a la teoría usual de descomposición de la voluntad en distintos momentos, como medio para profundizar en su «esencia». La declaración no es más que la ejecución de la voluntad, elemento constitutivo de la misma. Si ésta es, añade, la opinión que hoy prevalece en la literatura jurídica, se olvida a menudo que es, precisamente, la teoría clásica de la declaración, tal y como la formulara Savigny y la sustentaran juristas tan representativos como Windscheid y Enneccerus. Problema aparte, no resuelto con la afirmación anterior, es el del contenido de la voluntad. Dirigida la declaración a la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas, la voluntad ha de querer el acto conformado por el Derecho con el contenido que éste le da. Sin embargo, se ha afirmado—sobre todo en las últimas décadas del XIX—que la voluntad, que declara el

sujeto de un negocio jurídico, no persigue sino un resultado de hecho económico o comercial; al menos, un resultado cierto, garantizado en Derecho. Esta teoría, llamada de la «intención empírica», sólo puede aceptarse, aclarando que no todo querer cualesquiera fines o efectos es contenido del negocio, sino aquel deber ser que las partes convinieran; otros fines o intereses concretos, sólo pueden tener relevancia en la declaración, si se han convertido en objeto del deber ser que se estipula como contenido expreso de la misma.

Después de exponer las teorías de la voluntad de Savigny y de la declaración, en las formulaciones de Baehr y Danz, y que derivan del hecho cierto de que, pese a ser la coincidencia la relación natural entre voluntad y su declaración, a menudo no se da, destaca que hoy día parece sustentarse como solución de compromiso la llamada «teoría de la validez». No es otra cosa, a su juicio, que una nueva variante de la teoría de la declaración, que, al igual que ésta, pretende salvar la eficacia y validez de la declaración, aun en el caso de error, con la diferencia que, en lugar de partir del principio de protección a la buena fe, la vigencia y mantenimiento de la declaración, se justifica por el mero hecho de que, quien la manifiesta ha querido dar validez, en todo caso, a su declaración. Es obvio, añade, que sigue sin resolver el problema cierto de la discrepancia entre voluntad y declaración. Este problema sólo cabe plantearlo y resolverlo partiendo de la misma esencia de la declaración de voluntad. A ésta le es consustancial el principio de su conformación autónoma. Por ello, toda declaración que adolezca de cualquier defecto de voluntad es viciosa. Sin embargo, este solo hecho no autoriza a concluir su radical nulidad, como hace la teoría de la voluntad. La razón es, sencillamente, que a aquella autonomía va inexcusablemente unida la responsabilidad de sus propios actos, que tiene también una cierta primacía. No cabe una valoración apriorística y definitiva de cuál de ambos principios debe prevalecer; ha de bastar con que el Derecho positivo considere a uno y otro como elementos integrantes de la esencia del concepto.

El acto de declaración de voluntad presenta también en sí mismo gran complejidad. Destaca el autor su aspecto de exteriorización o notificación, refiriéndose a la declaración expresa y

tácita y a las teorías subjetiva y objetiva. Centra su atención sobre el tema del silencio. El silencio, como declaración «sin palabras», cuando se hace de él instrumento de expresión al igual que lo es el lenguaje, que ha de ser previamente convenido. El aforismo *qui tacet consentire videtur*; no admite el Profesor Flu-me que en materia civil el silencio sea generalmente negativo; lo que ocurre es que en Derecho civil el silencio no equivale a declaración alguna, ni positiva ni negativa; si excepcionalmente se le admite como signo de exteriorización de una voluntad, entonces es de plena aplicación el aforismo canónico. El silencio como acto declarativo en comparación con el delito de omisión; mientras que éste se castiga porque el negligente podía y debía haber evitado el resultado, habiendo omitido un hacer, la situación es radicalmente diversa en la declaración de voluntad por silencio, porque aquí es un acto positivo. Se calla en la conciencia de expresar un asentimiento. El silencio como acto declarativo y como omisión de una declaración; también cabe que en el tráfico civil y mercantil el silencio tenga relevancia jurídica como simple omisión; pero es preciso distinguir ambos supuestos por sus distintas consecuencias; la omisión, por más que tenga relevancia jurídica, no será nunca una declaración y, por ello, sus efectos surgen, no a resultas de un negocio, sino por imperativo legal, a consecuencia de su valoración jurídica como un comportamiento, al que son de aplicar normas distintas de las que rigen para el negocio jurídico. El silencio como apariencia de consentimiento; sólo en caso de omisión negligente puede determinar responsabilidad por culpa *in contrahendo*. La llamada declaración «silenciosa» por *facta concludentia* o declaración indirecta o mediata, en contraposición al silencio, declaración directa e inmediata. No obstante cuanto precede, también es declaración de voluntad el acto que no implica notificación a otros y consiste en mera actuación de la voluntad; sin que por ello ambas categorías puedan contraponerse, cual pretende Manigk (*Willenserklärung und Willensbetätigung*); lo importante es la común naturaleza de ambos: ser actos autónomos de constitución de relaciones jurídicas. De ahí que concluya calificando de desafortunado el término declaración de voluntad; pues comprende actos que no son declaración y, por otra parte, más que de voluntad, es, según lo ya apuntado, de validez. La

expresión no pone tampoco de manifiesto que se trata de un acto jurídico; y, sólo concibiéndola así, como la puesta en función de una regulación jurídica, cabe distinguir estos actos constitutivos de relaciones jurídicas por imperio de la autonomía de la voluntad de aquellos otros en que una mera conducta, singularmente, una omisión, pueden cobrar relevancia en Derecho.

La declaración de voluntad es, por fin, también una regulación. Como acto, es un proceso del que hay que separar la declaración resultado de ese acto, es decir, la regulación, que se distingue de aquél, de la misma forma que se distingue la Ley de su promulgación. La discutida distinción entre *essentialia*, *naturalia* y *accidentalialia negotii*, que arranca de la Edad Media, cobra real sentido cuando se la refiere al negocio jurídico en su aspecto de regulación. *Essentialia* y *accidentalialia negotii* constituyen contenido de la regulación que nace del acto, hacen referencia a la conformación autónoma del negocio. No así los *naturalia negotii*, que, frente a la opinión de los juristas del *xix*, defensores de la teoría de la voluntad, se refieren a una regulación legal, ajena a la posible voluntad de las partes. Esta triple división, destaca el autor, pone claramente de manifiesto el entramado que existe entre relaciones nacidas del negocio jurídico y del ordenamiento legal.

Alude seguidamente a la necesidad de establecer la debida delimitación entre negocio jurídico y hechos y actos que no lo son; necesidad que se impone desde el momento en que existen negocios atípicos, cuyo contenido no viene dado por la norma y que, sin embargo, no cabe confundir con aquellas estipulaciones o acuerdos que no constituyen, modifican o extinguen relaciones jurídicas. No cabe el negocio jurídico en la regulación de relaciones personalísimas de la esfera familiar, de amor, amistad, y no es criterio decisivo, el contenido patrimonial. Se refiere a aquellos supuestos que, teniendo un significado patrimonial, en el ámbito de las relaciones personales carecen de naturaleza negocial, frente a otros acuerdos que caen de lleno en el campo del negocio jurídico, pese a carecer de tal contenido económico. Dedicar en este punto especial atención al tema de la responsabilidad que nace del deber de prestación de auxilio, de la tutela o salvaguarda por actos del incapaz o por daños causados por cosas o animales propios y de relaciones de mera complacencia o de favor, y en

este último caso, se pregunta hasta qué punto cabe hablar de una presunta «voluntad de obligarse» y puede el favor imponer un deber de diligencia, al menos. Parece indudable que la presunta voluntad de obligarse es una pura ficción que carece en absoluto de trascendencia jurídica. Sin embargo, si que pueden ser importantes sus causas, su significación económica y, sobre todo, para el receptor, las circunstancias bajo las que se dispensa el favor, que pueden hacer nacer, por fuerza del Derecho, una obligación de diligencia, cuya inobservancia dé lugar a reparación de daños. El comerciante, por ejemplo, que facilita a otro, por puro favor, un conductor no experimentado, que determina y causa por ello ciertos perjuicios, venía obligado a poner en su elección la diligencia y cuidado debidos. Diligencia obligada que no descansa en un vínculo nacido de un negocio—y esto es lo que importa destacar—, sino en un principio general de Derecho que le obliga a actuar diligentemente en todo acto relativo a su comercio, se trate o no de un negocio jurídico. Se pregunta, por último, si tienen el carácter de negocio jurídico las cláusulas de expresa exclusión de obligatoriedad y las que excluyen la vía judicial. En el primer supuesto, tratándose de un acuerdo sobre prestaciones bilaterales, hay que entender que se estará siempre en presencia de un negocio jurídico, pues el incumplimiento unilateral facultará a la otra parte a la restitución en base al enriquecimiento sin causa. Hay negocio jurídico en la medida en que la causa de la prestación es la contraprestación del otro. Guarda relación con este caso aquel otro en que las partes convienen un acuerdo en la común creencia de que es nulo en Derecho, siendo así que es eficaz. Aquí no cabe siempre la misma solución; puede entenderse que por esta común creencia en una nulidad radical se ha excluido toda regulación jurídica (omisión de un requisito formal de carácter constitutivo), no, en cambio, cuando erróneamente se estima que lo convenido es nulo porque choca con una prohibición legal, y ésta no existe o ha sido derogada, ya que en este caso no hay una «renuncia» a la obligatoriedad del contrato. La cláusula de exclusión de acciones procesales se da fundamentalmente con ocasión de prestaciones unilaterales; ejemplo típico es el testamento; se suele hablar entonces de *naturalis obligatio*, pero no hay duda de que se trata de un negocio jurídico.

Dentro de esta temática, plantea el problema del llamado «contrato de *facto*», teoría formulada inicialmente por Guenther en 1941, que le merece un juicio negativo. Nada impide, señala el Profesor Flume, ordenar dentro de la normativa de los contratos y del negocio jurídico, las relaciones de la moderna contratación masiva, de los contratos de adhesión, las que derivan de un uso o comportamiento social, ni merecen tampoco una regulación específica para estos casos, los problemas de capacidad y vicios de la voluntad. El que visita a un médico o come un bocadillo que encuentra sobre la mesa del restaurante, por más que no emita una declaración de voluntad en sentido literal, asume la obligación de pagar, como contraprestación convenida al servicio que recibe, al igual que ocurre con cualquier otro negocio jurídico y, en definitiva, con cualquier contrato de adhesión. Si es cierto que en éstos lo único que la parte decide es una aceptación, y que, por sus circunstancias, no es enteramente «libre», no lo es menos que así ocurre en la mayoría de los contratos en que se desenvuelve la vida diaria. En este sentido, cada negocio jurídico es una conducta social típica, y la aceptación de un servicio oneroso o de un contrato de adhesión es acto consciente constitutivo de relaciones jurídicas autónomas, en la misma medida en que pueda serlo la aceptación de una oferta. Tampoco es admisible esta teoría para la regulación de la ineficacia de aquellas relaciones de tracto sucesivo nacidas de determinados contratos, como los de sociedad o laborales, que tienen indudablemente distinto tratamiento que la nulidad de los contratos en general, pero, en ningún caso cabe decir que los efectos, que pese a su nulidad, producen y se les reconocen, han de entenderse nacidos de un mero «hecho». Están vinculadas a un negocio jurídico, aunque sea ineficaz. Y es que en estrictos términos de Derecho no cabe equiparar nulidad e inexistencia. Nulidad es invalidez, pero el acto nulo existió. Consiguientemente, no cabe ignorar el hecho del nacimiento de una serie de relaciones a partir de un acto nulo. Cuando se está en presencia de contratos de sociedad o laborales nulos en Derecho es obvio que no puede pretenderse dar solución a la serie de relaciones que originaron, partiendo de su ignorancia o absoluta inexistencia. Cómo deban resolverse estos casos es cuestión problemática y difícil, pero a la que no ayuda, desde

luego, la inútil teoría del contrato de *facto*. En la medida en que tales contratos nulos han establecido regulaciones que, en sí mismas, son irreprochables por su origen y contenido, hay que darles validez, también dentro de la relación jurídica que surge de la ejecución del contrato ineficaz.

La contraposición entre acto y negocio jurídico requiere de la previa determinación del concepto de acto que, en general, se interpreta como abstracción de todos aquellos supuestos admitidos por el Ordenamiento jurídico, en los que cobra relevancia jurídica un acto que, sin ser ilegal, no es tampoco negocio jurídico. Concepto negativo que no ilustra acerca de su contenido, por lo que ya desde Savigny ha intentado verse la diferencia, según que la voluntad del actor se dirija o no inmediatamente a la constitución de una relación jurídica. A juicio del autor, una exacta delimitación de los hechos legales en una u otra categoría tiene sólo relativa importancia. En gran medida, las prescripciones sobre los negocios jurídicos se adecúan a muchos actos, con la única salvedad de que, mientras para aquéllos rigen *per se*, para éstos hay que analizar caso por caso su aplicabilidad. En este orden, carecen de sentido la serie de sistemas de actos jurídicos que los autores se han esforzado en desarrollar, dada la multiplicidad de hechos que el concepto abarca, sin otra nota común que la negativa de no ser negocio jurídico. Ello no obsta a que esa multiplicidad sea susceptible de remisión a grupos que faciliten su estudio, siempre que no se olvide que, para una correcta solución jurídica, habrá de considerarse, en todo caso, la especial regulación que la particularidad de cada hecho en concreto pueda exigir.

Por último, ha de puntualizarse la diferencia entre negocio jurídico y la llamada conducta con relevancia en Derecho; diferencia que estriba, fundamentalmente, en que ésta adquiere tal significación en mérito a sus circunstancias, como simple supuesto fáctico, *ex lege*. No es una regulación, sino simple supuesto para ella, regulación que surge por imperativo legal, a consecuencia de la valoración jurídica de una conducta. En el negocio jurídico, la regulación nace por obra de la autonomía privada, y sólo los negocios jurídicos son susceptibles de agrupación bajo un denominador común. En otras figuras, que se resumen en una manifestación del comportamiento humano que adquiere relevancia

jurídica son, en cambio, *variae causarum figurae*, y la esencia de cada singular comportamiento no admite identificación con otro, sino que le viene dada por su particularidad específica.

Capítulo II.—Clases de negocios jurídicos.

Bajo este título general, se refiere el autor, en primer lugar, a los distintos grupos en que pueden clasificarse los negocios jurídicos (por razón del contenido; unilaterales y multilaterales; recepticios y no recepticios; negocios jurídicos de disposición; *inter vivos* y *mortis causa*, etc.), para centrar luego su atención en los negocios causales y abstractos, cuya distinción procura con detalle, y resume, respectivamente, en las formulaciones *cessante causa cessat effectus* y *cessante causa non cessat effectus*. Hace un estudio histórico de la causa a partir del Derecho romano y de su evolución ulterior hasta llegar al Derecho alemán vigente. Señala, más adelante, que en los negocios causales del derecho de obligaciones, el problema de la causa no se trata, si no es en relación con el negocio abstracto de disposición, al que sirve de fundamento. Destaca, por último, las diferencias que el problema de la causa presenta en el negocio oneroso y en el gratuito, indicando la menor fuerza vinculante de ésta y su misma cuestionabilidad, que por demás constituye asimismo el núcleo de la teoría inglesa de la *consideration*.

Refiriéndose siempre al Derecho alemán, dedica especial atención al negocio abstracto de disposición. Mientras que en el negocio abstracto obligacional no cabe abstraer el derecho del acreedor del fundamento de su crédito, porque a la reclamación sin causa es de oponer el enriquecimiento injusto, los negocios de disposición, que implican procurar algo a otro, se configuran en el Derecho alemán, de tal forma, que la disposición confiere «por sí sola» al receptor, independientemente de la causa del negocio, una posición jurídica plenamente eficaz. Ello no excluye que, en ocasiones, pueda hacerse depender la eficacia, de aquel fundamento o causa, pero sólo, si ésta se ha estipulado expresamente como condición del negocio. Señala como negocio abstracto más

importante dentro de este grupo el de transmisión de propiedad. Desde el Derecho romano se cuestiona acerca de la posible necesidad de la *iusta causa traditionis*. Se detiene en la actual polémica que domina en la doctrina alemana contra el principio de abstracción en este contrato (sobre todo, de transmisión de muebles) y que responde en gran medida al hecho de no aparecer recogido en ningún otro Ordenamiento, ni encontrarse tampoco a lo largo de la historia jurídica conocida. Polémica que, a juicio del autor, tiene muy complejo alcance y no cabe resolver con la mera eliminación del principio. Este guarda estrecha relación con la forma mucho más amplia con que el Derecho alemán regula el error, en comparación con el Derecho extranjero. Sin embargo, ello no autoriza generalizar el principio hasta el extremo de que los defectos inherentes al negocio abstracto y al causal puedan no afectarle, pues, como señala el Profesor Flume, aun manteniendo íntegramente el principio de abstracción con total independencia del negocio causal, la transferencia de propiedad, desde luego no se opera, si, ofrecida la cosa en base a una concreta causa, el tomador la recibe en concepto o por causa distinta.

Capítulo III.—*Formación o génesis del negocio jurídico.*

Estudia el autor, en primer término, el problema de la capacidad; en especial, tal y como la regula el BGB. Es presupuesto del negocio jurídico, y el Derecho positivo ha introducido un *status* jurídico general de incapacidad y también de capacidad limitada. Minoría de edad y declaración legal de incapacidad suponen este *status*. El incapaz lo es plenamente, aun cuando de hecho haya podido consentir y obligarse con libre, consciente y total autonomía. De este *status* hay que diferenciar los supuestos que el autor califica de incapacidad natural, la incapacidad parcial y la relativa. El que tiene transitoriamente enfermas sus facultades mentales no es un incapaz; sin embargo, la declaración prestada bajo aquel estado, que excluye una libre determinación, es nula. Cabe hablar aquí de incapacidad natural, que permite la plena eficacia de los actos en los intervalos de lucidez, ya que la inca-

pacidad se hace depender por ley de la libre determinación de la voluntad. No obstante, destaca, lo decisivo no es el momento o acto de voluntad, sino las facultades mentales y volitivas, que no cabe disociar. Normalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia anteponen a la facultad mental el acto de voluntad. Sin embargo, es esencial la facultad del agente para comprender la significación de su declaración y el alcance de la decisión que supone. No ofrece mayores problemas la incapacidad parcial, en que la anomalía se refiere sólo a algún determinado campo o manifestación vital. Si, en cambio, la incapacidad relativa, en que el débil mental se determina con pleno conocimiento y libre autonomía en los negocios sencillos y habituales del diario acontecer, pero no en aquellos otros que entrañan mayor dificultad, caso muy frecuente en la senectud. Razones de seguridad jurídica excluyen este tipo de incapacidad de la mayoría de los ordenamientos legales, y el Código alemán no es una excepción. ¿Hasta qué punto puede admitirse la validez de estos negocios para los que el débil mental carece de las necesarias facultades volitivas y mentales? No puede olvidarse que la capacidad se exige en el negocio jurídico en cuanto que éste presupone, como requisito constitutivo e inherente a su misma esencia, la libre autonomía y posibilidad de autodeterminación de la parte. Además, si la ley y la jurisprudencia reconocen la eficacia del negocio realizado en intervalos de lucidez por el incapaz natural, ¿cómo puede rechazarse la incapacidad relativa con el argumento de la seguridad jurídica? Su reconocimiento parece necesario, opina el tratadista, sobre todo, en punto a la capacidad para testar. El testador tuvo que ser capaz de concebir el testamento con plena comprensión de su significación jurídica y alcance económico, con facultades plenas para poder decidir en cuanto a ello. En los contratos *inter vivos* ha de postularse su ineficacia, siempre que a la parte le resulte patente y manifiesto que su contraparte carece de condiciones mentales y volitivas para decidir sobre el contrato cuestionado. No hacerlo así, conducirá a los Tribunales a tener que declarar la absoluta incapacidad de estos débiles mentales, aun cuando se trate de personas capaces de decidir con plenitud de facultades en los actos y negocios usuales de la vida diaria.

Sin que podamos detenernos en ellos, vamos a limitarnos a

señalar los restantes temas que, dentro de la regulación legal de la capacidad en el BGB, considera el autor. Expone los supuestos de limitación de la capacidad, y se refiere a los negocios del menor, según requieran o no de la ratificación o autorización por su representante legal, distinguiendo los supuestos de negocio unilateral y contrato, para diferenciar dentro de éste, el distinto tratamiento de la incapacidad por minoría de edad y las restantes incapacidades legales. Analiza después la aprobación o ratificación como acto jurídico independiente y, pese a ello, integrado como un todo unitario en el negocio jurídico del menor, atendida la regulación jurídica objeto del contrato, que enlaza con la problemática del conocimiento y de los vicios de la voluntad y la medida en que han de referirse al acto del menor o al acto de aprobación. Seguidamente, el problema de la ineficacia por falta de ésta y las consecuencias jurídicas de ejecución de un contrato ineficaz, con especial referencia a los supuestos de contrato de trabajo y de participación en Sociedad. Aborda, por último, el problema de la capacidad en relación con los actos jurídicos; particularmente la adquisición y pérdida de la posesión, para concluir este apartado con el problema del consentimiento a las intervenciones quirúrgicas y, en general, a actos que supongan asunción de un peligro o correr un evidente riesgo. Matiza muy distintas situaciones en que cabe atribuir, al menos en parte, el cuidado de la propia persona, también al menor. Destaca que es importante hacer hincapié en que en estos casos se trata, en definitiva, de decisiones personalísimas, como lo son la elección de religión o el testar, para las que el ordenamiento legal no exige la mayoría de edad, por lo que, más que ésta, lo que hay que valorar aquí es, si en el menor se dan la inteligencia y alcance requeridos para tomar aquellas decisiones.

Con cierta amplitud, se refiere después el autor a la declaración recepticia entre ausentes, concretamente al parágrafo 130 del BGB. Expresa que el precepto atañe exclusivamente a la regulación del momento, en que adquiere eficacia o se consume dicha declaración. Son dos los momentos que la norma distingue: el de la emisión o la proposición y el de la llegada, recepción o «entrada» de la declaración de voluntad. Se regula el evento de revocación en el lapso intermedio y se establece que para su eficacia

«será indiferente que el declarante muera o pierda su capacidad para contratar, después de haberla emitido». Dejando a un lado polémicas doctrinales en torno a este tema, hay que circunscribirse, dice el autor, a su normativa legal. Al BGB no le basta, para una declaración recepticia eficaz, con el momento de la emisión; precisa de la llegada de la declaración al destinatario. Pero, aunque «idealmente» el concepto de declaración recepticia no se consuma sino por su conocimiento por el destinatario, la seguridad del tráfico jurídico obliga a que, en solución unitaria y para todo supuesto de contratación o declaración entre ausentes, se objetivice el momento de su efectividad. Y este momento que, como tal hecho, es el de la llegada a destino, es el que ofrece dificultades, puesto que la norma no ha precisado lo que deba entenderse por tal. A juicio de los redactores del BGB, basta, para que se entienda recibida la declaración, con que «obre o tenga entrada en la esfera de acción del destinatario». Lo problemático es, si ello exige que entre de tal modo que, «en circunstancias normales, haya tenido el destinatario posibilidad de conocerla». Afirma el autor que esta posibilidad de conocimiento sólo es exigible cuando se está en presencia de un vencimiento a plazo fijo, que tiene tratamiento especial y distinto de la recepción de la declaración en general. En efecto, no puede olvidarse, dice, que si aquel momento de la llegada se objetiviza como decisivo, responde ello, a que la declaración está dirigida a su efectivo conocimiento, y en cuanto que la seguridad del tráfico no permite analizar caso por caso, si aquél se dió, se acude a dicha fórmula objetiva. Ahora bien, si una declaración, proposición o denuncia a plazo fijo se deposita en el casillero postal del destinatario después del horario normal de oficina y en el último día de un vencimiento, no cabe duda, que la imposibilidad de su conocimiento a tiempo, puede ser decisiva, pero ello exclusivamente a juicio del destinatario. El remitente, que quisiera retractarse o simplemente aprovecharse de una modificación legal aplicable en un ulterior momento, no puede ampararse en aquella imposibilidad de conocer, para alegar su ineficacia. La simple entrada hace eficaz la declaración, salvo que el destinatario no la entendiera llegada a tiempo, por imposibilidad de conocerla dentro del término fijado; lo decisivo es el *Zugang*, o llegada, siendo el caso del vencimiento a plazo fijo, con

la particularidad indicada, ajeno en sí mismo a la problemática en cuestión.

El negocio jurídico formal es objeto de un apartado independiente, que comienza con unas breves precisiones históricas, señalando la evolución, en general, de la forma, desde ser algo absoluto, consustancial al acto o negocio jurídico, hasta quedar reducida a mero medio o atributo de éste, para la consecución de los más variados fines (certeza, publicidad, eficacia frente a terceros, etc.). Desde este punto de vista, acoge el BGB el requisito de la forma, y sienta, como regla, la libertad formal, aun cuando en algunos campos concretos, como el derecho de familia, pueda decirse que ésta es la excepción. Función específica que la forma cumple, es la de delimitar la perfección del contrato de lo que son simples negociaciones previas; pero su observancia es mero indicio, tanto de su realidad como del contenido del contrato, que, por tanto, cede ante la prueba en contrario. La inobservancia de la forma prescrita ofrece consecuencias distintas, según se trate de forma impuesta por la norma o convenida por las partes, por más que el BGB trate ambos supuestos en un mismo precepto, el parágrafo 125. A su tenor, la inobservancia de una forma convenida determinará «en caso de duda» la nulidad del negocio jurídico. Al decir de la doctrina, la validez de una estipulación, que no guarde las formalidades que las partes hubieren convenido para ella, deriva del entendimiento de que las partes han anulado, si quiera tácitamente, aquel previo acuerdo relativo a la forma a observar. Esta ficción es para el Profesor Flume jurídicamente equivocada e incorrecta. Supone desconocer, que las obligaciones que las partes contraen entre sí, no limitan ni reducen las posibilidades mutuas de libre conformación de su autonomía privada, por lo que, a diferencia de lo que ocurre ante una forma legalmente prescrita, las partes no quedan sometidas a la forma convenida; siguen siendo plenamente soberanas en sus determinaciones conjuntas. En definitiva, la forma no es aquí requisito inexcusable. Su falta no determina la radical nulidad del negocio. Basta para que el contrato sea válido con que la otra parte lo consienta. El problema se remite a una cuestión de prueba y de apreciación de la existencia de este consentimiento. Sin olvidar la distinción que el Ordenamiento jurídico hace entre forma inexcusable (*Muss-*

Form) y forma prevista (*Soll-Form*), que «debe» concurrir y que es ajena al Derecho privado, destaca el autor que, en cambio, la forma legalmente prescrita es, conforme al parágrafo 125, presupuesto de validez del negocio y a ella ha de ajustarse éste en todas sus partes. En la medida en que estipulaciones complementarias, contrarias al negocio, impliquen o denoten ausencia de consentimiento o inexistencia, no sólo serán nulas en sí mismas, sino que determinarán la nulidad del contrato total.

Supuesto excepcional es el de subsanación del vicio de forma por ejecución o cumplimiento del contrato, a tenor de lo que dispone el parágrafo 313, 2.º, del BGB, y en el que ha querido verse una limitación a la nulidad radical derivada del 125. La cuestión, en puridad, sólo puede plantearse en el derecho de obligaciones, en que la forma puede ser meramente instrumental y, de otra parte, pueden surgir relaciones jurídicas a resultas de ciertas conductas que merecen una determinada valoración jurídica. Pero en absoluto se desvirtúa el principio de nulidad que consagra el parágrafo 125, porque no es que aquella conducta pueda convalidar un negocio formalmente nulo; es que excede del ámbito que la norma regula, produce efectos propios y es en sí misma eficaz. No hay una limitación a la eficacia de aquel principio, que la jurisprudencia ha querido amparar como supuesto excepcional en la buena fe y también en la doctrina de los actos propios e, incluso, de la culpa *in contrahendo*. El contrato formalmente nulo no cobra validez o eficacia por fuerza de circunstancias, que se piensa deben ser relevantes o decisivas, por imperio del principio de la buena fe. Lo que ocurre es que tales circunstancias tienen relevancia propia al lado del contrato formalmente nulo. El problema estriba en determinar qué consecuencias pueden y deben producir aquéllas, cuando concurren juntamente con un negocio jurídico viciado de nulidad, problema que hay que enfocar y resolver a la luz de los restantes preceptos del ordenamiento legal y de la doctrina jurisprudencial.

Capítulo IV.—*La interpretación.*

En relación con la interpretación de la Ley, defiende y justifica la interpretación exclusivamente normativa, haciendo especial referencia a la formulación de Savigny, que entiende plenamente vigente y que se ha tachado indebidamente de «positivismo»; e interpretado, hasta la más reciente doctrina, con error, su conocido postulado «la universalidad del derecho es tan esencial como su unidad». En él no se afirma, dice, la universalidad del Derecho positivo vigente. Sólo, que de la unidad del derecho y de su comprensión como tal, han de derivar y alcanzar desarrollo las nuevas y sucesivas normas legales. Por tanto, la misión fundamental de la interpretación de las normas es ahora, como siempre ha sido, la de desentrañar el sentido de la ley. Completar sus lagunas o, incluso, modificar su contenido, son sólo supuestos de excepción que se dan precisamente en razón de la universalidad del derecho. Es el Derecho, como todo, y no la ley en particular lo que ata y limita las facultades del intérprete, el que, sin el poder del legislador, ve constreñida su función a remover las incongruencias que la ley particular ofrece ante la universalidad del derecho, cuando la aplicación de aquélla contradice el pensamiento jurídico, tal y como ha cobrado realidad en el ordenamiento jurídico total.

Analiza después, con detenimiento, la problemática de la interpretación de los negocios jurídicos, partiendo de su diferencia esencial con el problema de interpretación de la ley. Ha de estarse en este caso al real y efectivo entendimiento de las partes, que es el hecho que determina el sentido de la regulación buscada y, por ende, la interpretación del negocio. Sólo cuando es imposible deducir, o no consta, bajo qué mutuo entendimiento se prestó realmente la declaración, puede recurrirse a la interpretación normativa.

Capítulo V.—*Negocios jurídicos ilícitos.*

Refiere el autor este estudio al articulado del BGB, en que tienen cabida los distintos supuestos que plantea. Considera, en primer lugar, el negocio contrario a una ley prohibitiva. La variedad y distinto alcance de estas leyes, sus efectos; su diferencia con las leyes que sólo limitan, pero que no prohíben, y la posibilidad de establecer relaciones jurídicas válidas; el ámbito y concepto del fraude de ley; asimismo, la radical diferencia entre normas prohibitivas que afectan de modo directo e inmediato al negocio jurídico, al que convierten en negocio «no permitido», y aquellas otras en que la prohibición atañe al hecho de negociar y, sólo mediatamente, al negocio. Dedicamos especial atención a las prohibiciones legales de disponer, de alcance sólo relativo, en cuanto establecidas exclusivamente en defensa o para protección de determinadas personas y que no pueden confundirse con las limitaciones de capacidad para disponer que tienen eficacia absoluta. Finalmente, trata de la imposibilidad de limitar contractualmente las facultades de disposición sobre derechos enajenables.

El negocio contrario a las buenas costumbres, en la formulación del párrafo 138 del BGB, no comprende, acertadamente, a juicio del autor, referencia alguna al negocio contrario al orden público. Piensa que aquella expresión contiene implícito este supuesto y que es, por tanto, más acertada que la común en otras legislaciones, de contratos contrarios a la moral. Es el negocio jurídico en sentido propio, es decir, la regulación objetiva que establece, y no el elemento subjetivo, la negociación en sí, lo que ha de chocar con las buenas costumbres para que entre en juego la sanción de nulidad. El hecho subjetivo de que la parte conozca o deje de conocer las circunstancias que lo hacen contrario a las buenas costumbres es irrelevante para la calificación del mismo, en contra de la opinión de Nipperday-Ennecerus, salvo que excepcionalmente la oposición no provenga de su contenido inmediato y «objetivo». Pero no es que en este caso tenga relevancia la consideración subjetiva; es que se cuestiona el mismo contenido objetivo del contrato, y es elemento constitutivo de aquel conteni-

do, la concreta situación subjetiva que lo determina. Es el caso de la usura, que analiza con detalle. Alude después a la trascendencia que fin y motivos puedan tener y a su aplicación en el campo de las relaciones amorosas y pseudom matrimoniales.

Finalmente, se refiere al discutido problema de la exclusión de la *condictio* o acción de enriquecimiento sin causa en el negocio contrario a las buenas costumbres. No es dado, afirma, establecer una solución única que excluya, en todo caso, la restitución; analiza los distintos supuestos susceptibles de agrupación y la procedencia o improcedencia, en su caso, de la acción de restitución por enriquecimiento sin causa (negocios unilaterales gratuitos, *datio ob turpem causam*, contrato bilateral ejecutado por ambas partes, préstamo usurario, etc.).

Capítulo VI.—*La teoría de los vicios de la voluntad.*

Se divide el tema en tres apartados generales.

El primero, de la reserva mental, el negocio simulado y la declaración por broma o jactancia. El segundo, del error; y el último, referente al dolo y la intimidación. Ha de bastarnos con enunciar sistemáticamente su respectivo contenido. La reserva mental no invalida la declaración de voluntad; la simulación, posible sólo en las declaraciones recepticias, se distingue claramente del negocio fiduciario, del negocio con testamento y del negocio en fraude de ley, siendo el negocio simulado radicalmente nulo frente a todos, incluso el tercero de buena fe. La declaración por broma, que es nula, pero obliga al resarcimiento de daños. Analiza detenidamente y diferencia los distintos supuestos.

El tema del error es, a su vez, objeto de nueva subdivisión: Rasgos generales de su regulación en el BGB. El problema que el error plantea en el negocio jurídico se refiere a su trascendencia en orden a la eficacia o ineficacia de éste. No admite una solución única y absoluta para los distintos ordenamientos, pues depende de la medida en que el derecho exija o reconozca responsabilidad al individuo por su defectuosa autodeterminación. Los supuestos de error con relevancia jurídica a tenor del parágrafo

fo 119 del BGB son el error en el contenido de la declaración, el error en el hecho de la declaración (*Irrung*) y el error *in substantia*, en cuanto a los negocios jurídicos *inter vivos*. Error referido siempre a la propia declaración, no a su entendimiento por el destinatario. Analiza, después, sus consecuencias: anulación e indemnización de daños; el fundamento de ésta (la palabra dada) y su alcance. La irrelevancia del error en los móviles o motivaciones. Las limitaciones que presenta la regulación legal del error en el BGB (negocios que crean o constituyen un determinado *status*, títulos-valores, actos de comercio). La regulación especial en las disposiciones *mortis causa*, en que el error tiene una mayor relevancia, ya que el testador no da su palabra a otro, y se trata—sobre todo, de respetar la regulación, tal como la quiso. Concluye este apartado con unas breves consideraciones críticas acerca de la normativa del BGB ante codificaciones más modernas (Código civil italiano), que sólo estima el error perceptible por el contratante o (Código civil austriaco, Derecho inglés), que lo regulan desde el punto de vista de la buena fe. Defiende en términos generales la regulación contenida en el BGB y el distinto tratamiento del error en la declaración y en los motivos del negocio jurídico, rechazando, desde luego, como criterio decisivo, el de la cognoscibilidad del error. En último término, añade, la polémica levantada en torno a la norma del párrafo 119 carece de contenido. En efecto, los casos de error lo son, en su mayoría, de error *in substantia* y en la base del negocio, y en estos supuestos, no se trata de una discrepancia en cuanto a la declaración unilateral de voluntad, única a resolver de conformidad con el párrafo 119, sino del problema de la relación entre el negocio jurídico y la realidad, que ofrece muy distinta problemática y regulación.

Hace a continuación historia de los antecedentes de la actual normativa del error en el BGB, resultado de una evolución que arranca del Derecho romano, cuyas fuentes analiza, y que recibe su moderna contextura, muy influenciada por la teoría de Savigny. Señala su ulterior trayectoria hasta el momento presente, con especial alusión a las controversias y trabajos que culminaron en el segundo proyecto del BGB, que recogió soluciones en algunos puntos radicalmente opuestas a las que formulara el primero,

con una más acusada y creciente vinculación, en esta regulación del error, al dogma de la voluntad.

Se detiene, después, en cada uno de los supuestos de error en la declaración, *in substantia*, en los motivos y el llamado error en la base o fundamento del negocio. Bajo el título general de error en la declaración, valora los supuestos de declaración prestada inconscientemente, para referirse luego al error en el acto de la declaración (que llama *Irrung* y no *Irrtum*, y que podría traducirse por «confusión»). Es el caso del equívoco en la expresión verbal o escrita. Precisa su diferencia con el error en los motivos y considera el supuesto del error en la firma puesta al pie de documento no leído y de la firma en blanco. Supuesto independiente, aunque similar, es el del error en la transmisión de la declaración. Consideración aparte dedica al caso del error en el contenido de la declaración (el error de identidad—error *in persona* o *in objecto*—, en las propiedades, en las consecuencia legales, el doble o mutuo error). En cuanto al error *in substantia* o sobre las cualidades sustanciales, el fundamento de su relevancia radica en la discordancia entre negocio jurídico y realidad. Se requiere, pues, de una previa precisión del concepto; de lo que deba entenderse por cualidad sustancial, sólo posible, si se tiene en cuenta, primero, que la idea o representación de la cualidad es parte integrante y constitutiva de la voluntad en el negocio jurídico, y, segundo, que el concepto jurídico de cualidad esencial sólo es ampliable hasta el límite de comprender como tal, en el sentido del párrafo 119, las circunstancias a que el negocio se remite, bien en virtud de estipulaciones especiales, bien por fuerza de la clase o tipo de negocio de que se trate. El error en los motivos, lo conozca o no el contrario, es inoperante, a no ser que dicho móvil se haya constituido en parte integrante del negocio; pero entonces se trataría de un error en las cualidades sustanciales. Aquel error es sólo estimable cuando se utiliza con malicia o con engaño, pero la responsabilidad no deriva del párrafo 119, sino que será exigible a partir del principio de la culpa *in contrahendo*. El llamado error en la base del negocio. Empieza exponiendo los rasgos generales de la teoría de la base del negocio, en su doble formulación de base subjetiva y objetiva (que revive, respectivamente, las teorías de la «presuposición» de Windscheid y de la

«cláusula *rebus sic stantibus*»). El problema con que esta teoría se enfrenta se remite también al de relación entre negocio jurídico y realidad. A juicio del autor, esta problemática la contempla y resuelve el Derecho positivo en muchas de sus disposiciones (la prestación imposible, la asunción de riesgos, la evicción, el saneamiento, etc.), y, por tanto, aquella teoría no es sino un complemento de la normativa legal para aquellos casos que, sin estar comprendidos en el articulado vigente, se piensa tienen cabida en el concepto de base del negocio, como situación de hecho o supuesto fáctico existente al lado del contrato. El autor condena esta teoría como artificiosa e inútil. Base del negocio no es sino la realidad misma a que el contrato se contrae y no algo que exista a su lado. Todos y cada uno de los casos que la realidad plantea han de resolverse a la luz de las disposiciones vigentes. Todo el problema se reduce a encontrar la regulación legalmente aplicable. No se trata de encontrar soluciones singulares, caso por caso, que han conducido, en definitiva, a decisiones de «equidad». Por el contrario, ha de hallarse para cada tipo de contrato la regulación capaz de resolver el problema de cuál de las partes debe asumir el riesgo de la realidad. No es que el contrato contenga esta regulación para el caso de que la realidad no se corresponda con la contemplada en el contrato o ésta sufra una alteración subsiguiente; dicha regulación ha de resultar del contrato como *naturale negotii*. Esta valoración sólo es posible si el concreto contrato sometido a decisión jurídica se conceptúa, no como singularidad, sino como exponente de un tipo contractual (compraventa, arrendamiento, contrato de servicios, de obras que el autor estudia como tales tipos generales). No hay una figura jurídica unívoca de la «presuposición» o de la base del negocio, de la reserva virtual, etc., con que intentar resolver la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. La «justa» distribución del riesgo de la realidad se determina, en defecto de estipulaciones expresas, según el tipo de contrato de que se trate. La teoría de la base del negocio ha conducido a que no se tomen en serio los contratos, a que no se intente siquiera encontrar, a partir del contrato mismo, la solución legal procedente; al repetido y continuado intento de rehuir y soslayar el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Cuestión aparte, y tarea que los Tribuna-

les tienen por delante, es la de precisar hasta qué punto la actual regulación de determinados tipos de contratos pueda estar precisada de una distinta distribución del riesgo en casos excepcionales. Asimismo, la de concretar si, efectivamente, no existen normas especiales para ciertos tipos de contratos, y las generales del derecho de obligaciones no son adecuadas a la especialidad de aquéllos. El tema del dolo y la intimidación es esquematizado con concisión y claridad, sin que consideremos imprescindible detenernos en un resumen del mismo.

Capítulo VII.—*Nulidad e impugnabilidad.*

Bajo este título que recoge la terminología del BGB al respecto, se trata de la ineficacia en general. Para el autor, nulidad no puede en absoluto equipararse a inexistencia. El contrato nulo es, en todo caso, un contrato, no un mero suceso fáctico, y puede tener relevancia en Derecho. Lo que le califica y define es, a su juicio, la «no-validez» de la regulación jurídica tal y como había de serle propia y el negocio perseguía, precisamente, por causa de nulidad. Elemento decisivo es la causa, razón o motivo de nulidad. Esta ha de contemplarse siempre en función de aquellas causas, que son las que determinan las concretas consecuencias jurídicas que produce, en lugar de la regulación jurídica propia del negocio. La impugnabilidad supone la validez del contrato susceptible de impugnación, mientras ésta no se produce. Pero ésta determina su radical nulidad *ab initio*. Esta consecuencia ha llevado a parte de la doctrina a calificar este supuesto como «nulidad suspensiva». Su esencia ha de verse, según el Profesor Flume, en el hecho de que la parte con derecho a impugnarlo tiene la decisión en orden a la validez o ineficacia del negocio jurídico, que será nulo, incluso frente a terceros, sin perjuicio de la posición del tercero de buena fe. La impugnación es, por consiguiente, un negocio jurídico en cuanto tal. La declaración impugnatoria, el ejercicio de un derecho constitutivo en base a una causa de impugnación. Frente a la nulidad, la subsanación o convalidación del negocio impugnado es plenamente eficaz, bien entendido que

tiene un valor positivo. No es una renuncia de un derecho a impugnar; es dar, positivamente, validez al negocio, prescindiendo de la causa de impugnación.

Se refiere después a la problemática legal de la nulidad parcial y de la conversión que resulta, respectivamente, de los párrafos 139 y 140 del BGB. Esta última no es, señala, sino un caso especial de aquélla. Se trata de una nulidad parcial «cualitativa» frente al carácter «cuantitativo» que define y caracteriza a la primera. La idea crucial que preside esta materia y, en especial, el párrafo 139, entiende el autor que es, sencillamente, el que a las partes de un negocio jurídico no puede serles impuesta, en lugar de la regulación total que convinieran, una regulación parcial que, como tal, no hayan querido. Bajo esta perspectiva cabe hallar solución distinta, con unicidad de criterio, para cada caso, atendida siempre la realidad que le subyace y que determina, si la regulación negocial debe o no ser reconocida por el Derecho.

Capítulo VIII.—*El contrato.*

Su temática general se estudia dentro de la concreta ordenación del Derecho civil alemán. También «el» contrato es una abstracción que resume los distintos tipos de contratos reconocidos por el Ordenamiento jurídico. Se inclina el autor por la concepción amplia del término, como convención, si bien sobre intereses opuestos, dirigida a crear, modificar o extinguir, no sólo relaciones obligacionales, sino también de derechos reales, de familia, etcétera. Por consiguiente, comprende en el concepto tanto el llamado acto colectivo (*Gesamtakt*) como la *Vereinbarung*, o unión creadora de un *status* objetivo. Para apreciar en Derecho, dice, la indudable especialidad de estos tipos o figuras nada se gana con calificarlos con nuevos conceptos abstráctos. Muy por el contrario, se trata de valorarlos en esa misma especialidad, que, pese a su condición de contratos, los caracteriza. Tras referirse luego a las fases de la vida del contrato, a éste como vinculación de los contratantes y, en especial, a la fuerza vinculante de la oferta; a la revocación por *contrarius consensus*; como nuevo

contrato entre las partes, y, en general, a la inexcusable necesidad del acuerdo de voluntades (cláusulas impuestas, el complemento de la *lex contractus* por las normas legales, en base a los *naturalia negotii*, a la coacción derivada de situaciones de monopolio), se detiene en la consideración de la figura del precontrato y en la radical distinción entre tratos o negociaciones previas y el contrato. Impugna el concepto del precontrato, que no tiene para él estricta significación práctica, pues su diferencia con el contrato principal sólo existe, realmente, cuando uno y otro establecen relaciones obligacionales distintas, supuesto que contradice la definición legal y la concepción doctrinal dominante.

Bajo el enunciado general de «consentimiento y disentimiento», el *consensus* y *dissensus* del Derecho romano, alude el autor al primero como acuerdo resultante de las declaraciones de voluntad de los contratantes. Acuerdo que sólo puede calificarse como «voluntad única del contrato» en la medida en que las voluntades están recíproca y directamente referidas entre sí. Analiza como supuestos diferenciados la formación del consentimiento por coincidencia de las voluntades recíprocas y equivalentes (firma de un texto contractual) y aquel que surge de declaraciones complementarias (oferta y aceptación). Este plantea una más compleja problemática en el disentimiento, según regulan los párrafos 145-153 del BGB, desde el momento en que la aceptación puede no limitarse a una mera adhesión a la oferta, sino tener un contenido propio que discrepe de la declaración del oferente (en cuanto a las modalidades de la prestación, al contenido o a los propios sujetos). Plantea y expone la diferencia entre el disentimiento oculto y el error, que no cabe negar en la actual redacción del BGB, aunque su delimitación ofrezca en ocasiones dificultad. Los contratos entre nacionales de distintos países son el ejemplo típico, cuando cabe dar distinto sentido a sus declaraciones, porque difiere el que con arreglo a las respectivas legislaciones les corresponde. Mientras que el disentimiento oculto supone que las partes no han llegado a entenderse, que no ha nacido el contrato, en el error, el contrato ha nacido, aunque viciado, por el distinto entendimiento que una o ambas partes dieran a su declaración, en discrepancia con el sentido legalmente procedente. Después de exponer por qué el disentimiento no puede

originar responsabilidad por culpa *in contrahendo*, en contra de lo que en algún fallo ha sentado la jurisprudencia, analiza los párrafos 154 y 155, referentes, respectivamente, al disentimiento manifiesto o abierto y al oculto, en consideración con el problema de la eficacia de los contratos incompletos. Si en el primer caso, presupuesta siempre la inexcusable coincidencia de voluntades sobre los elementos esenciales, la solución responde al respeto debido al principio de autonomía de la voluntad, que resultaría contradicho si los puntos no regulados, por discrepancia manifiesta, pudieran quedar al arbitrio o decisión judicial, siendo así que las partes han anunciado que el contrato quedó inacabado por falta de acuerdo en alguno de sus puntos; en el segundo, de lo que se trata es de salvar el acuerdo que existió entre los contratantes, en la medida en que no esté viciado, porque ellos creyeron haber coincidido también en cuanto a esos puntos que, pese a su voluntad, por disentimiento oculto, quedaron sin convenir.

Aborda a continuación el tema del llamado contrato de adhesión o condiciones generales del contrato. El fundamento de validez de estas condiciones, característica típica de las cuales es no haber sido convenidas entre las partes, radica, no en la ficción de una supuesta aceptación o conducta tácita en aquel que las tolera (su silencio como «acto declarativo» con eficacia normativa —Raiser—), sino, exclusivamente, en que el Derecho las reconoce como válidas para ciertos negocios y dentro de la concreta esfera de determinados contratantes, en complemento de sus estipulaciones contractuales. No son una sumisión, que supondría en todo caso un acuerdo, ni mucho menos se trata de una ordenación legal. Tienen el mismo carácter que las regulaciones estipuladas en el contrato, sin más diferencia que haber sido establecidas unilateralmente. En razón de esta imposición unilateral, no puede regir para ellas el principio de libre determinación de la autonomía privada. De ahí, que el problema de las limitaciones a su validez tampoco pueda resolverse a la luz de los límites que, en general, se le señalan a la libertad de contratación, cuando se combate el individualismo o el liberalismo. Es el propio principio individualista el que señala e impone los límites a tales condiciones generales para que respondan a equidad. Problema singular es el que resulta de la frecuente remisión que suelen hacer oferente y

aceptante a sus respectivas condiciones generales. La jurisprudencia alemana no lo ha resuelto siempre de igual modo y, en general, ha venido dando importancia decisiva al que pronunció «la última palabra». Este criterio, dice el autor, no es sostenible, porque, aparte de no responder al uso del tráfico, plantea graves problemas de prueba y remite a una apreciación, caso por caso. La esencia de toda esta problemática está realmente en que ninguna de las partes planteó con claridad la cuestión de las condiciones generales que habían de valer, imponiendo definitivamente sus propias condiciones. En último término, si ninguna de ambas las impuso, no ha de estarse a ninguna de ellas, sin perjuicio de la plena eficacia del contrato, que se completará con las disposiciones legales sobre el particular.

Capítulo IX.—Condición y término.

Estudia el autor concepto y clases de condiciones y el encuadre de esta figura en la teoría del negocio jurídico. La fijación o establecimiento de la condición es parte integrante del correspondiente negocio jurídico, y sus vicios, tratándose de condición suspensiva, afectan inexcusablemente a éste. La resolutoria, en cambio, puede ser parte autónoma e independiente de la regulación negocial, con la consecuencia de que, por aplicación del párrafo 139, las condiciones contrarias a la ley o a las buenas costumbres sean solamente nulas en sí, sin viciar de nulidad el contrato. Considera especialmente los efectos y consecuencias jurídicas del negocio condicionado antes del cumplimiento de la condición, partiendo, como principio, de su irretroactividad, y la necesidad consiguiente de una regulación que garantice la efectividad, en su momento, del negocio condicionado: posición jurídica del derechohabiente *conditione pendente*, como titular de un derecho expectante transmisible; limitaciones a la facultad de disposición del transmitente; la posición jurídica de aquel frente a éste y a terceros; el problema de la legitimación procesal y la fuerza de cosa juzgada frente al adquirente, cumplida la condición. Analiza, en suma, ampliamente esta temática a la vista de

los concretos preceptos del BGB, aludiendo, en cambio, sólo muy someramente a la obligación a término. Dentro de la teoría general de la condición, le merece tratamiento aparte la compraventa con reserva de dominio hasta el total desembolso del precio (la adquisición de buena fe, adquisición a *non domino*, transmisibilidad del derecho del comprador, título de posesión, posición frente a terceros, momento y legitimación para el ejercicio de la acción en indemnización de daños, concurso del vendedor o del comprador, posiciones respectivas y de los terceros acreedores). Concluye el autor señalando que la posición jurídica del comprador, bajo reserva de dominio, puede calificarse como expectativa de derecho, aunque su derecho no está referido exclusivamente al futuro. De inmediato, le corresponde un derecho de uso y posesión y la protección frente a terceros como poseedor legítimo. Es también decisiva la consideración que subyace a los párrafos 160 y 161, según la cual, en el negocio traslativo, la ley debe garantizar la adquisición del derechohabiente, para el caso de que la condición se cumpla, así como la transmisibilidad de su situación jurídica. «Pero los esfuerzos dirigidos a dar a esta expectativa de derecho un contenido equivalente al dominio, esencialmente igual aunque algo 'menos', han sido y son inútiles. La situación que resulta de la garantía jurídico-legal de adquisición del dominio, una vez cumplida la condición, no admite comparación posible con la soberanía que en la actualidad corresponde al dueño sobre la cosa.»

Capítulo X.—Representación y apoderamiento.

Bajo la rúbrica representación, se refiere el autor a la teoría general de la representación, circunscribiéndose a la directa o propia y, en concreto, a la actuación en nombre de otro que la caracteriza. Actuación que se diversifica en dos momentos: la actuación en sentido estricto y la legitimación para ese actuar. Presupone la actuación en nombre de otro, el requisito básico de la exteriorización o notoriedad, cuyo alcance no implica declaración expresa de actuar en nombre de otro y sí sólo que así se

deduzca de las circunstancias del caso. Hace un detallado comentario de los diversos problemas y supuestos que se han querido comprender bajo la frase hecha «negocio para aquel a quien afecta» y que, en realidad, no tienen cabida dentro de la regulación legal de la representación. A tenor del Derecho alemán positivo, ha de quedar patentizado de modo inequívoco quién sea la otra parte contratante. Es el contrato, no lo que detrás de él pueda esconderse, lo único relevante y decisivo.

En cuanto al concepto «poder de representación», que se ha calificado por la doctrina como capacidad, derecho subjetivo, e incluso competencia secundaria, y que hace relación al título que el representante ostenta, afirma el autor que se trata de una figura jurídica singular, no encuadrable en concepto alguno general del Derecho. No es sino pura y simple legitimación, como ya puso de manifiesto Laband al distinguir conceptualmente el poder del mandato y desligar el derecho de representación de la concreta relación jurídica entre representante y representado. Legitimación para constituir en favor de aquél, en nombre del que se actúa, regulaciones jurídicas que valgan como suyas. Se refiere en este punto al problema de la representación sin título o legitimación (su subsanación; eficacia retroactiva; el carácter de negocio jurídico en suspenso del así celebrado hasta su ratificación; la responsabilidad exigible al representante no legitimado) y, en especial, al debatido problema de la admisibilidad del negocio que el representante de una persona física o jurídica, actuando como tal, concluya consigo mismo o con terceros, a los que asimismo represente, con objeto de obligarse mutuamente. Esta problemática, señala el Profesor Flume, se ha planteado exclusivamente bajo la perspectiva de la colisión de intereses, olvidando que si éste puede ser el punto decisivo, aquélla es heterogénea y varia, según se trate de negocios jurídicos unilaterales o de contratos. Afirma que, aunque la prohibición que como principio general establece el parágrafo 181 del BGB se apoye y funde en la indicada incompatibilidad, lo importante no es que esta colisión se dé en el caso concreto, ni siquiera, que el representante haya actuado en contra de los intereses de su representado. El contrato es ineficaz en todo caso—salvo que se dé alguna de las excepciones legalmente previstas—. Lo es, incluso, si sólo deparara ventajas

para el representado. Y esta solución ha de reputarse acertada, opina el autor, pues las dificultades que sin duda acarrea en muchos casos, es mal muy inferior, a la inseguridad que derivaría de no partir de un principio general prohibitivo. En todo caso, puntualiza, nada tiene que ver lo expuesto con el problema del autocontrato. Este es un acto jurídico especial, totalmente desligado e independiente de la representación. El autocontrato cabe en la medida en que el Ordenamiento jurídico lo admita, bien entendido que no es un contrato, sino una figura específica a la que el Derecho reconoce, en su caso, efectos y consecuencias jurídicas iguales a las que nacen normalmente de relaciones contractuales.

Partiendo de la separación y diferencia entre poder de representación, como resultado de un negocio jurídico (representación voluntaria o apoderamiento, la *Vollmacht*), y el negocio jurídico que da nacimiento a aquél (*Bevollmaechtigung*), señala el autor cómo éste puede tener lugar por declaración frente al apoderado (representación interna o mandato representativo) o frente a un tercero o al público en general (representación externa o apoderamiento). El poder en que la representación voluntaria consiste adquiere su sentido y alcance de la concreta relación jurídica entre representante y representado, que sustenta el acto o negocio de apoderamiento. Y ésta, aunque en general descansa en un contrato de mandato, en un arrendamiento de obra o de servicios, puede apoyarse también en un contrato de sociedad y en las más variadas relaciones jurídicas obligacionales. Pero ese poder o representación, como legitimación para concluir regulaciones jurídicas para el representado, tiene substantividad propia y plena independencia frente a la relación jurídica interna que lo cimenta. De la misma forma, el apoderamiento es, en sus presupuestos y efectos, negocio jurídico, independiente de la relación jurídica que le sirve de base y, también, del mismo negocio jurídico que sustenta a ésta. Pero no por ello puede decirse que el apoderamiento sea un negocio abstracto. Siempre está «adosado» a otra relación jurídica, a pesar de aquella substantividad indicada. De este apoyo o sostén resulta siempre una cierta relación de dependencia entre la representación y la relación jurídica que la fundamenta. También entre el apoderamiento y el negocio jurídico en que se cimenta aquella relación jurídica interna. Ahora bien: esta depen-

dencia tiene muy distinto alcance en la representación interna y en la externa. En la primera, sin que ello suponga en absoluto abdicar de la esencial separación, magistralmente señalada por Laband, se dan sutiles y distintos modos de unión y de contacto entre la representación y la relación jurídica interna, el apoderamiento y el negocio jurídico base de esta relación. En la segunda, en cambio, al determinarse su subsistencia y contenido exclusivamente por la relación externa, es la representación, totalmente independiente de la relación jurídica que le sirve de base.

No nos detenemos, pese a su interés, en el estudio de la subsistencia y extinción del poder. Tampoco en la problemática que ofrece la relación entre el negocio de apoderamiento y aquel que, en su virtud, concluye el representante. Dedicaremos sólo unas breves líneas, para terminar el resumen del contenido de este capítulo, al poder irrevocable. El autor lo califica de figura jurídica especial que no cabe situar en plano de igualdad con el poder revocable, sin otra diferencia con él que el que éste sea la regla y aquél la excepción. Se trata, a su juicio, de dos figuras jurídicas esencialmente distintas. La irrevocabilidad del poder confiere al apoderado una posición propia, en cuanto que le autoriza a concluir por su exclusiva voluntad y aun en contra de la del poderdante relaciones jurídicas vinculantes para éste. Semejante posición contradice la esencia misma del poder. Este se entiende dado, constitutivamente, en favor del poderdante. Su reconocimiento por el Ordenamiento jurídico descansa en el principio de la autonomía de la voluntad que, por ende, impone la libre revocabilidad como cualidad consubstancial al mismo. Sin embargo, desde el momento en que la norma legal puede configurar y admitir un poder dado en favor de los intereses del apoderado, es obvio que, por fuerza de los mismos argumentos anteriores, ha de serle consubstancial la irrevocabilidad. Pero estamos entonces ya en presencia de una figura nueva y distinta y ante un problema de Derecho positivo, que la regula y admite, o, no le da cabida en su articulado legal. Este poder irrevocable es, en definitiva, un acto de ejecución especialmente conformado. Ser acto de ejecución constituye el presupuesto inexcusable para que pueda tratarse efectivamente de un poder irrevocable. Por otra parte, es obvio que sólo un poder especial puede tener este carácter. Únicamente

si al apoderado le asiste una acción o derecho frente al poderdante para la ejecución de un negocio jurídico, de modo que pueda ejecutarlo directamente, se está en presencia de este tipo de poder, al que, por consiguiente, es decisiva la relación jurídica en que se apoya. Las alteraciones que en ésta se produzcan le afectarán esencialmente, hasta el extremo de convertirlo en algo distinto: simple poder revocable. En cambio, en cuanto que una vez otorgado es independiente de la voluntad del poderdante no le afectan las causas de extinción que de la vinculación a la voluntad de aquél se dan en el poder revocable (*sic*, muerte o incapacidad del poderdante). Tampoco tiene carácter personalísimo, ya que es realmente un atributo del derecho o acción del apoderado o tercero que le sirve de base. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta, que el apoderado no tiene sino un poder de representación, es decir, no una posición jurídica propia sobre el derecho de que se trate (un derecho de disposición, generalmente). Por tanto, son absoluta y plenamente eficaces los actos o contratos que el poderdante pueda realizar contraviniendo aquellas facultades de disposición que irrevocablemente confiriera, sin perjuicio de su responsabilidad por daños frente al apoderado.

Capítulo XI.—*Subsanación y convalidación* (Die Zustimmung).

Se refiere el autor en este último capítulo de su obra, y bajo la rúbrica general de *Zustimmung* (literalmente, asentimiento, conformidad), a la serie de supuestos en que el negocio jurídico requiere de la concurrencia del consentimiento previo o ulterior de ciertas personas para su plena eficacia. Se abarcan así los institutos de la licencia y autorización, de la confirmación y ratificación, en definitiva, se trata de la subsanación y convalidación del negocio jurídico, falto de aquella asistencia. El BGB establece para todos estos supuestos unas normas o principios de general aplicación en sus parágrafos 182-185. Dice el autor que esta figura jurídica genérica de la *Zustimmung* o confirmación, *latu sensu*, se conforma en la ley como negocio jurídico con substantividad propia y, al tiempo, como negocio auxiliar de aquél, para cuya va-

uidez y eficacia es necesario. Este doble carácter le confiere una problemática especial, que analiza y desarrolla, para considerar luego separadamente el supuesto del previo consentimiento, es decir, la autorización o licencia (*Einwilligung*), su similitud y diferencias con el apoderamiento, y el de la aprobación ulterior, confirmación y ratificación (*Genehmigung*). Figuras que el BGB distingue terminológicamente, aunque no aplique con rigor y consecuencia los respectivos términos en la calificación de los distintos supuestos.

* * *

El amplio contenido de este tratado, que agota el tema del negocio jurídico, es inabordable para una recensión, que aun peca de excesiva como tal. Queremos confiar, que quepa disponer pronto de una traducción autorizada, que ha de ser sumamente útil como obra de estudio y de consulta.

AURORA HUBER.

La enfiteusis en Mallorca, por Enrique Lalaguna Domínguez. Edición separada de la «Revista de Derecho Agrario», núm. 2, Zaragoza, 1965, 68 págs.

Nos hallamos a las puertas de un momento importante en la historia de los Derechos forales; está produciéndose la singladura de la primera fase—compiladora—con la segunda—«período suficiente de divulgación, estudio y vigencia»—, de las previstas en la Conclusión 1.^a del Congreso Nacional de Derecho Civil, de Zaragoza (octubre de 1946). Momento importante porque acaso de la generosidad científica con que la recorramos dependa el que los sucesivos períodos previstos lleguen a buen término.

Y éste es, para mí, el primer mérito del trabajo de Lalaguna, que quiero comentar: su actitud de generosidad científica, al aplicar sus reconocidas dotes de civilista al estudio de una institución foral de Baleares; en definitiva, a la Compilación del Derecho

civil de Baleares. Creo que es una actitud ejemplar y constructiva sobre la que vale la pena reflexionar.

Ello supuesto, y prescindiendo—por evidente—del interés y actualidad del tema monográfico, hay dos aspectos en el estudio de Lalaguna que también quisiera resaltar. Uno se refiere al amplio panorama normativo—histórico y vigente—en que se perfila con singular claridad la institución estudiada; el otro se refiere al modo de tratar la materia.

Es sabido que el Derecho civil de Baleares, sobre el que han aparecido valiosas aportaciones de conjunto en estos últimos años, no cuenta, a diferencia del de otras regiones, con estudios de índole monográfica, base previa indispensable para un ulterior desarrollo sistemático. La Compilación de Baleares ha supuesto una ardua tarea para la Comisión encargada de los trabajos preparatorios. El autor es consciente de la dificultad de un planteamiento sistemático en el tratamiento de una determinada institución de este territorio, ya que con tal planteamiento sistemático se halla estrechamente relacionado el problema de las fuentes, que en el Derecho de Baleares es más intrincado y menos conocido que en el de los demás territorios forales. En esta dificultad seguramente se oculta una interdependencia enervante entre el carácter eminentemente consuetudinario del Derecho balear y la carencia casi absoluta de literatura jurídica. Así, una monografía sobre cualquier institución de este Derecho requeriría una paciente labor de análisis en extensión y profundidad sobre el problema general de las fuentes. En este aspecto, el trabajo llevado a cabo por Enrique Lalaguna abre una ancha perspectiva de posibilidades críticas para otros trabajos monográficos.

El segundo aspecto apuntado se relaciona con el delicado tema de lo que se ha denominado «política de compilaciones». Juega, de una parte, el deseo de conciliar el respeto debido al sistema en el que históricamente germinaron y pervivieron las instituciones forales con la necesidad de adaptarlas a las exigencias y circunstancias del momento presente, tras el largo periodo de obstrucción de fuentes que las Comisiones compiladoras han venido a interrumpir. De otra parte juega la conveniencia—en el peor de los casos, práctica—de adaptar la sistemática de las compilaciones a la del Código civil, lo cual es también problema delicado en

la fijación de su alcance y de la magnitud de los sacrificios que deban aceptarse, y que, en todo caso, requiere un trabajo previo de «selección de aquellos preceptos del Código que, en correspondencia con la naturaleza de cada institución, se puedan articular como Derecho supletorio con los textos del Derecho peculiar, sin deformarse y sin deformarlo». El haber atendido a esta finalidad con singular rigor y hondura es garantía del acierto de la primera parte del estudio comentado, dedicada a establecer los presupuestos críticos que condicionan la interpretación y aplicación de las normas sobre enfiteusis a la luz de los principios generales que han orientado la labor compiladora. En este sentido, se ha de convenir con el autor en la oportunidad de ponderar, antes de entrar en la exégesis de los preceptos aplicables, el sentido y medida en que responde la Compilación a las exigencias del sistema en el que históricamente se ha formado el censo enfiteutico mallorquín, y por otra parte, en qué condiciones han de coexistir en el futuro el régimen especial del texto compilado y el régimen general del Código.

En las consideraciones iniciales sienta el autor las bases de su trabajo con la exposición de los precedentes inmediatos y las innovaciones del texto compilado, las conexiones y límites de éste con la disciplina del Código, y el valor de la «tradición jurídica balear» por vía interpretativa en la aplicación del régimen de censos.

La parte segunda se dedica a la formación histórica, fuentes y naturaleza de la institución. El autor justifica la especial atención prestada a los precedentes históricos y a las fuentes privativas del Derecho de Mallorca en materia de enfiteusis para una correcta inteligencia de las disposiciones vigentes, pensando no sólo en la inmediata virtualidad de la Compilación, para lo que se autoriza el recurso a la interpretación histórica (art. 2.º), sino también en la oportunidad de posibles correcciones en un futuro próximo a la vista de las «omisiones y deficiencias» y de «las dudas y dificultades que haya originado la aplicación de sus preceptos» (Disposición adicional), correcciones que según el autor se deberán plantear lógicamente sobre la misma perspectiva histórica en que se ha pretendido basar la unidad de sistema del texto compilado.

El censo enfiteútico actualmente subsistente en Mallorca, más conocido en esta región con el nombre de «alodio», se perfila dentro del marco de una profunda investigación histórica sobre el fondo de una estructura romana que se mantiene a través de la experiencia jurídica medieval sin alteraciones fundamentales, adquiriendo su genuino sentido a través de una serie de disposiciones especiales del reino de Mallorca (siglos XIII-XV) determinadas en su origen y evolución por el influjo constante del Derecho de Cataluña. Esta influencia, apuntada a veces en estudios de carácter general sobre la formación del Derecho civil de Mallorca, se precisa con referencia concreta a la enfiteusis en el cuadro de concordancias que traza Lalaguna sobre un análisis comparativo de las fuentes peculiares del Derecho mallorquín con las propias del Derecho de Barcelona.

A la luz de los datos históricos, se precisa el concepto y naturaleza de la institución, explicando el sentido del encuadramiento de la enfiteusis en la teoría de los censos y las consecuencias de esta confusión sistemática, que a través de la influencia del Código se propaga insensiblemente en ciertos aspectos a los Proyectos de Apéndice, base de los trabajos de la Compilación y causa principal de la antinomia entre los artículos 57 y 63, que Lalaguna, en una fina y bien trabada argumentación, resuelve a favor de este último.

El autor se detiene en destacar el acento romano del censo enfiteútico mallorquín, deslindándolo de las dos formas tradicionales de renta periódica (censo consignativo y reservativo) y del arrendamiento, figura con que la enfiteusis guarda una notable afinidad en el plano de las relaciones obligatorias. En la estructura de la enfiteusis alodial distingue Lalaguna dos clases de relaciones jurídicas: las que surgen con un cierto carácter de estabilidad en el campo de los derechos reales y las que dan sentido funcional a la institución en el campo de las obligaciones. Desde la creación del censo, y como condición de subsistencia, se establece entre estos dos órdenes de relaciones un juego de recíprocas influencias. En toda situación en que el derecho de propiedad pierde plenitud para coexistir con un *ius in re aliena*, la unidad natural del objeto determina el nacimiento de relaciones obligatorias entre los respectivos titulares. En la enfiteusis, la limita-

ción de los derechos en el plano real por la presencia de relaciones obligatorias entre sus titulares es más fuerte y profunda que en otras situaciones, porque la conexión no es una mera consecuencia derivada de la unidad del objeto, sino un elemento determinante de la constitución del censo y, en cierto modo, la condición esencial de su duración indefinida.

Los resultados de la investigación histórica y dogmática se proyectan sobre la exégesis del texto compilado en la última parte del estudio. El régimen vigente responde con fidelidad, en opinión de Lalaguna, a las dos exigencias principales que subyacen en la Conclusión Primera del Congreso de Derecho Civil de 1946 y que pueden condicionar la viabilidad del previsto en su apartado e), «una vez terminado ese periodo de convivencia de los distintos Derechos hispánicos para examinar la forma y carácter del futuro Código general de Derecho civil».

El relato detenido de las precisiones que se introducen sobre el significado y ámbito de aplicabilidad de los artículos 55 a 63 de la Compilación rebasaría el propósito de esta nota crítica. Por su especial interés me referiré únicamente a la redimibilidad del censo enfiteútico, regulada en el artículo 63. Este aspecto constituye, sin duda, la novedad más destacada de la Compilación en relación con el Derecho anterior (aunque la idea había sido ya propuesta por Ripoll en su Memoria de 1880). Es, por otra parte, la cuestión más debatida en la doctrina. La fórmula del texto vigente es fruto de una enmienda al Proyecto en tres puntos fundamentales: 1) módulo de fijación del precio de redención; 2) carácter supletorio del módulo legal; 3) inclusión en la base del precio de redención de las mejoras y edificaciones posteriores a la fecha del establecimiento enfiteútico (que el texto del Proyecto excluía explícitamente). Según el autor, la clave de estas tres diferencias fundamentales es la distinta idea acerca de la naturaleza del alodio que inspira a uno y otro texto. En la Compilación se acepta la influencia de la nuda propiedad en la configuración de las relaciones obligatorias entre los dos titulares de la finca, extrayendo las consecuencias prácticas de la consideración del concedente como propietario del predio dado en enfiteusis. El Proyecto, aunque aludía al alodio como «nudo dominio directo», lo consideraba—si se atiende al cuadro de efectos—como una carga o

gravamen que pesa sobre la propiedad de la finca atribuida al enfiteuta.

Sobre la fórmula de redimibilidad aceptada en definitiva en el vigente artículo 63 plantea Lalaguna la doble cuestión de si respeta la naturaleza tradicional de la institución y de si responde a las necesidades del momento presente.

En cuanto a la primera cuestión, concluye que, en el artículo 63, la redención del alodio se aproxima al tratamiento adecuado, es decir, no como simple liberación de renta, sino como un modo de adquirir la propiedad. En el segundo aspecto, afirma Lalaguna que tal solución es actual en la medida en que no significa necesariamente la decapitación del censo alodial. Ello le da ocasión, además, para valorar la solución en función de la «política de compilaciones», con una oportunísima cita de autoridad.

Por lo demás, se manifiestan en este trabajo de Lalaguna las virtudes científicas evidenciadas ya en los anteriores: concisión expositiva, hermanada—y no es fácil hacerlo—con la claridad y la elegancia; rigor científico, sobre todo en el manejo directo y puntual de una bibliografía exhaustiva que se enriquece con los puntos de vista doctrinales del Derecho común y del Derecho de Cataluña en relación de afinidad o contraste con el tema tratado. Y quiero terminar, como he comenzado, destacando lo ejemplar que resulta la actitud de Lalaguna ante las compilaciones; creo que, sin buscarlo, ha comenzado a lucrar el premio a esta actitud; porque si él se propuso—y ha logrado cumplidamente—una aportación constructiva al Derecho civil de Baleares, lo cierto es que, además, se ha encontrado con otra aportación positiva a la temática general de los censos, tan necesitada de tratamiento profundo, claro y riguroso.

FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA.

Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Navarra.

Ensayo sobre la adquisición a non domino de bienes muebles, por Gert Kummerow. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho. Caracas, 1965.

El autor nos descubre su propósito en la Introducción: trata de analizar los artículos 794, 795 y 1.986 del Código civil venezolano, traducción literal de los correspondientes preceptos del Código civil italiano de 1865 y del de Comercio de tal país, de 1882, a la luz de las modernas tendencias legislativas, no menos que de las actuales exigencias del tráfico.

Expone a continuación los artículos 794 y 795, cuyo contenido conjunto es análogo al de nuestro 464. En la interpretación del primero de aquéllos se adscribe decididamente a la tesis progresiva germanista, aceptando que se establece una adquisición *a non domino* de la propiedad u otros derechos reales y un verdadero principio de irreivindicabilidad. Son supuestos de aplicación de la norma: a) pérdida voluntaria de la posesión de los bienes; b) adquisición definitiva de la posesión por un tercero; c) título abstractamente idóneo para la transferencia del derecho en favor del poseedor de buena fe, y d) delimitación categórica del objeto: sólo se aplica el precepto a los bienes muebles corporales y a los títulos al portador.

La tercera parte de la obra está destinada al estudio de los supuestos de inaplicabilidad de las normas relativas a la adquisición *a non domino*, por tratarse de determinadas especies de muebles sometidos a legislación especial, en la que suele alcanzar destacada importancia la institución registral; se habla así de las aeronaves (Ley de Aviación Civil), de los buques (Código de Comercio) y de los automóviles (Ley de Tránsito Terrestre).

Precisando más los efectos de la adquisición *a non domino*, amparada por el artículo 794, el autor nos dice que se adquiere la propiedad libre de derechos reales limitados y cargas, que se extinguen toda clase de acciones contra el adquirente (reivindicatoria, tercera, acción de nulidad, rescisión o resolución), que no es exigible responsabilidad civil al adquirente por culpa en el

examen de las facultades dispositivas del transferente *non dominus*, y que existe paralelismo con la usucapión de muebles, si éstos han sido perdidos o sustraídos y poseídos en concepto de dueño durante dos años.

La quinta parte de la obra está destinada al examen de aquellos casos en los que se enajena la cosa por quienes no siendo propiamente poseedores de ellas se encuentran, sin embargo, en situaciones análogas; se siguen aquí las huellas de la monografía española de Melón Infante. El autor analiza una pluralidad de supuestos que clasifica en cinco apartados: a) servidor de la posesión; b) situaciones posesorias derivadas de titularidades transitorias o interinas; c) las derivadas de titularidades efectivas no acompañadas de *ius disponendi*; d) las derivadas de titularidades sujetas a impugnación, y otras situaciones posesorias de origen diverso.

Tras dedicar un breve capítulo al problema de la posibilidad de adquisición *a non domino* de derechos reales limitados sobre bienes muebles, problema que resuelve afirmativamente, el autor se adentra en el estudio de la adquisición de la prenda, y dedica la siguiente parte de su obra al régimen de los bienes perdidos o sustraídos, en los que no funciona la irreivindicabilidad, y siempre desde el punto de vista del tercero adquirente de buena fe, ya que el hallador y el autor de la privación ilegal están sometidos a las normas comunes. Estudia quiénes han de ser considerados poseedores de mala fe, qué debe entenderse por cosas perdidas y cosas sustraídas y la naturaleza y funcionamiento de la acción recuperatoria, finalizando con la cuestión del saneamiento de la circulación de bienes muebles, es decir, si la inserción de un poseedor de buena fe basta para sanear la anómala circulación de la cosa, lo que resuelve negativamente.

La parte novena de la obra está destinada al artículo 1.986 del Código venezolano, que establece una prescripción bienal en materia de muebles, y que hay que concordar con el 794. Tras de señalar las hipótesis excluidas de aquel artículo, estudia, con referencias de Derecho comparado, la tesis común de que el mismo contiene la prescripción extintiva a que se somete la acción correspondiente al propietario o poseedor para recuperar la cosa perdida o sustraída y terminar rechazándola. La acción recupe-

ratoria es imprescriptible, y por la vía del artículo 1.986 los terceros de buena fe pueden adquirir la propiedad o derechos reales limitados sobre bienes muebles, a través de la concurrencia de dos factores: el transcurso del bienio y la posesión legítima

Por último, tras de dedicar un capítulo a las especialidades en materia de títulos al portador perdidos o sustraídos, con análisis del artículo 130 del Código de Comercio, en el capítulo undécimo se sistematizan las conclusiones en orden a la reforma del sistema positivo venezolano en la materia.

En resumen: una útil monografía, no sólo por el interés del tema, sino por la similitud de nuestras normas con las de aquel país.

M. F. B.



REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Abril-junio de 1965.

La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia, por Antonio Gullón Ballesteros.

Apoyado en numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y sentencias del Tribunal Supremo, estudia el autor los interesantes problemas que plantea la división de la cosa común en el Código civil: legitimación activa (comuneros, acreedores, cesionarios, usufructuarios) y pasiva; características de la acción *communi dividundo*; el pacto de indivisión del artículo 400, y las excepciones de los artículos 401 y 404; procedimiento y efectos de la división especialmente en cuanto a terceros, y por último, la aplicación analógica del artículo 541 para el caso de existir servidumbre.

La sucesión «ab intestato» en favor del Estado, por José Luis de los Mozos.

Se nos ofrece un estudio dogmático de la regulación legal de

esta materia en los artículos 956 a 958 del Código civil; el cual, entre los dos posibles sistemas ofrecidos por el Derecho histórico y comparado (reconocer en el Estado un verdadero derecho hereditario, o un derecho *sui generis* de muy diversa fundamentación: fiscal, dominio eminente, etc.), ha seguido el primero, al configurar la del Estado, como una verdadera sucesión a título universal, si bien matizada por su especial «función», que hace de ella una categoría independiente respecto de los otros grados u órdenes de suceder *ab intestato*. Este criterio parece confirmarse en la reciente Ley del Patrimonio del Estado.

La tutela de los hijos adoptivos, por Bernardo Moreno Quesada.

Aborda el autor dos cuestiones previas: a quién corresponde la titularidad de la patria potestad de los hijos adoptivos, durante y al extinguirse la adopción; y los supuestos de extinción de aquélla; para estudiar después los presupuestos de esta tutela y peculiaridades que ofrece según sea testamentaria, legítima o dativa.

REVISTA DE DERECHO ESPAÑOL Y AMERICANO

Abril-junio de 1965.

La colonización interior y el Derecho agrario, por Jaime Montero y García de Valdivia.

Notas sobre la sucesión arrendaticia, por Manuel Campos Hernández.

El mantenimiento de la unidad de la empresa agrícola en la transmisión «mortis causa», por José Luis de los Mozos.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Número 60, diciembre de 1965.

Análisis jurídico del hecho imponible, por Fernando Sainz de Bujanda.

El hecho imponible constituye el elemento básico en torno al cual se construye la teoría jurídica de la obligación tributaria. Tiene, pues, por objeto este trabajo completar el estudio del «nacimiento» de la citada obligación (abordado en números anteriores de esta misma revista), a la que el hecho imponible se halla indisolublemente unido en el tiempo. Presupuesto por el autor que la obligación nace cuando se realiza el hecho imponible, se ocupa ahora de precisar su concepto, naturaleza, fundamento, y asimismo su extensión, clases y modalidades más destacadas.

Elementos cuantitativos de la obligación tributaria, por Fernando Vicente Arche Domingo.

El principio de capacidad contributiva en el marco de la técnica jurídica, por Matías Cortés Domínguez.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Noviembre de 1965.

Instituciones hereditarias en usufructo a una persona y en nuda propiedad a otra: problemas que plantean, por B. Camy.

Aborda este sugestivo trabajo los problemas que plantea el acceso al Registro de las instituciones hereditarias con desmembración de usufructo y nuda propiedad, cuando esta última se atribuye en todo o en parte a personas no concebidas; cuestión de indudable trascendencia práctica por la frecuencia con que se presenta a la calificación.

Recopila el autor los numerosos fallos de jurisprudencia que han resuelto la variedad de supuestos a que dan lugar este tipo de disposiciones, y que podemos sintetizar así:

a) Instituciones en las que unos nudo propietarios existen en el momento de la delación, y otros son *nasciturus nundum concepti*.

El problema aquí es sencillo, pues existiendo coherederos actuales, a ellos habrá que considerar como herederos propiamente dichos, si bien con la posibilidad

de que el contenido económico de su derecho (no su cualidad de herederos) se reduzca al producirse nuevos nacimientos. Bastará consignar en el cuerpo de la inscripción la reserva de derechos a favor de los posibles nudo propietarios, que funcionará a modo de condición resolutoria.

b) Instituciones en usufructo, o en las que ninguno de los nudo propietarios existe en el momento de la delación.

La titularidad de la nuda propiedad corresponderá en estos casos, bien al no concebido cuando ocurra su nacimiento, bien al sustituto vulgar designado por el testador, o bien al sucesor *ab intestato*, si el causante no hubiera previsto la eventualidad de que el *nondum concepti* no llegara a tener existencia. Pero con objeto de que esta situación no deje de estar reflejada en los libros, con lo que sólo tendría la protección de ellos el usufructuario; la jurisprudencia admite que la nuda propiedad se inscriba como un derecho perteneciente a un sujeto transitoriamente indeterminado, que constará en el asiento de usufructo como un condicionamiento de éste, o mejor, como una mención de un derecho real, no prohibida por el artículo 98 de la Ley por no referirse a derechos «susceptibles de inscripción separada y especial».

c) Susceptibilidad de enajenación de los bienes que se hallan en estas situaciones.

Hay que estimar que es posible, y corresponderá a los nudo propietarios existentes, o de no ha-

berlos, al administrador de la herencia con autorización judicial en este segundo caso (art. 804 en relación con el 186 del C. C.). El adquirente recibirá los bienes con la carga que supone la indeterminación, cuantitativa de los nudo propietarios, y si la cuota enajenada corresponde a uno de los no nacidos, se aplicarán las reglas de la subrogación real. La enajenación de los bienes como libres sólo parece posible cuando se lleve a efecto para pagar deudas hereditarias o legados.

Las Juntas de Estimación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por Salvador Bernal Martín.

Estudia el autor la composición de las mismas, supuestos de intervención, procedimiento, valor de sus decisiones, y especialmente los problemas suscitados en la práctica, en determinados casos concretos de su actuación (pago de rentas e indemnizaciones fijadas, procedencia de incrementos, etc.).

Diciembre de 1965.

Notas para una teoría general del contrato, por Juan Ossorio y Morales.

En este trabajo, publicado en homenaje póstumo a su autor, se recogen los seis capítulos redactados por el profesor Ossorio Morales, de su inacabada *Teoría general del contrato*, referentes respectivamente a: «Concepto del

contrato», «Principios fundamentales de la contratación», «Clasificación de los contratos», «Efectos especiales de los contratos bilaterales» y «Alteración de circunstancias y excesiva onerosidad del contrato». La revisión y en parte redacción de las indicadas notas ha sido hecha por Beltrán de Heredia.

La finca funcional en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, por Gabriel García Cantero.

Destaca el autor el progresivo perfeccionamiento que se advierte en la fijación del concepto finca, gracias en gran parte a la doctrina hipotecarista; ello hace, sin embargo, que siendo la finca registral un concepto técnico al servicio de los fines de la publicidad inmobiliaria, no se haya estudiado suficientemente el concepto de «finca funcional» y su reflejo en el Derecho de cosas. Hoy, la concepción geométrica de la finca, de Savatier, debe completarse con la concepción funcional o de destino, destacada por Westermann.

En nuestra Ley del Suelo, la finca no aparece ya como un trozo deslindado de superficie, sino que se toma en cuenta su destino, fijado en principio por el Estado y sus órganos, y concretado a través del correspondiente plan.

Todo ello le induce a concluir con las siguientes consideraciones:

— Que es ya imposible desconocer en nuestro Derecho civil la noción de finca funcional.

— Que la incidencia de dicha noción en el mismo se logrará a

través del funcionamiento de la parcela urbanística mínima.

— Que ese funcionamiento sólo es posible poniendo en aplicación un adecuado mecanismo, como sería por ejemplo la Cédula urbanística, si se introdujeran algunos perfeccionamientos en su reglamentación, especialmente transformándola de facultativa en obligatoria.

— Que sería muy conveniente la mención de la calificación urbanística de los inmuebles entre los requisitos de la inscripción, omitida inexplicablemente por la reforma de 1959.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Números 253-254, octubre - noviembre de 1965.

Puntualizaciones sobre la Ley del Suelo, por Manuel Hidalgo.

Cáusticas son, en verdad, dichas puntualizaciones, referidas esencialmente a: su redacción gramatical (así, la deficiente utilización del término «podrá» en numerosos artículos de la misma); su vigencia (la Ley comenzó a regir a los sesenta días de su publicación, salvo en aquellos de sus preceptos que por su naturaleza a redacción exigen disposiciones reglamentarias que los desenvuelvan); y, finalmente, a la legalidad o ilegalidad de las normas en que se basa la competencia que se atribuye al Ministerio de la Vivienda.

F. M. C.